

Punitividade e penas de substituição — *relatio* paradoxal?

Breves reflexões a partir da realidade portuguesa (*)

André Lamas Leite (**)

Resumo: à primeira vista, a propalada maior punitividade das sociedades hodiernas conduziria a uma diminuição do elenco das sanções substitutivas. Para além de o autor rebater esta argumentação em abstracto, dá o exemplo português como operando em “contra-ciclo”, analisando, de idêntico modo, realidades de ordenamentos jurídicos próximos. Também se reflecte sobre o próprio conceito de “punitividade” e sobre a dificuldade prática que existe em medi-la.

Palavras-chave: punitividade; penas de substituição; *punitive turn*; política criminal.

I) Introdução

A questão de saber até que ponto uma dada comunidade é mais ou menos punitiva convoca intrincados e diversos problemas ao Direito Penal e à Criminologia. Em primeiro lugar, não existe acordo quanto ao modo de medir essa realidade; as metodologias usadas têm sido diversificadas e nenhuma delas é isenta de críticas. Por outro lado, a própria noção de *punitividade* não é unívoca. Geralmente, julgamos poder afirmar que por ela se entende a percepção da comunidade (ou de um seu grupo determinado) quanto ao modo mais ou menos severo como o sistema de justiça lida com um facto ilícito. Usando o conceito proposto por LAUTMANN/KLIMKE, trata-se da «atitude ou tendência generalizada para reagir com sanções onerosas a desvios conhecidos à norma». O conceito de «punitivo», para os mesmos autores, significa a escolha preferencial de sanções de índole retributiva, em detrimento de mecanismos de conciliação, mas de modo a que, em função dos distintos momentos históricos, se pode falar de um «*continuum* punitivo-permissivo» (*Kontinuum punitiv-permissiv*)(¹).

Todavia, para isto aferir impõe-se que se disponha de pontos de comparação, ou seja, o princípio da proporcionalidade entre a gravidade do delito e da sanção é o princípio-rector nesta conceptualização. Ora, sendo essa proporcionalidade por natureza casuística, logo nos damos conta da dificuldade em encontrar um denominador comum apto a traduzir esse grau de punitividade. Acresce que, como tem sido evidenciado por estudos recentes, o modo como as perguntas são colocadas aos respectivos destinatários em muito influi nas respostas obtidas. O grau de relativa impunidade que a comunidade como um todo pode eventualmente sentir num dado momento e espaço dependem em muito, por

(*) Corresponde, com alterações de pormenor, a uma pequena parte da dissertação de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), apresentada pelo autor à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e defendida em provas públicas em 7 de março de 2016.

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa), Investigador do CIJE/FDUP.

(¹) RÜDIGER LAUTMANN/DANIELA KLIMKE, «Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie», in: LAUTMANN/KLIMKE/SACK (Hrsg.), *Punitivität*, Weinheim: Juventa, 2004, pp. 9, ss. («die verallgemeinerte Haltung oder Tendenz, mit belastenden Sanktionen auf wahrgenommene Normabweichungen zu reagieren.»).

outro lado, do questionamento sobre se os destinatários se consideram ou não adequadamente informados quanto à própria questão e ao funcionamento do sistema de justiça. Assim, é comum observar que, quando se oferece, nos inquéritos, a possibilidade de os respondentes dizerem que não se acham suficientemente informados sobre o grau de punitividade do sistema, a taxa de respostas quanto a uma suposta falta de vigor punitivo tende a diminuir⁽²⁾. Tal é demonstrativo de que, como regra, os sujeitos se sentem mal informados sobre a problemática.

Um sistema penal mais punitivo (como é *vox populi* que os do nosso entorno cultural são) é, pelo menos à primeira vista, menos receptivo às sanções substitutivas, porquanto se acha empenhado num aumento do *quantum* de sofrimento das penas, do mesmo passo que está habitualmente associado a uma visão ético-retributiva ou preventivo-geral ou especial negativas em sede das finalidades punitivas. Dissemos da nossa família de Direito, mas não apenas. FRANZ STRENG⁽³⁾, baseado em estudos de *follow-up* junto de estudantes de Direito, conclui que, desde meados da década de 1990, há um aumento do sentimento de punitividade, o que tem que ver com o incremento da insegurança subjectiva e, possivelmente, com as alterações sociais dos últimos tempos, a que não é estranho o declínio do «ideal reabilitador»⁽⁴⁾.

Em idêntico sentido, embora se não possa ainda falar em um verdadeiro *punitive turn* como no espaço anglo-americano, na Alemanha e em outros países europeus, apesar de a investigação empírica ser ainda insuficiente, é um dado que, em muito motivado por *media* sensacionalistas, se denota um aumento da

(²) Entre tantos, veja-se o estudo de BRANDON K. APPLGATE/JOSEPH B. SANBORN, «Public opinion on the harshness of local courts: an experimental test of question wording effect», in: *Criminal Justice Review*, 36, 4 (2011), pp. 487-497. Neste estudo, as respostas oscilam, em função do modo de formulação da pergunta, em 13%. Em sentido próximo, os estudos de FLEMMING BALVIG, em que se conclui que, fornecendo mais informações aos respondentes, a uma atitude inicial mais punitiva, segue-se uma menos punitiva (THOMAS MATHIESEN, «The abolitionist stance», in: *Journal of Prisoners on Prisons*, 17, 2 (2008), p. 60).

(³) «Sanktionseinstellungen bei Jura-Studierenden im Wandel», in: *Soziale Probleme. Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle (SozP)*, 17, 2 (2006), pp. 210-231.

(⁴) *Ibidem*, p. 225.

punitividade, em especial no que tange a certos sectores da criminalidade como os chamados «delitos sexuais». A tal acresce um incremento da duração média do tempo de reclusão, bem como uma diminuição na concessão da liberdade condicional e de outros incidentes de execução da pena (HELMUT KURY/JOACHIM OBERGFELL-FUCHS⁽⁵⁾). Todavia, o então Vice-Presidente do *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*: Tribunal Constitucional Federal alemão) referia, no sentido de um aumento dessa punitividade, que «nunca tinha percebido tão clara vontade ou mesmo prazer na punição como hoje»⁽⁶⁾. Apesar de a reunificação alemã e o aumento da imigração terem contribuído para um aumento do nível médio de duração da pena privativa de liberdade, continuam as penas de substituição a ser as mais aplicadas, pelo que, não obstante, tudo indica não se poder ainda falar, na Alemanha, como se referiu, de um verdadeiro *punitive turn*⁽⁷⁾.

É sobre a relação *prima facie* paradoxal entre punitividade e a existência de penas de substituição que nos propomos reflectir nas páginas que se seguem, sem perder de vista a realidade pátria.

II) Aproximação à realidade portuguesa e os «ventos de Espanha»

1. Comparativamente a outros Estados, Portugal dispõe de um amplo leque de medidas de substituição. P. ex., em Espanha, de 1995 a 2003, para além do *arresto de fin de semana* e da multa, nada mais havia. Com as alterações introduzidas nesse último ano, revogado o correspondente à nossa prisão por dias livres (movimento que seguimos — e muito bem — mais tarde, por via da Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto, acresceu-se a pena de prestação de trabalho a favor da

(5) «Zur Punitivität in Deutschland», in: *SozP*, 17, 2 (2006), pp. 119-154. Quanto ao assinalado papel dos meios de comunicação social, entre uma literatura inabarcável, vide FRITZ SACK, «Gesellschaftliche Entwicklung und Sanktionseinstellungen — Anmerkungen zur deutschen kriminalpolitischen Diskussion», in: *SozP*, 17, 2 (2006), pp. 155-173. De salientar, neste artigo, a verificação da dificuldade de os criminólogos e os juristas fazerem passar as suas mensagens aos decisores políticos e aos meios de comunicação em massa (p. 168).

(6) ROB ALLEN, *Reducing the use of imprisonment. What can we learn from Europe?*, London: Criminal Justice Alliance, 2012, p. 14.

(7) DIETRICH OBERWITTLER/SVEN HÖFER, «Crime and justice in Germany. An analysis of recent trends and research», in: *European Journal of Criminology (EJC)*, 2, 4 (2005), pp. 465-508.

comunidade (PTFC) à multa (a qual pode operar a distintos títulos)⁽⁸⁾. Não iremos referir-nos, aqui, à possibilidade de um condenado ser, após o trânsito em julgado da decisão e aquando do ingresso no sistema penitenciário, classificado no «terceiro grau» (*tercer grado*), no âmbito do «sistema de graus» vigente na matéria em Espanha, o que lhe permite cumprir a pena em meio aberto⁽⁹⁾, na medida em que tal contende já com o momento da execução da pena privativa de liberdade, fora das nossas actuais preocupações.

Já na sequência do 22.º Congresso Internacional Penal e Penitenciário de Haia (1950) se salientavam as vantagens de um cumprimento mais flexível da pena privativa de liberdade, em sede reabilitadora do condenado, tornando-o mais responsável pelos seus actos, por via do trabalho e da intervenção psicossocial, mas também chamando a atenção para as questões de segurança e de habitual dificuldade das populações lidarem com a abertura de um centro como estes. Já na época faltavam estudos empíricos sobre o tema. Esta assume-se, de facto, como uma importante medida no combate ao cariz *goffmaniano* da prisão como «instituição total». Não cabe *hic et nunc* uma referência aturada à importante obra do autor⁽¹⁰⁾, mas sempre se dirá que o mesmo distingue cinco destas instituições: as que se destinam a tratar de pessoas que são incapazes e inofensivas; neste caso estão as diferentes instituições para cegos, velhos, órfãos e indigentes; num segundo grupo, há locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também uma ameaça à comunidade, embora de maneira não intencional, podendo dar-se como exemplos os sanatórios, hospitais para doentes mentais; um terceiro grupo destina-se a proteger a

⁽⁸⁾ *Inter alia*, ENRIQUE ORTS BERENGUER/JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 328.

⁽⁹⁾ Sobre o regime da «prisão aberta», entre nós similar aos antigos RAVE e ao RAVI, cf., *inter alia*, CARLOS MIR PUIG, «La prisión abierta», in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, XXXVIII, 3 (1985), pp. 767-806, onde se salienta a confiança em que se baseia o sistema, no qual o recluso «está preso não porque não pode fugir, mas porque não deseja evadir-se». Parafrazeando NEUMAN, «[e]stá preso da sua consciência» (*ibidem*, p. 771). Neste tema, ainda, veja-se o relatório da ONU, *Establecimientos abiertos. Lugar de los establecimientos abiertos en el sistema penal y en la comunidad*, da autoria de LIONEL FOX, s/l: ONU, 1955.

⁽¹⁰⁾ ERVING GOFFMAN, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, reimpr., London: Penguin Books, 1991, pp. 15-72.

comunidade contra perigos intencionais, onde se inserem os estabelecimentos prisionais (EP), campos de prisioneiros de guerra e campos de concentração; um quarto grupo, instituições estabelecidas com a intenção de realizar de modo mais adequado alguma tarefa de trabalho e que se justificam apenas através de tais fundamentos instrumentais: quartéis, navios, escolas internas, campos de trabalho, colónias, e, finalmente, os estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo, embora muitas vezes sirvam também como locais de instrução para os religiosos, entre o quais estão as abadias, mosteiros, conventos e outros claustros.

2. Para além da verificação de que dispomos de um catálogo relativamente amplo de sanções substitutivas e cuja evolução legislativa tem sido sempre no sentido do respectivo alargamento⁽¹¹⁾, impõe-se, agora, averiguar se, em contraciclo com os países do *punitive turn*, a opção nacional corresponde a uma orientação político-criminal única e fundamentada ou se, ao invés, é o resultado da cedência a impulsos reformistas que, amiúde, somente têm que ver com considerações de política pura e de oportunidade em sede da leitura que os decisores políticos fazem de um dado momento histórico.

Mas, antes disso, pela proximidade e influência que sobre nós desempenha, seja-nos permitida uma breve referênciã ao que vem sucedendo em Espanha. Não sendo habitualmente considerado como um desses Estados, no país vizinho, a Reforma de 2003 do CP tem sido identificada como patrocinadora de uma «filosofia neoretribucionista»⁽¹²⁾. Muito crítico quanto a estas soluções, apontando no sentido de que, mesmo em Espanha, há já marcas profundas dessa alteração e, sobretudo de um «Direito Penal do inimigo», cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Notou-o a jurisprudência de modo muito claro, p. ex., no ac. do TRP de 30/9/2009, Proc. n.º 344/06.8GAVLC.P1 (OLGA MAURÍCIO): «[c]om a reforma penal e processual penal de 2007, recrudescer a oposição do legislador às penas detentivas.» (todos os arestos citados foram acedidos em www.dgsi.pt e estavam disponíveis em Março de 2019).

⁽¹²⁾ ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid: Edisofer, 2005, p. 68.

⁽¹³⁾ «La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo», in: *Ciencia Jurídica*, 1, 1 (2011), pp. 113-142.

Também em toada crítica, JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS⁽¹⁴⁾, em cuja obra perpassa sempre a verificação de um intenso *populismo criminal* que não depende das circunstanciais maiorias parlamentares, na medida em que tem sido comum às orientações dos partidos que, desde o CP de 1995, se têm sucedido no poder. O CP «tem-se convertido em um formidável instrumento de propaganda, através do qual se encobrem políticas defeituosas de qualquer jaez, mediante uma desmedida exploração das emoções colectivas»⁽¹⁵⁾, o que comporta, hoje, um «Direito Penal autoritário, em boa medida desrespeitador das liberdades individuais»⁽¹⁶⁾, com vulneração de princípios como os da reeducação do condenado e um reforço das molduras penais abstractas de muitos delitos⁽¹⁷⁾. Mesmo quando, em regra, a opinião pública espanhola revela um nível moderado de punitividade, por oposição ao elevado tempo médio de duração das penas privativas de liberdade⁽¹⁸⁾. Em uma palavra: «a política criminal persiste como paradigma do oportunismo»⁽¹⁹⁾. Mais ainda, em 2015, o grupo parlamentar do PP — Partido Popular, que suportava o Governo espanhol, apresentou um projecto de alteração ao CP daquele país no sentido de uma elevação das molduras penais abstractas de diversos tipos legais, de um maior controlo no exercício do direito de manifestação e reunião e de «privatização» de aspectos da justiça criminal ao parificar, em vários pontos, a figura de seguranças privadas aos de agentes das forças de ordem e segurança públicas. Nesta sequência, 65 catedráticos de Universidades de toda a Espanha manifestaram o seu repúdio (invocando mesmo inconstitucionalidades no procedimento legislativo em curso) e solicitaram a imediata suspensão do projeto⁽²⁰⁾.

⁽¹⁴⁾ *Delitos y penas en España*, Madrid: Catarata, 2015.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 10.

⁽¹⁶⁾ *Idem*.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 11.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, pp. 14-17.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²⁰⁾ Cf. a declaração em <http://www.yometiroalmonte.es/2015/01/22/manifiesto-integro-60-catedraticos-derecho-penal-nuevo-codigo/>, acedida em 25/1/2015.

Com entrada em vigor em 1 de julho de 2015, a *Ley Orgánica* 1/2015, de 30 de março⁽²¹⁾, foi a resposta dos parlamentares a estas inquietações, em um sentido que, segundo cremos e acompanhados pela doutrina, constitui um exemplo claro de um *punitive turn* naquele país. Na verdade, já se disse que se trata mesmo de um novo CP, visto que não é a formalidade da declaração do legislador nesse sentido — que aqui não sucedeu — que o determina, mas sim o corte diríamos «epistemológico» com as grandes orientações político-criminais do diploma anterior⁽²²⁾. Assim, como se sabe, a «pena de prisão permanente sujeita a revisão» (*prisión permanente revisable*) foi já tida por «estrela da companhia»⁽²³⁾, no sentido em que marca, de jeito indelével, o *cambio punitivo* a que aludíamos, em um sentido — perceptível, entre outros na específica regulação da liberdade condicional e no adiantamento da tutela penal em relação a actos (?) em que inexistem, sequer, a prática de actos preparatórios, no que vem sendo entendida como uma Reforma que introduz a «perigosidade» em critério básico que parece perpassar sucessivos institutos jurídicos⁽²⁴⁾. Com um certo humor, ABEL TÉLLEZ AGUILERA⁽²⁵⁾ designa-a como «fórmula *low cost* de prisão perpétua». Por muito que o legislador se esforce, no preâmbulo da *Ley Orgánica* em procurar demonstrar que se trata de coisa distinta, a proibidade científica leva-nos a concluir pela reintrodução, em Espanha, da *prisión perpétua*. É certo que se trata de um movimento que conta com não poucos apoios no nosso entorno jurídico-cultural: Alemanha, França, Reino Unido, Áustria, Itália, *inter alia*. Mas também, como é assinalado, não poderia surgir em momento histórico mais desfasado da realidade. Poder-se-ia ter entendido esta mudança quando a ETA estava activa e era, sem

(21) *Boletín Oficial del Estado*, Sec. I, de 31/3/2015.

(22) Claro, neste ponto, TOMÁS S. VIVES ANTÓN, «La Reforma Penal de 2015: una valoración genérica», in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 34-35, falando em «revolução conservadora», «insaciabilidade punitiva do legislador», em Reforma «filha de uma mentalidade autoritária, que não se detém, sequer, perante os limites constitucionais» e em «delírio punitivo» — *ibidem*, pp. 30, 32, 34 e 38, respectivamente.

(23) JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)», in: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma...*, p. 213.

(24) VIVES ANTÓN, «La Reforma Penal de 2015...», p. 38.

(25) «El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015», in: *La Ley*, 4105/2015.

rodeios o dizemos, uma organização terrorista, ou depois dos atentados de 11 de março, mas agora, com uma vaga ideia de uma ameaça de terrorismo jihadista, é anacrónico para a *occasio legis* a que o legislador não deve ser alheio. Mais ainda, esta modalidade de prisão aplica-se, como é óbvio, contra crimes graves, de entre uma enumeração taxativa — como não podia deixar de ser por exigências de legalidade —, ou seja, contra o correspondente a formas mais severas do nosso homicídio qualificado, o regicídio ou de quem legalmente suceda ao monarca, de Chefe de Estado estrangeiro, crimes contra a Humanidade ou genocídio⁽²⁶⁾. Se ainda se poderá entender (*com as dúvidas assinaladas*) a mudança em relação a estes últimos delitos, em um quadro de terrorismo plurilocalizado e perfeitamente inopinado como o actual, o mesmo não sucede quanto aos primeiros, por não constar qualquer aumento da sua ocorrência apto a justificar este desproporcionado incremento punitivo. O legislador, logo no preâmbulo, defende-se contra possíveis dúvidas de constitucionalidade — que nem por isso se deixaram logo de colocar⁽²⁷⁾ —, ao referir-se à já citada experiência de Direito Comparado, mas também a arestos do TEDH que admitem a conformidade da prisão perpétua com a CEDH, desde que existam mecanismos claros e precisos, delimitados de jeito pormenorizado na Lei, de revisão da situação de reclusão (e daí a designação escolhida não ser inocente), de tal modo que exista a possibilidade (que, por certo, na prática, pode nunca se aplicar *in casu*) de o condenado sair em liberdade condicional ou em outra figura próxima, uma vez cumprida uma parte da pena⁽²⁸⁾. Por certo esta faculdade encontra acolhimento legal na Revisão de 2015 do CP espanhol, mas como tem sido salientado por vários autores, o tempo mínimo de

(26) Logo, CARBONELL MATEU, «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)», in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma...*, pp. 213-215, considerando a enumeração «anedótica».

(27) VIVES ANTÓN, «La Reforma Penal de 2015...», p. 39 e CARBONELL MATEU, «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)», p. 213; em sentido contrário, porém, entendendo que esta sanção só peca por tardia e que respeita todos os ditames constitucionais e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, cf. JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, «Las penas en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», in: *La Ley*, 2782/2015, discreteando ainda, via de regra, de todos os epítetos de uma reforma demasiado punitiva.

(28) Efectuámos uma súmula da jurisprudência que bebemos, entre outros, nos seguintes acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: caso *Soering c. Reino Unido*, de 7/7/1989; caso *T. c. Reino Unido*, de 16/12/1999 e o caso *Kafkaris c. Chipre*, de 12/2/2008.

cumprimento efectivo de pena é o mais elevado dos Estados do mesmo entorno cultural⁽²⁹⁾.

Voltando ao nosso país, tem-se vindo a ensaiar, em regra, no decurso das últimas reformas penais, um caminho contrário ao do *punitive turn*⁽³⁰⁾. As excepções têm sido ditadas por algum endurecimento punitivo no que diz respeito aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, em especial quando cometidos contra menores, por imposição de compromissos internacionais assumidos pelo Estado português⁽³¹⁾ ou pela pressão que alguns processos

(29) CARBONELL MATEU, «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)», pp. 216-221, entendendo ainda esta mudança como mais uma marca de «Direito Penal simbólico e de Direito Penal do inimigo»: *ibidem*, p. 221; no essencial, as mesmas conclusões são alcançadas em VICENTA CERVELLÓ DONDERIS, «Prisión permanente revisable II (art. 36)», in: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma...*, pp. 223-240.

(30) Embora, julguemos não se poder colocar a Alemanha no conjunto dos países pertencentes a este movimento, assiste-se a um aumento das penas de prisão efectiva, sendo que cerca de um quinto das medidas tinham, em 2005, uma previsão de duração de menos de seis meses, o que se justificava por via do aumento do cumprimento da prisão subsidiária por inadimplemento da multa como sanção principal — cf. URSULA SCHNEIDER, «Reform of the law on sanctions Contents and background of the federal government's current plans», in: AA. VV., *Prevention and criminal justice. XI United Nations Congress*, Berlin: Federal Ministry of Justice, s/d., mas 2005, p. 43. Também no sentido de que o Estado germânico se não acha inscrito neste movimento, FRIEDER DÜNKEL/BERND GENG, «Die Entwicklung von Gefangenenraten im nationalen und internationalen Vergleich — Indikator für Punitivität?», in: *SozP*, 24, 1 (2013), pp. 42-65, sublinhando que a jurisprudência do *BVerfG* em matéria de ressocialização e uma *praxis* jurisprudencial ainda no sentido de uma moderação punitiva têm contribuído para uma taxa de reclusão bastante aceitável na Alemanha, embora este dado não seja o único a ter em conta na medição da punitividade. Crítico, entre tantos, do movimento referido em texto, JOACHIM VOGEL, «Derecho Penal y globalización», in: *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 9 (2005), p. 118.

Por outro lado, é curioso notar que os EUA, habitualmente considerados — a par do Reino Unido — como o berço do movimento referido em texto, encontram, no *Model Penal Code*, uma referência que erige, tal como na Europa continental, a prisão como *ultima ratio*. A sec. 7.01(1), referindo-se a considerações preventivas-gerais e especiais, di-lo claramente: «[u]m tribunal não deve aplicar uma pena de prisão a não ser que, tendo em conta a natureza e as circunstâncias do delito e o registo criminal, bem como a personalidade do agente, for de opinião que a privação de liberdade é necessária para a protecção da comunidade porque: a) Existe risco claro de que durante o período da *suspended sentence* ou da *probation* o agente cometa outro crime; ou b) O agente necessite de tratamento correcional que possa ser administrado de modo mais eficaz através do seu ingresso em estabelecimento adequado; ou c) Uma decisão menos gravosa depreciar a gravidade do crime cometido».

(31) Veja-se a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, na sequência dos compromissos assumidos na sequência da dita «Convenção de Istambul», a qual neocriminaliza a mutilação genital feminina, a perseguição (*stalking*) e o casamento forçado. Para além disto, aumenta a previsão sancionatória de uma modalidade típica do crime de coacção sexual (art. 163.º, n.º 2), facilitando o seu preenchimento por via da eliminação de requisitos do tipo-de-ilícito objectivo, assim como em uma outra do crime de violação (art. 164.º, n.º 2), aumentando-se, por seu turno, as modalidades típicas do delito de importunação sexual. Introduce-se ainda a possibilidade (art. 178.º, n.º 2), em qualquer um destes

mediáticos têm exercido sobre o legislador. Mas, de facto, no que se aproxima do tema que aqui nos convoca, assiste-se, porém, a um alargamento dos âmbitos formais de aplicação das penas substitutivas, criam-se algumas novas, com recurso a meios de fiscalização telemática como a vigilância electrónica⁽³²⁾ e utilizam-se estes últimos dispositivos até em fases mais recuadas do processo criminal, *maxime* em sede de medidas de coacção processual que, não o sendo apenas, encontram no inquérito o seu campo de aplicação por excelência.

Porque o problema se situa a jusante da questão que nos ocupa, não cabe aqui uma referência alargada às vantagens e desvantagens da privatização das prisões, *rectius*, da administração da execução das sanções criminais. Importa somente deixar claro, a benefício de ilustração, que nos opomos a tal, somente concebendo que alguns serviços possam ser entregues a privados, como a alimentação, o vestuário, em alguns casos, o transporte, p. ex., mas nunca aspectos basilares como o trabalho de reinserção social ou a vigilância dos reclusos. Não somente porque a CRP isso mesmo veda, assumindo a execução de penas e medidas de segurança ou de coacção processual como monopólio do Estado, mas também pelos consabidos efeitos de *net-widening* que resultam da criação de uma indústria carcerária (com razão se usam as expressões «tecnologia punitiva» e

delitos (e em todas as suas modalidades típicas), de o MP «quando o interesse da vítima o aconselhe», prosseguir com o processo criminal nos seis meses seguintes ao do conhecimento do facto e dos seus autores, no que se introduz mais uma condição de prossequibilidade que não é nova no nosso ordenamento jurídico, mas que levanta dúvidas quanto à respectiva bondade e, sobretudo, às dificuldades que se adivinham em sede da sua concretização prática (embora, felizmente, se não tenha avançado no sentido da transformação do crime de violação em delito público, como chegou a constar de proposta de lei subscrita por deputados do Bloco de Esquerda). Sobre o tema, cf. o nosso «As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais — Nótulas esparsas», in: *Julgar*, 28 (2016), pp. 61-74.

⁽³²⁾ A qual não tem de ser, ao contrário do que pretende alguma doutrina (v. g., BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, «Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal», in: *ADPCP*, XLIII, 2 (1990), pp. 557-559), um mecanismo de «privatização» do Direito Penal como foi sucedendo com o sistema penitenciário (em parte), a partir de 1980, em latitudes anglo-americanas (e também em França), tudo dependendo da natureza pública ou privada de quem controla e gere o sistema de vigilância electrónica. Um paralelo com o problema pode traçar-se a propósito da administração e controlo do trabalho prisional, já desde o séc. XIX discutidos, concluindo autores como BERNER que o ideal seria manter a intervenção do Estado, na medida em que os entes privados tendem a introduzir na execução da pena outros interesses diversos dos das finalidades punitivas (cf. ALBERT FRIEDRICH BERNER, *Trattato di Diritto Penale*, 2.^a ed., Milano: Leonardo Vallardi Ed., 1892, pp. 176-177).

«labirinto punitivo-premial», bem como de uma vera política criminal «de emergência»⁽³³⁾, a qual tem de se alimentar e dar lucro, assim se atingindo fins opostos aos derivados daquela que ainda se diz, hoje, uma política criminal liberal. Idênticas observações críticas encontram-se na doutrina alemã, de entre ela, HEINZ MÜLLER-DIETZ⁽³⁴⁾. O autor dá conta de posições minoritárias que pretendem entender conforme à Lei Fundamental a criação de prisões privadas, desde que supervisionadas pelo Estado, mas que não têm tido apoio naquele país. Não se vislumbra como podem as finalidades da execução previstas na *StVollzG* ser cumpridas por privados, o que é totalmente transponível para Portugal, desde logo porque tal é uma clássica intromissão do Estado nos direitos fundamentais de um seu cidadão⁽³⁵⁾. Também para ilustração, segundo dados de BERNARD E. HARCOURT⁽³⁶⁾, em 2008, nos EUA, 8% de todos os estabelecimentos prisionais eram geridos por empresas privadas, sendo que o maior deste sector (*Corrections Corporation of America*) dava trabalho a 17.000 pessoas em 2010, assumindo-se como um dos cem maiores empregadores do país, com capital disperso em bolsa, na *New York Stock Exchange*.

De novo regressando a Portugal, compreender quais os motivos que militam no sentido do aparente contra-ciclo é um dos objectivos da nossa investigação. Estamos seguros, desde logo, que as causas são multifactoriais. De entre elas pode alinhar-se a *tradição jurídico-penal nacional humanista*⁽³⁷⁾ e empenhada na

(33) Assim, IÑAKI RIVERA BEIRAS (coord.), *El populismo punitivo*, Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 2005, p. 29.

(34) «Verfassungs- und strafvollzugsrechtliche Aspekte der Privatisierung im Strafvollzug», in: *Neue Kriminalpolitik* (2006), 1, pp. 11-13, em face do art. 33 IV, da *Grundgesetz* (Lei Fundamental alemã) e do § 155 I 1, da *StVollzG* (*Strafvollzugsgesetz*: Lei alemã de Execução das Penas e Medidas de Segurança Privativas de Liberdade).

(35) *Ibidem*, p. 11.

(36) *The illusion of free markets. Punishment and the myth of natural order*, Cambridge, etc.: Harvard University Press, 2011, pp. 235-236.

(37) Apontada por quase todos os penalistas pátrios. Vide, p. ex., JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «El Código Penal português (16 de septiembre de 1886)», in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2-3 (1968), p. 613 e, em data bem mais recente, DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao art. 30.º da CRP», in: JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 334. Como certamente aponta JOSÉ DE FARIA COSTA («A Europa e a narrativa penal», in: FERNANDO ALVES CORREIA et al. (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. V, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2012, p. 53), ao contrário

reinserção social do condenado⁽³⁸⁾, as *finalidades que*, de jeito quase unânime, se assinalam à pena e à intervenção criminais, de modo mais lato, a que não são estranhas puras *considerações eficientistas de racionalidade económica*, encaradas em uma dupla perspectiva: do custo em si da pena principal (*maxime* de prisão) e do custo de uma eventual sobrelotação dos EP.

Sobre esta matéria, recorde-se a Rec (99) 22, de 30/9/1999, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa à sobrelotação prisional e inflação carcerária, onde se começa por reconhecer a prisão como *ultima ratio* (ponto I.1. do anexo) para, depois, no que aqui mais directamente nos interessa, reconhecer que o Estado deve fomentar a aplicação de medidas cumpridas na comunidade, bem como a cultura judiciária deve aplicar medidas de substituição de mais ampla forma (I.3. e IV.19-20). De sublinhar, ainda, a necessidade de aplicar outras sanções em vez das penas de curta duração (IV.14.), prevendo-se a *probation* como sanção autónoma, a suspensão da execução, a pena de PTFC, a supervisão intensiva e a mediação como alguns dos instrumentos para alcançar esse desiderato (IV.15.). O problema da sobrelotação em Portugal é antigo e bem documentado (veja-se a análise do *Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos ou Punições Desumanas ou Degradantes* que, na sua visita ao EP de Lisboa, em Maio de 2013, concluía por uma sobrelotação de quase 150% e de muito más condições materiais e insuficiência de pessoal, qualificando-as de «próximas de um tratamento desumano e degradante»; o mesmo Comité dirigiu recomendação às autoridades nacionais no sentido de reforçarem as sanções não privativas de liberdade, bem como de medidas de coação em idêntica direcção⁽³⁹⁾), sendo há

do que vai sendo defendido, o princípio do humanitarismo, em si mesmo, leva ínsita a marca do equilíbrio, de tal forma que, «se se põe em demasia o acento tónico na defesa dos direitos do arguido será, então, notória a violação do princípio humanitário, relativamente à vítima» e vice-versa, enquadrada a relação penal, hoje, como de raiz triádica.

⁽³⁸⁾ «[P]rincípio da socialização dos condenados, que a jurisprudência constitucional autonomiza a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (...) e de outras normas constitucionais escritas», integrando «o “bloco de constitucionalidade”» — MARIA JOÃO ANTUNES, «A problemática penal e o Tribunal Constitucional», in: FERNANDO ALVES CORREIA *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. I, p. 101 (itálicos no original).

⁽³⁹⁾ Cf. CONSELHO DA EUROPA, *24th General Report of the CPT*, 2015, pp. 40-41.

muito defendida a construção de mais unidades do parque existente, privilegiando-se as de pequena e média dimensão, por serem aquelas onde um trabalho sério de reinserção social encontra melhores condições⁽⁴⁰⁾.

O utilitarismo é uma realidade a que se não pode fugir no Direito Criminal e, em geral, em toda a vida social. Os recursos são escassos e têm de ser aproveitados e empregues de jeito optimizado. O jargão económico é uma constante e o nosso ramo de Direito tem sido paulatinamente penetrado por ele. Conhecem-se as Escolas que se reivindicam da «análise económica do Direito» e que, no nosso domínio de estudo, têm projectado quanto custa punir ou não um dado delito e, em uma segunda fase, qual o mecanismo menos caro para o fazer.

Sabemos, ainda, que este se trata de um movimento internacional, ao menos comum nos Estados que nos são mais próximos em termos de sistema jurídico. Eloquente é a assunção, pelo legislador suíço de 2002, de que «globalmente, a presente revisão deverá traduzir-se em um Direito Penal menos custoso»⁽⁴¹⁾. Trata-se, ainda, de uma tendência mais presente em um ramo de Direito como o nosso que, fruto de uma crescente europeização, pode arriscar a aplicar «penas sem soberano»⁽⁴²⁾, entendida a expressão como esbatimento, a longo prazo, de um poder punitivo estadual em favor de autoridades centrais, ponto é que a UE prossiga na senda de uma maior federalização do vector criminal.

Reflectir em toda a profundidade sobre o papel da eficiência no nosso ramo de Direito constituiria, *per se*, uma dissertação. Com o limitado fim de deixar claro como nos posicionamos face ao problema, de forma a partirmos para a realidade nacional devidamente enquadrados, teçamos, porém, algumas considerações sobre a questão.

⁽⁴⁰⁾ Entre tantos, LUÍS DE MIRANDA PEREIRA, «O valor da reabilitação para a administração prisional», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24, 1 (2014), p. 92.

⁽⁴¹⁾ Mensagem do Conselho Federal de 21/9/1998, citada em CHRISTIAN-NILS ROBERT, «La défense continue», in: *ZStrR*, 125 (2007), p. 343.

⁽⁴²⁾ A expressão é pedida a SABINE GLESS, «Strafe ohne Souverän?», in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 125 (2007), pp. 24-43. A autora mostra-se preocupada com as consequências do que está dito em texto, do prisma da segurança jurídica e dos fundamentos do próprio Estado de Direito (*ibidem*, p. 25). Em síntese, «[p]ena sem soberano é oportunidade, risco e tarefa» («Strafe ohne Souverän ist Chance, Risiko und Aufgabe», *ibidem*, p. 42).

III) Esquízo de posicionamento face aos pressupostos da *law and economics*

Julgamos, antes de mais, que a dita «análise económica do Direito», obviamente não em uma formulação como aquela que tem feito escola no mundo anglo-americano, é, nos seus traços basilares, velha de séculos⁽⁴³⁾. Na verdade, a prevenção geral de intimidação, *maxime* com a «teoria da coacção psicológica» de P. A. v. FEUERBACH, para além dos trabalhos de BENTHAM, aponta para uma visão utilitarista de *costs-benefits* em que se inserem, indubitavelmente, as modernas correntes da *law and economics*. Do mesmo passo, a concepção de ser humano de que estão eivadas é, no essencial, a mesma: a do *homo oeconomicus*, por oposição ao *homo sociologicus*, *i. e.*, a ideia de que a pessoa é, antes de mais, um agente económico que actua através de decisões racionais que se baseiam em respostas a estímulos. Como se se tratassem de leis económicas (de entre elas, a lei da oferta e da procura), pressupondo a racionalidade decisória, uma pena mais severa, um *quantum* superior de dano (sofrimento) conduziria a um afastamento da prática delitual.

Cedo se compreendeu, todavia, que uma relação tão linear e causalista não encontrava sustentação na realidade. Existe uma miríade de outros factores — de personalidade, sociais, culturais — que são levados à ponderação do agente no momento de perpetrar o crime. E esses são de difícil — senão impossível — ponderação, atenta a sua imprevisibilidade e variedade. Do mesmo passo, a assunção de que os seres humanos actuem em conformidade com padrões racionais de comportamento não encontra na realidade uma adesão sustentada. Quantos delitos são totalmente irracionais, para um entendimento comunitário maioritário, se tivermos em conta as vantagens e os inconvenientes que deles derivam para o agente? Basta pensar nos chamados «crimes passionais» e em todos aqueles que, em geral, são perpetrados em estados de grande excitação emocional,

⁽⁴³⁾ Entre nós, também o salienta, apresentando um interessante «estado da arte» quanto às grandes questões na matéria e, em geral, sobre os «custos do crime», MIGUEL PATRÍCIO, «A análise económica do crime: uma breve introdução», in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 1, 1 (2015), pp. 157-175.

porém insuficientes para afectar a imputabilidade do delinquente, para concluirmos pela insuficiência de tal argumentário⁽⁴⁴⁾.

Donde, tentou-se ainda, com base já em opiniões de clássicos do Direito Penal como BECCARIA, reforçar a ideia tão propalada de que o estímulo à inexistência de delitos passava mais pela *certeza da aplicação da pena* e do menor espaço temporal para tal⁽⁴⁵⁾. *Certeza e efectividade punitivas* seriam as variáveis económicas que agiriam enquanto estímulo a que se não praticassem crimes ou a que não se reincidisse⁽⁴⁶⁾. Esta última concepção surge-nos como indisputada, mas

⁽⁴⁴⁾ Neste ponto, deve dar-se razão a HASSEMER que, no essencial, critica a mesma concepção abstracta e abstractizante que afastámos em texto (cf. SILVA SÁNCHEZ, *Eficiência e Direito Penal*, São Paulo: Editora Manole, 2004, pp. 16-17).

⁽⁴⁵⁾ *Inter alia*, cf. os estudos de REDONDO/FUNES/LUQUE, citados em ANTONIO GARCÍA PABLOS, «Tendencias del actual Derecho Penal», in: AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, p. 52. Também, BARBARA HUBER, «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)», in: *ADPCP*, XLVII, 3 (1994), p. 162 e estudos aí referenciados. Muito claro na atribuição de fundamentos utilitaristas ao movimento da Ilustração no nosso ramo de Direito, RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional», in: *Revista de Derecho Penal*, 25 (2008), pp. 12-13. Centrado em «criminalidade» relacionada com a utilização ilegal (sem título válido) em meios de transporte público, demonstrativo de que, por regra, a certeza e a brevidade punitivas são mais importantes que a efectiva e mais forte severidade, veja-se o estudo de MARTIN KILLIAS *et al.*, «The effects of increasing the certainty of punishment. A field experiment on public transportation», in: *EJC*, 6, 5 (2009), pp. 387-400. Entre nós, certamente influenciado pela obra de BECCARIA, escrevia FRANCISCO FREIRE DE MELLO, *Discurso sobre delictos e penas*, Londres: T. C. Hansard, 1816, p. 9 que «a brandura das penas, a certeza que o delinquente deve ter de não escapar a ellas em qualquer lugar, a sua prompta execução, são os meios mais poderosos de conter os homens, e prevenir os delictos». Para uma análise da influência do pensamento de BECCARIA, com indicações bibliográficas, entre outros, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pp. 373-374 e TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.^o vol., 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 1998, pp. 214-216. Na doutrina portuguesa, *inter alia*, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *A Constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 24-25. Em um estudo levado a cabo pela Escola de Criminologia da FDUP, sob a coordenação científica de CÂNDIDO DA AGRA e cuja equipa de investigadores principais tivemos a honra de integrar, sob o título *Homicídios conjugais — estudo avaliativo das decisões judiciais*, Lisboa: CIG, 2015, o aspecto indicado em texto foi um dos pontos que mais nos impressionou, dado que, em média, os processos-crime por homicídio em contexto conjugal têm uma duração de cerca de um ano desde a aquisição da *notitia criminis* até à prolação da decisão em 1.^a instância.

⁽⁴⁶⁾ Num importante estudo que acompanhou as várias fases do processo penal alemão, pôde concluir-se que a transformação de sanções detentivas em não detentivas comporta um efeito preventivo-geral, para além de se não terem detectado movimentos significativos na comunidade contra tais medidas, a que se deve acrescer o aforro no sistema penitenciário e a diminuição da estigmatização (HORST ENTORF/HANNES SPENGLER, *Is being "soft on crime" the solution to rising crime rates? Evidence from Germany*, Berlin: Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, 2008, *passim*, em esp., pp. 30-31).

já não contende com uma pura «análise económica do Direito». Não porque ela seja valorativa, visto que, ao menos em uma certa perspectiva, esta Escola rege-se por valores — a eficiência é *um* valor. Simplesmente, importa compreender o que se entende por *eficiência* no estrito domínio criminal.

A grande crítica que detectamos nos movimentos em estudo contende com o facto de obnubilarem que o Direito Penal não cumpre meras funções de *racionalidade económica*, mas também daquilo que designaríamos por «racionalidade *axiológica*». É exacto que a limitação de recursos físicos é uma realidade inexorável e com a qual temos de (con)viver. Sabe-se que de nada adiantam normas jurídico-criminais bem-intencionadas, conformes à Constituição e de acordo com os princípios estruturantes deste ramo de Direito se, *na prática*, quanto aos meios materiais, as mesmas forem inexecutáveis. Mas também se não ignora que a existência do Direito Penal serve, no essencial, o fim de protecção subsidiária de bens jurídicos essenciais para a convivência comunitária como estratégia de contenção das margens de violência entre os cidadãos e do próprio Estado em relação a estes. Donde, como bem adverte SILVA SÁNCHEZ⁽⁴⁷⁾, a eficiência é um simples *meio* ao serviço de um fim diverso e que deve ter sempre «a pessoa como horizonte».

E repare-se que o edifício jurídico encontra já no *princípio da proporcionalidade* essa adequada ponderação. De tal modo que, para nós, tratando-se da criminalização de um bem jurídico com ressonância jusconstitucional — ponto é que respeitados os princípios basilares da subsidiariedade, fragmentaridade, dignidade penal e carência punitivas —, a eficiência está respeitada⁽⁴⁸⁾. Na verdade, todos estes eixos-rectores da intervenção do *ius puniendi* são, em si mesmos, manifestações e concretizações de uma perspectiva a

⁽⁴⁷⁾ *Eficiência e Direito Penal*, p. 68.

⁽⁴⁸⁾ Embora não conclua como nós, julgamos que as condições enunciadas por KOLLER (*apud* JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ, *Eficiência e Direito Penal*, pp. 32-33) para que a punição criminal seja eficiente convergem no sentido indicado em texto: *a*) carácter dissuasor da pena; *b*) que seja capaz de evitar mais sofrimento do que o derivado do crime; *c*) que inexista outro modo de intervenção produtor de menos danos; *d*) que a pena não seja substituível por outra medida com idêntico efeito preventivo.

que não é alheio um juízo de eficiência económica. Fazer intervir o Direito Penal como tutela de *ultima ratio* apenas e tão-só nas hipóteses em que outros ramos de Direito não se revelarem adequados e suficientes para o efeito é já uma admissão de que o nosso ramo comporta uma intervenção mais custosa do que outros, *v. g.*, o Direito Civil ou o Administrativo. Em reforço, a dignidade e a carência de pena são instrumentos ao serviço de um Direito Penal menos interventor e, por isso, menos sorvedor de recursos. Da mesma forma, a fragmentaridade conforma-se com meras considerações económicas puras: proteger, em vários domínios da vida social, esferas que se têm por essenciais comporta um ganho económico. Até em termos de regulação de mercados: se os operadores de valores mobiliários souberem da existência de tipos legais de delito que punem certas condutas que eles possam cometer, é expectável que coloquem na sua actuação um maior cuidado, do qual derivam vantagens avaliáveis em dinheiro.

Numa palavra, não se advoga uma eficiência tão-só económica, pois esta *não é a eficiência jurídico-penal*. É essencial afirmar a independência do conceito no específico quadro criminal. Esta última terá sempre de se arvorar, como sublinhado, em *eficiência axiológica*. Breve: no Direito Penal, a norma diz-se eficiente quando protege bens jurídicos em conformidade com os princípios essenciais atrás indicados, sendo a consideração da eficiência económica pura um factor secundário dentro da ponderação global da eficiência neste ramo de Direito.

Aliás, uma ponderação deste jaez, *com prioridade valorativa*, quando analisada com os olhos de uma simples eficiência económica, também não deixa de cumprir — ao menos em regra — esta última. Como não valorar o que se ganha e o que se poupa em termos comunitários com a criação de tipos legais conformes à Lei Fundamental e com a subsequente punição quando estes forem preenchidos? Como não ter em conta as vantagens económicas derivadas de uma redução da violência⁽⁴⁹⁾? Que vantagens não derivam, para a economia, de uma penalização do tráfico de estupefacientes — poupança de custos com cuidados de saúde dos

(49) Assim, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Eficiência e Direito Penal*, pp. 58-59. Próximo, RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ, «Derecho Penal como *ultima ratio*...», p. 48.

toxicodependentes e das respectivas famílias, poupança com incapacidades temporárias (ou mesmo definitivas) para o trabalho, desvio das entidades fiscalizadoras da importação para produtos que possam ser tributados? Mais ainda, *um Direito Penal moderno é penhor da liberdade*. Ora, valores imateriais como este são dificilmente mensuráveis em dinheiro, do mesmo modo que, p. ex., a exigência de um juízo de culpa para a existência de um delito. Mas, ainda que impassíveis de avaliação em *pecunia*, todos admitem tratar-se-ia de condições essenciais a outras que — essas sim — comportam uma estrita avaliação em dinheiro. Aliás, se a liberdade económica, a liberdade de iniciativa privada e outras similares são erigidas em fundamentos dos hodiernos sistemas capitalistas, como não reconhecer que a base de todas elas — a existência de liberdade — tem um valor económico?

Isto dito, e como SILVA SÁNCHEZ bem intui⁽⁵⁰⁾, ao nível das penas de substituição, estas considerações de eficiência económica consistem em saber até que ponto é possível obter uma redução de custos com elas, mantendo intocadas as finalidades punitivas. Apenas nesta medida é que seriam um verdadeiro substitutivo económico das penas principais. Ora, nesta matéria existe uma discursividade que, de jeito quase instintivo, defende que há *sempre* uma poupança económica com as sanções substitutivas. Assim se não passa, todavia. Por exemplo, a monitorização electrónica do cumprimento de certas regras de conduta inseridas no regime da suspensão de execução pode ser bem mais dispendiosa que a privação de liberdade. Em última instância, e de modo congruente com a perspectiva que patrocinamos, não é uma simples análise custo-benefício, tida como a forma mais lídima de um entendimento económico do Direito, aquela que se compatibiliza com o fundamento e os objectivos político-criminais das penas sobre que nos debruçamos.

⁽⁵⁰⁾ *Eficiência e Direito Penal*, pp. 46-47.