



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Raquel Moniz Rodrigues

**OS LIMITES DE DURAÇÃO MÍNIMO E MÁXIMO DA
MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAMENTO**

**ANÁLISE AOS ARTIGOS 91.º E 92.º DO CÓDIGO PENAL
PORTUGUÊS**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito com especialização em
ciências jurídico-criminais orientada pela Excelentíssima Senhora
Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

outubro de 2021



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Raquel Moniz Rodrigues

**Os limites de duração mínimo e máximo da Medida de
Segurança de Internamento**

Análise aos artigos 91.º e 92.º do Código Penal português

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Excelentíssima Senhora Professora Doutora Maria João da Silva Baila

Madeira Antunes

outubro de 2021

RESUMO

No presente estudo, servindo-nos de uma incursão pela doutrina penal portuguesa dos séculos XX e XXI, procurámos responder à questão de saber qual deverá ser o balizamento temporal da medida de segurança de internamento de inimputável em razão da anomalia psíquica, prevista no artigo 91.º e seguintes do atual Código Penal português.

As questões que nos propusemos tratar contenderam, por um lado, com a compreensão e fundamentação por detrás do atual limite mínimo obrigatório para as medidas de segurança, vertido no artigo 91.º n.º 2 do Código Penal – e que, necessariamente trouxe consigo a problemática das finalidades prosseguidas aquando da decretação desta sanção -, e da sua efetiva necessidade. Por outra, neste trabalho ocupámo-nos, também, de uma abordagem crítica acerca do limite máximo desta sanção criminal, plasmado no artigo 92.º n.º 2, assim como da conformidade entre n.º 3 deste artigo e os alicerces do Estado de Direito, considerando que o referido preceito abre a porta à aplicação de uma medida de segurança restritiva da liberdade passível de continuas prorrogações até atingir a perpetuidade na sua execução.

Palavras-chave: Medida de Segurança privativa da liberdade; anomalia psíquica; perigosidade; limites de duração máximo e mínimo; perpetuidade da medida

ABSTRACT

In this brief study, supported by the most relevant doctrine in Portuguese criminal law of the 20th and 21st century, we sought out to answer the question of what should be the maximum duration for the security measure of confinement for treatment of the criminally unaccountable due to psychic anomaly, as laid down in article 91.º and following of the Penal Code.

Three different issues are, therefore, tackled ahead.

Firstly, the reasons behind the current minimum duration period for such security measures, as laid down in the referred article's no 2 – which necessarily brought along the debate regarding the underlying finalities of their use –, as well as their actual necessity.

Secondly, the current maximum limit of this criminal sanction, as laid down in article 92.º, no 2, of the Penal Code.

And finally, whether this last article's no 3 is in accordance with the Rule of Law's elemental principles, given that, in its current version, seems to allow the security measure of confinement for treatment to be endlessly extended, on its way to perpetuity.

Keywords: Security Measure depriving of freedom; psychic anomaly; dangerousness; maximum and minimum duration limits; perpetuity of the measure

Lista de Abreviaturas

CDPD – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CE- Código da Execução Das Penas e Medidas Privativas Da Liberdade

CP- Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

LSM – Lei de Saúde Mental

StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Índice

1.	Introdução	7
2.	Enquadramento breve da problemática- especial enfoque na evolução do tema em Portugal	9
3.	A Medida de Segurança de Internamento de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica	12
3.1	Dos pressupostos para a decretação do Internamento	12
3.1.1	O facto ilícito-típico grave	12
3.1.2	A inimputabilidade do agente	14
3.1.3	A manutenção do estado de perigosidade criminal no momento de decretação da medida de segurança	18
3.1.3.1	Do conceito de perigosidade do agente	18
3.1.3.2	A prognose desfavorável	21
3.1.4	A proporcionalidade da medida de segurança de internamento decretada	25
3.2	A natureza da Medida de Segurança privativa da liberdade	27
4.	A Duração do internamento em Portugal	30
4.1	O limite mínimo do Internamento	31
4.1.1	A discussão doutrinal por detrás da(s) finalidade(s) prosseguidas pela da Medida de Internamento	32
4.1.2	A interpretação do atual artigo 91.º n.º 2 do CP	43
4.2	Os limites (aparentemente) máximos	48
4.2.1	A evolução legislativa dos limites máximos	49
4.2.2	O Problema da potencial perpetuidade	55
4.2.2.1	A Jurisprudência na questão	59
4.2.2.2	A inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 92.º do CP	60
4.2.3	Da manutenção da perigosidade do agente, depois de ultrapassado o limite máximo	66
5.	Os ensinamentos do direito comparado	72
5.1	Espanha	72
5.2	Itália	76
5.3	Alemanha	78
5.4	Brasil	82
6.	Conclusões	86
7.	Bibliografia	88

1. Introdução

As Medidas de Segurança respondem à necessidade sancionatória da ordem jurídico-penal portuguesa, de lidar com os agentes que representem uma perigosidade iminente e atual para a sociedade, mas em relação aos quais não satisfaz a aplicação de uma pena. A inoportunidade da pena poder-se-á explicar por se tratar de um delincente imputável especialmente perigoso, para o qual a pena demonstrar-se-ia *insuficiente* e justifica-se que se faça acompanhar de uma medida de segurança não privativa da liberdade. Ou, por outra, opta-se pela decretação de uma medida de segurança quando nos encontramos perante um agente inimputável perigoso, que padece de uma anomalia psíquica, e para o qual a sujeição a uma pena seria manifestamente *inadequada*, por motivos que se prendem não só com a incapacidade de entender ou de se autodeterminar de forma a previamente evitar ilícito levado a cabo, mas também pela própria necessidade de tratamento de que o mesmo carece. Daqui se depreende que o *pressuposto* e fundamento que subjaz à aplicação de uma qualquer medida de segurança seja a *perigosidade criminal do agente*.¹

Conscientes da amplitude do tema que abarca o direito das medidas de segurança, no presente estudo procurámos versar apenas sobre a medida de segurança privativa da liberdade, o internamento de inimputável – que vem regulado entre os artigos 91.º e 99.º do CP – sendo o epicentro da análise a que ora nos comprometemos, a compreensão da delimitação temporal atual da mesma e em particular as questões suscitadas pelos atuais artigos 91.º e 92.º do CP.

No momento imediatamente seguinte a este introito, procurámos levar a cabo uma incursão breve sobre o surgimento das medidas de segurança em Portugal e no mundo, que consideramos essencial para uma compreensão contextualizada da questão. Nesta perfunctória análise, partimos da realidade da dogmática penal oitocentista que excluía o indivíduo inimputável do âmbito de aplicação do direito penal, até chegarmos ao ponto da situação do século XX em matéria de medidas de segurança, sanções criminais já com lugar assegurado na legislação penal.

De seguida procedemos à identificação e compreensão de cada um dos pressupostos da medida de segurança de internamento que figura no artigo 91.º do CP, não deixando de tecer algumas importantes considerações sobre os conceitos de anomalia psíquica e sobre o

¹ Cfr. ANTUNES, Maria João “Penas e Medidas de segurança”, 2020, Reimpressão; Almedina; p. 114.

difícil e - como somos levados a concluir – desadequado conceito de perigosidade do agente, conceito chave na matéria sob a qual no debruçámos. Ainda neste capítulo, considerámos importante deixar uma nota relativa à natureza da medida de segurança privativa da liberdade.

É no capítulo 4 que nos ocupamos do cerne da nossa dissertação, os limites mínimos e máximos da medida de segurança de internamento de inimputável, com recurso à ampla doutrina nacional existente no tema. O nosso ponto de partida, para cada um dos limites, foi a evolução legislativa na matéria em Portugal, passando pela identificação das vozes doutrinárias que se foram manifestando a cada mudança, trazendo também à colação exemplos jurisprudenciais, nacionais e estrangeiros, que considerámos essenciais para uma melhor compreensão da temática. Incluído neste capítulo e após uma parte mais expositiva doutrinária, procurámos deixar a nossa opinião sobre a fixação de cada um dos limites temporais que hoje se encontram previstos nos artigos 91.º e 92.º do CP.

Numa fase final do trabalho optámos por incluir exemplos de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros para que pudéssemos levar a cabo uma análise comparativa e crítica entre a solução atual portuguesa e as restantes.

Este foi o caminho percorrido para chegar até chegar ao momento conclusivo, no qual deixámos, e reiterando o que foi sendo vertido a cada um dos capítulos, a nossa opinião sobre a atualidade os regimes previstos, bem como tecemos considerações em prol da modificação do regime atual, não só ao nível da duração da medida de segurança de internamento, as também acerca da periodicidade para a sua revisão obrigatória e das estruturas (ou da falta delas) para que se preste o tratamento e cuidados de saúde necessários mesmo em momento ulterior à execução da medida de segurança.

2. Enquadramento breve da problemática- especial enfoque na evolução do tema em Portugal

Para que compreendamos o alcance do que se propõe tratar consideramos ser importante *a priori* fazer uma breve referência às mutações no tratamento penal das doenças mentais, que poderão explicar as linhas informadoras no paradigma legal atual.

Bastaria recuarmos ao Direito Penal do final do século XVIII, informado pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789, para nos depararmos com uma justiça penal que excluía do seu âmbito de aplicação o agente que padecia de anomalia psíquica. Estes eram tempos em que o juízo jurídico encontrava a sua fonte na moral, e nos quais o conceito de crime estava intrinsecamente associado ao *comportamento livre, voluntário e executado com discernimento*, por quem não goza das *luzes da razão*, para quem a aplicação de uma pena seria *bárbara, por não compreender nem a sua razão de ser nem os seus efeitos*.² Esta perspetiva poderá mais facilmente percecionada considerando que, já desde a Idade Média, vinha sendo perpetrada a convicção de que as doenças do foro psicológico eram consideradas demoníacas, resultantes do pecado, e eram “tratadas” através de exorcismos e com a aplicação de penas desproporcionadas em relação ao ato cometido, como a morte na fogueira, tortura ou a sangria.

Seguindo a análise de EDUARDO CORREIA, foi nos finais do século XVIII que o “louco” deixou de ser o amaldiçoado e descendente do diabo, para lhe passar a ser reconhecido o estatuto de doente, merecedor de tratamento hospitalar³. Esta foi uma conceção introduzida pela Escola Clássica, para a qual o agente dispõe de total livre-arbítrio na orientação da sua conduta, optando por delinquir em vez de cumprir a norma penal, motivo pelo qual pode ser responsabilizado. O Direito Penal Clássico via o delincente como o doente mental carecedor de tratamento, que se mantinha à margem do direito penal, por não lhe reconhecer a capacidade de se autodeterminar. Naturalmente que aqui estávamos perante uma conceção de pena que prosseguia uma finalidade *retributiva*, esta que obstava

² ANTUNES, Maria João, Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica, *Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2002; pp. 50ss.

³ O autor realça a importância, para esta evolução, do trabalho de Philippe Pinel, nomeadamente o “Tratado Médico-Filosófico Sobre a Alienação Mental”. O psiquiatra francês assumiu um importante papel na separação entre o doente mental e a justiça penal, apontando para a necessidade de garantir o adequado tratamento hospitalar ao inimputável, fora do campo das sanções criminais. -Cfr. CORREIA, Eduardo, *Criminologia- Texto dactilografado- Segundo as lições do Professor Doutor Eduardo Correia ao Curso do 6º ano de Ciências Histórico-Jurídicas*, 1955-1956; pp. 19-20.

a que a sanção penal fosse aplicada a um agente sem cognoscibilidade para se autodeterminar, em relação ao qual não fazia sentido infligir um mal equivalente àquele que o delinquente causou com o crime – crime que o mesmo não pretendeu praticar ou não conseguiu evitar.

Somente com o surgimento da escola positivista, na segunda metade do século XIX, é que se abre o âmbito de aplicação da norma penal aos portadores de anomalia psíquica, conformando-se um novo direito penal contra delinquentes perigosos, fossem estes imputáveis ou inimputáveis em razão de anomalia psíquica, desde que o facto pudesse ser “imputado” à sua autoria.⁴ Para a Escola Positivista a sanção penal passa, então, a ter uma finalidade de *defesa social* contra todos os delinquentes perigosos, tendo a perigosidade tomado o lugar da culpa, passando esta primeira a ser pressuposto e medida da pena.⁵

É através do Projeto Suíço de Carl Stoos, publicado em 1893, e que serviu de base ao Código Penal Suíço de 1942, que foi criado, pela primeira vez, um código penal consagrador de um sistema de medidas de segurança. Estas medidas de segurança, enquanto sanções criminais, tinham como objetivo principal a defesa da sociedade, em face à iminente perigosidade dos mesmos, prosseguindo, apenas subsidiariamente, o objetivo complementar de tratamento médico-psiquiátrico ou psicológico-social das causas da perigosidade criminal do infrator.⁶

Nesta fase, assistíamos a uma correspondência absoluta entre a existência de anomalia psíquica e a prática de crimes, motivada pelas certezas da psiquiatria biológica e positivista que firmemente via o portador de anomalia psíquica como, invariavelmente, irresponsável penalmente e atribuía-lhe, *por definição*, a característica de perigosidade – quando não criminal – pelo menos social. Como bem explica MARIA JOÃO ANTUNES, destas associações permitia-se que o ilícito praticado bastasse como mero indício de perigosidade, decretando-se o internamento de forma pouco exigente, para o qual contribuía também o *modelo médico paternalista* que perspetivava o internamento como um tratamento que seria

⁴ ANTUNES, Maria João, Op. Cit. (2); pp. 56ss.

⁵ *Ibidem*; p. 63.

⁶ CARVALHO, Américo Taipa de; “Direito Penal- Parte Geral, *Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*”, Editora da Universidade Católica, 3ª Edição, p. 82 e 83. Também no “*Código Penal Português- Notas de trabalho e legislação complementar*” pelos Magistrados do Ministério Público do distrito judicial do Porto- organização e coordenação Manuel Simas Santos; 1982, Porto Editora, p. 121.

sempre feito *no interesse e para o bem* do doente, ao qual, na verdade, não eram reconhecidos direitos fundamentais.⁷

A introdução destas medidas na legislação penal portuguesa começou no Código Penal português de 1852 e, posteriormente no Código Penal de 1892, sendo possível identificar, em ambos, verdadeiras medidas de segurança, ainda que na altura tivessem sido consignadas à categoria de penas.⁸ Poder-se-á afirmar que, a partir deste momento, o ordenamento jurídico-penal português passa a ser um sistema dualista, na aceção de que já começara a legislar no sentido de reconhecer a existência de sanções criminais que supõem, para quando não possa ser possível identificar culpa, a perigosidade do agente.

Estava então, no início do século XX, criado um novo paradigma da justiça penal, esta que tem como destinatário qualquer cidadão que praticar atos geradores de perigo para a sociedade no seu todo, e como critério de aferição da responsabilidade criminal a *culpa do agente*, para a aplicação de uma pena, mas também a *perigosidade criminal* quando se averiguar mais adequada a aplicação de medida de segurança. MARIA JOÃO ANTUNES, nesse sentido, explica que a norma assumiu um *valor objetivo, absoluto, indiscutivelmente obrigatório* aplicando-se a todos os perturbadores da segurança/paz social, independentemente das individualidades psíquicas singulares, porque, à partida, também o Estado desconhecerá para que cidadãos é que a ameaça (à sujeição penal) será eficaz na inibição da prática de futuros ilícitos.

Em Portugal, a primeira metade do século XX foi marcada pela Reforma Prisional de 1936 que reformulou o regime prisional no tocante à execução das sanções privativas da liberdade. A Reforma de 1936 foi importante por colmatar lacunas então existentes nas medidas de segurança a aplicar aos doentes mentais com imputabilidade diminuída e aos delinquentes alcoólicos, ambos socialmente perigosos. Exemplo de mecanismos previstos nesta Reforma foram a construção de estabelecimentos diferentes quando os diversos grupos de delinquentes a internar - com características distintas - assim o exigiam, mas também a

⁷ ANTUNES, Maria João, *O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica*, RRPC 2003, pp. 348-349.

⁸ Referimo-nos, a este propósito, as medidas contidas nos artigos 55.º do Código Penal de 1852 ou aos artigos 57.º, 58.º e 59.º do Código Penal de 1886, nas quais se faziam constar medidas como o desterro, o degredo (complementar à pena de prisão), a vigilância da política ou a entrega ao Governo dos delinquentes vadios. – Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal português- As Consequências Jurídicas do Crime*; 2ª Reimpressão; 2009; Coimbra Editora; p. 415-416.

criação de um serviço social dentro das prisões e de estruturas necessárias também para - a então chamada - liberdade vigiada.⁹

Assim projetada a responsabilidade criminal, e não sendo o nosso propósito a análise histórica do surgimento das Medidas de Segurança¹⁰, cingir-nos-emos a afirmar que o direito penal do século XX abre-se às Medidas de Segurança, por forma a colmatar a inegável *inadequação* da pena aos inimputáveis. Mantém-se a distinção clássica entre agentes imputáveis e agentes inimputáveis, mas agora assumindo o dualismo das reações criminais, na forma de Medidas de Segurança, a aplicar aos delinquentes incapazes de culpa.¹¹

3. A Medida de Segurança de Internamento de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica

A Medida de Segurança de internamento de inimputável encontra-se prevista, como já se indicou, no artigo 91.º do CP e a sua execução estende-se até ao artigo 99.º da lei penal. Este é o internamento aplicável para quem tiver praticado um facto ilícito típico e for considerado inimputável, sendo mandado internar, mediante decisão judicial, em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie. Urge que sejam feitas algumas clarificações quanto a cada um destes pressupostos.

3.1. Dos pressupostos para a decretação do Internamento

3.1.1. O facto ilícito-típico grave

⁹ SANTOS, Beleza dos, “Nova Organização Prisional Portuguesa- alguns princípios e realizações, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*”, 2, 1946, pp. 1-5.

¹⁰ Para essa análise, remetemos uma leitura atenta da Parte I da obra de ANTUNES, Maria João, Op. Cit. (2); em particular as pp. 66-73 e as notas bibliográficas nesta incluídas.

¹¹ A propósito da relação umbilical entre o juízo de censura ético-jurídica da culpa e a imputabilidade note-se o exposto por António Miguel Veiga “*só a alguém que detém a liberdade necessária para optar por determinada via comportamental (inteligência e liberdade inerentes à imputabilidade) é que pode ser assacada responsabilidade penal (com base na culpa)*” - VEIGA, António Miguel, “*Concurso*” de crimes por inimputáveis em virtude de anomalia psíquica: “*cúmulo*” de medidas de segurança?, *Julgar* n.º 23, 2014, Coimbra Editora, p. 246.

Hoje não mais são aplicadas, em Portugal, sanções criminais restritivas da liberdade ao inimputável pelo simples facto de um indivíduo padecer de anomalia psíquica, tendo o mesmo de ter levado a cabo um ato que possa ser *pelo menos* considerado, nos termos das regras da doutrina geral do crime, *como ilícito-típico*. Antes da entrada em vigor do CP de 1982 eram admitidas medidas de segurança pré-delituais, que nos termos do artigo 71.º, eram decretadas para *vadios, mendigos, rufiões, praticantes habituais de «atos contra a natureza»,* ou mesmo a *delinquentes políticos* sem que, para nenhum dos factos por estas “categorias de agente” praticados, houvesse previsão na lei penal que os mesmos constituíam ilícitos-típicos.¹²

Entre a versão do CP de 1982 e a sua revisão em 1995, foi substituído o segmento “*facto descrito num tipo legal de crime*”¹³ pela atual expressão “*facto ilícito-típico grave*”, resolvendo a questão sobre se haveria lugar à Medida de Segurança de Internamento quando praticado um facto formalmente típico, mas num contexto de causa de exclusão da ilicitude.

Hoje vale, em pleno, o *princípio do ilícito-típico* - que se revela, igualmente, pela prescritibilidade destas medidas, nos termos do artigo 124.º do CP – sendo este o pressuposto que melhor distingue a medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica do internamento compulsivo previsto na LSM, este que é uma sanção de natureza administrativa que tem como pressuposto a *mera perigosidade do agente*. Relativamente à prática do *facto ilícito típico*, FIGUEIREDO DIAS vem esclarecer que se trata da prática, pelo inimputável, de um *facto criminoso, com ressalva de todos os elementos que pertençam à categoria da culpa ou dela decorram*. Acrescentando que não importa somente da prática de um *tipo-de-ilícito*, tendo esse facto de atingir o *limiar mínimo da dignidade sancionatória criminal*, merecedor de punibilidade, sob pena de aplicar uma medida de segurança injustificada.¹⁴

ANABELA RODRIGUES, na senda da tese de FIGUEIREDO DIAS, explica-nos que o pressuposto da prática de facto ilícito cumpre uma dupla função: de *indiciador da*

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, Op. Cit. (8) pp. 438 e 439.

¹³ Do artigo 91.º n.º 1 lia-se “*quando um facto descrito num tipo legal de crime for praticado por indivíduo inimputável nos termos do artigo 20.º, será este mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da natureza e gravidade do facto praticado, houver fundado receio que venha a cometer outros factos típicos graves.*”

¹⁴ O autor incorre na referida ressalva, esclarecendo que o que por ora se trata é da adoção de comportamento ilícito que comporta, em si mesmo, um desvalor jurídico-penal, alheio à atitude interna do agente perante esse desvalor - atitude que o mesmo reforça que *só pode ser tocada pelo problema da inimputabilidade por motivo de anomalia psíquica*. - DIAS, Jorge de Figueiredo, Op. Cit. (8); pp. 460-467.

perigosidade do inimputável e, ao mesmo tempo, auxilia na tarefa de erguer das balizas delimitadoras da aplicação da medida de segurança.¹⁵ Contudo, a este respeito, faz CRISTINA LÍBANO MONTEIRO a ressalva de que o facto ilícito é somente *co fundamento* na fixação dos limites da medida de segurança de internamento, na medida em que o facto concorre, *em parceria*, com a perigosidade, não se apresentando, nenhum dos pressupostos isoladamente considerados, como suficientes para legitimar a intervenção do Estado neste âmbito.¹⁶ Segundo os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, a *gravidade* do facto praticado releva da mesma forma que os fatores de medida da pena do artigo 71.º n.º 2 do CP guiam o juiz na determinação da medida da pena. Rejeita-se, assim, a tese sustentada somente na mediação do princípio da proporcionalidade e afasta-se também de uma construção que fizesse corresponder o tempo de duração da medida de segurança ao tempo de prisão que cumpriria o agente imputável que praticasse esse mesmo facto.¹⁷

Explica-nos, MARIA JOÃO ANTUNES, que uma das consequências do processo de aproximação entre as medidas de segurança e as penas, com o intuito de fazer valer para as primeiras as garantias político-criminais que já informavam as segundas, foi, efetivamente, a crescente importância conferida ao *facto ilícito-típico praticado*, até que o mesmo passasse a ser, como é hoje e acabámos de ver, um verdadeiro pressuposto para a decretação da medida de segurança, ao lado da perigosidade do agente.¹⁸

3.1.2. A inimputabilidade do agente

A inimputabilidade começa por ser prevista, em Portugal, com o CP de 1886, cujo artigo 26.º definia o seguinte: “*somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade*”. Vivíamos ainda tempos de Direito Penal Clássico, que não reconhecia dignidade penal ao facto praticado pelo inimputável, deixando-o do lado de lá das fronteiras da justiça penal, enquanto ser estranho, ao qual não eram atribuídos direitos.

Hoje, a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica vem plasmada no artigo 20.º do CP, dispondo, o n.º 1, que serão declarados como inimputáveis aqueles que, por força

¹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Sistema punitivo português: principais alterações no código penal revisto*, Sub judice, Lisboa, janeiro-junho 1996, p. 37 Também DIAS, Jorge de Figueiredo, Op. Cit. (8) p. 439.

¹⁶ MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e In Dubio pro Reo- Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, em 1995, Coimbra Editora, p. 152.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, Op. Cit. (8); pp.467-469.

¹⁸ ANTUNES, Maria João, Op. Cit. (7), pp. 350-352.

de uma anomalia psíquica, são incapazes, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação, intitulado-se esta de *inimputabilidade natural*. Mais ainda, no n.º 2 encontram-se estipulados os casos de imputabilidade diminuída quando alguém, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possam ser censurados, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

EDUARDO CORREIA define a imputabilidade como o “conjunto de qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura ao agente por ele não ter agido doutra maneira”¹⁹. Esta conceção pressupõe já a concorrência entre o *elemento biológico*, a anomalia psíquica, e o *elemento normativo*, da incapacidade de avaliar e de se orientar de acordo com uma avaliação conclusiva no sentido da ilicitude do ato.

Atualmente a imputabilidade ou inimputabilidade de um agente implica sempre a consideração de uma relação de causalidade entre a anomalia psíquica e o facto praticado, não sendo algo que se estabeleça em abstrato sob um indivíduo e, reporta-se sempre, ao momento da prática do facto. A este propósito faz-se referência ao propugnado por CRISTINA LÍBANO MONTEIRO em como *não existe imputabilidade ou inimputabilidade sem facto*, já que, por um lado, nem sequer se suscitaria a questão da inimputabilidade, mas, principalmente, porque *a suscetibilidade ou insusceptibilidade de culpa se define por referência a esse facto determinado*.²⁰ Desta atual conceção de declaração de inimputabilidade que se reporta ao momento da prática do facto torna-se possível que o autor de vários ilícitos-típicos seja declarado imputável em relação a alguns deles e inimputável em relação a outros.

O legislador português optou, tanto no Código Penal como na LSM, por prosseguir com o conceito de *anomalia psíquica*, não discriminando um elenco ilustrativo para tal conceito – cremos nós tendo em consideração a velocidade nos avanços da médico-científicos que não é passível de ser acompanhada pela evolução normativa – fixando apenas o conceito de *anomalia psíquica*, conotado de uma suficiente amplitude para abarcar doenças mentais de origem física, já comprovadas ou presumidas, também as perturbações

¹⁹ CORRIA, Eduardo *Apud* ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, que clarifica, quanto às qualidades pessoais, que são, segundo o Código Penal português, o atingimento da idade mínima de 16 anos, sendo somente a partir dessa idade que se pressupõe uma normalidade psíquica associada. – VEIGA, António Miguel; *Op. Cit.* (11); p.248.

²⁰ MONTEIRO, Cristina Líbano, *Op. Cit.* (16), p. 129.

da personalidade e até os casos de agentes com perturbação de consciência, despoletada pelo consumo de álcool ou estupefacentes, desde que subsumíveis à previsão do artigo 20.º do CP.²¹ Esta opção foi alvo de concordância junto da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão datado de 19 de novembro de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 63/2000.C1.S1, no qual se lê:

*“II - Não nos dá a lei a noção de anomalia psíquica; e seria pouco aconselhável que o legislador tivesse de harmonizar a definição que este conceito haveria de abranger, pois que a ciência médico-psiquiátrica, a verdadeira autoridade nesta matéria, o não pode cristalizar no seu natural, racional e contínuo aperfeiçoamento, sempre permeável à atualização do seu conteúdo; podemos, porém, adiantar que “anomalia psíquica” compreende qualquer perturbação das faculdades intelectuais ou intelectivas (afetando a inteligência, a perceção ou a memória) ou das faculdades volitivas (atinentes quer à formação da vontade, quer à sua manifestação).”*²²

É, contudo, logo a nível conceitual que os problemas começam a surgir e se faz notar o desfasamento entre o mundo da psiquiatria, nas palavras da nossa jurisprudência, a autoridade nesta matéria, e o mundo do direito. O conceito de *anomalia psíquica*, na discussão da proposta de lei que precedeu à aprovação da LSM, foi classificado por JOSÉ VERA JARDIM, Ministro da Justiça à altura, como um “*conceito estritamente médico suficientemente genérico, de uso generalizado na prática médica, cobrindo um vasto leque de psico-patologias*”, contudo, o mesmo conceito não corresponde a nenhum diagnóstico médico, havendo inclusive médicos que o identificam como sendo um conceito meramente jurídico.²³

Para que possamos perceber, ainda que de forma leviana, quais as patologias que cabem neste amplo conceito, seguimos a análise de JOANA COSTA, que categoriza cada tipo de doença conforme a sua origem. Segundo a autora, incluídas no conceito de *anomalia*

²¹ Esta opção goza de menção por Eduardo Correia no Anteprojeto do Código Penal de 1982, referindo o autor que: *preferiu-se uma designação ampla à enumeração das doenças e estados psíquicos anómalos susceptíveis de fundamentar a inimputabilidade — já que é muito difícil, e sobretudo muito precário, fazer uma enumeração completa daqueles-* CORREIA, EDUARDO Apud COSTA, Joana A Relevância Jurídico-penal das Perturbações da Personalidade no Contexto da Inimputabilidade, Revista Julgar n.º 15, 2011, pp.57

²² Disponível através do endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/4C62C44FEDCC5E3380257F0200576050> e consultado, pela última vez, no dia 09/10/2021.

²³ VIEIRA, Fernando, e BRISSOS, Sofia “Direito e Psiquiatria_ Um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria”, Revista Julgar n.º 3, 2007, p. 46.

psíquica estão as doenças mentais com *origem física já comprovada* - aquelas que consistem em fenómenos psíquicos inexplicáveis num quadro de vida psíquica normal, tendo a sua origem numa lesão orgânica exterior à mente - das quais servem como exemplos o síndrome de Down, a doença de Alzheimer. Existem também as doenças de *origem traumática* (traumatismos encefálicos decorrentes de acidentes) e as de *origem física presumida*, aquelas que a maioria da doutrina psiquiátrica presume que sejam doenças patogénicas, com origem em alguma deficiência cerebral, mas cuja proveniência física ainda não tenha sido cientificamente comprovada, como a esquizofrenia e a perturbação bipolar. Por fim, e como explica a autora, no seguimento do modelo alemão e em claro distanciamento da teoria de SCHNEIDER, em Portugal preferiu-se um conceito amplo de anomalia psíquica que também inclui as *reações vivenciais anormais*, como as neuroses, as perturbações dos impulsos ou da sexualidade, como o masoquismo ou o exibicionismo, e as perturbações da personalidade.²⁴

De referir que questão da inimputabilidade do agente obsta, logicamente, a que a conduta do agente seja subsumível ilícitos típicos que revelem particular censurabilidade e pressuponham *um tipo especial agravado de culpa*, não configurando, em si, como autónomos tipos objetivos de ilícitos. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, em acórdão datado 26/06/2002, esclarece que:

*“sendo o inimputável incapaz de culpa, óbvio se torna não poder, quanto a ele, valer como “facto ilícito típico” (art. 91, nº 1 do CP), pressuposto da medida de segurança de internamento, o homicídio qualificado do art. 132 do C. Penal, por aqui não estar previsto um tipo de ilícito, seja no seu todo ou em qualquer das suas alíneas, mas tão somente um tipo especial agravado de culpa que, por sua própria natureza, não pode ser atribuída ao inimputável”.*²⁵

²⁴ Cfr. COSTA, Joana *Op. Cit.* (21), pp.55-56.

²⁵ Acórdão do STJ, datado de 26/06/2002, proferido no âmbito do processo n.º 02P3317, consultado no dia 20/09/2021. (disponível através do endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/66d0f6ca2286a27480256d6400453c9e?Op enDocument>) bem como o Acórdão do STJ, datado de 12/04/2000, analisado por NUNO BRANDÃO – Cfr. BRANDÃO, Nuno; “*Limites da duração da medida de segurança de internamento- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de abril de 2000*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, 2000. Estes acórdãos demarcam-se num sentido inverso ao que já havia sido proferido neste mesmo Tribunal Superior em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19/10/94 (processo n.º 47175) quando decidiu no sentido de que: “I- A circunstância de o inimputável agir, devido à anomalia psíquica, com exclusão da sua culpa, não impede que seja verificada essa culpa e a censurabilidade na sua conduta concreta, para efeito de o crime ser qualificado, nomeadamente como homicídio qualificado, para efeitos de lhe ser aplicada a medida de

Em suma, depois da prática de um facto ilícito-típico, a questão que o perito psiquiatra procurará responder quando chamado a aferir da inimputabilidade do agente, nos termos do artigo 160.º do CPP, é a de averiguar da existência de algum tipo de patologia que possa ter minado a capacidade do agente de avaliar ilicitude da sua conduta, bem como de conseguir alterar a trajetória dessa mesma conduta em face dessa avaliação, sempre em referência ao concreto momento e à prática do determinado facto.²⁶

3.1.3. A manutenção do estado de perigosidade criminal no momento de decretação da medida de segurança

Verificados os anteriores pressupostos, por fim, terá de se aferir da subsistência de um juízo de prognose desfavorável quanto à *perigosidade criminal do agente*, que leve o juiz a concluir que, em consequência da anomalia psíquica de que o autor do crime padece e da gravidade da conduta típica por si levada a cabo, subsiste um *fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie*.

Para que compreendamos o que está em causa quando falamos em *perigosidade do agente*, faremos um breve apanhado da evolução história do conceito, para que possamos compreender os atuais problemas que o mesmo comporta.

3.1.3.1. Do conceito de perigosidade do agente

*“A medida de segurança, imposta em correlação com a perigosidade criminal do agente, perdura enquanto persistir esta última...A perigosidade, porém, é um estado mais ou menos duradouro, mas instável; a verificação da perigosidade actual não comprova necessariamente a perigosidade futura”.*²⁷

segurança de internamento prevista no artigo 91º do Código Penal” - Cfr. GONÇALVES, Maia, “Código Penal Português- Anotado e Comentado, Legislação Complementar”, 18.ª edição, Almedina, 2007, p. 387.

²⁶ De referir que a averiguação da imputabilidade criminal é feita nos termos do artigo 160.º do CPP, da responsabilidade de um psicólogo que leva a cabo a perícia sobre a personalidade. Esta destina-se a avaliar a pessoa do arguido, em referência à sua personalidade e perigosidade, por forma a concluir pelo grau de culpa, ou, noutros casos, a auxiliar o juiz a ponderar sobre a revogação da prisão preventiva. Diferente é a opinião pericial do artigo 159.º do CPP, vertida num relatório psiquiátrico que conclui pela verificação (ou não) da existência de pressupostos de perigosidade e da sua necessária relação com a patologia do agente para efeitos de decretação de medida de segurança. -Cfr. VIEIRA, Fernando, e BRISSOS, Sofia *Op. Cit.* (23); p. 50. Também SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel; *Código de Processo Penal Anotado*; 3ª Edição, I volume (art. 1.º a 240.º) Doutrina, Legislação, Jurisprudência; 2008, p. 1067.

²⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “Lições de Direito Penal, Parte Geral II Penas e Medidas de Segurança”; Ano Lectivo de 1987-1988 na Faculdade de Ciências Humanas da U.C.P; p. 218.

É a partir das palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA que escolhemos iniciar a análise deste que é o conceito chave no tema da medida de segurança de internamento de portador de anomalia psíquica. Das mesmas se extrai uma visão sobre a delimitação temporal do internamento que não corresponde à atual, mas que poderia, à luz do atual estado evolutivo das ciências psiquiátricas e em torno da saúde mental, significar o mais adequado e condigno critério para duração do internamento.

A *perigosidade* começou por surgir da contraposição entre a loucura e o crime, na procura de respostas criminológicas que informassem o direito penal, com base em estudos necessariamente ligados à medicina mental. O conceito foi evoluindo ao longo dos últimos três séculos, com contributos como os dos estudos de LOMBROSO a incidir sobre as características anatómicas, fisiológicas e físicas características de um *criminoso-tipo*, mas também de estudos do seu discípulo FERRI, que conclui que o criminoso é conformado por condicionantes biológicas, físicas e sociais (acabando inclusive por eleger como principal causa do crime, a sociedade) e de RAFFAELE GAROFALO, o responsável pela introdução do conceito de *perigosidade* no domínio penal. Este último autor defendia uma teoria segundo a qual um ato que é crime é-o universalmente – por toda e qualquer sociedade desenvolvida – e, em decorrência dessa construção, caracterizava o *criminoso* como sendo um ser incapaz de desenvolver sentimentos de piedade e de probidade, em resultado de falhas congénitas ou adquiridas, que fazia deste um ser moralmente inferior aos restantes.²⁸

Na doutrina portuguesa, CAVALEIRO DE FERREIRA debruça-se sobre o conceito de perigosidade, identificando duas categorias de perigosidade²⁹, chegando à conclusão de que a perigosidade criminal, aquela que, como veremos, fundamenta hoje a decretação de medida de segurança, é composta pelo seu elemento *descritivo* – a probabilidade futura de vir a cometer um crime – e pelo elemento *normativo* – o crime que, segundo o autor, nos

²⁸ MANITA, Celina, *O conceito de perigosidade, Implicações para o diálogo interdisciplinar entre a Psicologia e Direito Penal*, Sub Judice 22/23, julho/dezembro, 2001, pp. 38 a 40.

²⁹ Distingue a *perigosidade de ação* da *perigosidade do delinquente* sendo, a primeira, a que se pressupõe existir nos crimes de perigo ou, na parte geral do direito penal, é a que é projetada nos delitos de omissão ou na punibilidade da tentativa; a segunda tem como referente a pessoa - e não já a ação - e pressupõe um juízo de prognose simples em face ao facto praticado e a probabilidade de continuação na prática de factos da mesma índole. – FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “*A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*” - *Dissertação* de concurso para uma vaga de Professor Extraordinário (Ciências Jurídicas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- Depositários Portugália Editora, Lisboa, 1943, pp. 188- 190.

indica a *direção da perigosidade*.³⁰ Assim, a perigosidade criminal do agente está intimamente ligada ao crime que o agente pratica, esse que é indiciário do *conteúdo do comportamento que devemos esperar desse mesmo indivíduo*.

Nos anos 30 do século passado, a perigosidade começa por aferir-se através da probabilidade de um agente, numa concreta situação, praticar um ato criminoso. Já nos anos 60 e 70 as teorias predominantes são as *interaccionistas*, que privilegiam a desviância secundária, proveniente do contexto social, deixando de parte os fatores individuais. Atualmente, na doutrina penal, atravessamos um período de crítica à noção de perigosidade, em que se interroga o seu sentido e alcance.³¹

No campo da psicologia e psiquiatria o conceito de *perigosidade do agente* não está isento de críticas. PETER SNOWDEN afirma, inclusive, ser discutível se o conceito tem correspondência e valor específico no campo da psiquiatria, enfatizando que o conceito poder-se-ia reconduzir apenas a suposição genérica de que “*past harm predicts future behavior*”.³²

Num movimento de distanciamento crítico do paradigma das certezas da psicologia positivista, a psiquiatria afasta o termo *perigosidade*, substituindo-o por a uma *avaliação do risco de violência* que consiste na análise da futura prática de comportamentos violentos, sem a perspetivação de um indivíduo como perigoso ou não perigoso.³³ Nos anos 80 do século passado, a *avaliação do risco de violência* era feita através de dados recolhidos em sede de entrevista ao agente, sendo este um método muito influenciado pela perceção subjetiva do avaliador, que no juízo seu avaliativo preferia obter falsos positivos – casos em que o juízo de prognose de violência é positivo mas acaba por nunca consumar atos de violência – do que de falsos negativos, de agentes que acabaram por delinquir.³⁴ A partir de meados dos anos 90, passou a preponderar *o método de juízo profissional estruturado* que

³⁰ *Ibidem*; pp.192, em convergência, também Figueiredo Dias nos diz que na prognose desfavorável, o receio de prática de factos ilícitos da mesma natureza não implica que tenha de ser o mesmo tipo de crime, mas antes, que essa probabilidade resida na prática de factos *que possuam uma conexão substancial com o praticado* (v.g. *todos eles sejam factos violentos contra pessoas*) – Cfr. DIAS, Jorge *Op. Cit.* (8); pp. 470.

³¹ MANITA, Celina, *Op. Cit.* (28); pp. 43 e 44.

³² SNOWDEN, Peter “*Practical aspects of clinical risk assessment and management*” *Apud.* VIEIRA, Fernando, e BRISSOS, Sofia *Op. Cit.* (23), p.51.

³³ *Ibidem*, p.51.

³⁴ Para uma análise mais extensa e pormenorizada destes métodos de avaliação do risco, com exemplos de estudos sobre doentes mentais acompanhados no pós altas, ALVES, Sílvia Marques, “*A execução da medida de segurança de internamento: uma reflexão sobre a sua estrutura dogmática e compreensão prática, no contexto do Direito Criminal centrado na perigosidade*” Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017; pp. 69 a 74.

engloba uma avaliação clínica com base em várias entrevistas do examinado, entrevistas familiares, consulta do processo clínico e judicial, análise da história biográfica e de antecedentes clínicos e psiquiátricos, pesquisa acerca do sistema educacional, das atividades laborais, entre outros instrumentos e meios de obtenção de dados.³⁵

3.1.3.2 A prognose desfavorável

A perigosidade do agente está, então, intrinsecamente ligada, quer à gravidade da conduta ilícita perpetrada, quer à doença mental de que padece o agente, sendo certo que essa perigosidade do agente, para fundamentar a decretação do internamento, terá de subsistir no momento da decretação. Como, de facto, estado de perigosidade *não corresponde a um estado permanente e imutável*, sendo, por sua vez, condicionado pela influência de múltiplos fatores externos e internos, motivo pelo qual a rotulagem que lhe está associada se reporta, necessariamente, a um *juízo subjetivo feito num determinado momento*, estão hoje previstas formas que permitem alterar o modo de execução da medida de segurança, por forma a restringir a liberdade somente na medida do necessário.³⁶

Da leitura atenta do atual artigo 91.º n.º 2 do CP se retira que, para aferir da existência de perigosidade do agente, o *jugador* terá de concluir existir um receio de que o agente venha a reincidir, mas essa reincidência é, de certa forma “qualificada”, exigindo-se que se faça prever que o agente praticará outros factos de semelhante natureza e espécie à do já praticado, sob pena de, se assim não fosse, estarmos a impor a intervenção estadual dependente de uma “*perigosidade criminal inespecífica ou sobre uma necessidade geral de socialização do agente*”.³⁷

Ensina-nos, FIGUEIREDO DIAS, que o juízo de prognose judicial, sobre a previsibilidade e determinabilidade de certo comportamento futuro tem em conta, em grande medida, a perícia criminológica, psiquiátrica ou psicológica, que *terá* de existir nos casos de decretação da medida de internamento. A este propósito, a jurisprudência do STJ já dispôs

³⁵*Ibidem*; p. 75.

³⁶ COSTA, Francisco Santos, “*Perigosidade e medidas de segurança. Reflexões a propósito de um caso de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*”, in Revista da Associação para o Estudo, Reflexão e Pesquisa em Psiquiatria e Saúde Mental, 1 (1996), pp.63-64.

³⁷ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS. – Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); p. 443 e mais tarde, no mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, *Op. Cit.* (15), p. 37.

no sentido de que o juízo de perigosidade cabe ao julgador, mas tendencialmente coincidirá com o sentido explanado pelo relatório pericial psicológico, previsto no artigo 160.º do CPP. A regra no valor desta prova pericial é a de que está subtraída à livre apreciação pelo tribunal, regime que, nas palavras do aresto, espelha:

“(11) (...) o abandono da conceção positivista em torno do poder de apreciação da prova pericial, de natureza absoluta, elevando o julgador à qualidade de detentor de um saber universal e enciclopédico que não possui, cada vez mais carecendo, para visão correta das coisas, de uma cooperação integrada por outros ramos do saber”.³⁸

O juiz poderá, ainda assim, nos termos do n.º 2 do artigo 163.º do CPP, divergir fundamentadamente a perícia psiquiátrica solicitando a realização de nova perícia ou requerendo a renovação da anterior, a cargo de outros peritos.

Em sentido divergente e já numa perspectiva mais positivista, a jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora, em acórdão datado de 14/05/2013, proferido no âmbito do processo n.º 457/12.7PBBJA.EI no sentido de reforçar o papel do julgador aquando da ponderação e averiguação da perigosidade do agente:

“(3) (...) a prognose individual sobre a perigosidade (...) é uma prognose de base médica (...) mas que não dispensa a ponderação – com base na experiência comum e nos conhecimentos e experiência de quem julga – de factores pessoais e situacionais, como sejam o enquadramento familiar e social do arguido, e, também, aspetos do facto típico e ilícito praticado ou do comportamento pretérito daquele, que possam ajudar a compreender se é possível que aquela estrutura de personalidade seja levada a repetir ilícitos idênticos em determinadas circunstâncias.”³⁹

O pressuposto da perigosidade criminal é, de facto, o mais importante e difícil dos juízos que há que formular em matéria de aplicação das medidas de segurança⁴⁰ exatamente porque encerra em si um juízo de prognose, a cargo do juiz, mas que em muito terá de ser informado pela medicina e, como veremos infra, as velocidades do direito e da

³⁸ Neste assunto, o Acórdão do STJ, de 04/02/11, melhor identificado in SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel; *Op. Cit.* (26), p. 1066.

³⁹ SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel; *Código Penal Anotado; Artigos 69.º-A ao 130.º*; volume 2: Rei dos Livros; p. 401.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); pp. 444 e 427

responsabilização penal nem sempre consegue acompanhar – e a nosso ver não acompanha atualmente - as mutações na psiquiatria.

O importante a reter, nesta matéria é que hoje, ao contrário do que acontecia nos séculos anteriores, a ligação entre a existência de uma anomalia psíquica e a perigosidade desse agente portador da doença já não é imediata, ou, sequer certa. O Relatório Psiquiátrico atualmente comporta, em Portugal, a descrição dos factos pelo qual é solicitada a perícia e o fim a que se destina (os contornos do crime cometido e a finalidade de verificação dos pressupostos da medida de segurança), exames clínicos, auto de notícia, relatórios anteriores (caso existam), notas de alta, exame direto ao arguido por meio de entrevista circundando, a mesma, à volta de temas como os factos que deram origem ao exame, os antecedentes pessoais e familiares, a doença atual, a observação feita ao arguido (com base na postura e aparência pelo decurso da entrevista) e eventuais exames complementares de diagnóstico. Este Relatório Psiquiátrico termina com as conclusões retiradas por parte dos peritos, das quais não se extraem já certezas, mas antes, probabilidades, sendo a única certeza identificável a da necessidade de tratamento do agente.⁴¹

Neste campo minado de incertezas e probabilidades em torno do conceito de perigosidade e do próprio juízo de prognose que a mesma implica, mais importante que nunca é que quando o tribunal, munido do relatório pericial psiquiátrico, estiver convencido de que a repetição de factos ilícitos (da mesma natureza) *é possível, mas não provável*; ou, *se tiverem persistido no seu espírito dúvidas inultrapassáveis quanto à probabilidade da*

⁴¹ Faremos uso, a este respeito, de um estudo com alguns exemplos de processos judiciais nos quais foram levadas a cabo Perícias Psiquiátricas, nos termos do artigo 159.º, bem como Perícias Psicológicas, nos termos do artigo 160.º ambos do CPP. Deixa-se aqui, a título ilustrativo, uma tranche das conclusões finais de um Relatório Psiquiátrico, num caso em que um agente que padece de esquizofrenia paranoide, praticou os crimes de ameaça e ameaça agravada, do qual se poderá denotar que as conclusões vertidas no Relatório Pericial identificam a *necessidade de tratamento* em face da manifesta manutenção da perigosidade, mas esta última não surge como mera consequência mecânica da existência de anomalia psíquica, resultando, antes, da análise casuística dos factos e da atuação do agente. Assim, o Relatório Psiquiátrico conclui: “A situação descrita nos autos está diretamente relacionada com ideias delirantes de conteúdo persecutório do examinando em relação ao vizinho e para as quais o examinando não estabelece crítica. Assim, conclui que, para os factos referidos nos autos, estava incapaz por anomalia psíquica grave de apreciar a ilicitude do seu comportamento e de se determinar por esta avaliação preenchendo os critérios médico-legais de inimputabilidade. Face às características da anomalia psíquica em causa e a gravidade do facto praticado, há fundado receio que o denunciado venha a cometer outros factos da mesma espécie, se o examinando não tiver tratamento psiquiátrico e psicológico, diminuindo de forma sensível se lhe for prestado este tipo de tratamento além de medidas de reabilitação psicossocial” – PINHO, Mafalda Nunes; “Relatório de Estágio no Juízo Local Criminal de Lisboa, Campus Da Justiça- A perícia psiquiátrica em Direito Penal”, Relatório de estágio com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem, março de 2019, pp. 26,48, 62.

repetição, não poderá haver lugar à decretação da medida de segurança, pelo menos na modalidade de internamento.

Como avança MARIA JOÃO ANTUNES, o contexto de certezas da psicologia biológica e positivistas passada - que associava automaticamente anomalia psíquica e crime – já foi ultrapassado e substituído pelas atuais respostas médico-psiquiátricas, munidas das evoluções psicofarmacológica, psicoterapêutica e psicossocial, que praticam modalidades de tratamento cada vez mais curtas e que nem sempre requerem internamento. Para mais, a autora coloca em causa a viabilidade de manutenção dos limites legais ao internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica em Portugal, face à duração médica atual dos internamentos.⁴²

Também não poderemos deixar de referir que, no seguimento do que acabámos de ver, parece-nos gritante a atual desadequação do conceito de perigosidade criminal do agente, patente, sobretudo, pela sua difícil concretização e averiguação. Nesse sentido, parece-nos não ser descabido a substituição do conceito de “*perigosidade criminal do agente*” pelo conceito de “*necessidade de tratamento do agente*”, esta última consentânea com a finalidade primordial – na nossa opinião, a única prosseguida autonomamente, como mais à frente veremos – da medida de segurança de internamento. Em vez de se proceder ao juízo de prognose que implica uma operação probabilística acerca da futura prática de factos ilícitos, a averiguação seria mais objetiva e direta, sobre a necessidade de compensação do agente e de tratamento adequado às necessidades que se demonstrassem existir, no momento de decisão condenatória e de determinação da medida de segurança, nomeadamente da modalidade e regime em que se executaria a medida de segurança.

Esta alteração traria, logicamente, uma maior preponderância da decisão do perito psiquiatra, implicaria uma eventual revisão do n.º 2 do artigo 163.º do CPP, opção que, ainda assim, consideramos ser mais conforme à finalidade de tratamento que move a intervenção do estado – e do direito penal – neste campo. Claro é também que uma perspetiva somente assistencial não se coaduna com a prossecução de quaisquer finalidades de prevenção geral positivas e de tutela da norma jurídica violada, podendo significar – e provavelmente significando – uma inadequação do direito penal, pelo menos com os alicerces de hoje, ao tratamento deste tipo de questões.

⁴² ANTUNES, Maria João, “*Consequências Jurídicas do Crime*”; 2ª edição, 2015, Coimbra Editora; pp.116 e 121.

3.1.4. A proporcionalidade da medida de segurança de internamento decretada

Há ainda uma outra exigência na aplicação da medida de segurança de internamento de inimputável por anomalia psíquica e que, ainda que não sendo um pressuposto propriamente dito, é um teste ao qual o julgador está subordinado no momento posterior ao de verificar a existência dos restantes pressupostos, no momento de decidir pela decretação desta sanção criminal.⁴³ Pese embora o atual entendimento do princípio da proporcionalidade esteja intimamente ligado à problemática da(s) finalidade(s) prosseguida(s) aquando da decretação da medida de segurança de internamento de portador de anomalia psíquica – que, por motivos de sistematização do nosso estudo escolhemos abordar mais à frente - no presente título fazemos uma explanação do que é o atual e predominante entendimento, doutrinal, legal e jurisprudencial, do princípio da proporcionalidade na decretação desta sanção.

O nosso Código Penal tem a consagração expressa do *princípio da proporcionalidade* no direito das medidas de segurança, no seu artigo 40.º n.º 3, que estabelece que a medida de segurança só pode ser aplicada se for *proporcionada* à gravidade do facto e à perigosidade do agente (indiciária, como vimos, da prática de outros factos futuros que comportem gravidade do mesmo calibre da do facto já consumado). De fazer referência à posição de MARIA JOÃO ANTUNES, segundo a qual o princípio da proporcionalidade deve incidir em exclusivo sobre a perigosidade criminal do agente, no sentido de a medida de segurança dever ser somente proporcionada em relação a esta perigosidade.⁴⁴ No seu entender não faz sentido aplicarmos ao inimputável uma medida de segurança fundamentada num juízo de proporcionalidade que considere gravidade do facto praticado pelo agente, facto esse relativamente ao qual o agente é judicialmente declarado inimputável. Assim, a autora concorda com uma formulação como a que se encontrava no artigo 133.º do Projeto de CP espanhol, no qual se podia ler que “*as medidas de segurança*

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo *Op. Cit.* (8), p. 450.

⁴⁴ A crítica desferida pela autora trata uma interpretação verdadeiramente consentânea com a posição que a mesma assume no atinente à questão de saber qual a finalidade prosseguida pela medida de segurança de internamento aplicável a inimputáveis. Esta restrição do princípio da proporcionalidade justificar-se-ia porque, de facto, no momento da tomada de decisão de decretação ou mesmo de definição do modo de execução da medida da sanção privativa de liberdade em causa, o elemento que a determinará é a manutenção do estado perigoso. – Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7) p. 356.

*devem ser proporcionadas à perigosidade revelada pelo facto cometido e à gravidade dos que seja provável o agente poder cometer.”*⁴⁵

Não obstante, no nosso ordenamento jurídico - e, como veremos numa fase posterior deste trabalho, também um pouco por toda a Europa - o juiz terá a seu cargo a tarefa de averiguar, primeiramente, se a aplicação de uma concreta medida de segurança ao caso é adequada à realização das finalidades da medida em si; de seguida, o julgador terá de concluir pela inexistência, no ordenamento jurídico, de medida menos onerosa ao agente, mas igualmente eficaz; e, por fim, cabe um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, por forma a perceber se a medida em causa não se demonstra desproporcionada em relação à gravidade do facto praticado.

No primeiro grau de avaliação, atinente ao *subprincípio da adequação*, a medida de segurança tem de cumprir, primeiramente a finalidade de socialização do agente cumprindo, lateralmente, também uma a função de garante da segurança da comunidade, neutralizando a comprovada perigosidade do agente. Com esta afirmação não fica, contudo, comprometida a tese de MARIA JOÃO ANTUNES acerca da finalidade única prosseguida com a medida de segurança de internamento de inimputável portador de anomalia psíquica, uma vez que, neste momento cabe um juízo generalista, relativo à totalidade das medidas de segurança, independentemente de se tratar de um agente inimputável ou de imputabilidade diminuída.

Segue-se o teste da necessidade, fruto do qual o julgador terá de concluir que o internamento do agente é a via mais viável para cumprir as sobreditas finalidades da sanção, não se vislumbrando que qualquer outra sanção criminal as logre cumprir e, simultaneamente, seja menos onerosa para o agente. De particular relevo será a ponderação entre a decretação do internamento ou a decretação de *suspensão da execução do internamento*, prevista no artigo 98.º do CP. Esta *suspensão* é decidida no momento de decretação da aplicação da medida, depois de se concluírem por verificados os três pressupostos sobreditos para a aplicação do internamento, o juiz optará pela suspensão da mesma quando ainda se vislumbre possível que a contenção da perigosidade e a socialização do agente possam ser feitas em liberdade e que o mesmo demonstra ter condições para cumprir as regras de conduta que lhe sejam decretadas, bem como seguir

⁴⁵ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7) p. 357.

com tratamentos e regimes de cura ambulatoriais apropriados e de se prestar a exames e observações nos lugares que lhe forem indicados.

Por fim, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito – ou o *princípio da proibição do excesso* - residirá, em grande medida, na ponderação entre *grau de perigo* de repetição de ilícitos graves que o agente representa e, se for claro para o juiz que a preterição da medida significa a breve prática de crimes, o mesmo poderá decidir decretá-la.⁴⁶ Assim, associada a esta ponderação de proporcionalidade está, necessariamente uma ideia de *menor intervenção possível*, ou, dito de outra forma, o princípio da subsidiariedade das medidas de segurança.

Para mais, e como avançado por FIGUEIREDO DIAS, é de repudiar o entendimento deste princípio subentendendo que haverá lugar à decretação de uma medida de segurança de internamento mediante uma lógica de equiparação entre essa e os casos em que, nas mesmas circunstâncias, mas para um agente imputável, ao mesmo se aplicaria uma pena de prisão. Falece de razão tal equiparação, não só porque uma medida de segurança surge, no nosso contexto jurídico, como *psicologicamente mais pesada para quem a sofre* - na medida em que a mesma não tem a duração pré-determinada (como na pena sabemos acontecer) - mas também porque as penas de prisão gozam de um amplo leque de medidas de segurança pelas quais deve ser substituída a pena de prisão – quando a tal não obstem as finalidades da pena – e tal não acontece para as medidas de segurança.⁴⁷

3.2. A natureza da Medida de Segurança privativa da liberdade

A discussão acerca da natureza jurídica desta sanção muito se deveu à vertente médico-assistencial da mesma, mas também, e seguindo a terminologia de MARIA JOÃO ANTUNES, pela inicial consideração do *facto* como mero *desencadeador* da medida de segurança; tendo sido este em tempos, tão só, e nas palavras de EDUARDO CORREIA, a *condição jurídico-formal dela* ⁴⁸. Esta conceção gozava de acolhimento junto dos positivistas, para os quais o relevante era o delinquente e não o delito, reduzindo-se o *facto* praticado à função de *sintoma* e de *prova da perigosidade criminal* do inimputável, mas não enquanto causa da aplicação da medida, sendo essa *apenas e exclusivamente o estado de*

⁴⁶ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); pp. 450 e 451.

⁴⁷ *Ibidem*; pp. 467-468.

⁴⁸ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*; p.50 *Apud.* ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2) p. 75.

perigosidade criminal do autor do crime.⁴⁹ De igual forma, também a Escola clássica, que concebe a Medida de Segurança com natureza administrativa, vê no facto o papel de *desencadeador* que aciona a imposição da lei penal, remetendo-se para o juiz a tarefa de apreciação do estado moral do agente e, por mediação de um princípio de adesão, a decisão de decretação da medida de segurança.

Seguindo o estudo de MARIA JOÃO ANTUNES, alguns nomes da Escola Clássica, como MANZINI e ROCCO, defendiam que as medidas de segurança representavam o *oposto* das penas, por não serem reflexo da intenção de tornar obrigatório o cumprimento de uma norma, não estando ligadas à averiguação de responsabilidade jurídica, motivos pelos quais os autores desta escola não as reconheciam enquanto reação à atuação ilícita. Além disso, nas palavras de MANZINI como as medidas de segurança são decretadas em função da perigosidade que *a lei presume e o juiz conclui* e, podendo modificar-se ou mesmo revogar-se com o decurso do tempo, mediante somente a análise da permanência da perigosidade que lhes deu origem, estas nem são consideradas sanções jurídicas.⁵⁰

A par da discussão da natureza das medidas de segurança, surge também o debate sobre a sua inclusão ou exclusão dos códigos penais ou a criação de diplomas legislativos distintos, para que separadas estivessem as normas legais repressivas das normas de índole preventiva. Como exemplo que optou pela criação de diplomas legislativos diferentes existe hoje o caso francês, ao qual faremos referência mais à frente.

O paradigma do facto como *ocasião* da imposição medida de segurança e não como *causa* e *pressuposto* da mesma começa a ser abandonado no decorrer no século XX, com a substituição do *direito penal do agente* – característico da doutrina propugnada nos totalitarismos italiano e alemão dos anos 30 do mesmo século- pelo *direito penal do facto*. A este respeito, e ainda dentro de uma ótica de direito penal do agente, CAVALEIRO DE FERREIRA nos anos 40 do século passado (numa análise sobre a prática do facto criminoso, a personalidade do delinquente e à relação destes com a culpabilidade e com a perigosidade) conta-nos que *o objeto da culpabilidade, em tese, tanto pode ser o criminoso como a personalidade do delinquente*, e neste último sentido, o delinquente pode ser condenado pela personalidade adquirida, sendo que dessa forma o juízo de reprovação da ordem jurídica

⁴⁹ *Ibidem*; p. 76.

⁵⁰ MANZINI, *Apud. Ibidem*; p.84.

impõe-se *pela conformação que [o agente] deu à sua personalidade, na medida em que a criação ou desenvolvimento desta se encontra no domínio da sua vontade.*⁵¹

Em Portugal, as primeiras disposições normativas das quais constavam medidas de segurança eram ilustrativas de uma adoção de direito penal do agente, sendo que estas sanções criminais se aplicavam a vadios, mendigos, prostitutas e os que com a atividade destas lucrasses, sem que, como *supra* já se esclareceu, os atos praticados por estas categorias de agentes fossem tipificados como ilícitos. A doutrina penal portuguesa foi-se insurgindo contra estas soluções legais que, segundo EDUARDO CORREIA nada mais eram que *estados perigosos, certas formas parasitárias de vida e tipos profissionais de agente* que apesar de poderem representar um perigo à lesão de bens jurídicos, muitas vezes não estavam ligados ao cometimento de *factos penais isolados*.⁵²

A Medida de Segurança assume-se como uma verdadeira sanção de natureza criminal a partir da Reforma Prisional de 1936, aplicável aos agentes declarados inimputáveis em virtude de anomalia psíquica, passíveis de serem internados em manicómio criminal (artigos 147º a 152º), e os mendigos, vadios e equiparados (artigos 153º a 168º). MARIA JOÃO ANTUNES explica que este reconhecimento da medida de segurança como sanção de feição criminal teve que ver com a expansão do Direito Penal Clássico, assente numa nova conceção de responsabilidade jurídico-penal, que já não pressupõe a imputabilidade, mas que se passa a definir como *o elemento que faz com que o comportamento antijurídico de uma pessoa lhe seja imputado, em termos tais que determinam a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança*.⁵³ Contudo, não pode

⁵¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção* -Dissertação de concurso para uma vaga de Professor Extraordinário (Ciências Jurídicas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- Depositários Portugália Editora, Lisboa, 1943, p. 77; Hoje é assente que seguimos a conceção de Direito Penal do Facto, na medida em que as normas jurídico-penais fazem depender a punibilidade dos factos singulares praticados e da sua natureza e o que fundamenta a aplicação de sanções aos agentes é a efetiva prática de factos tipificados nas normas como crime. Contudo, nos totalitarismos fascistas alemão e italiano dos anos 30 do século passado, a doutrina penal que vigorava era caracterizada por prosseguir um Direito Penal do Agente, para o qual a punibilidade se relacionava com os tipos e características da personalidade dos agentes, sendo a aplicação de sanções a reação da justiça penal contra um certo estereótipo de personalidade. - Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo “*Direito Penal - Parte Geral - Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*” ,3ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 275.

⁵² Um importante passo na adoção de direito penal do facto sobre o do agente, em Portugal, foi a desconsideração de crimes como o de prostituição e de rufianaria, que constavam dos trabalhos preparatórios do CP de 1982 mas acabaram por não figurar na versão que entrara em vigor, como explica MARIA JOÃO ANTUNES. – Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit* (2); p. 159.

⁵³ *Ibidem*; pp. 147; 152;

dizer-se que tenha sido pacífica esta inclusão das medidas de segurança no campo do Direito Penal em Portugal, destacando-se a oposição de CAVALEIRO DE FERREIRA.⁵⁴

Hoje não se discute, já, a natureza das medidas de segurança, estando assente constituem sanções criminais. Este reconhecimento deu-se de tal forma que, como ensina MARIA JOÃO ANTUNES, não houve só uma inclusão da medida de segurança no direito penal, mas a sua evolução desenrolou-se no sentido de se equiparar ao direito penal das penas. A este respeito, a autora destaca vários fatores, de entre os quais, a submissão das medidas de segurança às garantias e princípios do Estado de Direito, assim como o facto de a legitimação da medida de segurança passar a *residir em considerações de pura utilidade pública*, resultando na autonomização do facto ilícito como pressuposto (também) para a medida de segurança e não só a perigosidade criminal.⁵⁵

4. A Duração do internamento em Portugal

Como abordado no ponto 3.1.4., o *princípio da proibição do excesso* - decorrente do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, com referente constitucional expresso no artigo 18.º n.º 2 da Lei Fundamental e, também, no artigo 40.º n.º 3 do CP – cumpre funções análogas, às ocupadas pelo *princípio da culpa*, quando falamos de penas. Quer isto dizer que no direito das medidas de segurança, o internamento do inimputável é decretado quando tal se demonstre ser proporcional à gravidade do *facto ilícito-típico* praticado pelo agente e à *perigosidade criminal* que este representa.

O que nos propusemos analisar neste estudo, prende-se com o problema de saber se é admissível a decretação de limites temporais mínimos e máximos inultrapassáveis às medidas de segurança. Esta é uma questão controversa porque, pela leitura articulada dos normativos supracitados e como se acabou de referir, a medida de segurança de internamento de inimputável tem de ser, à luz do direito das medidas de segurança atual, proporcionada à

⁵⁴ O autor não reconhece às medidas de segurança carácter sancionatório, fazendo depender a tutela jurídica, por um lado, da capacidade do destinatário da norma de compreender a ameaça que os preceitos transmitem por mediação da aplicação da pena, como da capacidade volitiva para esse mesmo destinatário se posicionar de acordo com o entendimento que colheu dessa norma. Perspetiva, assim, o autor, as medidas de segurança como medidas de tutela jurídica sem carácter sancionatório que só se incluem num Direito Penal *lato sensu* e, atentando aos fins que prosseguem, são dotadas na verdade de uma natureza administrativa.

No mesmo sentido e perspetivando a prática do facto como mero *desencadeador* da Medida de Segurança, refere FIGUEIREDO DIAS, em 1975, “*a exigência de legalidade justifica que a sua aplicação caiba a um tribunal comum e a sua indispensabilidade justifica que a aplicação pressuponha a prática de um facto descrito como crime por uma lei penal ... e seja feita pelo juiz penal*”.- Cfr. ANTUNES, Maria João *Op. Cit.* (2); p. 155.

⁵⁵ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); pp. 352-353.

gravidade do facto e à perigosidade do agente, apesar de ser certo que depois, de cessar o estado de perigosidade, a medida perde o fundamento que primordialmente que lhe deu origem. Assim, a fixação de um limite mínimo de duração do internamento de portador de anomalia psíquica poderá significar a restrição da sua liberdade, por períodos em que a mesma já não se justifica, o que naturalmente colocará em causa a natura *ultima ratio* da intervenção do direito penal. Por outra, a lacuna na fixação de um teto máximo intransponível a todos e quaisquer internamentos pode autorizar a manutenção perpétua de internamentos, numa clara desigualdade de direitos em relação ao que acontece no campo das penas.

Pode dizer-se que discussão quanto à fixação de limites mínimos e máximos foi desencadeada pelo Anteprojeto suíço de Stooss, através do qual o autor deu o mote para a revolução na temática dos limites de duração das mesmas. O artigo 40.º do Anteprojeto balizou a duração do internamento para o delincente que reincidisse, depois da execução da pena, prevendo um limite mínimo de 10 e um máximo de 20 anos de internamento.⁵⁶ É certo que indeterminados permaneciam os internamentos de agentes não reincidentes, mas não deixa este de ser um importante passo para a sistematização das medidas de segurança e para despoletar o controverso tema do enquadramento temporal destas sanções criminais.

Contudo, esta não é uma questão de análise puramente jurídica, sendo de considerar que a duração da medida de segurança de internamento vem sempre ancorada ao conceito de *perigosidade*, o seu pressuposto de difícil averiguação e cuja identificação carece sempre de ser informada por pela psiquiatria. O legislador penal português foi particularmente fértil na criação de disposições atinentes a duração do internamento, sem que possamos afirmar, a nosso ver, que a questão esteja hoje – e como já deveria estar – concretamente determinada. Ocupar-nos-emos *infra* da análise de cada um desses preceitos, partindo da sua evolução legislativa, acompanhada da crítica doutrinal que em relação a cada um desses foi surgindo, assim como a interpretação e aplicação jurisprudencial de que os mesmos foram sendo alvo.

4.1. O limite mínimo do Internamento

⁵⁶ Cfr. FERRARI, Eduardo Reale; “*Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*”; Editora Revista dos Tribunais: 2001; p.175.

Com a reforma do Código Penal de 1982, pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/03 de 1995, o artigo 91.º n.º 2 dispõe que, quando um inimputável pratique um facto que consubstancie *em crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos* a medida de segurança de internamento terá uma duração mínima de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da *ordem jurídica e da paz social*.

A evolução histórica demonstrou já que na motivação por detrás do surgimento das medidas de segurança privativas da liberdade foi a prossecução da finalidade de prevenção especial inibitória – e impeditiva – da perpetração de crimes por parte de indivíduos inimputáveis. O próprio pressuposto para a decretação da medida de segurança, da manutenção da *perigosidade criminal do agente*, espelha este mesmo propósito preponderante de evitar a futura prática de factos ilícitos-típicos pelo agente que ainda oferece razões para crer que essa reincidência ainda é provável. Ensina FIGUEIREDO DIAS que esta finalidade de prevenção especial positiva comporta em si uma dupla função: a de socialização – a função preponderante – e de segurança – residual para os cenários em que, se demonstre impossível a socialização do inimputável.⁵⁷

Todavia, o artigo em análise faz uma interligação entre a decisão de libertação do indivíduo, antes do decurso do seu prazo mínimo, desde que tal obste à *defesa da ordem jurídica e da paz social*, despoletando a discussão, de que nos ocuparemos de seguida, sobre se, também na medida de segurança privativa da liberdade, são prosseguidas finalidades de prevenção geral positiva ou de integração, da mesma forma que o fazem as penas. Noutras palavras, o segmento final da norma gera levou a doutrina a pronunciar-se sobre se, também através da decisão de decretar uma medida de segurança de internamento, o legislador penal pretendeu reforçar a confiança da comunidade na validade e força de vigência das suas normas, violadas pelo inimputável com a prática do ilícito-típico.

4.1.1. A discussão doutrinal por detrás da(s) finalidade(s) prosseguidas pela da Medida de Internamento

⁵⁷ DIAS, *Op. Cit.* (8); pp. 424 e 425. No mesmo sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA refere que o fim específico das medidas de segurança que justifica a restrição da esfera jurídica individual, não se reduz à segregação da vida social dos delinquentes perigosos, *mas, e particularmente*, é o fim da cura e da recuperação social destes. Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op. Cit.* (27); p. 59

No Relatório de Proposta de Lei n.º 221/I, anterior à criação do artigo 91.º, pode ler-se o seguinte excerto:

*“pode suceder que o agente de um crime, declarado inimputável, revele um grau de perigosidade tal que a sociedade tenha de defender-se, prevenindo o risco da prática futura de factos criminosos. Ainda aqui, porém, a ideia da utilidade e da necessidade não pode justificar sempre a defesa da sociedade, nem autorizar a utilização de quaisquer espécies de medidas como, por exemplo, a destruição ou segregação, pura e simples, do delinquente”.*⁵⁸

É nesta nota de *ponderação dos direitos e interesses múltiplos* - reconhecendo que a mesma foi despoletada pela progressiva aproximação das medidas de segurança às penas - que avaliamos e interpretamos o atual artigo 91.º n.º 2 do CP, passando por uma viagem que acompanha a evolução do referido preceito.

Em 1965, EDUARDO CORREIA, em resposta à objeção de MAIA GONÇALVES durante uma sessão da Comissão Revisora do Código Penal, em comentário ao artigo 18.º do Projeto da Parte Geral no novo Código Penal⁵⁹, acerca da inimputabilidade declarada judicialmente, o autor reconhece a existência de uma *“presunção de duração de uma perigosidade que já resulta da existência de uma anomalia psíquica grave cujos efeitos são indomáveis”*, justificada em *“homenagem ao profundo valor da segurança e da defesa social”*.⁶⁰ Todavia, e também no mesmo contexto, JOSÉ OSÓRIO, Conselheiro à altura dessa Comissão Revisora, esclarece que este artigo alberga os casos em que a personalidade é de tal modo anómala que a capacidade de avaliação da ilicitude é diminuída e, embora tenha cabido um juízo de censura, o mesmo substitui-se por um juízo de perigosidade. O juiz conselheiro identifica, então, uma *presunção de perigosidade* que opera para agentes de imputabilidade diminuída, dizendo:

“Simplesmente, aquele mínimo de censura, que ainda aqui é cabido [nos casos de agentes declarados inimputáveis, por força do atual artigo 20.º n.º 2 do CP], vai determinar uma presunção de perigosidade – na qual existe, sem dúvida, o seu quê de artificialismo -, mas que precisamente é justificado

⁵⁸ Relatório de Proposta de Lei n.º 221/I, *Apud.* GONÇALVES, Maia, *Op. Cit.* (25); p. 384.

⁵⁹ Artigo 18.º *“É ainda inimputável quem, ao tempo do crime, em virtude de anomalia psíquica grave e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tem a capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de harmonia com essa avaliação sensivelmente diminuída.”* In *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal- Parte Geral*, vol. I, Ministério da Justiça; 1965.

⁶⁰ CORREIA, Eduardo, *Ibidem*; p. 151

*por aquele mínimo de liberdade que ainda existia no delinquente e que se fez equivaler ao mínimo de pena que ele teria de cumprir se fosse completamente imputável”.*⁶¹

É neste momento que identificamos, por um lado, os primórdios da adesão, pelas medidas de segurança, a finalidades de prevenção geral positiva, mas também, assistimos ao surgimento de uma *presunção de perigosidade* – que, como veremos já de seguida, foi defendido em tempos existir, por parte da doutrina, na discussão acerca motivação para a fixação de limite mínimo de duração à sanção criminal aplicada a agentes sem culpa.

Mais tarde, em 1982 é aprovado o Código Penal, do qual constava o artigo 91.º n.º 2 com a seguinte redação “*Quando o facto praticado pelo inimputável consista em homicídio ou ofensas corporais graves, ou em outros actos de violência puníveis com pena superior a 3 anos, e existam razões para recear a prática de outros factos da mesma natureza e gravidade, o internamento terá a duração mínima de 3 anos.*”. Esta versão, dotada de alguma obscuridade no atinente aos motivos que fundamentam a manutenção da perigosidade criminal do agente pelo decurso *vinculativo* dos três anos, suscitou diferentes interpretações da doutrina penal portuguesa.

FIGUEIREDO DIAS interpreta a permissão do artigo 91.º n.º 2 do CP como uma demonstração da realização autónoma de finalidades de prevenção geral positiva no campo do direito das medidas de segurança. O autor, numa análise à redação primitiva do artigo, e partindo da premissa de que, para a imposição de internamento ao inimputável concorre, não só a existência de uma perigosidade criminal, mas também a prática de um facto ilícito-típico, conclui que não poderá a ordem jurídica manter-se alheia à necessária proteção do(s) bem(ns) jurídico(s) violados e à consequente tutela e estabilização das expectativas da comunidade. Defende, também, o autor que o facto de a *gravidade* do ilícito praticado ser aferida autonomamente - não como *sintoma e (ou) de necessidade de socialização*, mas inserida no juízo autónomo da perigosidade – é uma exigência que se impõe *em nome do abalo social por aquele causado na comunidade e da necessária estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada*. Acrescenta ainda que também a própria proibição de revisão da situação de internamento do artigo 93.º n.º 3 do CP e a *presunção de duração da perigosidade (iuris et de iure)*, vertida no artigo 91.º n.º 2 são ilustrações da existência de:

⁶¹ OSÓRIO, José, *Ibidem*; p. 151

“(...) razões particulares de tranquilidade social e de tutela da confiança comunitária nas normas a que a política criminal tem de responder, mesmo perante inimputáveis, através da aplicação (ou manutenção) da medida de segurança.”⁶²

Conclui, o autor que as finalidades prosseguidas entre as sanções criminais não são distintas – *ex vi* artigo 40º do CP – o que é distinto é a forma de relacionamento entre as cada uma delas. No mesmo sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA, em 1987, sublinha que o *fim de defesa da sociedade* é comum às penas e às medidas de segurança, explicando que a cabe às segundas a defesa da ordem jurídica *em correspondência com a perigosidade criminal*.⁶³

Por sua vez, outra interpretação do mesmo artigo teve MARIA JOÃO ANTUNES que viu na redação do artigo 91.º n.º 2 de 1982 uma verdadeira *presunção de duração da perigosidade*⁶⁴, à semelhança do que existiu no nosso ordenamento jurídico no século XIX, no artigo 47.º do CP de 1886, com o internamento em estabelecimento de inimputáveis, que presumia a manutenção de perigosidade em função da *gravidade do crime cometido* pelo “louco”, fazendo depender o seu internamento do cometimento de um crime que fosse punido com *pena de prisão maior*.⁶⁵ Esta *presunção de perigosidade* com base na gravidade do crime foi afastada com o CPP de 1929 já que, como a mesma explica, o artigo 132.º do então CPP estipulava a decretação do internamento sempre que *o agente fosse julgado irresponsável por falta de integridade mental* e pudesse ser *um perigo para a ordem e segurança pública*, independentemente do crime cometido.⁶⁶

A primeira redação do artigo 91.º n.º 2 de 1982 reintroduz assim, no entender da autora, a *presunção de duração da perigosidade* no âmbito do CP, presumindo o legislador que o estado de perigosidade criminal do agente se mantenha invariavelmente pelo decurso

⁶² Na medida em que nas penas, as finalidades de prevenção geral de defesa social e integração da norma são a primordiais e, no sentido exatamente oposto, na aplicação de medidas de segurança são as finalidades de socialização e de segurança do agente que predominam. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); pp. 427 e 428.

⁶³ Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op. Cit.* (27); p. 59

⁶⁴ Aqui, a expressão não foi usada no mesmo sentido a que o conselheiro José Osório lhe deu uso, visto ter servido, anteriormente, o propósito de clarificar o sentido da declaração de inimputabilidade nos casos de imputabilidade diminuída.

⁶⁵ O artigo 47.º do CP de 1886 dispunha que: “*Os loucos, que, praticando o fato forem isentos de responsabilidade criminal serão entregues a suas famílias para os guardarem, ou recolhidos em hospitais de alienados, se a mania fôr criminosa, ou se o seu estado o exigir para maior segurança*” Cfr. ANTUNES, Maria João, “*Internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*”; 1993; Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica* 2; p. 90.

⁶⁶ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); pp. 90-91.

dos três anos de duração mínima da medida. Tal entendimento radica, não só da própria redação do preceito, que não incorpora qualquer ressalva – tratando-se, por isso, de uma presunção inilidível -, mas também da posição da autora no que respeita às finalidades prosseguidas, a título autónomo, pela medida de segurança privativa da liberdade. Explica a autora, já em 1993, que quando o agente inimputável pratica um crime, *não chega sequer a haver «violação da norma» do ponto de vista comunitário* não fazendo, por isso, sentido falar-se numa necessidade de reafirmação da validade da norma violada, não se prosseguindo, no seu entender, finalidades de prevenção geral positivas de forma autónoma, através do decretamento do internamento do inimputável que cometeu um crime. Ressalva, a autora, que muito embora a prevenção geral positiva não justifique a aplicação de uma medida de segurança, a mesma intervém no momento do juízo de proporcionalidade a fazer depois de o julgador concluir pela perigosidade criminal do agente.⁶⁷

O artigo veio a ser alterado, em 1995, passando a norma a conter a redação atual e da qual consta que a ressalva em como o internamento do inimputável cessará antes de decorridos os três anos, *se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social*.

É unânime na nossa doutrina que esta nova versão do artigo significou a adoção da tese de FIGUEIREDO DIAS, de que a medida de segurança restritiva da liberdade prossegue, a título autónomo, finalidades de prevenção geral positivas ou de integração. Assim também ANABELA RODRIGUES que, num comentário às alterações ao Código Penal em 1995, vê na duração mínima do internamento a satisfação de exigências de *tranquilidade social* e de *tutela da confiança comunitária*.⁶⁸ NUNO BRANDÃO vem dizer que a nova versão do artigo atribui ao período de duração mínima de duração do internamento a *finalidade responder ao abalo social, à repulsa e indignação comunitárias* que resultam da prática dos factos previstos no artigo, afirmando, inclusive, que a introdução, também em 1995, do artigo 40.º n.º1 do CP milita no sentido destas mesma tese.⁶⁹ Num outro prisma, mas com o mesmo fundo, SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, olham para a questão como, sendo regra que a medida de segurança de internamento dure pelo decurso do tempo em que durar o fundado

⁶⁷ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); pp. 144 e 145.

⁶⁸ Anabela Miranda Rodrigues quando se refere à duração previamente delimitada das medidas de segurança e refere que o preceito penal a esse respeito se justifica à “luz de finalidades de prevenção geral positiva ou de integração que entendemos estão presentes, de forma autónoma, no âmbito das medidas de segurança”. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda *Op. Cit.* (15); p. 38

⁶⁹ BRANDÃO, Nuno, *Op. Cit.* (25); p. 627.

receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie e que, por sua vez, o n.º 2 comporta a exceção ao regime regra para a qual o internamento persistirá para lá da cessação do estado de perigosidade, por *imposição de exigências mínimas de prevenção geral de integração*.⁷⁰ Assim, também, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, numa anotação ao artigo 91.º, n.º 2 do CP, quando afirma que o mesmo consagra uma *garantia das particulares necessidades de prevenção geral do caso*.⁷¹

Em face da nova versão do artigo 91.º n.º 2, MARIA JOÃO ANTUNES, em 1998, aplaude a maior flexibilidade da norma por acabar com a imposição do período de três anos mínimo de internamento, que a autora caracterizara como *prejudicial ao êxito de um tratamento psiquiátrico alcançado num período curto de tempo*.⁷² A autora refere que com a inclusão do segmento que permite a libertação do inimputável, antes dos três anos, se cessar o estado de perigosidade e a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social, fica *inquestionavelmente* afastado “*qualquer entendimento no sentido de se ter estabelecido aqui uma presunção legal de duração de perigosidade, que a redação primitiva da norma comportava*”.⁷³ Tal afirmação não obsta a que a mesma mantenha a sua conceção e interpretação dos artigos 40.º n.º 1 e 91.º n.º 2, ambos do CP, no sentido de os mesmos não significarem que a medida de segurança de internamento de inimputável prossiga, de forma autónoma, finalidades de prevenção geral positiva e acrescenta que um entendimento diverso quanto a esta questão conduziria a que, nos casos em que um inimputável que padeça de uma anomalia psíquica e que tenha levado a cabo um ilícito típico, mas que, por evolução do seu estado de psicose, já não seja perigoso no momento do julgamento, não persistindo por isso motivo para a decretação de internamento - e não sendo, por isso, o mesmo decretado judicialmente - seria um caso em que ficariam por cumprir as exigências de prevenção geral. Assim, a autora concorda com ROXIN quando este afirma que “*as expectativas da comunidade quanto à validade da norma violada não são postas em causa quando o facto é praticado por um inimputável*”. A sociedade não se identifica com o comportamento de um inimputável e deste modo não há verdadeiramente violação da

⁷⁰ LAFAYETTE, Alexandre e PEREIRA, Vítor de Sá; *Código Penal Anotado e Comentado- Legislação conexa e complementar*; 2ª Edição; 2014 p. 297 e 298.

⁷¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*” - 3ª edição atualizada 2015, Universidade Católica Editora; p. 426.

⁷² ANTUNES, Maria João, “*Alterações ao sistema sancionatório - As Medidas de Segurança*” RPCC, 1998, p. 59.

⁷³ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (42); p.77.

norma, não havendo por isso também, e conseqüentemente – ainda que a atual versão da norma penal tenha ido nesse sentido, como a própria reconhece⁷⁴ – uma necessidade de reafirmação da validade dessa norma.⁷⁵

A autora reduz o âmbito de aplicação do artigo 91.º n.º 2, restringindo-o às medidas de segurança de internamento aplicadas a inimputáveis declarados, nos termos e por força do artigo 20.º n.º 2 do CP, precisamente porque se tratar de uma agente *declarado* imputável - casos em que a nossa lei ficciona a imputabilidade, para efeitos de aplicação de uma medida de segurança, como outrora esclareceu EDUARDO CORREIA – havendo, ainda assim, uma violação da norma que, por conseguinte, justifica que a execução da medida de segurança privativa da liberdade vise as mesmas finalidades das penas (artigo 2.º n.º 1 CE). Por fim MARIA JOÃO ANTUNES esclarece que este entendimento não colide com o disposto no artigo 40.º n.º 1 do CP por se tratar de uma norma de carácter geral, que engloba as finalidades das medidas de segurança, inclusive das não privativas da liberdade - que tanto podem ser aplicáveis a agentes imputáveis como a agentes inimputáveis. Por fim acrescenta que, de qualquer modo, a medida de segurança de internamento de inimputável, ao abrigo do artigo 20.º n.º 1 do CP participa, ainda que de forma não autónoma, da função da tutela de bens jurídicos.⁷⁶ Houve um afastamento, pela autora, da tese da existência de uma *presunção legal inilidível de perigosidade*, que reputamos - como acabado de ver - à inclusão da ressalva que permite a cessação do internamento antes de decorrido o tempo mínimo.

Também CRISTINA LÍBANO MONTEIRO não reconhece a prossecução de finalidades preventivas gerais à medida de segurança de internamento, ao afirmar que:

*“nunca se justificarão medidas de segurança na ausência de uma perigosidade presente (avaliada na altura do julgamento e revista durante a fase de execução), por mais grave que tenha sido o «crime» que documentou a perigosidade (nesse caso) passada”.*⁷⁷

Outra posição é, ainda, a posição assumida por TAIPA DE CARVALHO. O autor parte de uma estrutura conceitual na qual distingue o *fim* das *funções* das medidas de segurança,

⁷⁴ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (72); p. 58.

⁷⁵ ANTUNES, Maria João *Op. Cit.* (1); p. 117.

⁷⁶ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); pp. 480-485. Também; e, ainda, ANTUNES, Maria João *Op. Cit.* (42) p.110ss.

⁷⁷ MONTEIRO, Cristina Líbano, *Op. Cit.* (16), p. 147.

defendo que o *fim* das medidas de segurança é a proteção dos bens jurídico-criminais e, por sua vez, quanto às *funções*, identifica a de prevenção especial de recuperação social e de inocuização/neutralização da perigosidade criminal e, subsidiariamente, a de prevenção geral positiva.⁷⁸ No que respeita ao artigo 91.º n.º 2 do CP, o autor não interpreta o incisivo “*defesa da ordem jurídica*” da norma como ilustrativo de que a medida de segurança aplicada a inimputáveis desempenhe a função de prevenção geral de *integração*, no sentido de proteção da confiança comunitárias nas normas jurídicas violadas pelo ilícito.⁷⁹ Pelo contrário, para o autor, esse segmento da norma é usado com o propósito de englobar a função de *prevenção especial de inocuização da perigosidade do inimputável*. Apesar do exposto, TAIPA DE CARVALHO reconhece, a prossecução de funções de prevenção geral positiva nas medidas de segurança privativas da liberdade aplicáveis a inimputáveis, funções essas que fundamentam, para si, a existência de um limite mínimo de duração da medida de segurança.⁸⁰

Todavia, o que discerne o seu pensamento dos restantes neste tema das finalidades – aqui *funções* – da medida de segurança, é o facto de o autor distinguir entre a medida de segurança aplicável a inimputáveis do artigo 91.º e as previstas nos artigos 83.º a 90.º, todos do CP. É que, para TAIPA DE CARVALHO, a medida de segurança aplicável a inimputáveis do artigo 91.º não assume como função a prevenção geral de *integração* – no sentido de interiorização do valor dos bens jurídicos violados com a prática do facto, quer na vertente de tutelar e reforçar a confiança da comunidade na vigência e no valor das normas penais – porque, na verdade, a comunidade não reconhece ao inimputável a consciência necessária ser um agente *ético-juridicamente motivável* pelas disposições penais; pelo que, a sua confiança na vigência e eficácia das normas não é abalada pela atuação desse agente e, por conseguinte, não fará sentido associar tal função a estas medidas.⁸¹ Por outro lado, o mesmo já não defende, o autor, quanto às medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis

⁷⁸ CARVALHO, Américo Taipa de; “*O Direito Penal, Parte Geral- Questões Fundamentais*”, Porto, 2003, publicações Universidade Católica, pp. 98 e 99.

⁷⁹ CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (6), pp. 90.

⁸⁰ Em 2003, quando reconhece que “*embora a medida de segurança aplicada a inimputáveis tenha por primeira e principal função a prevenção especial de socialização (recuperação social) do inimputável e de neutralização da sua perigosidade criminal, ela também desempenha uma função secundária de prevenção geral de pacificação social.*” Ou mesmo quando, no âmbito da questão das prorrogações do internamento do inimputável do artigo 92.º n.º 3 do CP, refere que “*pode haver necessidade, em nome da defesa social, de manter o internamento do inimputável*”, mas também dizendo que o direito penal das medidas de segurança cumpre uma “*função, embora secundária, de prevenção geral positiva de pacificação social e de confiança da comunidade na tutela efetiva dos bens jurídicos*”- CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (78) pp. 98 e 99.

⁸¹ CARVALHO, Américo Taipa de *Op. Cit.* (6), pp. 90 e 91.

perigosos por tendência ou a alcoólicos e equiparados - dos artigos 83.º a 90.º do CP – para as quais já identifica uma função secundária de prevenção geral, tanto no sentido de *pacificação social* ou na *tutela estatal de bens jurídicos* como de *integração*, justificando o seu pensamento com o facto de estarmos, na verdade, perante agentes imputáveis, circunstâncias em que efetivamente é necessário pôr termo ao medo e abalo social que a comunidade sofreu na decorrência da prática o facto.

A polémica doutrinária acabada de expor não tem correspondência na jurisprudência em Portugal que, naturalmente, aplica a norma em conformidade com a interpretação direta da letra da norma penal. É aceite em pleno o disposto nos artigos 40.º n.º 1 e 91.º n.º 2 do CP, reconhecendo-se à medida de segurança de internamento que seja decretada para um agente inimputável nos termos do primeiro ou segundo número do artigo 20.º, à prossecução de finalidades de prevenção geral positiva de pacificação social e tutela das normas violadas, como é exemplo o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-03-2006, do qual se lê o excerto seguinte, da autoria de FIGUEIREDO DIAS:

*“ IV- A solução de fixar um limite mínimo de duração da medida de internamento, não só é político-criminalmente fundada, como justificada do ponto de vista (jurídico-criminalmente relevante) da proporcionalidade: a razão está em que não se trata de uma qualquer presunção de duração da perigosidade, antes de exigências mínimas de prevenção geral de integração que, também elas, justificam, em certos casos, de forma autónoma, a aplicação e cumprimento de uma medida de segurança.”*⁸²

⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-03-2006, proferido no âmbito do processo n.º 06P272 e disponível através do <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6fdd3a09fc609d40802572270052ba83?OpenDocument> e consultado no dia 20/09/2021. Mas também, no Acórdão do STJ, datado de 15/03/2017, proferido no âmbito do processo n.º 98/15.7JAGR.D.C1.S1 do qual se lê que a “*suspensão da execução do internamento reclama que o tribunal adquira uma convicção fundada quanto à necessidade preventiva-especial de neutralização da perigosidade criminal e, no caso dos crimes referidos no n.º 2 do art. 91.º do CP, quanto à necessidade preventivo-geral de pacificação social, não imporem o internamento do inimputável. Em suma, que num juízo de prognose, a liberdade se mostre adequada às necessidades de prevenção especial de recuperação do inimputável e de inocuidade ou neutralização da perigosidade criminal, através do tratamento da anomalia psíquica, e de prevenção geral positiva de pacificação social*” - Disponível através do endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/85C731E8F05D227D802580E40052AA4D> e consultado no dia 15/09/2021. Bem como o Acórdão do STJ, datado de 16-10-2014, proferido no âmbito do Processo n.º 457/12.7PBBJA.E1.S, no qual o Tribunal reconhece que “*IV -A medida de segurança aplicada a inimputáveis tem por primeira e principal função a recuperação social do inimputável e a neutralização da sua perigosidade criminal e uma função secundária de prevenção geral de pacificação social*.”.

Quanto à questão de saber se está na disposição do julgador a fixação de um período mínimo de duração da medida de segurança *superior ao* de 3 anos, pronunciou-se, também, a jurisprudência do mesmo Tribunal Superior negando tal possibilidade. Aponta NUNO BRANDÃO, QUE tal conclusão pode retirar-se do argumento literal do artigo quando emprega a expressão *tem* a duração mínima - em vez de, diríamos nós, a inclusão de um eventual *poder* -; mas, para além disso, a própria ressalva final da norma indica a possibilidade de fixar uma duração inferior aos três anos e não no sentido inverso.⁸³ Além do texto, de igual forma se pode convocar a teleologia da norma para depreender que a mesma não autoriza a que o julgador decreta um período de duração mínima para lá dos três anos expressamente consagrados. Acrescenta, o autor, que a norma em si já constitui uma exceção à regra geral - de cessação do internamento aquando do término da perigosidade - justificada por razões de prevenção geral, não podendo o juiz ir além da “moldura penal” que o legislador prevê, como, da mesma forma, não o pode fazer no direito das penas, e para o qual inclusive a finalidade de prevenção geral assume um papel principal.⁸⁴

A este respeito parece-nos relevante fazer referência também à jurisprudência europeia, que, em Acórdão proferido pelo TEDH, no âmbito do caso “Silva Rocha vs Portugal”, ficou decidido, por seis votos contra três, que não tinha havido violação do artigo 5.º da CEDH, consagrador do direito à liberdade, num caso em que foi aplicado especificamente o n.º 2 do artigo 91.º do CP⁸⁵. Desta decisão é de destacar o voto vencido do juiz Pettiti, acompanhado pelos juízes Russo e Valticos, no sentido de defenderem,

⁸³ Cf. BRANDÃO, Nuno; “*Op. Cit.* (25); pp. 621; 626 a 628. Mas também no Acórdão do STJ, datado de 10/10/2002 e proferido no âmbito do processo n.º 2789/02, disponível através do endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/574d22235e1274d580256cc2002d2dd5?Op enDocument> consultado pela última vez no dia 23/10/2021.

⁸⁴ Nesse sentido e muito acertadamente, NUNO BRANDÃO: “*Seria incompreensível que sendo a medida de segurança nestes casos ditada apenas por razões de prevenção geral o juiz pudesse em nome desta, que constitui uma finalidade secundária, ir até onde não pode ir no âmbito das penas, onde ela é assumida como finalidade principal. Pois se na determinação da medida concreta da pena não pode o tribunal ultrapassar o limite máximo da moldura penal, que é sempre definido pelo legislador e que regra geral corresponde a um juízo de ponderação abstrato em face de exigências de prevenção gera positiva, por maioria de razão também ao nível das medidas de segurança quando o legislador estabelece um limite de duração para responder às finalidades de prevenção geral esse limite não pode ser ultrapassado por decisão judicial.*”- BRANDÃO, Nuno; *Op. Cit.* (25); pp. 628.

⁸⁵ Neste caso, um cidadão português declarado inimputável nos tribunais portugueses nos termos do artigo 20.º n.º 1, ao qual foi aplicada uma medida de segurança, pela prática de crime de homicídio qualificado e posse ilegal de armas, permaneceu em prisão preventiva e a cumprir medida de segurança no hospital psiquiátrico do Sobral Cid num total de quatro anos e sete meses, tendo sido feita revisão do internamento dois anos e onze meses depois da sua data de início. O Acórdão do TEDH no caso Silva Rocha vs Portugal, datado de 26 de outubro de 1996, disponível através do endereço <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=>

também estes, que não pode servir como fundamento para manter a duração de medidas de segurança restritivas da liberdade a prossecução de finalidades de prevenção geral positivas⁸⁶.

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR e MARIA JOÃO ANTUNES explicam-nos que para compreender o sentido do aresto é preciso ter assente que a jurisprudência do TEDH é chamada a decidir sobre a compatibilidade da aplicação do artigo 91.º n.º 2 do CP com artigo 5 par. 4.º da CEDH, que dispõe que “*Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.*”. Não se tratará, assim, de uma avaliação da opção político-criminal da fixação de duração mínima da medida de segurança de internamento de inimputável, mas antes de perceber se a privação de liberdade decorreu de uma decisão judicial obtida mediante um processo judicial cumpridor das garantias de legalidade e tipicidade. Como explicam os autores em anotação à decisão, o caso apresentado cumpriu a lei penal portuguesa dos artigos 91.º e 20.º do CP, tendo sido assegurado ao internado o recurso às garantias que lhe assistem e, em particular, foi o mesmo libertado quando cessaram os pressupostos de originaram a medida.⁸⁷ O sentido da decisão do TEDH pode resumir-se a consideração de que não foi, no caso em apreço, violado qualquer artigo da CEDH, remetendo-se para a margem de liberdade do legislador nacional o conteúdo da solução político-criminal que consta do artigo 91.º n.º 2 do CP.

É, para nós, compreensível que a medida de segurança de internamento, ainda que se trate de uma sanção criminal, deva demitir-se da prossecução de finalidades de prevenção geral positiva ou de integração. Tratando-se de um agente declarado inimputável, que padece de esquizofrenia ou foi alvo de um surto psicótico aquando da prática do crime, não constitui, verdadeiramente, uma circunstância que abale as expectativas da comunidade em geral colocando, em causa a validade da norma, de tal forma que seja justificável manter uma sanção criminal com o propósito do restabelecimento da ordem jurídica e paz social, quando

⁸⁶ “*The minimum period of detention is therefore indeed three years. There is consequently in the Portuguese system a punitive element and aim of general prevention which, in my view, cannot be applied to a person who is found by the courts not to be criminally responsible.*”- p. 14 do Acórdão do TEDH no caso Silva Rocha vs Portugal, datado de 26 de outubro de 1996.

⁸⁷ GASPAR, António Henriques e ANTUNES, Maria João, “*Tribunal Europeu dos Direitos do Homem caso Silva Rocha c. Portugal, Decisão de 15 de novembro de 1996*” in Revista portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, janeiro-março 1997; pp. 147-149 e pp. 153 e 154.

tal medida já não seja fundada na atual perigosidade do agente. Isto porque, apesar de violados os bens jurídicos pela prática do ilícito-típico pelo efêmero de mente, a sociedade não se revê nos comportamentos deste tipo de agentes. Nas palavras de TAIPA DE CARVALHO, nas quais a, este respeito, nos revemos:

“...a comunidade dos imputáveis sabe bem que o inimputável não é ético-juridicamente motivável pelas normas penais. Logo, não se sente afetada, na sua consciência dos valores lesados pelo inimputável e na sua confiança na vigência efetiva das normas penais, pelo ilícito praticado pelo inimputável.”

88

Mantém-se, contudo, uma importante questão por responder: deverá fixar-se um limite mínimo à duração da Medida de Segurança de Internamento do portador de anomalia psíquica, ainda que tal não possa ser fundamentado na realização de finalidades de integração da norma penal violada e de defesa da ordem jurídica e paz social? Parece-nos que a resposta a esta interrogação não poderá deixar de ser negativa.

4.1.1. A interpretação do atual artigo 91.º n.º 2 do CP

Como acabámos de ver, inerente à discussão das finalidades prosseguidas na decretação da medida de segurança está o fundamento por detrás da opção politico-criminal de fixação de um limite mínimo para o internamento de inimputável. Relativamente a efetiva delimitação de um mínimo temporal, a doutrina penal portuguesa divide-se em vários vetores. Num primeiro colocamos todos aqueles que, acompanhando a conceção de FIGUEIREDO DIAS, defendem a existência de um limite mínimo fundamentado na prossecução de razões de prevenção geral positiva, rejeitando a tese de que tal imposição signifique uma presunção de manutenção do estado de perigosidade e que não demonstrando oposição em relação ao atual limite mínimo de três anos.

Identificamos, em segundo lugar, a posição que não reconhece, na decisão de decretação da medida de internamento de inimputáveis, a prossecução, a título autónomo, de finalidades de prevenção geral positiva, motivo pelo qual necessariamente discorda da fixação de um limite mínimo de duração ao internamento, ainda que atualmente já não se possa dizer que vigora uma presunção *inilidível* de perigosidade, em consequência da

⁸⁸ CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (6), p. 90.

mutação da redação de norma. Por último, é visível um segmento de autores que, apesar de reconhecerem a necessidade de fixar um limite mínimo, não o justificam em motivos de prevenção geral ou, ainda que admitindo a prossecução dessas finalidades, não concordam com o limite mínimo de três anos atualmente consagrado no artigo 91.º n.º 2 do CP.

Na primeira fação inserem-se autores como Maia Gonçalves, que justifica a fixação desse limite mínimo de duração de três anos como consequência de *particulares razões de tranquilidade social*, tendo, adicionalmente, segundo o autor, a função de evitar situações de simulação da inimputabilidade como meio de o delinvente se subtrair ao cumprimento da pena.⁸⁹ Como já vimos, a maioria doutrinária insere-se nesta conceção, realçando-se alguns nomes como ANABELA RODRIGUES, NUNO BRANDÃO, SÁ PEREIRA E ALEXANDRE LAFAYETTE E PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.⁹⁰

Segue-se a posição de Maria João Antunes, na senda do que se expôs, e do não reconhecimento da prossecução de finalidades de prevenção geral positiva na imposição da medida de segurança a inimputáveis declarados nos termos do n.º 1 do artigo 20.º, defende ainda assim que o artigo 91.º n.º 2 do CP trata a consagração de uma presunção de manutenção do estado de perigosidade criminal do agente.⁹¹ Na sua opinião, a qual propugnamos em absoluto, a imposição do período mínimo de três anos de duração do internamento não mais é do que uma presunção legal de manutenção da perigosidade do agente pelo decurso desse tempo, que se encontra totalmente desfasada da atualidade psiquiátrica e farmacologia. Em jeito de ilustração do exposto, Maria João Antunes convoca o exemplo de que um inimputável esquizofrénico tem, hoje, um tempo médio de internamento necessário para a compensação clínica da sua patologia de apenas um mês.⁹² e ⁹³. Também, em Portugal, Cristina Líbano Monteiro, *vide* ponto 4.1.1.

Reconhecendo e concordando com o limite mínimo de três anos, mas justificando-o por referência à gravidade da perigosidade do agente encontramos Cavaleiro de Ferreira.

⁸⁹ GONÇALVES, Maia, *Op. Cit.* (25); p. 386.

⁹⁰ Aqueles que acompanham a tese de FIGUEIREDO DIAS - *vide* ponto 4.1.1.

⁹¹ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); p. 480.

⁹² ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); pp. 359-360.

⁹³ Note-se que esta é a posição propugnada pela autora sobre o sentido do artigo que fixa um período mínimo de duração da medida de segurança, antes e depois da revisão do código penal e a consequente alteração do preceito em causa. Contudo, a mesma afirma que a fixação de um limite mínimo de duração da medida de segurança de internamento que começou por significar uma presunção de duração da perigosidade criminal, seria perfeitamente compatível com a natureza político-criminal da mesma. Já o mesmo não se pode dizer da imposição de um prazo mínimo de duração desta sanção criminal que se fundamente na prossecução de finalidades de prevenção geral positiva ou de integração. Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); p. 120 nota de rodapé 172.

O autor admite que a lei se sobreponha à decisão médica fixando, *a priori*, uma duração mínima de um período de internamento *em casos extremamente graves*, impondo-se, *por cautela*, um internamento por período não inferior a três anos, *visto tratar-se de tendência para grave violência*.⁹⁴

A figurar, ainda, na terceira facção da doutrina, chamamos à atenção para o defendido por TAIPA DE CARVALHO que, assim como MAIA GONÇALVES⁹⁵, rejeita a tese de que o artigo 91.º n.º 2 do CP configure uma presunção absoluta de persistência da perigosidade, afirmando que entendimento diverso não coaduna com a ressalva que consta do próprio artigo. Assim, o autor aceita a fixação do limite mínimo por forma a fazer face ao *medo, perturbação e abalo social* que o ilícito causa na comunidade, ou seja, são – também para TAIPA DE CARVALHO – finalidades de prevenção geral positiva, no caso a função de *pacificação social*, que para si fundamentam a manutenção do internamento. Ainda assim, o autor demonstra a sua oposição quanto à duração mínima de três anos que vigora atualmente, considerando esse interregno temporal *manifestamente excessivo*, por duas ordens de motivos. Numa primeira, tece um juízo comparativo em relação a ordenamentos jurídicos que nem o fixam⁹⁶ e, porque o mesmo significa a imposição obrigatória da duração de três anos a uma medida de segurança pela prática de factos ilícitos que, se praticados por agente imputável, seriam crimes passíveis de gozar de limites mínimos de pena largamente inferiores a esses três anos.⁹⁷ Ilustrando a sua tese, o autor enumera alguns ilícitos típicos como o crime de provocação negligente de incêndio ou inundação, ou o crime de prática de atos de poluição ambiental que crie perigo para a vida ou integridade física de outrem - artigos 272.º n.º 2 e artigo 280.º do nosso CP, respetivamente - cujo limite mínimo em ambos é de apenas um ano.⁹⁸

Quer isto dizer que para todos os crimes com limite mínimo inferior a três anos, a atual letra do artigo 91.º n.º 2 do CP cria uma desigualdade injustificada entre agentes portadores e não portadores de anomalia psíquica. Ao inimputável será aplicada sanção

⁹⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op. Cit.* (27); p. 41.

⁹⁵ MAIA GONÇALVES não concorda com a opinião de MARIA JOÃO ANTUNES no que respeita à existência de uma presunção *juris et de jure* de subsistência da perigosidade do artigo 91.º n.º 2 do CP. Cfr. GONÇALVES, Maia, *Op. Cit.* (25); p. 386.

⁹⁶ Com é o caso do exemplo espanhol, e ao qual faremos uma referência mais detalhada *infra*, no capítulo 5.

⁹⁷ CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (6); pp. 89, 100 e 101 e também em *Op. Cit.* (78); p. 99.

⁹⁸ Para mais, incluem-se no elenco também o crime de provocação negligente de incêndio ou inundação através da libertação de energia nuclear – artigo 273.º alínea c) do CP bem como o conjunto de atos previstos no artigo 277.º n.º 1 do CP. Cfr.-CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (78); p. 99.

criminal de, pelo menos, três anos, somente por se tratar de um agente incapaz de culpa e elegível à imposição de medida de segurança; ao invés do regime aplicável ao agente imputável, pratique o mesmo crime, para o qual o tempo mínimo fixado de pena começa com um ano que. Assim, se o mesmo facto for praticado, hoje, em Portugal, por um inimputável, este poderá ser sujeito a um período de internamento mínimo de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social ao passo de que o agente imputável pode ser sentenciado numa pena de prisão de apenas um ano.

Sobre esta questão em particular, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE justifica a diferença explicando que o valor mínimo da moldura penal do crime corresponde à *tutela estritamente indispensável* das necessidades de prevenção geral, abaixo da qual o limiar do reconhecimento da validade do bem jurídico pela comunidade estaria em causa, esclarecendo que, esta tutela é indispensável para qualquer tipo de agente, independentemente da capacidade de avaliar a ilicitude dos seus atos. Para mais, afirma o autor, que o tribunal do julgamento é responsável por fixar o limite mínimo do internamento consoante as específicas necessidades de prevenção geral, podendo esse valor ser fixado num prazo inferior a 3 anos, em particular nesses casos em que os crimes praticados têm um limite mínimo da moldura penal inferior a três anos.⁹⁹

Esta afirmação do autor parece-nos irrazoável, porque, assumindo-se esta tal volatilidade no contexto judiciário, fica por esclarecer qual a pertinência de manter a rigidez da norma penal com uma duração mínima de três anos, se esta é, então, facultativa. Bastaria, assim, que se condicionasse o término do internamento à compatibilidade da libertação com a defesa da ordem jurídica e da paz social. Em desabono desta hipótese, atente, também, na letra do próprio preceito, que vincula à “*duração mínima*”. Reconhecemos, logicamente, que este artigo comporta um limite mínimo que não é *absoluto*¹⁰⁰, contudo, não concluímos daí que seu intuito seja o de permitir ao julgador fixar, nos casos em que caiba a aplicação deste n.º 2, um período de duração mínima inferior a três anos.

⁹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos dos Homem*”; Universidade Católica Editora, edição de outubro de 2008-2ª edição atualizada; p.329

¹⁰⁰ Também assim SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES em relação ao n.º 2 do artigo 91.º “*diversamente do que sucedida com o texto de 1982, aquele limite não é absoluto, podendo ser afastado se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social*”.- in SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel, *Op. Cit.* (39); p. 404.

Do exposto, cremos que a fixação de um limite mínimo à medida de segurança de internamento é desprovido de sentido quando consideramos a desigualdade que o mesmo proporciona entre agentes. Por outro lado, a solução de manutenção de certas medidas de segurança com um limite mínimo de duração aplicável em função da gravidade do facto praticado é atentatória da própria natureza *ultima ratio* do direito penal. Deste prisma, não podemos deixar de considerar excessiva a imposição deste limite mínimo de duração de três anos sem que seja feita qualquer revisão da medida de internamento, nos termos do previsto no artigo no artigo 93.º n.º 2 que permanece alheado ao caso do artigo 91.º n.º 2 por força do n.º 3 do artigo 93.º, todos do CP. Tendo a revisão o objetivo de averiguar da subsistência dos pressupostos que constituem fundamento para a aplicação da medida, consideramos que em todos os casos de internamento essa revisão deverá existir, obrigatoriamente, no final do primeiro ano de duração da sanção e, sucessivamente, anualmente, por forma a garantir que os postulados da natureza subsidiária é cumprido. Uma revisão periódica mais curta, que seja feita com a seriedade necessária, certamente contribuirá para que a restrição da liberdade apenas perdure pelo tempo em que permanece perigoso o inimputável, ou que a manutenção da sanção seja executada de forma não restritiva da liberdade, e que melhor se adegue às necessidades de tratamento.

Hoje, este apelo para que se extingam os limites mínimos das medidas de segurança não poderá, contudo, fundamentar-se em razões ligadas somente às palavras de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO “*nem o como nem o se da perigosidade (...) ficam «definitivamente definidos» no momento do facto*”.¹⁰¹ Isto porque, da atual configuração das medidas de segurança num modelo cada vez mais próximo ao modelo das penas, princípios como o da proporcionalidade, que valem em absoluto no campo das primeiras, vinculam as mesmas no sentido de serem proporcionadas, como vimos, tanto à perigosidade do agente como à gravidade do facto. A importância conferida, na atualidade, ao facto praticado pelo agente inimputável obsta a que a medida de segurança possa cessar somente porque cessou a perigosidade que lhe deu origem. Tal solução não seria de rejeitar se, porventura e como afloraremos à frente, a regulamentação, previsão e execução destas sanções saísse do campo do direito penal ou se, em alternativa, o direito penal das medidas de segurança deixasse de se subordinar às garantias e princípios das penas.

¹⁰¹ MONTEIRO, Cristina Líbano, *Op. Cit.* (16), p. 147.

Por tudo o quanto se acaba de expor, justificamos, primeiramente, a necessidade de revogação do atual limite do artigo 91.º n.º 2 do CP, por força do cumprimento de prerrogativas de igualdade entre agentes imputáveis e os declarados inimputáveis, nos mesmos termos em que o sugere TAIPA DE CARVALHO. Vale por dizer que deverá ser eliminado tal artigo nos casos em que, como refere o autor, o limite mínimo de três anos é substancialmente superior ao mínimo que o agente imputável que pratica o mesmo ato enfrentará de pena. A eliminação do limite mínimo nos restantes casos urge por motivos relacionados com os postulados de subsidiariedade e de intervenção mínima do direito penal. É considerando estes princípios que não se poderá exigir o cumprimento de um tempo mínimo de três anos se já tiver a perigosidade do agente cessado.

Dos ensinamentos de VIEIRA DE ANDRADE retiramos que, indubitavelmente, os direitos fundamentais aplicam-se a *todos* os indivíduos, pelo simples *facto de serem pessoas humanas* falecendo razão à norma que impõe, em cumprimento de finalidades de prevenção geral, que se mantenha a restrição do direito fundamental à liberdade do indivíduo que não mais se apresenta como um perigo à comunidade.¹⁰² Assim, e seguindo o autor, não podemos admitir uma restrição à liberdade desproporcionada quando se considera o “*custo da limitação* [um restrição da liberdade desigual] *com o benefício desse modo alcançado para os direitos dos outros ou para os valores comunitários envolvidos* [valores que poderão já não se encontrar sequer em risco, fruto da cessação da perigosidade do agente durante os primeiros três anos].”¹⁰³ À eliminação desta norma, obrigam, igualmente, as disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como melhor veremos *infra* em relação à necessidade de revogação do n.º 3 do artigo 92.º bem como de fixação de um limite máximo inultrapassável, e que aqui se aplicam na sua totalidade.¹⁰⁴

4.2. Os limites (aparentemente) máximos

¹⁰² Sobre os direitos fundamentais e a sua aplicação universal, ensina VIEIRA DE ANDRADE que os direitos fundamentais são dotados de universalidade que faz com que sejam “*reconhecidos em relação da todos os indivíduos, pelo facto de serem pessoas humanas; depois, são direitos que são concebidos para, na vida prática, garantir os indivíduos perante entidades poderosas, que podem ameaçar a liberdade e a dignidade*” referindo-se, aqui, ao *ius puniendi* do Estado, exercido através do direito penal com a imposição da medida de segurança restritiva da liberdade. – Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, “*O Internamento Compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais*” - A Lei de Saúde Mental o Internamento Compulsivo, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2000, p. 44.

¹⁰³ *Ibidem*; p. 46.

¹⁰⁴ Vide ponto 4.2.2.2.

4.2.1. A evolução legislativa dos limites máximos

Em Portugal, assim como nos restantes países europeus, no decurso dos primeiros anos do direito penal das medidas de segurança, a indeterminação temporal era uma das características distintivas das mesmas face às penas. Compreende-se que, para além de ser um importante diferenciador, a própria natureza indeterminada do conceito de perigosidade criminal do agente, que fundamentava sozinho a decretação da medida, contribuiu para a preferência por opções político-criminais que primassem pela indefinição temporal máxima desta sanção, sendo – de igual forma – impossível fixar judicialmente, no momento de proferir a sentença condenatória, o termo dessa perigosidade e, subsequentemente, o da medida.

É deste contexto que surgiu, no século passado, a alteração à Constituição de 1933, pela Lei n.º 3/71, de 16 de agosto, que fez com que no n.º 11 do artigo 8.º da CRP passasse a constar a permissão perpetuidade de medidas de segurança de internamento de portador de anomalia psíquica.¹⁰⁵

No ano seguinte, o Decreto-lei n.º 184/72, de 31 de maio veio alterar o Código Penal então vigente, permitindo a *prorrogação por dois períodos sucessivos de três anos, quando se mantenha o estado de perigosidade*.¹⁰⁶ Assim, a tendência legislativa era da duração da medida de segurança pelo tempo em que perdurasse a perigosidade do agente, sem que lhe fosse posto um limite máximo inultrapassável. Estas foram opções merecem a nossa discórdia porque significam a imposição de sanção restritiva de direitos – *maxime* a liberdade – de forma indeterminada, mas, também, e como realçou MARIA JOÃO ANTUNES, significam um adiamento, sem limites temporais, do *restabelecimento da paz jurídica do delinquente*.¹⁰⁷

No novo Código Penal de 1982 a regra geral mantém-se, podendo ler-se no artigo 92.º, com a epígrafe *cessação do internamento*, o seguinte: “n.º 1 - O internamento findará quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu

¹⁰⁵ “Artigo 8.º

n.º11- Não haver pena de morte, (...) nem penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade pessoal com carácter perpétuo, com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis, ressalvadas as medidas de segurança que se fundem em anomalia psíquica e tenham fim terapêutico;” Disponível através do endereço <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/621715/details/normal?perPage=100&q=Lei+n.%C2%BA+10%2F97> e consultado a 21/09/2021.

¹⁰⁶ Na redação do artigo 67.º do Código Penal, em 1972.- Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); pp. 175 ss.

¹⁰⁷ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); p. 102.

origem.”. Contudo, o n.º 2 traz consigo uma exceção, introduzindo um limite máximo para os casos de primeiro internamento: “n.º 2 - *O primeiro internamento de um inimputável não pode, porém exceder em mais de 4 anos o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime praticado pelo inimputável, excepto se o perigo de novos crimes contra pessoas for de tal modo grave que desaconselhe o risco da sua libertação.*”. Assim, nesta redação de 1982, perpetua-se a regra da inexistência de limites máximos da medida de segurança de internamento, mantendo-se o internamento pelo decurso de tempo durante o qual permanecesse a perigosidade do agente, com a exceção dos casos de primeiro internamento, ou dos que não caibam na ressalva do n.º 2. Por outras palavras, os internamentos sem limite legal máximo mantinham-se, quer nas situações de primeiro internamento nas quais se conclua pela existência de um perigo grave de prática de novos crimes contra pessoas, de tal forma que se desaconselhe a libertação, bem como para todas as hipóteses de segundo ou posterior internamento.

Cabem, neste momento, as palavras de EDUARDO CORREIA, que reconduz o teor da norma – não deste artigo 92.º n.º 2, mas do artigo 123.º § 1.º do Projeto da Parte Geral 63, que acabou por corresponder ao teor deste preceito¹⁰⁸ - à *tendência moderna para de alguma forma se eticizarem as medidas de segurança*. Explicando, o autor, que para tal, o legislador deverá – somente nos casos muito graves, que em 1982 se consideravam *quaisquer crimes contra pessoas* – estabelecer um limite máximo de internamento superior ao máximo da moldura do facto, que consiste na cessação da medida aquando da cessação da perigosidade (nos termos do n.º 1), sob pena de, nos casos em que seja de antever a reiteração de crimes contra pessoas, a medida demonstrar ter uma duração *insuficiente* e não assegurando *a mais elementar defesa da sociedade*.¹⁰⁹ Sobre a “eticização” das medidas de segurança ensina FIGUEIREDO DIAS que a mesma se justifica como corolário do princípio da defesa social, conexionado com uma necessária ponderação de interesses conflitantes, mas “*e (sobretudo) limitado pela máxima absoluta da preservação da dignidade da pessoa*”, assegurada pela exigência da proporcionalidade da medida.¹¹⁰

¹⁰⁸ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); p.177 nota 286.

¹⁰⁹ CORREIA, Eduardo, in *BMJ 152-13 Apud*. SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel, *Op. Cit.* (39); pp. 403-404.

¹¹⁰ Aqui FIGUEIREDO DIAS pretende deixar claro que esta “eticização” não se confunde com a concepção de WEZEL. Este último autor considera que, por só estarem legitimados a participar na vida social – em liberdade - os indivíduos que possuem a capacidade de se influenciar pelas normas, aos doentes mentais ou agentes “*com más inclinações, herdadas ou adquiridas*” em virtude das quais não decidem a favor da norma, podem ser aplicadas medidas de segurança de duração privativa da liberdade e de duração indeterminada. DIAS, Jorge

Confrontados com esta redação, um grupo de magistrados do Ministério Público do Porto expõe algumas reservas face à inibição do legislador penal na tarefa de fixar um limite máximo à medida de segurança de internamento, referindo que “*esta lacuna é dificilmente ajustável ao texto constitucional onde se afasta a possibilidade da existência de medidas por tempo indeterminado ou indefinido*”. Acrescentam, logo de seguida, que a constitucionalidade do preceito estaria salvaguardada se as sucessivas prorrogações não excedessem o limite que constava da norma à data, ou seja, não poderiam ultrapassar, no seu total, mais de quatro anos o limite máximo da pena correspondente.¹¹¹ Contudo, esta leitura não tem, a nosso ver, cabimento quando confrontada com a letra do preceito e com a própria ressalva que consta da mesma. A anotação dos magistrados termina com a nota de que, de facto, mediante decisões judiciais de sucessiva prorrogação, poder-se-ão atingir medidas de segurança de carácter perpétuo, mas com a ressalva de que tal hipótese “*é, talvez, substancialmente diferente da que se encontra quando se interna, por força de uma só decisão, por toda a vida*”.¹¹²

Igualmente no sentido da constitucionalidade do preceito, SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES consideram que a hipótese permitida pelo n.º 2 de sucessivas prorrogações não gera inconstitucionalidade, explicando que:

“(…) *cada prorrogação tem lugar por via de uma nova decisão judicial que define um período determinado, tomando por base novos elementos sobre o comportamento do inimputável no decurso do período imediatamente antecedente, elementos ainda não apreciados na ou nas decisões*”¹¹³

Em 1998, também propugnando pela conformidade constitucional da norma, ANABELA RODRIGUES, afirma que, por força das regras de revisão obrigatória da medida de segurança de internamento a cada três anos, nos termos do artigo 93.º, *está integralmente respeitado o mandato constitucional*, porque a duração do internamento nunca é indefinida ou ilimitada. Quer isto dizer que a autora defende que a regra da duração do internamento

Figueiredo de; “Direito Penal, Parte Geral TOMO I- Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime”, 2ª edição, Coimbra Editora, pp. 97 a 99.

¹¹¹ *Op. Cit.* (6); p. 125

¹¹² *Ibidem*; p. 125.

¹¹³ SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES em relação ao n.º 2 do artigo 91.º no texto de 1982. - in SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel, *Op. Cit.* (39); p.405.

pressupõe que seja *integrada* pelo artigo 93.º, que, nas suas palavras *estabelece limites máximos para aquela duração*.¹¹⁴

Um outro segmento doutrinal exprime as suas dúvidas acerca da constitucionalidade material do artigo 92.º do CP, como é o caso de FIGUEIREDO DIAS, “*o CP desrespeita o disposto no artigo 30.º 1 e 2 da CRP, devendo os respectivos preceitos daquele diploma ser considerados, nesta parte, materialmente inconstitucionais*”.¹¹⁵ Também no sentido da inconstitucionalidade desta redação do artigo 92.º de 1982, MARIA JOÃO ANTUNES, em 1993, em clara oposição com o propugnado por ANABELA RODRIGUES, chama à atenção para a importância de não se confundirem regras de revisão do internamento com a delimitação legal de um limite máximo de duração. A autora afirma que o regime em vigor à data *não está de acordo com o disposto na CRP*, tendo em consideração que, o que resulta da Lei Fundamental é a exigência de fixação de uma duração máxima da medida, esta sanção que deve cessar quando atingido esse limite, independentemente da manutenção, ou não, do estado de perigosidade criminal.¹¹⁶

Novamente, em sede de revisão do Código Penal, o artigo voltou a causar discórdia por não prever um limite máximo de duração para o internamento, à semelhança do teto assegurado no direito das penas, no artigo 41.º n.º 2 do CP. SOUSA E BRITO avança com uma proposta para o artigo 92.º que limitava a prorrogação do internamento por período não superior à duração do mesmo e, caso se mantivesse a perigosidade do inimputável após essa prorrogação única, o tribunal colocá-lo-ia num período de liberdade experimental com uma duração máxima de 5 anos. Esta solução acabou por não gozar de acolhimento junto da Comissão de Revisão, tendo-se aprovado a versão atualmente em vigor, com o voto contrário do Conselheiro. Prevaleceu, assim, a posição do Senhor Procurador-Geral da República à data – o Conselheiro Cunha Rodrigues – acompanhado por FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE, FERREIRA RAMOS e MANSO PRETO, que assentou no entendimento de que não se poderia permitir que coubesse à comunidade suportar o risco inerente à libertação de um inimputável que continue a significar um perigo grave de cometimento de futuros crimes.¹¹⁷

¹¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, “*A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português*”; Boletim do Ministério da Justiça, n.º 380, novembro de 1988, p. 56 nota 128.

¹¹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo de, *Op. Cit.* (8); pp. 472 e 473.

¹¹⁶ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); p. 103.

¹¹⁷ Cfr. Código Penal: Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros, 1993, Actas n.º 42 e 43 de 30/10/90 e 6/11/90, pp. 483- 484; pp. 489-491.

Nesse seguimento foi aprovado o atual artigo 92.º n.º 2 do CP, que entrou em vigor com o DL n.º 48/95, de 15 de março, e passou a prever a seguinte regra de limitação máxima: *o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável*. Esta redação mereceu o aplauso da doutrina penal portuguesa, que afirma, sem grandes reservas, que a mesma respeita as exigências que o artigo 30.º da Lei Fundamental convoca.¹¹⁸ A referência do limite máximo da moldura penal prevista para o crime praticado se de um agente imputável se tratasse, corresponde à imposição que radica do atual princípio da proporcionalidade, segundo a qual – como já vimos - a medida de segurança de internamento terá de ser proporcional, primeiramente, à gravidade do facto praticado, mas também, à perigosidade presente e futura que o agente representa, ilustrada na probabilidade de prática de graves factos ilícitos futuros que o mesmo possa vir a cometer. Nesse sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE quando afirma, em anotação ao artigo 92.º, que:

“o princípio da proporcionalidade é plenamente respeitado pela limitação resultante do limite abstrato da moldura penal do tipo de crime cometido pelo inimputável”.¹¹⁹

Conforme vem dizer ANABELA RODRIGUES, o artigo 92.º n.º 2 introduz uma regra que *está perfeitamente de acordo com o princípio da proporcionalidade, já que este manda atender à gravidade do facto praticado*.¹²⁰

MARIA JOÃO ANTUNES, reconhece que o atual limite máximo moldura penal prevista para o crime cometido e para os que se espera que o delinquente venha a cometer está, efetivamente, com o princípio da proporcionalidade nos termos do artigo 40.º n.º 33 do CP.¹²¹ Contudo, em consequência com a conceção da autora relativamente ao princípio da proporcionalidade e à crítica que a mesma faz sobre a aproximação entre as medidas de segurança e as penas, a mesma defende que o limite máximo de duração das medidas de segurança deverá ser fixado somente *a partir de considerações alheias à pena*. É por isso

¹¹⁸ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS quando se refere à redação deste artigo 92.º n.º 2 no Projeto de 1991 como uma versão através da qual *a constitucionalidade do sistema parece porém já plenamente assegurada*. Cfr. DIAS, *Op. Cit.* (8) p. 475.

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos dos Homem*,” Universidade Católica Editora, dezembro 2008; p.331

¹²⁰ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *Op. Cit.* (15), p. 38.

¹²¹ O limite máximo que “(...) *tenha como referência o limite máximo da moldura penal prevista para o crime cometido e para os que se espera que o delinquente venha a cometer, uma vez que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, há-de atender-se à gravidade de um e de outros*” ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); p. 105.

que se demonstra simpatizante com a opção eu constou do Projeto Preliminar italiano de 2000 para o artigo 101.º n.º 7 do CP italiano, na qual se poderia ler que “*a duração máxima da medida de segurança aplicada a agente inimputável em razão de enfermidade mental ou outra anomalia não pode ultrapassar cinco anos.*”¹²² Sobre esta hipótese do direito italiano deverão ter estado por detrás estudos no âmbito da saúde mental, conclusivos da desnecessidade de manutenção de internamentos para lá dos cinco anos, que tenham feito antever que os objetivos político-criminais da medida de segurança se cumprem para qualquer agente inimputável dentro dessa delimitação temporal, não havendo uma verdadeira necessidade de perpetuar a restrição da liberdade. É certo que este não é o paradigma das medidas de segurança em Portugal e, como veremos de seguida, não é este o entendimento que sufragamos em face à atual conjuntura no nosso direito penal.

Deveremos referir, ainda, a este respeito que a fixação do limite máximo da medida de segurança está completamente subtraída ao poder judicial casuisticamente, sendo esta uma tarefa iminentemente atribuída ao legislador.¹²³ Como bem explicou o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 31/10/1990 proferido no âmbito do processo n.º 41010, num caso em que um inimputável portador de anomalia psíquica cometeu o crime de homicídio, para o qual o limite máximo da moldura penal era de 20 anos, da decisão constou que:

*“(...) o internamento não é pelo prazo que corresponderia à pena aplicável ao crime e antes pelo período mínimo de 3 anos (art. 91.º n.º 2 do C Penal) e enquanto durar a perigosidade ou sejam decorridos 20 anos (o limite máximo da moldura correspondente ao tipo de crime cometido mais 4 anos)...”*¹²⁴

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça esclarece que, o regime-regra quanto ao limite máximo é o constante no artigo 92.º n.º 2 do CP e o artigo 501.º n.º 1 CPP, significando que o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo inimputável.¹²⁵

¹²² ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); p. 358.

¹²³ Também MARIA JOÃO ANTUNES ao interpretar o artigo 30.º n.º 1 da CRP no sentido de que o mesmo afasta a *determinação judicial do quantum da medida de segurança, sendo apenas possível a fixação legal do limite máximo*” - Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); p. 104 nota 269.

¹²⁴ *Actualidade Jurídica* n.º 12, Edita Infojur, Serviço de Informação Jurídica, Lda; p.5.

¹²⁵ Acórdão do STJ, datado de 28/05/2008, proferido no âmbito do processo n.º 300/10- Cfr- ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (42); p.114.

Quanto aos casos em que haja concurso de crimes, fruto da pluralidade de ilícitos praticados pelo inimputável, responde o STJ, em Acórdão datado de 16-10-2013, no sentido de que o limite máximo a fixar coincidirá com o limite superior da pena aplicável ao crime mais grave praticado dentro desse concurso, a não ser que tal signifique que se verifica o disposto no n.º 3 do artigo 92.º. Esta posição explica-se, como ensina o aresto, pela inexistência de outro limite além do fixado neste preceito (de um limite máximo inultrapassável para qualquer medida de segurança), mas também pela proibição que consta do artigo 77.º do CP, que não permite o cúmulo jurídico de penas abstratas, limitando o cúmulo aos 25 anos de pena de prisão, em conformidade com o artigo 41.º n.º 2 e 3, também do CP.¹²⁶

O juízo de adequação da solução do atual n.º 2 do artigo 92.º não poderá, em nossa opinião, abarcar o n.º 3 do mesmo preceito, como veremos já de seguida. Entre estes dois números o legislador optou por diferenciar o tratamento a dar ao inimputável - e inclusive, a nosso ver, no reconhecimento de direitos fundamentais - consoante a graduação da gravidade dos factos praticados pelo mesmo.

4.2.2. O Problema da potencial perpetuidade

Foi com a Reforma Prisional de 1936 que surgiu a possibilidade de prorrogação perpetua – até que a perigosidade cessasse – da *pena* aplicada criminosos de difícil correção e para os agentes de imputabilidade diminuída; prorrogação de pena que, em bom rigor e segundo BELEZA DOS SANTOS e MARIA JOÃO ANTUNES, correspondia, à imposição de uma medida de segurança.¹²⁷ Esta hipótese manteve-se com a Reforma de 1954, nos artigos 67.º e 68.º do CP que permitiam que aos delinquentes *imputáveis de difícil correção* e aos *delinquentes imputáveis criminalmente perigosos em razão de anomalia mental*, respetivamente, fosse aplicada uma *pena* passível de ser prorrogada por períodos sucessivos de três anos, caso o condenado não demonstrasse ter idoneidade para seguir uma vida honesta ou que deixasse de ser perigoso. A Reforma de 1972 veio limitar as prorrogações a dois períodos de três anos seguidos, com a ressalva dos casos que coubessem no artigo 68.º

¹²⁶ Acórdão do STJ, datado de 16-10-2013, proferido no âmbito do processo n.º 300/10.1GAMFR.L1.S1 Disponível através do seguinte endereço <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/3A5E9003C26E156380257CB7003C09B8> e consultado no dia 10/9/2021.

¹²⁷ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); pp. 152 e 153.

para os quais, caso persistisse a perigosidade, o tribunal poderia decretar uma medida de segurança de internamento em manicómio criminal.¹²⁸

Como já se adiantou, o n.º 2 do artigo 30.º da Lei Fundamental, vem excepcionar o limite-regra de duração máxima das sanções restritivas da liberdade disposto no n.º 2 do artigo 92.º, para os casos em que a perigosidade for baseada em *grave* anomalia psíquica, e verificando-se a *impossibilidade* de terapêutica em meio aberto, permitindo-se a prorrogação sucessiva do internamento, mediante decisão judicial, enquanto o estado de perigosidade se mantiver. Na senda da norma constitucional, o legislador penal, no n.º 3 do artigo 92.º prevê a possibilidade de prorrogação sucessiva por períodos dois anos da medida de internamento, quando em causa tenha estado a prática de um *crime punível com pena superior a 8 anos* e o *perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação* - mantendo-se o inimputável sob internamento até que se verifique que *cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem*.

Em comentário à norma constitucional do artigo 30.º n.º 2, a doutrina constitucional portuguesa, reconhece que o mesmo poderá significar a existência de medidas de segurança perpétuas, contudo, tal hipótese é, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, constitucionalmente conforme, por respeitar as exigências constitucionais de:

“(…) (a) *verificação da pré-existência do estado de perigosidade*; (b) *sujeição da prorrogação ao princípio da necessidade (demonstração da impossibilidade de terapêutica em meio aberto)*; (c) *sujeição ao princípio da reserva de decisão judicial para a prorrogação*.¹²⁹

Os constitucionalistas reforçam que – como, já vimos, não poderia deixar de ser – a única perigosidade que poderá fundamentar a decretação de uma medida de segurança é a *perigosidade criminal*, sendo o sentido jurídico-constitucional das medidas de segurança assegurado e comprovado, pela sujeição ao princípio da judicialidade na aplicação da sanção criminal. Em sentido convergente, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS afirmam que o legislador penal manteve intocado o núcleo essencial do princípio-garantia da proibição de sanções criminais restritivas da liberdade com carácter perpétuo, duração ilimitada ou indefinida, ao cingir-se a excepcionar os *casos particularmente graves de perigosidade criminal*, mediante decisão judicial e num regime de *limitação e definição temporal* – por

¹²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); pp.416 e 417.

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL “Constituição da República Portuguesa Anotada”; vol. I; artigos 1.º a 107.º1; 4ª Edição revista, reimpressão; pp. 503 e 504.

prorrogação sucessiva – que terá sempre ligação com a manutenção do estado de perigosidade.¹³⁰

Também a doutrina penal portuguesa afasta, em geral, a inconstitucionalidade do artigo 92.º n.º 3 do CP, por referência à norma constitucional em apreço. MAIA GONÇALVES afirma que não haverá razão para alegar inconstitucionalidade, uma vez que, nestes *casos extremos*, a prorrogação é precedida de decisão judicial sucessiva “*que incide sobre um comportamento que já é diferente do que originou a primeira decisão de internamento.*”¹³¹ O autor faz um paralelo com o cenário em que um agente imputável preso, antes de ser libertado, comete um novo crime, sendo sempre condenado por esse último ilícito a pena de prisão, sem prejuízo de já se encontrar privado da sua liberdade. Encerra a sua opinião no tema, servindo-se do próprio n.º 2 do artigo 30.º da CRP, não considerando existir inconstitucionalidade, nos mesmos termos da doutrina constitucional, desde que ressalvadas estejam as “*exigências constitucionais da pré-existência do estado de perigosidade; da sujeição de prorrogação ao princípio da necessidade e ainda da reserva de decisão judicial para a prorrogação.*”¹³² De igual forma, também SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES reiteram a sua opinião e considerações tecidas a propósito das prorrogações sucessivas, permitidas na versão primária do n.º 2 do artigo 92.º de 1982, como vimos.¹³³

O argumento de que, a cada prorrogação da medida de segurança importa já um comportamento diferente *não convence* FIGUEIREDO DIAS, que esclarece que:

“(…) o «comportamento» (ilícito-típico) é o mesmo, como «a mesma» é a perigosidade: só que ela não cessou, antes subsiste.”¹³⁴

De facto, a menos que o internado, pelo decurso do internamento, cometa outro facto tipificado além daquele que gerou a decretação da medida *ab initio*, falece razão à tese de MAIA GONÇALVES, subscrevendo-se em absoluto as palavras de FIGUEIREDO DIAS.

¹³⁰ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, volume I, Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais, artigos 1.º a 79.º, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista; p.496.

¹³¹ GONÇALVES, Maia, *Op. Cit.* (25); p. 389.

¹³² *Ibidem*; p. 390.

¹³³ SIMAS SANTOS E LEAL-HENRIQUES referem que as considerações tecidas quanto ao anterior artigo 92.º n.º 2 do CP *mantêm validade* quanto ao atual n.º 3 do artigo 92.º.- in SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Op. Cit.* (39), p.405.

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); p. 473 nota n.º 36.

Em sentido contrário, TAIPA DE CARVALHO afirma *não ter justificação* a permissão de perpetuidade do artigo 30.º n.º 2 da CRP e do artigo 92.º n.º 3 do CP. Partindo dos princípios constitucionais da proporcionalidade (no seu vetor de proibição do excesso e na indispensabilidade), da igualdade (de tratamento do inimputável e do imputável) e da jurisdicionalidade, considera, o autor, que deveria o legislador penal ter fixado como limite máximo de duração da medida de internamento o correspondente à pena que concretamente seria aplicada ao agente, caso esse fosse imputável.¹³⁵ Esta opção do penalista é criticável, na medida em que tal imposição significaria, para o juiz, um ónus – em nossa opinião, demasiado elevado – que implicaria um exercício de suposição das circunstâncias do caso que concorreriam para a culpa do agente, caso o mesmo a tivesse. Este é também o sentido de uma crítica avançada por AGUSTÍN BARREIRO e SILVA SANCHEZ, âmbito da problemática redação dos artigos 101.º a 103.º do CP espanhol, que preveem especificamente que a *medida de segurança privativa da liberdade* não poderá exceder o tempo que teria durado a *pena privativa da liberdade*, caso o agente fosse declarado penalmente responsável, como veremos infra.¹³⁶

TAIPA DE CARVALHO não considera que o facto de se reservar a decisão de prorrogação à veste judicial evita a violação do princípio constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da CRP – inerente ao Estado de Direito, e, por radicar da dignidade da pessoa humana, aplica-se, indubitavelmente, a todos os agentes independentemente da capacidade volitiva de cada um – avançando, o autor, com a proposta de fazer cessar o internamento, em vez de se prorrogar sucessivamente, passando a aplicar-se o regime do internamento compulsivo da LSM nos casos em que a perigosidade do agente assim o obrigue, depois de ultrapassado o limite máximo da medida de segurança.¹³⁷

Por outra, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA não se revê no que se acaba de expor, afirmando que a doutrina de TAIPA DE CARVALHO *não é constitucionalmente exigida, nem corresponde ao fim político-criminal da medida de segurança*. Para mais, relembra que a exceção prevista no artigo 92.º n.º 3, *tem expressa cobertura constitucional* no artigo 30.º n.º 2 – o que para nós é óbvio e reconhecido, inclusive, por TAIPA DE CARVALHO¹³⁸–

¹³⁵ CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (6); pp. 98 e 101.

¹³⁶ *Vide* ponto 5.1.

¹³⁷ CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (6); p. 99.

¹³⁸ Quando o autor refere *não ter justificação o disposto no artigo 30.º n.º 2 da Constituição* – Cfr. *Ibidem*; p.98.

explicando que a mesma se fundamenta numa *ponderação do legislador constituinte sobre os interesses constitucionais em jogo*. Não se vislumbra, para PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, qualquer violação ao princípio da igualdade pelos artigos em análise, porque o mesmo não vê, em tal princípio, a exigência de que o inimputável seja tratado como imputável, *submetendo aquele ao limite concreto de pena que seria aplicada a este*, nem tampouco considera admissível que o mesmo sirva para fazer *reentrar a culpa no direito das medidas de segurança*. No entendimento do autor, a justificação político-criminal da medida de segurança reside precisamente na sua necessidade como meio de reação do Estado contra a perigosidade do agente, para além da culpa do próprio agente.¹³⁹

SÁ PEREIRA E LAFAYETTE, encaram o disposto no n.º 2 do artigo 92.º como um *travão fundamental* que permitirá ao inimputável *obter a libertação, mesmo que persista a sua perigosidade*. Quando confrontados com o n.º 3 defendem a constitucionalidade no artigo 91.º n.º 3 do CP em referência ao pensamento – já enunciado – de MAIA GONÇALVES.

140

Apesar de reconhecer que o artigo 92.º n.º 3 do CP *respeita* o artigo 30.º n.º 2 da CRP, MARIA JOÃO ANTUNES, não deixa de manter a sua opinião acerca da questionável redação, que permite, como amplamente exposto, a perpetuidade da medida - o que a mesma explica ser totalmente desfasado entre a atual intervenção médico-psiquiátrica e a normação de natureza penal.¹⁴¹ Para mais, e nas palavras da autora:

*“(...) muito embora a natureza político-criminal da medida de segurança continue a apontar para uma duração ilimitada e indefinida desta (...) a extensão a este domínio de princípios como o do Estado de direito, o da legalidade e o da proporcionalidade impôs a vigência da regra da natureza temporária, limitada e definida das medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade”.*¹⁴²

4.2.2.1. A Jurisprudência na questão

¹³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Op. Cit.* (99); p. 288.

¹⁴⁰ LAFAYETTE, Alexandre e PEREIRA, Vítor de Sá; *Op. Cit.* (70); p. 298 e 299.

¹⁴¹ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (65); p. 110, nota 289.

¹⁴² ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (2); pp. 120 e 121.

Quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional, em acórdão datado de 31 de janeiro de 2002, o tribunal pronunciou-se, lateralmente, sobre esta questão, remetendo para liberdade do legislador penal a definição dos critérios de decretação sucessiva de prorrogação do internamento. Trata-se de um processo em que havia sido decidida a prorrogação de medida de segurança de internamento pelo período superior aos 8 anos - que seria o limite máximo nos termos do artigo 92.º n.º 2 – o Tribunal Constitucional defende:

“a admissibilidade da prorrogação sucessiva da medida de segurança originariamente decretada quando a gravidade do crime cometido pelo inimputável e o perigo de cometimento de novos factos da mesma espécie foram de modo a desaconselhar a libertação, sem que esteja efectivamente extinto o estado de perigosidade criminal subjacente. Assim o atestam a peculiaridade do regime e a teleologia que o assiste e, a esta luz, repete-se, o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário”.¹⁴³

4.2.2.2. A inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 92.º do CP

Apesar de reconhecermos que a norma do n.º 3 do artigo 92.º do CP é autorizada pelo artigo 30.º n.º 2 da CRP, tal constatação não nos isenta de um juízo fino sobre a compatibilidade do preceito penal relativamente aos restantes princípios, que gozam também de assento constitucional, e que informam as medidas de segurança. Neste âmbito são identificados, pela doutrina portuguesa, o princípios da legalidade e da aplicação da lei penal mais favorável (artigos 29.º da CRP e artigo 1.º e 2.º do CP), o princípio do ilícito-típico (artigo 29.º da CRP e 91.º n.º 1 do CP), princípio da proporcionalidade (artigos 18.º n.º 2 da CRP e artigos 40.º n.º 3, 91.º n.º 1, 93.º, 94.º e 98.º do CP), o princípio da prescribibilidade das medidas de segurança (artigo 124.º do CP) e o princípio da proibição de medidas de segurança com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (artigos 30.º n.º 1 da CRP e 92.º n.º 2 do CP).

Consideramos que a inconstitucionalidade do artigo 92.º n.º 3 do CP radica, sobretudo, em consequência da desconformidade com o princípio basilar do Estado de

¹⁴³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 42/2002, processo n.º 725/2001, de 31 de janeiro de 2002, disponível para consulta no endereço <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020042.html> e consultado no dia 21/09/2021.

Direito Democrático: da dignidade da pessoa humana; assim como no princípio da igualdade de direitos entre todos os agentes, independentemente da culpa.

A dignidade da pessoa humana, como ensinam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS concretiza-se em vários preceitos normativos, *sobretudo no campo dos direitos fundamentais*.¹⁴⁴ Também, o próprio Tribunal Constitucional, instrui no sentido de que “*a nossa Lei Fundamental assenta na dignidade da pessoa humana, que é o fundamento de todo o ordenamento jurídico, base do próprio Estado, ideia que unifica todos os direitos fundamentais*”.¹⁴⁵ Como ensina a doutrina acabada de mencionar, a dignidade da pessoa humana e a sua *ligação jurídico-positiva* com os direitos humanos começa com grandes textos internacionais, dos quais, como os mesmos autores enunciam, é exemplo a Carta das Nações Unidas.¹⁴⁶

O primeiro diploma internacional com referência específica às pessoas com deficiência data de 2008: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, ratificada pelo Estado Português a 30 de julho de 2009.¹⁴⁷ A este respeito impera recordar o artigo 8.º n.º 2 da CRP – que estabelece que as normas constantes de convenções internacionais a que Portugal adere passam a ser parte do direito interno. O artigo oitavo incumbe o legislador nacional da tarefa de conformar o direito interno para que o mesmo seja consentâneo com as convenções que ratifica, na medida em que a sua adesão implica uma vinculação do Estado português ao conteúdo da convenção.

A CDPD é um texto internacional que estabelece importantes direitos das pessoas com deficiência bem como um amplo leque de obrigações gerais para os Estados Partes por forma a garantir a tutela dos preceitos convencionais.¹⁴⁸ Das obrigações gerais que vinculam os Estados-Parte consta a obrigação de revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência – *vide* artigo 4.º n.º 1 alínea b). A Convenção, em matéria de privação da liberdade de pessoas com deficiência

¹⁴⁴ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Op. Cit.* (130); p. 61.

¹⁴⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 951/96, proferido no âmbito do processo n.º 481/94 disponível através do endereço http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=10447&pagina=347&nid=5801 e consultado, pela última vez, a 23/10/2021.

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Op. Cit.* (130); p. 65.

¹⁴⁷ Pela mão do Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30/07.

¹⁴⁸ Os direitos das pessoas com deficiência encontram-se um pouco por todo o clausulado, as obrigações gerais para os Estados-Parte constam do Artigo 4.º n.º 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, disponível no endereço https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pessoas_deficiencia_convencao_sobre_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf consultado, pela última vez, a 23/10/2021.

impõe, no seu artigo 14.º n.º 1 alínea b), que os Estados Parte assegurem que as pessoas com deficiência não sejam privadas da liberdade de forma ilegal ou arbitrária e que “*a existência de deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade*”.

Assim sendo, não podemos deixar de pugnar pela revogação do n.º 3 do artigo 92.º do CP que permite a privação da liberdade perpétua de um portador de anomalia psíquica, decorrente da aplicação de uma medida de segurança de internamento que, em virtude da gravidade do facto praticado pelo agente, pode ser prorrogada infinitamente desde que se mantenha o perigo de que o agente inimputável venha a cometer outros factos da mesma espécie, desaconselhando-se a sua libertação.

Trata-se, verdadeiramente, de uma sanção criminal restritiva da liberdade, discriminadora de pessoas com deficiência na medida em que, a mero título de exemplo se denote: se um agente imputável praticar um crime de homicídio e for condenado numa pena de prisão de oito anos (nos termos do artigo 131.º do CP), ao final de cumpridos os oito anos, o mesmo será libertado, para continuar a sua vida em liberdade; ao passo de que, o agente inimputável em razão de anomalia psíquica que pratica esse mesmo crime, em relação ao qual é decretada uma medida de segurança de internamento, com uma “moldura penal” entre os três e os oito anos, poderá continuar a ser privado da sua liberdade, mesmo depois de volvidos os oito anos, desde que se conclua que a sua libertação é desaconselhável em razão do perigo grave de cometimento de novos ilícitos-típicos. O agente inimputável não goza de garantia semelhante à do agente imputável se saber de, a partir de certa duração a restrição da sua liberdade acabará, podendo, o primeiro ficar, eternamente, subjugado à restrição da sua liberdade, mediante prorrogações sucessivas do internamento.

A justificação político-criminal para esta solução reside, para a maior parte da doutrina, numa necessária ponderação de interesses entre o perigo que a sociedade teria de suportar num cenário em que libertaria o inimputável perigoso, e a restrição da liberdade do agente sem um fim certo ou sequer determinável, como obrigam os artigos 29.º e 30.º n.º 1 da CRP¹⁴⁹. Desta balança, somos levados a concluir que, uma vez mais – à semelhança do que se disse em relação ao artigo 91.º n.º 2 do CP – prevaleceram, também aqui, as

¹⁴⁹ Esta tendência doutrinal para que a legitimação da medida de segurança passasse a pressupor uma ponderação de interesses é apontada, por MARIA JOÃO ANTUNES, também como uma consequência do reconhecimento da medida de segurança enquanto sanção criminal e é exemplificativa da aproximação desta em relação às penas. – Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); pp. 348-350.

necessidades de defesa social.¹⁵⁰ Contudo, fica por explicar o porquê de o legislador se permitir correr o risco de libertar um agente imputável que outrora já reincidiu – particularidade casuística que legitimamente poderia fazer prever com maior intensidade que o agente se poderá manter perigoso e, por isso, um risco para a comunidade¹⁵¹ – e não fazer o mesmo em relação a um agente inimputável, que praticou um crime punível com uma pena superior a oito anos e que se mantém, também este, perigoso.

Mas grave tudo isto se torna quando nos defrontamos com a psiquiatria atual que nos garante taxas mais baixas, ou pelo menos idênticas, de criminalidade violenta entre portadores de anomalia psíquica – quando compensados - e agentes imputáveis, defendendo que a circunstância de um agente padecer de uma doença mental configura, hoje, um fator de risco identificador, por exemplo ao sexo, idade, ou consumo de bebidas alcoólicas.¹⁵² Tal diferenciação entre indivíduos ilustra uma consideração errónea e infundada de que agente inimputáveis são agentes de perigosidade substancialmente maior do que os restantes agentes criminosos capazes de culpa. Desta feita, não podemos deixar de concluir que a proibição da existência de sanções criminais privativas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida tem uma aplicação discriminatória, não se podendo dizer que vale na mesma medida para portadores de anomalia psíquica, em relação aos quais se admite - inclusive expressamente pelo n.º 2 do artigo 30.º da CRP - que existam medidas de segurança de *duração indefinida*, para as quais o limite máximo não estará previamente definido na lei e depende de decisão judicial.¹⁵³

Não caberá razão a uma eventual argumentação que justifique a diferença que acaba de se expor na diferença das finalidades prosseguidas pelas sanções entre si. Não se pretendendo aqui repetir as considerações já tecidas *supra*, a finalidade de tratamento do inimputável e reintegração do mesmo num contexto social e comunitário não só, não obsta a que se elimine a possibilidade de perpetuidade da mesma, como é conseguida com melhores resultados num ambiente não privativo. Como ensina MARIA JOÃO ANTUNES, em

¹⁵⁰ Esta ideia de ponderação é explicada por FIGUEIREDO DIAS em referência à tarefa ocupada pelo princípio da subsidiariedade das medidas de segurança – consequência do próprio princípio da necessidade – que obriga a que a restrição de direitos fundamentais das pessoas somente seja admissível na medida do estritamente necessário à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. - DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); p.446.

¹⁵¹ CELINA MANITA, identificando como o *melhor predictor* de perigosidade do agente a existência de registo criminal. - MANITA, Celina, *Op. Cit.* (28); p.44.

¹⁵² Cfr. ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); pp. 360 e 361.

¹⁵³ Com recurso à definição de sanção de duração indefinida dada por JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS. – Cfr. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Op. Cit.* (130); p. 494.

consequência da revolução psicofarmacológica ocorrida na segunda metade do século passado e dos avanços psicofarmacológicos que permitem novas abordagens à doença mental, a psiquiatria privilegia, hoje, internamentos menos longos e modalidades de tratamento para além do internamento um tratamento.¹⁵⁴ É nosso entender que se manterá a responsabilidade do Estado em providenciar a assistência necessária, mesmo em momento ulterior à medida de segurança, como também veremos.

Por tudo quanto fica exposto, a revogação do artigo 92.º n.º 3 do CP demonstra-se inevitável no âmbito das obrigações assumidas por Portugal, enquanto Estado Parte da Convenção, nos termos dos artigos 4.º n.º 1 alínea b) da CDPD, ao abrigo do qual ficou vinculado a tomar todas as medidas apropriadas, incluindo a revogação legislativa de normas que constituam - como faz o artigo 92.º n.º 3 - uma discriminação contra pessoas com deficiência. Além disso, a revogação deverá também ser movida por força e em cumprimento do artigo 14.º n.º 1 alínea b) da CDPD, do qual decorre a obrigação de Portugal eliminar quaisquer normas que permitam a manutenção da restrição da liberdade justificada na deficiência de que é portador o agente. Por fim, é convocada esta necessidade de revogação em cumprimento do artigo 1.º da CRP, em prol da dignidade humana da pessoa que padece de anomalia psíquica, mas, igualmente, por força do artigo 13.º, consagrador do princípio constitucional da igualdade entre agentes passíveis de culpa e aqueles que não o são, mandamento este que também tem presença no artigo 3.º alínea b) e artigo 5.º, ambos da CDPD¹⁵⁵.

Quanto aos restantes princípios que informam o direito das medidas de segurança, parece-nos que a desconformidade entre o artigo 92.º n.º 3 do CP e a Lei Fundamental é particularmente gritante quando é feita a sua ponderação em relação ao princípio da proporcionalidade. Poder-se-á alegar que a proporcionalidade das prorrogações sucessivas estaria assegurada porque este n.º 3 só é acionado em relação à proporcional gravidade do ilícito praticado e à gravidade do perigo de cometimento de novos factos pelo agente. Neste sentido é importante recordar as palavras de FARIA COSTA, quando o autor chama à atenção para a importância de um juízo de proporcionalidade entre a aplicação do poder

¹⁵⁴ ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); p. 359.

¹⁵⁵ O artigo 3.º alínea b) contém o princípio geral de não discriminação e o artigo 5.º estabelece a igualdade e a não discriminação, incumbido os Estados-Parte de proibir toda a discriminação com base na deficiência, garantindo às pessoas com deficiência proteção jurídica igual e efetiva contra a discriminação de qualquer natureza.

sancionatório do Estado e a *dignidade* do delinquente, tendo o Estado, sempre, como limite da sua atuação, o respeito pela dignidade da pessoa humana, que se sobrepõe a qualquer valor supra-individual.¹⁵⁶ Também FIGUEIREDO DIAS, quando ensina que a proporcionalidade serve a “*função de limitação do poder sancionatório do Estado, em decorrência da intocável dignidade pessoal.*”¹⁵⁷ Acrescenta, este último autor, que este princípio de proporcionalidade em sentido estrito vale para o *inteiro âmbito* das medidas de segurança e, mais importante ainda, seja qual for o *estádio ou momento em que uma qualquer decisão sobre elas deva ser tomada*, ou seja, também aqui sobre as decisões de prorrogação sucessiva da medida.

É na sequência de tais ensinamentos que consideramos desproporcional a previsão legal que permita a existência de uma sanção criminal de duração indefinida. A possibilidade de prorrogação sucessiva é desproporcionada em relação à *gravidade do crime cometido* uma vez que, para garantir essa proporcionalidade, bastará que o internamento, ao abrigo do que dispõe o artigo 92.º n.º 2, se mantenha – se também a perigosidade se mantiver - até ao limite máximo da pena correspondente ao tipo crime cometido pelo inimputável. Qualquer medida de segurança que permaneça no tempo para lá de tal limite, sem que se justifique na prática de um outro ilícito, é desproporcionada à gravidade do facto outrora praticado. Para além disso, a manutenção de uma medida de segurança fundamentada somente na manutenção da perigosidade do agente, ainda que a mesma se mantenha de forma perpétua, significa uma desnecessária restrição da liberdade e um desrespeito pela dignidade da pessoa humana, obstando a que haja uma tentativa da prossecução da finalidade de tratamento do agente num meio menos lesivo aos direitos fundamentais do mesmo e constitui uma desproporcional restrição ao direito à liberdade violadora da proibição ínsita no n.º 1 do artigo 30.º da Constituição, motivo pelo qual a evolução legislativa foi na trajetória de completar a regra do artigo 92.º n.º 1 do CP.

Por fim, e para ultimar esta questão, o preceito em debate é atentatório ao princípio da legalidade, que vale, no seu tríplice, no campo das medidas de segurança, por força do artigo 29.º n.ºs 1, 3 e 4 da CRP. Em particular, e para o que ora nos ocupa, o princípio da legalidade na sua vertente da especificidade ou tipicidade impõe que a lei *especifique* cabalmente os tipos de medidas de segurança existentes, os seus pressupostos e, necessariamente – cumprindo aqui também imposições de segurança jurídica – a sua

¹⁵⁶ COSTA, Faria, “*Aspetos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português*” Apud. GONÇALVES, Maia, *Op. Cit.* (25); p. 385.

¹⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Op. Cit.* (8); pp. 448ss.

delimitação temporal. Da análise feita ao n.º 3 do artigo 92.º e concretamente pela conclusão de que o mesmo resulta numa violação da proibição do artigo 30.º n.º 1 da CRP, significando uma autorização para que existam sanções criminais de duração *indefinida*, também essas constituem uma lógica violação do princípio da legalidade, na sua vertente da especificidade.

4.2.3. Da manutenção da perigosidade do agente, depois de ultrapassado o limite máximo

Seguindo esta narrativa e abolido o n.º 3 do artigo 92.º, ficaria por definir qual seria o limite máximo inultrapassável de duração para toda e qualquer medida de segurança. Com o nosso regime atual, em mais uma demonstração da aproximação destas medidas em relação às penas, o limite máximo seria o de 25 anos, por força dos artigos 41.º n.º 2 e 3 e artigo 77.º n.º 2 do CP no direito das penas. Este é um limite que, para nós não deixa de ser imenso, em face ao paradigma atual consagrador de um modelo de tratamento médico-psiquiátrico, cuja intervenção é essencialmente *psicofarmacológica* (através de antipsicóticos, tranquilizantes, antidepressivos, estabilizadores de humor, etc.), *psicoterapêutica* (como e terapia cognitivo-comportamental) e *psicossocial*. É este novo panorama que tem vindo a permitir uma maior facilidade, eficácia, segurança e rapidez no tratamento da doença mental, conquistando a possibilidade de encurtar, cada vez mais, os internamentos, sempre tendo em vista a *desinstitucionalização* do portador de anomalia psíquica, devolvendo-o ao seu contexto familiar e social.¹⁵⁸

Ainda assim, quer nos parecer que, considerando a atual e completa equiparação entre as medidas de segurança e as penas, assim como a consignação das primeiras ao ramo direito penal – tema que não coube no âmbito da presente dissertação foi o de um repensar esta inserção e a eventual idoneidade de outro ramo do direito passar a ser responsável pelo tratamento dos inimputáveis em razão de anomalia psíquica que houvessem delinquido¹⁵⁹ –

¹⁵⁸ Assim de forma simples, mas completa, EDUARDO FIGUEIREDO, “(R)evolução da legislação de saúde mental à luz da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2021, p. 13.

¹⁵⁹ Não desconhecemos que a opinião de MARIA JOÃO ANTUNES de que o modelo médico assistencial desejável – com a intervenção psicofarmacológica, psicoterapêutica e psicossocial - é muito mais compatível quando enquadrado numa justiça administrativa atual que garanta a *tutela efetiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos*, ao invés de um direito penal munido de conceitos e pressupostos com *irrecusáveis dificuldades*. – Cfr, ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7); pp. 360-362.

a solução que melhor se adequa, por motivos de *proporcionalidade* em relação à gravidade do facto praticado mas também, e sobretudo, por motivos de igualdade de tratamento entre os agentes, é a de manter a atual correspondência entre o limite máximo de cada medida de segurança e o máximo correspondente ao tipo de crime praticado. A diferença aqui será a de que, o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido pelo inimputável passar a ser o limite para todos os casos, incluindo os que atualmente cabem no âmbito do artigo 92.º n.º 3 CP.

De mencionar que, a análise desta proposta carece sempre de ser acompanhada de uma atenção ao regime de execução atual da medida de segurança de internamento, que vem plasmado nos artigos que se seguem ao artigo 91.º, e preveem a possibilidade de cumprimento desta sanção criminal em liberdade (*para prova*), e uma revisão obrigatória periódica da situação do internado, da qual poderá resultar a cessação do internamento. Quanto a este último incidente, cabe-nos concordar com TAIPA DE CARVALHO quando aponta para a excessiva duração do mesmo, subscrevendo as suas palavras numa sugestão de que a revisão obrigatória tome lugar anualmente. O autor imputa essa mesma alteração ao princípio da *indispensabilidade da privação da liberdade*, bem como à imperiosidade de evitar a *inércia dos serviços médicos psicológicos e psiquiátricos penitenciários, e da administração penitenciária*.¹⁶⁰

O próprio CE obriga a que a execução da medida privativa da liberdade seja orientada para a *reabilitação do internado* e a sua *reinserção no meio familiar e social*, privilegiando, para tal, que a medida de segurança seja cumprida em unidade de saúde mental não prisional.¹⁶¹ Ainda assim, não podemos deixar de destacar a apatia na regulamentação deste internamento em unidade de saúde mental não prisional, que o artigo 126.º n.º 5 do CE de 2009 remetia para um diploma próprio, esse que só passou a existir 10 anos volvidos da vigência desse código, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 70/2019, de 24 de maio de 2019.

Importará deixar esclarecido que, em prol do melhor e mais adequado tratamento do agente inimputável que delinuiu, se o internamento passasse a ser decidido, conduzido e executado em campo alheio ao direito penal, não nos chocaria – e aí ser, porventura, fosse talvez o mais razoável, como já é o que acontece por cá na LSM – que a duração do

¹⁶⁰ CARVALHO, Américo Taipa de; *Op. Cit.* (6), pp. 102 e 103.

¹⁶¹ *Vide* artigo 126.º n.º 1 e 2 do CE.

internamento perdurasse tanto tempo quanto o decurso de tempo necessário ao tratamento do agente, e pelo qual permanece o estado de perigosidade que culminou na prática do crime. A nosso ver, associar a duração do internamento a algo tão imprevisível como é a *perigosidade* do agente fará sentido num contexto como é o caso do francês, um modelo ímpar, para o qual o Código Penal é somente chamado a aferir da questão da imputabilidade do agente. Assim, dispõe o artigo 122-1 do Código Penal que “*Não é criminalmente responsável a pessoa que sofria, no momento dos fatos, de transtorno psíquico ou neuro psíquico, tendo abolido o seu discernimento ou o controlo dos seus atos*”¹⁶² e, uma vez declarada judicialmente a inimputabilidade do agente, em razão de anomalia psíquica, no momento da prática do facto, entram em cena as autoridades administrativas, nos termos do artigo L3213-7 do Código de Saúde Pública, e é afastada a presença penal. Neste caso, a duração do internamento não tem duração pré-determinada no tempo, sendo avaliada a cada caso pelo decurso do acompanhamento do inimputável, levado a cabo por uma equipa médica multidisciplinar. A cessação do internamento depende da emissão de atestados médicos que concluam no sentido da compensação e inexistência de perigosidade, carecendo sempre do aval do diretor do estabelecimento de tratamento para que se proceda ao levantamento da medida.

Não sendo este o caso português, - conscientes de que para o ser teriam de ser repensadas das medidas de segurança no seu todo, inclusive, o conceito indeterminado que hoje as pressupõe e fundamenta - e tendo nós de responder à questão de saber qual a solução a dar aos casos em que, uma vez ultrapassado o limite máximo da medida de segurança de internamento o agente se mantém perigoso, analisaremos agora as soluções que surgiram na doutrina, na tentativa de dar resposta a tal panorama.

Primeiramente, SOUSA E BRITO - conforme já se expôs - sugeriu que, depois de ultrapassado o limite máximo de duração da medida de segurança, que deveria corresponder somente *uma prorrogação* do internamento por período não superior à duração do mesmo, e, caso se mantivesse a perigosidade do agente após essa prorrogação única, o tribunal colocá-lo-ia num período de liberdade experimental com uma duração máxima de 5 anos. A *liberdade experimental*, prevista na versão inicial do Código Penal de 1982, no seu artigo 95.º, consistia na libertação do inimputável a título *experimental* antes da cessação da medida

¹⁶² Code Pénal – consultado no <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/>, pela última vez no dia 10/10/2021.

de segurança, em duas hipóteses: quando se esgotou o limite máximo da duração do internamento e já não houvesse razões para presumir que o internado praticaria, em liberdade, novos crimes; ou em circunstância em que o tribunal decidia que, na decorrência da cessação da perigosidade, deveria cessar também o internamento.¹⁶³ Neste período de liberdade experimental o agente estava sujeito ao cumprimento deveres considerados necessários à prevenção da sua perigosidade, como a frequência de tratamentos e a submissão a exames, estando, durante este período, sujeitos à *vigilância tutelar de trabalhadores sociais especializados*.

A proposta de SOUSA E BRITO implicava uma conversão desta liberdade experimental em liberdade total, para todos os casos, volvidos 5 anos de liberdade experimental. Tal hipótese não tinha correspondência no Código Penal à altura para as situações em que se mantivesse a perigosidade do agente, cenário perante o qual o tribunal ordenava, de novo, o internamento ou outra medida de se demonstrasse adequada, em cumprimento do artigo 94.º n.º 4 aplicável por força do artigo 95.º n.º 2 do então vigente diploma. A extinção do instituto da liberdade experimental teve por detrás a contrariedade legal e inconstitucionalidade que a mesma acarretava, motivadas pela sua falta de fundamento material. Com aliás, explica FIGUEIREDO DIAS, a liberdade experimental era decretada depois de ter sido ultrapassado o limite máximo de duração da medida, ou quando o juiz considerasse que havia cessado a perigosidade do agente, ambas circunstâncias que obviamente deveriam despoletar a automática libertação do agente.¹⁶⁴

Este instituto foi, em 1995, substituído pela *liberdade para prova* (artigos 94.º e 95.º do atual CP) que se já só se aplica aos casos em que, no seguimento de uma revisão da medida de internamento se conclua que, apesar de não ter ainda cessado a perigosidade do agente, a finalidade da medida de segurança pode ser alcançada em meio aberto. Assim, em relação à questão que ora nos ocupa, a mesma só ficaria solucionada com o recurso à liberdade para prova se, efetivamente, o agente que permanece perigoso mesmo depois de ultrapassado o limite máximo da medida de internamento, oferecesse algumas garantias de que não iria delinquir em liberdade e que teria condições para cumprir as regras de conduta, submissão a tratamentos ou regimes de cura ambulatoriais que lhe fossem impostos com a liberdade para prova, nos termos do artigo 98.º n.º 3 e 4, por força do artigo 94.º n.º 3.

¹⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. Cit.* (8); p. 485.

¹⁶⁴ *Ibidem*; pp. 485-487.

Mais tarde, no seguimento da opinião de TAIPA DE CARVALHO em relação à permissão do artigo 92.º n.º 3, o autor avança com a solução de fazer aplicar o internamento compulsivo nos termos da LSM ao agente que, permanecendo perigoso, já cumpriu o limite máximo de duração da medida de segurança. O internamento compulsivo da LSM dista da medida de segurança de internamento, invocando, a primeira, pressupostos bem mais latos que a segunda, por implicar a *existência de uma situação de potencial perigosidade*, ou até mesmo prescindindo dela, bastando-se com *danos causados ao doente com a ausência de tratamento*.¹⁶⁵

Para nós, a aplicação da LSM a estes casos radica dos próprios pressupostos para o internamento compulsivo, nos termos do artigo 12.º da LSM. Assim, no caso em ponderação, no momento em que se concluisse pela perigosidade do agente aquando do atingimento do limite da medida de segurança, o internado deveria ser avaliado no âmbito da LSM, tratando-se já de um agente portador de *anomalia psíquica grave*, que se encontra em *situação de perigo para bens jurídicos de relevante valor* e, que se poderia recusar ou não apresentar discernimento suficiente para consentir na passagem do internamento no âmbito da sanção penal para o internamento da LSM. Tratando-se o internamento compulsivo de um *modelo misto de decisão médica e judicial*, a avaliação médica especializada requer a concordância com o internamento por dois psiquiatras, assim como a decisão final do juiz de decretação do internamento.¹⁶⁶ A ponte entre os dois regimes de internamento é já feita no artigo 29.º da LSM, que assegura a possibilidade de o tribunal decidir decretar, ao agente para o qual, no momento da condenação, não se considerem verificados os pressupostos da medida de segurança do artigo 91.º, o internamento compulsivo ao abrigo da LSM.

A execução do internamento compulsivo ao abrigo da lei de saúde mental é cumprida, quando em regime de internamento, em hospitais gerais e, quando se trata de uma reabilitação psicossocial, a prestação desses cuidados é assegurada em estruturas residenciais, centros de dia e unidades de treino e reinserção profissional como se prevê, respetivamente, nos artigos 3.º n.º 1 alínea c) e d) da LSM. Este é, de imediato, um cenário diferente daquele que acompanha o internado a cumprir medida de segurança de internamento ao abrigo do CP, que a cumprirá em estabelecimentos integrados na Direção

¹⁶⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO *Apud.* FIGUEIREDO, Eduardo “(R)evolução da legislação de saúde mental à luz da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2021, p. 73 nota n.º 236.

¹⁶⁶ Assim, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Op. Cit.* (102) pp. 53-54.

Geral de Reinserção e Serviços Prisionais do Ministério da Justiça¹⁶⁷, estabelecimentos para os quais a execução do internamento terá de obedecer também ao Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais; ou em instalações pertencentes ao Sistema Nacional de Saúde¹⁶⁸, estando aqui sujeita à regulação do CE e, em tudo o que este não prevê, em regulação complementar, nos termos do artigo 126º número 5 do CE.¹⁶⁹

A opção pela continuação do tratamento do inimputável ao abrigo da LSM, apetrechada com um regime de revisão obrigatória do internamento mais curto, cumprida ao abrigo de uma lei orientada para uma prestação de cuidados de saúde mental, por uma equipa multidisciplinar, habilitada a responder a necessidades médicas, psicológicas, sociais, de enfermagem e de reabilitação e em estabelecimentos hospitalares ao invés da hipótese de permanência perpétua – ao abrigo do artigo 92.º n.º 3 – em estabelecimentos de execução de medida de segurança parece-nos, em tudo, mais consentânea com a finalidade de tratamento deste tipo de agentes e, também assim, com o princípio da dignidade da pessoa humana, depois de cumprido o limite máximo da duração da medida de internamento. Por sua vez, não seria seguro, quer para a comunidade quer para os próprios que, aquando do atingimento do limite máximo de duração da medida de segurança e permanecendo a perigosidade do agente, estes agentes fossem deixados à responsabilidade das suas famílias, correndo-se o risco de não lhes ser garantido o acesso ao tratamento devido. Assim, urge que seja imputada ao Estado a sua responsabilidade na necessária criação de estabelecimentos aos quais de possa recorrer para garantir uma vida condigna a estes agentes, que não mais devem ficar sob a veste penal.

De tudo quanto se expôs resulta que, a maior dificuldade que poderá advir da abolição da hipótese de manutenção, por tempo indeterminado, da medida de segurança, está diretamente relacionada com a necessidade de criar uma resposta puramente assistencial e social para estes casos de permanência de perigosidade e de necessidade de tratamento, já fora dos muros dos estabelecimentos de execução de medida de segurança.

¹⁶⁷ O Hospital Prisional de S. João de Deus, em Caxias, e a Clínica de Psiquiatria e de Saúde Mental do Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo em Matosinhos, havendo, nesta última é possível cumprir a medida de segurança em unidade de saúde mental prisional e não prisional.

¹⁶⁸ Como são o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa, o Hospital Psiquiátrico Sobral Cid em Coimbra (que adota um regime aberto) e o Hospital de Magalhães Lemos no Porto.

¹⁶⁹ PINTO, Isabel Horta, “*A Posição Jurídica do Internado em Estabelecimento destinado a inimputáveis*” in *Anomalia Psíquica e Direito- Colóquio Comemorativo dos 20 anos da entrada em vigor da lei de saúde mental-coord.* Maria João Antunes, Instituto Jurídico FDUC 2020, p.225.

5. Os ensinamentos do direito comparado

Como vimos já, a medida de segurança de internamento é uma sanção de natureza criminal, que começou por ter como pressuposto somente a manutenção do estado de *perigosidade criminal* do agente. No seguimento do que também já foi abordado, a tendência inicial do direito das medidas de segurança era para a inexistência de fixação legal *a priori* da delimitação temporal do internamento de agentes inimputáveis. Contudo, fruto de um processo de maior aproximação entre os dois tipos de sanções criminais, foi possível observar – como ora veremos – que o sentido da evolução legislativa penal tem vindo a ser o de criar limites de duração máxima à medida de segurança de internamento, que já não correspondem à regra geral de cessação da mesma aquando da cessação da perigosidade, opção que autorizava a perpetuidade das mesmas.

Assim, com um claro enfoque no tema da *duração* das medidas de segurança privativas da liberdade – e não almejando profundas e exaustivas incursões sobre o surgimento e mutação legal destas sanções em cada um destes ordenamentos jurídicos – faremos aqui uma breve sinopse do que se passa noutros países europeus: Espanha, Itália e Alemanha; bem como na experiência do Brasil. O presente capítulo visa, igualmente, o propósito de fazer um contraponto com as soluções legais portuguesas já amplamente discutidas neste nosso estudo.

5.1. Espanha

Em Espanha, as medidas de segurança surgiram com o Código Penal de 1928, ainda que num regime de aplicação das medidas de segurança em substituição com a aplicação de penas. Foi pela *Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933* que primeiramente se introduziu o conceito de perigosidade *criminal* e *social* do agente no ordenamento jurídico espanhol. Ao contrário do que se passava na época na maioria dos países, em Espanha, com a *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación, de 4 de agosto de 1970* a maior parte das medidas de segurança eram pré-delituais, aplicadas às *personas llamadas “peligrosas sociales”* não se exigindo, sequer, que fosse provável a prática de crimes futuros.^{170 171} Em 1995, com a

¹⁷⁰ MUÑOZ, Francisco Conde, “*Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español*”, Estudios Penales y Criminológicos, VI, 1983, p. 219.

¹⁷¹ Disponível através do endereço [BOE.es - BOE-A-1970-854 Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social](https://www.boe.es/BOE-A-1970-854/Ley_16/1970_de_4_de_agosto_sobre_peligrosidad_y_rehabilitacion_social). Consultada, pela última vez, no dia 22/10/2021.

Ley Orgánica de 10/1995 de 24 de noviembre foi aprovado o Código Penal de 1995 e que está em vigor atualmente¹⁷². Este diploma, entre outras conquistas, põe fim as medidas de segurança pré-delituais – vide artigo 95.º n.º 1 1.º do CP – e elimina o conceito de perigosidade *social* como um dos pressupostos para a decretação de medidas de segurança, passando a ser somente a perigosidade *criminal*.

No que toca à duração da medida de segurança, o atual CP estabelece, no artigo 6.2 que “*Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*” ou seja, vale por dizer que se aplica a *regra geral* que proíbe a aplicação de uma medida de segurança mais grave ou por período superior ao limite máximo da pena abstratamente aplicável ao facto cometido caso se tratasse de um agente imputável, adicionando a proibição de exceder o limite necessário para prevenir a perigosidade do agente. Este preceito, consagra o *princípio da proporcionalidade* das medidas de segurança com relevância dada ao facto praticado, tal como é entre nós identificado, no nosso artigo 40.º n.º 3 do CP. Esta consagração do *princípio da proporcionalidade* no ordenamento jurídico espanhol surgiu de um afastamento do legislador em relação ao que se previa no artigo 133.º do Projeto de CP espanhol.¹⁷³

Esta opção é alvo de críticas por autores que sustentam que o fundamento único à decretação da medida é a persistência da perigosidade do agente e não o facto praticado. Exemplo disso são as críticas formuladas por autores como SILVA SANCHEZ e AGUSTÍN BARREIRO, por considerarem que este artigo significa a equiparação do direito penal das medidas de segurança ao direito penal das penas, sanções heterogéneas, o que deveria impedir tal equiparação.¹⁷⁴ Estas críticas ao artigo 6.2 reconduzem-se, nomeadamente, ao facto de não fazer sentido que a duração da medida de segurança - cujo pressuposto único é a perigosidade do agente - dependa de outros fatores que não perigosidade do agente presente e futura do agente, e, ao invés, que se determine em função da gravidade do facto praticado, no passado.¹⁷⁵

¹⁷² Ley de Peligrosidad y Rehabilitación, disponível através do endereço <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> consultado, pela última vez, no dia 22/10/2021.

¹⁷³ Nesse, como anteriormente já se referiu a propósito da análise ao princípio da proporcionalidade, lia-se que “*as medidas de segurança devem ser proporcionadas à perigosidade revelada pelo facto cometido e à gravidade dos que seja provável o agente poder cometer*”. - ANTUNES, Maria João, *Op. Cit.* (7) p. 357.

¹⁷⁴ *Ibidem*; p. 357.

¹⁷⁵ Neste sentido diz Agustín Barreiro que sendo, de acordo com o artigo 6.1 do CP espanhol, a perigosidade criminal o fundamento da medida de segurança, *o lógico seria que a perigosidade criminal do sujeito fosse a*

No artigo 97.º (b) vem prevista a possibilidade de o tribunal fazer cessar a medida de segurança assim que cesse a perigosidade do agente, à semelhança do que significa, para nós, o artigo 92.º n.º 1 do CP português.

Entre o artigo 101.º até ao artigo 103.º do CP espanhol vêm fixados os limites máximos de duração da medida de segurança para os agentes considerados *inimputáveis em razão de anomalia psíquica*, para aqueles que foram considerados inimputáveis momentaneamente *em razão de consumo de substâncias* (estupefacientes, bebidas alcoólicas, de entre as demais que constam do artigo 20.º n.º 2 do CP espanhol) e para os agentes inimputáveis com a *perceção da realidade alterada desde nascença ou em tenra idade* (nos termos do artigo 30.º n.º 3 do CP). Para qualquer um destes agentes, a medida de segurança restritiva da liberdade *não pode exceder o tempo que teria durado a pena privativa da liberdade, caso o indivíduo fosse imputável*, estabelecendo-se que, casuisticamente, caberá ao poder judicial fixar, em sede de sentença, o limite máximo de duração de cada medida de segurança aplicável.¹⁷⁶

AGUSTÍN BARREIRO critica este preceito por vincular o julgador a formular um juízo hipotético de difícil concretização, que obriga à determinação da pena concreta como se de um cenário de imputabilidade se tratasse, com as necessárias averiguações que tal acarreta (como a consideração de circunstâncias atenuantes e agravantes, ou juízos pertencentes à análise do desvalor da conduta, que naturalmente não cabem nos casos de agentes inimputáveis).¹⁷⁷ SILVA SANCHEZ critica este artigo, remetendo para uma decisão do Tribunal Supremo espanhol, na qual assinala não ser possível estabelecer como limite da medida de segurança aplicável ao incapaz de culpa a duração da pena que lhe haveria correspondido caso fosse culpado, *pois não é passível de se prever qual a gravidade da sua culpa caso possuísse a capacidade que lhe faltou*¹⁷⁸. Estas são críticas que, como *supra* se disse, valem em pleno para a proposta de TAIPA DE CARVALHO quanto à fixação de um limite

referência obrigatória e o factor decisivo da proporcionalidade da medida. – Cfr. BARREIRO, Agustín Jorge, “A Crise Atual do Dualismo no Estado Social e Democrático de Direito”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2001; ano 11; outubro-dezembro; pp. 576-579.

¹⁷⁶ Artículo 101.

1. (...) *El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.*

¹⁷⁷ AGUSTÍN JORGE BARREIRO identifica as dificuldades que o juiz enfrenta, com esta solução legal, como a averiguação do *grau de execução do delito*, das *formas de participação* e das *circunstancias modificativas da responsabilidade criminal* no momento de decretar a moldura da medida de segurança. Cfr. BARREIRO, Agustín Jorge, *Op. Cit.* (175); p. 579-580.

¹⁷⁸ SANCHEZ, Silva *Apud. Ibidem* p. 579 nota 155.

máximo da medida de segurança correspondente à pena que concretamente seria aplicada se em causa estivesse um imputável.

A doutrina espanhola que enunciámos rejeita a atual solução de delimitação da duração máxima da medida de segurança privativa da liberdade e chama à atenção para a necessidade de fixar um limite concreto, subtraído ao poder judicial. AGUSTÍN BARREIRO, em 2001, avança com a hipótese de fixar um sistema de duração relativamente indeterminada, revista a cada dois anos, pelo juiz, mas fixando, em todo o caso, um limite máximo de duração da medida entre os 10 e 20 anos. Quanto à questão de saber o que se segue depois de ultrapassado o prazo máximo e num cenário em que a perigosidade se mantiver, o autor remete para a hipótese de aplicar ao delincente uma medida de segurança não privativa da liberdade à semelhança da figura do atual Código Penal alemão de “*vigilância de conduta*”.¹⁷⁹

Por sua vez, CONDE MUÑOZ admite considerar a possibilidade de fixar um limite máximo superior ao limite máximo da pena abstratamente aplicável ao agente imputável em casos muito excepcionais de perigo grave comprovado, com probabilidade de prática de crimes contra a vida, a integridade física e a liberdade sexual, somente numa circunstância em que, mesmo depois do cumprimento da medida de segurança, tal perigosidade não tiver sido eliminada. Ainda assim, e mesmo nestes casos - que para o autor deverão ser taxativamente previstos na lei – o autor afirma que *se debería imponer un limite máximo de duración del internamiento que no podría ser rebassado*.¹⁸⁰

No ordenamento jurídico espanhol não se encontra, ainda hoje, fixado qualquer limite mínimo à medida de segurança.¹⁸¹

O caso espanhol dista da solução político-criminal portuguesa, atribuindo ao julgador uma intervenção muito maior na fixação da duração das medidas de segurança, em particular no que ao limite máximo diz respeito. Esta é uma solução político-criminal que não teria cabimento em Portugal, não sendo razoável impor ao julgador a tarefa de deduzir de certas circunstâncias conformadoras da medida da pena nas medidas de segurança, porque exatamente, e como já amplamente se referiu, a estes agentes não cabe culpa. Da nossa parte, merece destaque e concordância a inexistência de disposição aproximada ao nosso artigo 92.º n.º 3 do CP português, assim como a correta omissão de um limite mínimo à duração

¹⁷⁹ BARREIRO, Agustín Jorge, *Op. Cit.* (175); p.581.

¹⁸⁰ MUÑOZ, Francisco Conde, *Op. Cit.* (170); p. 238.

¹⁸¹ CARVALHO, Taipa de; *Op. Cit.* (6); p.99.

da medida de segurança privativa da liberdade, permitindo que o internamento perdure, efetivamente, somente pelo tempo em que se mantenha a perigosidade do agente, num estrito cumprimento do postulado de subsidiariedade da intervenção penal e de condicionar a restrição da liberdade ao mínimo possível.

5.2. Itália

Em Itália, o CP de 1930 prevê no *Titolo VIII* as “*misure amministrative di sicurezza*”, e, para o que ora nos interessa abordar, entre o artigo 199.º e o artigo regula as *misure di sicurezza personali*, as medidas de segurança pessoais. Seguindo a regra geral de duração da medida de segurança de internamento pelo tempo em que permaneça a perigosidade do agente, no projeto do código penal italiano de 1921 pode ler-se que “*se não é realizável a exigência de determinar um castigo proporcional à culpa e se se trata, pelo contrário, de segregar, quando seja necessário, um indivíduo socialmente inadaptado, esta segregação não pode ter uma duração pré-determinada, devendo durar o tempo que for necessário à adaptação social do indivíduo em liberdade. Quando seja incorrigível, a duração deverá ser, então, absolutamente indeterminada.*”¹⁸² Esta regra encontra-se vertida no artigo 207.º do *Codice Penale*, norma que dispõe que medidas de segurança não podem ser revogadas a menos que as pessoas a elas sujeitas tenham deixado de ser socialmente perigosas. Contudo, não pode dizer-se que tal vale hoje, em pleno, atendendo ao facto de, hoje, o ordenamento jurídico italiano prever prazos de duração mínima da medida de segurança fixados na lei.¹⁸³

Atualmente, o CP italiano já prevê um limite máximo de duração da medida de segurança aproximado à solução espanhola. Este foi introduzido com a *legge 31 maggio 2014, n. 81* que passou a estabelecer que a medida de segurança não poderá perdurar além do *limite máximo estabelecido para o agente imputável que pratique o mesmo facto ilícito*.¹⁸⁴ Vale, a este respeito tudo o que foi dito em relação às críticas do artigo 6.2 do CP espanhol.

No que respeita à fixação de um *limite mínimo* de duração para a medida de segurança de internamento o caso italiano distancia-se do espanhol e prevê vários limites

¹⁸² *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, 1921 Apud. ANTUNES, *Op. Cit.* (2); pp. 119.

¹⁸³ Código Penal italiano foi consultado através do endereço <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>, tendo sido consultado penal última vez no dia 26/10/2021.

¹⁸⁴ Informação consultada no endereço <https://www.carolinatampolli.it/blog/2018/01/16/la-legge-81-14-chiusura-degli-ospedali-psichiatrici-giudiziari/> no dia 10/10/2021.

mínimos a cumprir, consoante a moldura penal que o facto ilícito típico praticado pelo agente inimputável enfrenta no direito das penas. Assim, o artigo 222.º do CP italiano dispõe que a medida de segurança aplicável ao inimputável em razão de anomalia psíquica, a cumprir num *manicomio giudiziario*, tem um período de duração mínima de *dez anos*, quando o agente tiver praticado um ato que seja punido com prisão perpétua ou de *cinco anos*, se o facto ilícito for punido com pena de prisão não inferior a dez anos. O Tribunal Constitucional, numa decisão de 24 de julho de 1998, declarou inconstitucional a aplicação deste artigo a casos de internamento de menores. Nesse seguimento, surge o artigo 223.º do *Codice Penale* que regula o internamento em reformatório judicial para menores e estipula que estes estão sujeitos ao cumprimento de internamento com um limite mínimo de um ano.

O artigo 208.º dispõe que, decorrido o prazo mínimo de duração estabelecido por lei para cada medida de segurança, o juiz examina o internado, para aferir se o mesmo ainda é socialmente perigoso e, nos casos em que se demonstre que a perigosidade se mantém, está a cargo do juiz fixar um novo prazo para a realização de nova perícia de revisão. No entanto, quando houver motivos para crer que o perigo cessou, o juiz pode, a qualquer momento, *procedere a nuovi accertamenti* - o que não significa a imediata libertação do internado.

Conforme já amplamente escrevemos, é, para nós, incompreensível a imposição de quaisquer limites mínimos de duração da medida de segurança, sendo difícil compreender a fixação de prazos tão longos de duração mínima para estas medidas, como é o caso italiano. O que torna a questão ainda mais grave, a nosso ver, é, não só o facto de este ser um sistema jurídico duplo binário¹⁸⁵ – no qual a decretação da medida de segurança de internamento pode já ter precedido o cumprimento de uma pena de prisão pela prática do mesmo facto – bem como o facto de, pelo decurso dos longos limites mínimos de dez ou cinco anos, não há lugar a qualquer revisão obrigatória da medida, nomeadamente, a manutenção da perigosidade. O que está previsto no artigo 208.º não assegura a revisão da medida pelo decurso do amplo período de duração mínima da medida.¹⁸⁶ Esta é uma solução que está longe de ser o que propugnamos, levando-nos a querer que contribui para a ostracização do

¹⁸⁵ Utilizámos a expressão “duplo binário” para nos referirmos a sistema jurídico que aplica, ao mesmo agente, e pela prática do mesmo facto, uma pena e cumulativamente uma medida de segurança, ambas privativas da liberdade.

¹⁸⁶ Atente-se, em particular, a este respeito pela revogação do parágrafo 3º do artigo 207.º do CP italiano, que previa que a possibilidade do Ministério da Justiça de revogar a medida de segurança antes de decorrido o tempo correspondente à duração mínima fixada na lei. Esta revogação operou-se com o artigo 89.º da Lei de 26 de julho de 1975, n. 354.

agente em vez de promover o necessário e merecido tratamento exigível em todos os Estados de Direito.

5.3. Alemanha

No Direito penal alemão a questão da inimputabilidade está atualmente prevista no § 20 StGB¹⁸⁷, que dispõe que o agente não é culpado se, na altura da prática do facto ilícito, sofria de uma perturbação mental patológica, de uma perturbação profunda da consciência, de debilidade ou de qualquer outra anomalia psíquica grave que o impedisse de avaliar a ilicitude do ato e de se conformar do seguimento dessa avaliação. Já no § 21 StGB prevê a atenuação da pena para os casos de imputabilidade diminuída. Ao agente declarado inimputável nos termos do §20 StGB ser-lhe-á aplicada uma medida de segurança a cumprir em hospital psiquiátrico – nos termos do §63 StGB – ou num centro de desintoxicação – por força do disposto no § 64 StGB – para o caso de agentes com tendência para o consumo de bebidas alcoólicas ou outras substâncias intoxicantes ainda que, o internamento nestes centros só seja decretado se a privação de liberdade se demonstrar necessária para a cura, tratamento, impedir recaídas e conseqüentemente, obstar à prática de novos crimes.

No hospital psiquiátrico cumprem medidas de segurança os agentes que praticaram um ilícito-típico, sendo considerados, por peritos da psiquiatria forense, um perigo para a comunidade em geral, tendo de estar, associado a esse perigo, uma alta probabilidade de que o agente reincida na prática de delitos graves sendo, por fim, ainda necessária uma ligação entre a perigosidade do agente e a anomalia psíquica de que o mesmo padece. É de acrescentar que, caso um agente portador de anomalia psíquica, como a esquizofrenia, não seja considerado inimputável nos termos do artigo §20 StGB, poderá este vir a ser condenado a uma pena de prisão ou, em sua substituição, ser-lhe aplicada uma multa.

Em 1998 foi aprovada a Lei Conta Delitos Sexuais e Outros Delitos Perigosos¹⁸⁸ que ampliou o âmbito de aplicação da medida de segurança para os agentes que reincidissem na prática de delitos sexuais, passando, a partir de então, a vigorar na ordem jurídica alemã o sistema do duplo binário. Assim, para os agentes que reincidirem na prática de crimes

¹⁸⁷ Disponível no endereço <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> e consultado, pela última vez, no dia 25/09/2021.

¹⁸⁸ *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*

depois do cumprimento da pena, passa a ser aplicada medida de segurança. No seguimento de episódios criminais graves na Alemanha, esta lei de 1998 termina com a imposição de limite máximo à medida de segurança aplicada pela primeira vez e permitiu-se que esta lei tivesse eficácia retroativa, impondo-se a agentes estariam anteriormente vinculados ao limite de duração máxima de dez anos.¹⁸⁹

O Tribunal Constitucional Alemão pronunciou-se no sentido da conformidade constitucional da decisão de abolição do limite máximo de dez anos da medida de segurança, argumentando que a indeterminação temporal da medida se justifica numa persistente perigosidade do agente e que, a constitucionalidade de tal solução é garantida pela revisão da verificação dos pressupostos do internamento, que deverá ser progressivamente mais exigente quanto mais duradoura for a medida de segurança.¹⁹⁰

A partir de 2002, para estes agentes - aos quais se aplicaria uma medida de segurança depois do cumprimento da pena - o momento em que o juiz procede ao juízo de prognose de averiguação da manutenção da perigosidade deixa de ser *o momento da decisão condenatória* – momento no qual o agente é condenado à pena de prisão e à posterior medida de segurança – para passar a ser a *perigosidade aferida no final da execução da pena*. Esta é uma nova hipótese legal a que juiz decide recorrer quando, no momento de proferir a decisão condenatória, considere que a perigosidade do agente não seja de excluir, ainda que não se possa afirmar da mesma com elevada certeza.

O legislador penal alemão vai ainda mais longe e cria, a 23 de julho de 2004, a “Lei sobre a Introdução da Medida de Segurança Retroativa”¹⁹¹ que permite que a medida de segurança privativa da liberdade seja decretada *a posteriori* da decisão condenatória, fazendo assentar o juízo de prognose desfavorável em *factos verificados após* a prolação da decisão e até ao fim da execução da pena de prisão. Neste caso tratava-se de uma *perigosidade qualificada* porque estes factos significativos, geradores de perigosidade, teriam de estar *relacionados com o facto conducente* à aplicação da pena de prisão e teriam de traduzir uma *elevada probabilidade* de futuro cometimento de crimes suscetíveis de produzir *danos físicos ou psíquicos à vítima*. Esta medida de segurança *a posteriori* aplicava-se, em 2007, além do grupo de agentes que praticaram crimes contra a vida, liberdade pessoal ou contra liberdade e autodeterminação sexual, do agentes condenados pela prática

¹⁸⁹ ALVES, Sílvia Marques; *Op. Cit.* (34); p. 114.

¹⁹⁰ ALVES, Sílvia Marques; *Op. Cit.* (34); p. 118.

¹⁹¹ Tradução aproximada de “*Nachträgliche Sicherungsverwahrung*”.

de crimes de natureza violenta ou sexual e dos inimputáveis internados em hospital psiquiátrico que, na altura da cessação da medida de segurança, se mantivessem perigosos; também a caso em que o juízo de prognose assentassem em factos indicativos de perigosidade e cognoscíveis já no momento da decisão condenatória.¹⁹²

Esta medida de segurança *a posterior* aplicava-se, em 2007, para além dos grupos de agentes que praticaram crimes contra a vida, liberdade pessoal ou contra liberdade e autodeterminação sexual, aos agentes condenados pela prática de crimes de natureza violenta ou sexual e aos inimputáveis internados em hospital psiquiátrico que, na altura da cessação da medida de segurança, se mantivessem perigosos; também ainda, aos casos em que o juízo de prognose assentasse em factos indicativos de perigosidade e cognoscíveis já no momento da decisão condenatória.¹⁹³

O TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade da possibilidade aplicação retroativa da medida de segurança num caso de agente inimputável que, ao abrigo da legislação penal anterior à *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten* de 1998, gozaria do limite máximo de duração da medida de segurança de *dez anos* no seu primeiro internamento. O indivíduo recorreu ao TEDH após ter sido vedada a sua libertação, por força da eficácia retroativa da referida lei que, como se disse, aboliu o limite de duração máxima para o primeiro internamento. O TEDH acabou por concluir que neste caso foram violados simultaneamente os artigos 5 § 1 e artigo 7 § 1 da Convenção, o direito à liberdade e segurança e o princípio da legalidade, na vertente da proibição de condenação de um agente com sanção mais grave – neste caso de duração superior – ao estabelecido na lei em vigor à prática do facto ilícito.¹⁹⁴ Pelo contrário, o Tribunal Constitucional alemão confirmou a constitucionalidade da medida de segurança decretada *a posteriori*, recorrendo ao argumento da diferença de natureza entre sanções, bem como pelo facto de tal imposição só se aplicar aos casos em que subsista a tal *perigosidade qualificada*, que faz prever a futura lesão de bens jurídicos como a vida.

Ainda assim, a decisão do TEDH motivou uma reforma na legislação penal alemã, no âmbito da qual importará destacar que surgiu o Ato Sobre a Terapia dos Criminosos Violentos e Portadores de Anomalia Psíquica, que passou a restringir o âmbito de aplicação

¹⁹² ALVES, Sílvia Marques; *Op. Cit.* (34); p. 115.

¹⁹³ ALVES, Sílvia Marques; *Op. Cit.* (34); p. 115.

¹⁹⁴ Pode ler-se a Decisão do TEDH através do endereço <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/19359-04.php> consultado, pela última vez no dia 28/10/2021.

da medida de segurança de internamento somente a agentes que padecessem de anomalia psíquica e em relação aos quais se identificavam razões de prevenção geral que motivassem a decretação do internamento.

No que à atualidade da fixação dos limites de duração da medida de segurança respeita, o ordenamento jurídico germânico consagra a regra geral de que o internamento cessa quando o tribunal considerar terminada a perigosidade do agente, nos termos do §67d (6), semelhante ao nosso artigo 92.º n.º 1 CP. Também o *princípio da proporcionalidade* na decretação da medida de segurança está consagrado, para o ordenamento jurídico germânico, no artigo § 62, que dispõe que a medida de segurança não pode ser decretada se for desproporcionada relativamente ao significado dos *factos praticados* pelo agente ou daqueles que se espera que venha a praticar, nem desproporcional em relação ao *grau de perigo* que o agente representa.

No que se refere a prazos, no internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica continua por fixar um limite máximo inultrapassável, sendo, ainda assim, de fazer referência ao facto de, por se tratar de um sistema duplo binário, existirem previsões normativas específicas que delimitam a duração máxima do internamento consoante o que já fora cumprido em sede de pena de prisão, como é o caso do §67d (3) StGB.¹⁹⁵ Por sua vez, o internamento nos centros de desintoxicação/instalação de tratamento de dependência, decretados pelo tribunal para agentes que cometeram um crime em estado de embriaguez e permaneçam perigosos em consequência do seu vício, têm a duração máxima de *dois anos* (vide §§ 64, 66 e 67d do StGB).¹⁹⁶ Em comentário ao §67d StGB, autores como ADOLF SCHÖNKE e HORST SCHRÖDER justificam estas limitações temporais máximas de dois e dez anos como decorrências do próprio Estado de Direito.¹⁹⁷

Acontece que no ordenamento jurídico alemão, por força do princípio do controlo, a revisão periódica da medida de internamento é, no mínimo, anual, por forma a aferir da

¹⁹⁵ Dispõe, o artigo, que nos casos em que o agente já tenha cumprido 10 anos de prisão preventiva é eliminada a medida de segurança se o tribunal concluir pela inexistência de perigo de cometimento de crimes graves dos quais resultem em traumas emocionais graves ou danos físicos às vítimas. (tradução aproximada)

¹⁹⁶ KONRAD, Norbert/ LAU, Steffen, “*Dealing with the mentally ill in the criminal justice system in Germany*”, International Journal of Law and Psychiatry, n.º 33, 2010, p. 237

¹⁹⁷ ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2002, p.121 nota de rodapé n.º 174. E, também, ANTUNES, Maria João; *Internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (os art. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*; 1993; Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA 2; p. 105 nota de rodapé n.º 271.

manutenção de perigosidade do agente e da necessidade de o mesmo continuar em internamento em hospital psiquiátrico.¹⁹⁸

5.4. Brasil

No Brasil, os primeiros vislumbres de sanções que podem ser identificadas como medidas de segurança apareceram no Anteprojeto do Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, de 1928¹⁹⁹, tendo o Código Penal de 1940 sido o primeiro código penal do Brasil a sistematizar medidas de segurança, dividindo-as entre as *detentivas* (pessoais) e as *não detentivas* (patrimoniais). Com a reforma do Código Penal, em 1984, que o ordenamento jurídico brasileiro passa a ter apenas medidas de segurança pessoais: os internamentos em *hospital de custódia* ou de *tratamento ambulatorial*.²⁰⁰

Concentrando-nos no tema da duração da medida de segurança, urge atentar ao conteúdo do atual artigo 97.º § 1º do Código Penal, que dispõe que o internamento ou o tratamento ambulatorial, têm duração indeterminada até que se verifique, através de perícia médica, que a perigosidade do agente cessou.²⁰¹ Esta opção político-criminal de não fixar qualquer limite máximo à medida de segurança tem sido alvo de críticas de uma facção da doutrina brasileira. Exemplo disso é REALE FERRARI que, partindo da constatação de que a medida de segurança trata uma sanção *aflictiva*, afirma ser função *intrínseca ao Estado Democrático de Direito* a de predeterminar temporalmente este tipo de sanções, por forma a que a intervenção estatal na restrição da liberdade do cidadão seja regulamentada e limitada, só assim sendo possível considerar-se atingida a segurança jurídica.²⁰² No mesmo sentido refere LUÍZ FLÁVIO GOMES que decorre como exigência do princípio da segurança jurídica, que é base do Estado de Direito, *a fixação de um marco máximo seguro que limite*

¹⁹⁸ Princípio avançado pelo Tribunal Constitucional Alemão segundo o qual o controlo da medida de segurança é levado a cabo anualmente mediante reexame da perigosidade do agente, sob o controlo da autoridade judiciária e este torna-se mais exigente, como se disse, com o prolongamento da medida no tempo. – Cfr. ALVES, Sílvia Marques; *Op. Cit.* (34); p. 122

¹⁹⁹ Neste previa-se um sistema de cumulação de pena e da medida de segurança, cumprimento da pena em estabelecimento especial para aqueles com imputabilidade restrita, a obrigatoriedade de perícia médica, uma diminuição da pena aos alcoólicos e o internamento de alguns agentes em casas de trabalho.

²⁰⁰ PORTELLA, Nathalia dos Santos e JÚNIOR, Ney Fayet de Souza; “*Da perpetuidade das Medidas de Segurança*”; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); pp. 2 e 3.

²⁰¹ Artigo 97.º § 1º do Código Penal de 1940, na redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, disponível através do endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm e consultado a 22/09/2021.

²⁰² FERRARI, Eduardo Reale; *Op. Cit* (56); p.177.

a intervenção estatal da liberdade do homem, reconhecendo, o autor, as fragilidades e inseguranças por detrás do juízo de perigosidade.²⁰³ MICHELE CIA afirma: “para que a regulamentação da medida de segurança obedeça satisfatoriamente ao princípio da igualdade, é necessário, ao lado do reconhecimento da aplicação do artigo 75 [referindo-se, a autora, ao artigo do CP brasileiro que consagra os limites das penas], estabelecer seu prazo máximo de duração.”²⁰⁴

A doutrina, como seria de prever e tal como acontece em Portugal, também não se absteve de tecer considerações acerca da constitucionalidade do referido preceito. Nesse sentido, e partindo da tese de MAIA GONÇALVES sobre a necessária ponderação de interesses entre a libertação do inimputável - com o risco que a mesma acarreta - e a definitiva segregação da vida social deste tipo de agentes, REALE FERRARI chama à colação princípios como o da legalidade, proporcionalidade e perigosidade, que vinculam as medidas de segurança e obstam, no seu entendimento, à indeterminação temporal destas sanções criminais. Explica o penalista brasileiro que o princípio da legalidade - vertido no artigo 5.º, inc. XXXIX da Constituição Federal de 1998²⁰⁵ e no artigo 1.º do Código Penal²⁰⁶ - impõe, na vertente da tipicidade, que estejam suficientemente especificados os tipos e os limites temporais das sanções criminais. É nesta última aceção do princípio da legalidade que, também o autor conclui que:

“(…) as medidas de segurança indeterminadas quanto ao seu prazo de duração máxima, violam o princípio da legalidade, configurando-se característica inaceitável em um Estado Democrático de Direito.”²⁰⁷

Relativamente à fixação de um *limite mínimo* da medida de segurança de internamento, é de referir que o mesmo artigo 97.º § 1º do Código Penal brasileiro fixa o que o mesmo *deverá ser* entre um ano e até três anos. No mesmo sentido [da existência de prazos

²⁰³ GOMES, Luíz Flávio, “Medidas de segurança e seus limites” in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1 n.º2 abril-junho, 1993, p.70.

²⁰⁴ CIA, Michele, “Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro- A desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal”, editora unesp 2011; p. 84

²⁰⁵ “Artigo 5.º, inc. XLVII não haverá penas:

(…)

b) de caráter perpétuo; (…)- Crf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

²⁰⁶ Artigo 1º do Código Penal Brasileiro: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

²⁰⁷ FERRARI, Eduardo Reale; *Op. Cit* (56); p. 179.

mínimos obrigatórios de duração] militam também o artigo 175.º da Lei de Execução Penal 7.210/84 no qual se lê que “a cessação da periculosidade será averiguada ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança” e o 176.º “em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida (...)” quando ambos empregam expressamente a expressão “prazo mínimo de duração”.²⁰⁸ A doutrina penal brasileira não isenta de críticas também a estes limites mínimos. Assim, EDUARDO REALE FERRARI propugna pela inexistência de limites mínimos obrigatórios, permitindo-se a realização da perícia médica a todo o tempo. Igualmente MICHELE CIA considera inconstitucional o artigo 97, § 1º do CP na imposição de limites mínimos, posição que para si é decorrência necessária da intervenção penal mínima.²⁰⁹ É de destacar que a solução político-criminal brasileira, no que respeita ao limite mínimo, dista da opção portuguesa vertida no artigo 91.º n.º 2, na medida em que a primeira se aplica, indistintamente, a todas as medidas de segurança, e a nossa é fruto de uma prévia ponderação legislativa, guiada pelo princípio da proporcionalidade em relação à gravidade do facto praticado.

Sobre o atual paradigma da delimitação temporal da medida de segurança de internamento – caracterizado, como acabámos de ver, pela existência de limites mínimos e pela inexistência de limites máximos - REALE FERRARI crê que tal se fundamenta na crença da diferença entre agentes imputáveis e inimputáveis, omissa de fundamento legal, e que constitui, para o autor, uma *flagrante supressão às garantias de igualdade, inerentes ao Estado de direito*. Vendo, nesta mesma distinção, uma presunção discriminatória de perigo associada ao inimputável que, enquanto indivíduo perigoso, oferece maiores probabilidades de reincidir. A tal argumento o autor não reconhece qualquer tipo de fundamentação probabilística (não conhecendo estudos que tenham sido conclusivos nesse sentido) e, ainda que essa houvesse, a reincidência não é, nas suas palavras, *motivo racional* para justificar ausência destes limites.²¹⁰ O penalista brasileiro subtrai das tarefas do legislador a de definir previamente os *limites mínimos* de duração da medida de segurança, por considerar que a prossecução de finalidades de prevenção geral positiva - finalidade que o mesmo reconhece como secundária - é feita no instante da aferição da efetiva periculosidade criminal quando se conclui pela a necessidade de tratamento (tendo como referencia a lesividade ou ofensividade do ilícito-típico praticado) assim como no momento da escolha da medida a

²⁰⁸ FERRARI, Eduardo Reale; *Op. Cit* (56); p. 195.

²⁰⁹ CIA, Michele, *Op. Cit* (204); p. 71.

²¹⁰ FERRARI, Eduardo Reale; *Op. Cit* (56); pp.181-183.

aplicar. Para além disso, o autor afirma que, para que a finalidade de prevenção geral positiva pudesse fundamentar a manutenção da sanção criminal até ao fim do decurso do prazo mínimo, essa teria de ser uma finalidade assumidamente principal em vez de meramente secundária, como sucede no caso das medidas de segurança.²¹¹

Porém, não se pode dizer que o paradigma atual no direito brasileiro se mantenha completamente alheio – ainda que a legislação penal não o acompanhe expressamente – à vaga doutrinal que se insurgiu em prol da necessária fixação de um teto máximo para a duração da medida de internamento. Neste sentido, já veio o Supremo Tribunal Federal proferir uma importante decisão, em 2005, no sentido de que a fixação do limite máximo de duração da medida de segurança corresponda aos trinta anos de limite máximo da pena de prisão, com o Acórdão HC 84.219/SP²¹². Neste aresto, apesar de se reconhecer a diferença de natureza da medida de segurança em relação à pena, o Supremo considerou que a medida de segurança poderia perdurar “*enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos*”. Ao STF seguiu-se o Supremo Tribunal de Justiça, que passa a interpretar o artigo 97, § 1º do CP, *em consonância com os princípios da isonomia e da proporcionalidade*, no sentido de que a duração da medida de segurança, quer estivesse a ser executada em internamento ou em regime ambulatorial, deve ser limitada *ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito perpetrado, bem como ao máximo de 30 (trinta) anos*.²¹³

Não podemos deixar de referir que delimitação nos trinta anos resultou da aplicação analógica do artigo 75.º do CP brasileiro, que fixava, à altura das decisões, em trinta anos o limite de duração máxima para as penas de prisão. É de alertar para o facto de que essa redação foi, entretanto, revogada pela Lei n.º 13.964, de 2019, que atualmente prevê que “*o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos*”, não sendo, por isso hoje, razoável pensar – por maioria de razão - que o limite máximo das medidas de segurança se manterá nos trinta anos, mas sim nos quarenta anos.

²¹¹ FERRARI, Eduardo Reale; *Op. Cit* (56); p.185.

²¹² Supremo Tribunal Federal (STF) <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20759599/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-100383-ap-stf>, consultado, pela última vez, no dia 22/10/2021.

²¹³ Acórdão do STJ – HABEAS CORPUS n.º 2012/0163628-3, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Min. Laurita Vaz, Julgado em 11/06/2013 disponível através do endereço <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508775/habeas-corpus-hc-250717-sp-2012-0163628-3-stj/inteiro-teor-23508776>, consultado, pela última vez, no dia 22/10/2021.

6. Conclusões

A intenção que moveu o presente estudo foi a de perceber qual é, afinal, o sentido da delimitação da duração temporal atual da medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica nos termos do artigo 91.ºss do CP, no ordenamento jurídico português, e a eventual necessidade de uma mudança desse regime.

Uma das primeiras conclusões que retirámos no decorrer da elaboração deste trabalho foi de que a imposição legal de um limite mínimo à medida de segurança - que consta do artigo 91.º n.º 2 do CP - torna-se desprovida de sentido e, até, infundada quando seguimos - como é o nosso caso - a tese de MARIA JOÃO ANTUNES, reconhecendo somente a prossecução da finalidade de prevenção especial positiva (de impedimento da prática futura de crimes) à medida de segurança privativa da liberdade. Não perspetivamos a medida de segurança como uma sanção que deva prosseguir finalidades de reintegração da norma ou de estabilização das expectativas comunitárias, motivo pelo qual não podemos considerar que se mantenham em execução medidas de segurança pelo decurso obrigatório de 3 anos, ao abrigo do artigo 91.º n.º 2, quando já tenha cessado o estado de perigosidade criminal que lhes deu origem. É neste pressuposto que não podemos deixar de concluir pela necessidade de eliminação desta norma, seguindo o exemplo, neste aspeto, das práticas de países como Espanha ou França.

Por outra, e ainda que não confundamos a delimitação legal da duração da medida com a fixação legal da obrigação de revisão da mesma, quer nos parecer que a opção de estreitar o prazo entre revisões obrigatórias no artigo 93.º do CP poderá trazer benefícios ao direito das medidas de segurança, aumentando a probabilidade de cada vez mais cedo, fazer cessar medidas de segurança restritivas da liberdade a sujeitar indivíduos que não são já, um perigo para a sociedade. A este respeito parece-nos que razoável a solução de revisão anual para toda e qualquer medida de segurança, à semelhança do que é feito no ordenamento jurídico alemão.

No que respeita à fixação de limites de duração máxima da medida de segurança, como já fizemos saber *supra*, somos da opinião que a fixação de um limite máximo inultrapassável é uma exigência que decorre da aplicação de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre o inimputável e o agente imputável, bem como o princípio da proporcionalidade, e o da legalidade, na vertente da especificidade.

Partindo do panorama atual, que se caracteriza por uma equiparação entre as penas e as medidas de segurança, e apesar de reconhecermos que outra solução poderia advir se o internamento de inimputáveis não fosse tratado pelo Direito Penal, cremos que o limite máximo de duração da medida de segurança que faz sentido no sistema jurídico-penal dos dias de hoje será de manter a opção do artigo 92.º n.º 2 do CP. Conscientes de que, no limite, esta posição significa abrir portas a internamentos num máximo de 25 anos – o que com a atual variedade farmacológica e terapêutica acabaria por não suceder, uma vez que, mais cedo ou mais tarde, iria ser detetada a cessação da perigosidade do agente em sede de revisão anual do internamento – cremos ser esta a opção que cumpre, na mesma medida, o princípio da proporcionalidade e o da igualdade.

No que respeita ao artigo 92.º n.º 3 da CRP, conforme ficou exposto, consideramos ser inevitável a sua revogação, quer como decorrência das obrigações de Portugal aquando da ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por força dos artigos 3.º alínea b), 4.º n.º 1 alínea b), 5.º e 14.º n.º 1 b) da mesma. Por outro lado, esta revogação é imperativa em resultado do estrito cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre o inimputável e o agente imputável, bem como o princípio da proporcionalidade, e o da legalidade, na vertente da especificidade - os mesmos que justificam e fundamentam a imposição de limites máximos inultrapassáveis e que, da mesma forma, obstam à manutenção da vigência de um norma de admite a perpetuidade e a indeterminabilidade da medida de segurança.

Não ignoramos que, naturalmente, ao posicionarmo-nos neste sentido, deveremos dar resposta à questão de saber qual o rumo a seguir para os casos em que, mesmo atingido esse limite máximo de duração das medidas de segurança, o inimputável se mantém perigoso para a comunidade. É nesse sentido que acompanhamos o sugerido por TAIPA DE CARVALHO, em relação à passagem para um internamento ao abrigo da lei de saúde mental, como aliás cremos que resultará dos próprios pressupostos fixados na LSM, conforme melhor explicámos *supra*.

Concluimos o nosso estudo com a certeza de que é preciso evitar a alienação do inimputável da vida social, sendo fulcral que a *perigosidade criminal* seja averiguada de forma séria, para que, com os recursos atuais no ramo da psicologia, cada vez menos se prolonguem os internamentos em estabelecimentos de execução de medidas de segurança. A perpetuação de internamentos em estabelecimentos de execução de medidas de segurança

– autorizados, hoje, pela omissão de um limite máximo inultrapassável – não mais pode suceder pelo simples facto de o juiz concluir que, em liberdade, o agente não tem suporte familiar ou social que o permita continuar a sua vida em liberdade, compensado, sem tornar a delinquir.

É neste seguimento que urge imputar ao Estado a responsabilidade dar resposta às necessidades de auxílio e proteção deste tipo de cidadãos, através, não só, da disponibilização de tratamento condigno para estes delinquentes enquanto a perigosidade persistir; como garantir o adequado acompanhamento social depois desta cessar, para que os mesmos não abandonem as tomas de medicação, descompensem e, no limite, tornem a delinquir. Nunca será demais apelar e relembrar a importância de criar e investir em infraestruturas munidas equipas multidisciplinares com as competências necessárias para acompanhar portadores de anomalia psíquica, por forma a que seja, sempre, garantido o seu tratamento, mesmo que (e até principalmente) já estejamos fora dos muros do direito penal.

7. Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos dos Homem*”; Universidade Católica Editora, edição de outubro de 2010; 2ª edição atualizada, bem como 3ª edição atualizada 2015.

ALVES, SÍLVIA MARQUES, “*A execução da medida de segurança de internamento: uma reflexão sobre a sua estrutura dogmática e compreensão prática, no contexto do Direito Criminal centrado na perigosidade*” - Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017 (da qual foi extraído artigo publicado na Revista Portuguesa de Ciência Criminal de 2016).

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, “*O Internamento Compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspetiva dos direitos fundamentais*” - A Lei de Saúde Mental o Internamento Compulsivo, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2000.

ANTUNES, MARIA JOÃO:

— “*Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*” - Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

— “*O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2003, pp. 347-363;

— “*Penas e Medidas de segurança*”, 2020, Reimpressão; Almedina;

— “*Consequências Jurídicas do Crime*”; 2ª edição, 2015, Coimbra Editora; p.110ss;

— “*Alterações ao sistema sancionatório - As Medidas de Segurança*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1998;

— “*Internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*”; 1993; Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 2.

BRANDÃO, NUNO, “*Limites de duração da medida de segurança de internamento: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Abril de 2000*”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, n.º 4, 2000.

BARREIRO, AGUSTÍN JORGE “*A Crise Atual do Dualismo no Estado Social e Democrático de Direito*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2001; ano 11; outubro-dezembro.

CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”; vol. I; artigos 1.º a 107.º1; 4ª Edição revista, reimpressão.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE:

— “*Direito Penal- Parte Geral; Questões Fundamentais*”; Porto, Publicações da Universidade Católica, 2003.

— “*O Direito Penal, Parte Geral- Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*”; 3ª edição 2016.

CIA, MICHELE, “*Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro- A desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal*”, editora unesp 2011; disponível através do endereço <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/113664/ISBN8539301669.pdf?sequenc e=1&isAllowed=y>.

COSTA, FRANCISCO SANTOS, “*Perigosidade e medidas de segurança. Reflexões a propósito de um caso de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*”, in Revista da Associação para o Estudo, Reflexão e Pesquisa em Psiquiatria e Saúde Mental, 1(1996).

COSTA, JOANA *A Relevância Jurídico-penal das Perturbações da Personalidade no Contexto da Inimputabilidade*, Revista Julgar nº 15, 2011.

CORREIA, EDUARDO, “*Criminologia*” - *Texto dactilografado- Segundo as lições do Professor Doutor Eduardo Correia ao Curso do 6º ano de Ciências Histórico-Jurídicas*, 1955-1956.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO :

— *Direito penal português- As Consequências Jurídicas do Crime*; 2ª Reimpressão; 2009; Coimbra Editora;

— “*Direito Penal, Parte Geral Tomo I- Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*”, 2ª edição, 2ª reimpressão, Coimbra Editora;

— “*Direito Penal - Parte Geral - Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*” ,3ª Edição, Gestlegal, 2019.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE:

— “*A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção*”, Dissertação de concurso para uma vaga de Professor Extraordinário (Ciências Jurídicas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- Depositários Portugália Editora, Lisboa, 1943;

— “*Lições de Direito Penal, Parte Geral II Penas e Medidas de Segurança*”; Ano Lectivo de 1987-1988 na Faculdade de Ciências Humanas da U.C.P.

FERRARI, EDUARDO REALE; “*Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*”; Editora Revista dos Tribunais; 2001.

FIGUEIREDO, EDUARDO, “*(R)evolução da legislação de saúde mental à luz da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*”, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2021.

GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES e ANTUNES, MARIA JOÃO, “*Tribunal Europeu dos Direitos do Homem caso Silva Rocha c. Portugal, Decisão de 15 de novembro de 1996*” in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, janeiro-março 1997.

GOMES, LUÍZ FLÁVIO, “*Medidas de segurança e seus limites*” in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1 n.º 2 abril-junho, 1993.

GONÇALVES, MAIA, “Código Penal Português, Anotado e comentado e legislação complementar”, 18ª edição, 2007.

KONRAD, NORBERT e LAU, STEFFEN, “*Dealing with the mentally ill in the criminal justice system in Germany*”, International Journal of Law and Psychiatry, n.º 33, 2010.

LAFAYETTE, ALEXANDRE E PEREIRA, VÍTOR DE SÁ; *Código Penal Anotado e Comentado- Legislação conexa e complementar*; 2ª Edição; 2014.

MANITA, CELINA, “*O conceito de perigosidade, Implicações para o diálogo interdisciplinar entre a Psicologia e Direito Penal*”, Sub Judice 22/23, julho/dezembro, 2001.

MIRANDA, JORGE & MEDEIROS, RUI “*Constituição Portuguesa Anotada*”, volume I, Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais, artigos 1.º a 79.º, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista.

MUÑOZ, FRANCISCO CONDE, “*Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, 1983.

MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, “*Perigosidade de inimputáveis e In Dubio pro Reo*”- Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 1995, Coimbra Editora.

PINHO, MAFALDA NUNES; “*Relatório de Estágio no Juízo Local Criminal de Lisboa, Campus Da Justiça- A perícia psiquiátrica em Direito Penal*”, Relatório de estágio com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem, março de 2019, disponível através do endereço https://run.unl.pt/bitstream/10362/86526/1/Pinho_2019.pdf.

PINTO, ISABEL HORTA *A Posição Jurídica do Internado em Estabelecimento destinado a inimputáveis* in *Anomalia Psíquica e Direito- Colóquio Comemorativo dos 20 anos da entrada em vigor da lei de saúde mental- coord. Maria João Antunes*, Instituto Jurídico FDUC 2020.

PORTELLA, NATHALIA DOS SANTOS; e JÚNIOR, NEY FAYET DE SOUZA; “*Da perpetuidade das Medidas de Segurança*”; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); disponível através do endereço https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/nathalia_portella.pdf.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA:

— “*Sistema punitivo português: principais alterações no código penal revisto*”, Sub judice, Lisboa, janeiro-junho 1996, p. 27-39;

— “A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português”; Boletim do Ministério da Justiça, n.º 380, novembro de 1988.

SANTOS, BELEZA DOS, *Nova Organização Prisional Portuguesa- alguns princípios e realizações*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2, 1946.

SANTOS, MANUEL SIMAS / LEAL-HENRIQUES MANUEL:

— *Código Penal Anotado*; Artigos 69.º-A ao 130.º; volume 2: Rei dos Livros;

— *Código de Processo Penal Anotado- Doutrina, Legislação, Jurisprudência* (art. 1.º a 240.º) 3ª Edição, I volume.

VEIGA, ANTÓNIO MIGUEL, “Concurso” de crimes por inimputáveis em virtude de anomalia psíquica: “cúmulo” de medidas de segurança?”, Revista Julgar n.º 23, 2014, Coimbra Editora.

VIEIRA, FERNANDO; e BRISSOS, SOFIA “Direito e Psiquiatria_ Um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria”, Revista Julgar n.º 3, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão de 19 de novembro de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 63/2000.C1.S1, disponível através do endereço www.dgsi.pt e consultado, pela última vez, no dia 09/10/2021.

- Acórdão do STJ, datado de 26/06/2002, proferido no âmbito do processo n.º 02P3317, consultado, pela última vez, no dia 20/09/2021, disponível através do endereço www.dgsi.pt.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-03-2006, proferido no âmbito do processo n.º 06P272 e disponível através do www.dgsi.pt e consultado, pela última vez, no dia 20/09/2021.

- Acórdão do TEDH no caso “Silva Rocha vs Portugal”, datado de 26 de outubro de 1996, disponível através do endereço <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=> e consultado, pela última vez, no dia 29/10/2021.

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 42/2002, processo n.º 725/2001, de 31 de janeiro de 2002, disponível para consulta no endereço www.dgsi.pt e consultado, pela última vez, no dia 21/09/2021.

- Acórdão do STJ, datado de 16-10-2013, proferido no âmbito do processo n.º 300/10.1GAMFR.L1.S1 Disponível através do seguinte endereço www.dgsi.pt e consultado, pela última vez, no dia 10/9/2021.

- Acórdão do TEDH no caso Silva Rocha vs Portugal, datado de 26 de outubro de 1996, disponível através do endereço www.dgsi.pt e consultado, pela última vez, no dia 23/10/2021.

- Acórdão do STJ, datado de 10/10/2002 e proferido no âmbito do processo n.º 2789/02, disponível através do endereço www.dgsi.pt e consultado, pela última vez, no dia 23/10/2021.

- [Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 951/96, proferido no âmbito do processo n.º 481/94 disponível através do endereço \[www.dgsi.pt\]\(http://www.dgsi.pt\) e consultado, pela última vez, a 23/10/2021](#)

OUTRAS FONTES

- Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal- Parte Geral, volume I, 1965, Lisboa, Ministério da Justiça.

- Código Penal: Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros, 1993, Actas n.º 42 e 43 de 30/10/90 e 6/11/90, pp. 483 e seguintes

- Código Penal Português- Notas de trabalho e legislação complementar” pelos Magistrados do Ministério Público do distrito judicial do Porto- organização e coordenação Manuel Simas Santos; 1982, Porto Editora.

- Actualidade Jurídica; n.º 12, Edita Infojur, Serviço de Informação Jurídica, Lda;

- Código Penal Francês - *Códe Penal* - através do endereço <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/> consultado, pela última vez, a 28/10/2021.

- Código Penal Espanhol consultado através do endereço <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> consultado, pela última vez, a 28/10/2021.

- Código Penal Italiano – Codice Penale, consultado através do endereço <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> consultado, pela última vez, a 23/10/2021.

- Código Penal do Brasil, disponível através do endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de12848compilado.htm consultado, pela última vez, a 28/10/2021.

- Strafgesetzbuch – StGB, disponível através do endereço https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html consultado, pela última vez, a 29/10/2021.

- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, disponível no endereço https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pessoas_deficiencia_convencao_sobre_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf consultado, pela última vez, a 29/10/2021.