

Levamos a sério as penas de substituição? Algumas propostas *de iure condendo*

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
e da Universidade Lusíada Norte (Porto)*

SUMÁRIO: I. Razão de ordem. II. Certeza, efectividade e eficácia das penas substitutivas. III. Eliminação da prisão por dias livres e do regime de semidetenção? Novo campo de aplicação para o então artigo 44.º (hoje, artigo 43.º). IV. Admoestação? V. Alterações na pena de multa.

I. RAZÃO DE ORDEM

Em 1977, RONALD DWORKIN publicava a monografia *Taking rights seriously*, a qual teve um considerável impacto na Filosofia do Direito e daí, na prática, em todos ou quase todos os ramos da nossa ciência. Adaptando o título da obra, tem sido vulgar perguntarmo-nos, a propósito de variados institutos, até que ponto o que se pretende deles está ou não a ser cumprido, assim permitindo uma salutar instância crítica.

Desde que defendemos, em provas públicas, a nossa dissertação de doutoramento na Faculdade de Direito do Porto, em Março de 2016, sobre as penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática, temos vindo a publicar várias partes, em revistas diversas, tudo com o objectivo de contribuirmos para esse debate.

O artigo que ora se dá à estampa é apenas mais um desses escritos inéditos e que deve ser lido em conjugação com os demais. Nele procuramos analisar alguns nódulos problemáticos das penas substitutivas, em especial algumas propostas que vão surgindo, não nos furtando, como fizemos na dissertação, a uma redacção *de iure condendo*.

Estamos cada vez mais convencidos que as penas em estudo devem ser *certas, seguras, eficazes e fiáveis*, tanto mais que são as mais aplicadas no nosso ordenamento jurídico-criminal e naqueles que nos são mais próximos. E se tal necessita de factores extrajurídicos, desde logo a melhoria de condições de resposta da DGRSP (Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais), também é exacto que nem sempre o texto da Lei ajuda.

São alguns desses exemplos que abordaremos, obviamente já tendo em conta a Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto, entrada em vigor após a defesa da nossa dissertação.

II. CERTEZA, EFECTIVIDADE E EFICÁCIA DAS PENAS SUBSTITUTIVAS

Porventura um dos desafios mais prementes que se coloca à matéria de que curamos prende-se com a manutenção das penas substitutivas como sendo percebidas pelos operadores judiciários, pelos agentes de crimes, pelas vítimas e pela comunidade no seu conjunto como *verdadeiras penas* e não como «simulacros». Isso mesmo é assumido pelo legislador na exposição que acompanhou a Revisão de 1995 do Código Penal (CP), em que se verificava que a prática judiciária de 1982 até aí apontava para um uso da pena suspensa em domínios onde seria preferível lançar mão da multa, «gerando-se a ideia de uma «quase absolvição», ou de impunidade do delinvente primário, com descrédito para a justiça penal». Na verdade, a umbilical relação delas à ressocialização reclama,

como bem refere, entre outros, DOLCINI, que as sanções em estudo sejam dotadas de um grau de efectividade que se aproxime, normativamente, daquele que se atribui às penas principais^[1].

Idêntica preocupação é apresentada para justificar o abandono da suspensão de execução da pena de multa principal, bem como do regime da multa cumulativa. Nem por isso o nosso legislador, como regra escrita, afastou das penas de substituição os agentes já com inscrições no registo criminal, ao invés do que sucede, p. ex., em Espanha, não se considerando para o efeito as meras «faltas» e os crimes negligentes, nem aqueles que já não constem do registo criminal, por cancelamento. Exige-se que o agente seja primário^[2]. A exigência tem marcadas raízes históricas. Entre tantos outros, ENRICO FERRI^[3] propendia para a instauração, em Itália, de um regime mais próximo da *probation* que da *sursis* franco-belga e em que a suspensão estava dependente do pagamento obrigatório de indemnização ao ofendido^[4]. Em Itália, também se não aplica a pena suspensa, *v. g.*, se do registo criminal do arguido constar qualquer inscrição por crime punido com pena de prisão. Do mesmo modo se não pode aplicá-la mais de uma vez^[5]. Esta é uma interessante questão que, de entre outros, TATJANA HÖRNLE^[6] problematiza. Segundo ela, a agravação da pena em virtude da reincidência fundamenta-se na ideia de que se o agente já foi condenado com trânsito em julgado e já cumpriu pena efectiva, então serão maiores as inibições que terá de ultrapassar para voltar a delinquir. Dito de outro modo: na medida em que o delincente já teve ao menos um

[1] EMILIO DOLCINI, «Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente», in: *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, II-III (2005), p. 80.

[2] Criticando este requisito, ELENA LARRAURI, «Suspensión y sustitución

de la pena en el nuevo Código Penal», in: *Jueces Para la Democracia*, 25 (1996), p. 54.

[3] *Relatório sobre o Projecto Preliminar do Código Penal italiano*, livro I, Lisboa: Livraria Moraes, 1925, p. 181.

[4] *Ibidem*, pp. 83-85.

[5] FRANCESCO ANTOLISEI (colaboração de LUIGI CONTI), *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 15.^a ed., Milano: Giuffrè, 2000, pp. 782-784.

[6] «Distribution of punishment: the role of a victim's perspective», in: *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), p. 202.

contacto formal com o sistema penal, é-lhe mais exigível que actue de outro modo na altura em que decide actuar contra o Direito. Para HÖRNLE, esta é uma asserção que carece de prova, não convencendo a ideia de uma «maior energia criminosa» que ainda vai fazendo curso na doutrina germânica. Ao invés, segundo a autora, «é mais provável que anteriores experiências com o sistema de justiça criminal diminuam as inibições do agente»^[7].

É nossa convicção que as penas substitutivas só cumprirão em absoluto o seu papel se e na medida em que forem percebidas pelo agente e pela comunidade como *verdadeiras sanções* e que, embora em termos *normativos* (e não naturalísticos), se assemelhem às penas principais. Ora, tal importa que as mesmas sejam *eficazes e fiáveis*, i. é, que não se vejam transformadas em um *arremedo de pena*, um modo encapotado de descriminalização ou de despenalização. De outro modo, elas arriscam-se a ser um simulacro de penas e, com isso, um instrumento de *net-widening*. Ora, este é um risco muito considerável, como vem sido apontado pela doutrina alemã. A coberto de uma maior influência da análise económica do Direito, os fenómenos de diversão e, em outra direcção, também as penas de substituição, podem transforma-se em «uma capitulação dos esforços de uma descriminalização de Direito substantivo»^[8].

1. Um dos principais analisadores das penas de substituição pode bem ser o facto de elas corresponderem ou não às exigências de certeza na aplicação da pena que, desde o Iluminismo (em especial com BECCARIA^[9] e BENTHAM^[10]), é apontada como o principal fac-

[7] HÖRNLE, «Distribution of punishment...», p. 202, citando, em seu apoio, escritos de STRATENWERTH, HAFFKE e ERHARD, entre outros.

[8] HEIKE JUNG, *Was ist Strafe? Ein Essay*, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 61: «die

Kapitulation im Bemühen um eine materiellrechtliche Entkriminalisierung».

[9] Aponta-o claramente ÁLVARO PIRES, «Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne», in: CHRISTIAN DEBUYST/FRANÇOISE DIGNEFFE/

ÁLVARO P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, t. II, Bruxelles: Les Presses de l'Université de Montréal et al., 1998, p. 22.

[10] *The rationale of punishment*, London: Robert Heward, 1830, pp. 39-40:

tor no cumprimento das finalidades assinaladas à punição^[11]. De tal modo que a crença de senso-comum de que estas reacções são menos affitivas que as penas principais (o que importará um seu menor efeito prático) pode ser o «calcanhar de Aquiles» de uma aceitação comunitária das penas substitutivas. No limite, uma desconfiança generalizada quanto a elas, capaz de atingir os juízes, importaria (ou poderia importar) uma elevação das medidas concretas aplicadas, para que a substituição não fosse legalmente possível. E, se assim ocorresse, repare-se, o instituto em estudo teria, *a final e na prática*, o efeito perverso de aumentar a frequência das sanções privativas de liberdade, ao invés do programa que lhe serve de base. É o conhecido e já atrás assinalado fenómeno de *net-widening*.

Destarte, no último quartel do séc. XX, surgem interrogações sobre as vantagens da previsão de penas substitutivas, na medida em que, defende-se, um seu reforço conduz, de jeito inevitável, a um aumento do controlo social. Parte-se do princípio de que o instituto gera uma diminuição da intervenção do nosso ramo de Direito, o que terá de ser compensado por intermédio de outros instrumentos de controlo social formal ou informal. Donde, aquilo que *prima facie* surge como uma vantagem para o modelo político-criminal, pode acabar por não o ser.

Discordamos desta perspectiva. *Primo*, ela guarda das penas de substituição um entendimento pobre, redutor e equivocado. Na verdade, *elas não se traduzem* – ou não devem traduzir-se – *em uma*

a incerteza e a distância temporal da punição em relação ao facto são os dois factores centrais que, para BENTHAM, mais enfraquecem o sancionamento penal.

[11] As opiniões concordantes são inabarcáveis. Em Portugal, foi sempre este o pensamento de EDUARDO CORREIA, expresso em vários textos. De

entre eles, cf. «Séance d'ouverture», in: *Pena de morte. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal*, vol. III, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, s/d., p. 7. Nas palavras de um estudioso de BENTHAM (JOHN HILL BURTON (ed.), *Benthamiana: or, select extracts from the works of Jeremy Bentham*, Philadelphia:

Lea & Blanchard, 1844, p. 412), também ele muito claro na afirmação em texto, «[p]ara impedir os demais [de praticarem crimes] através da força do exemplo, a punição deve, na medida em que for humanamente possível, seguir-se ao crime com a mesma certeza com que os efeitos naturais se seguem às respectivas causas».

lassidão do sistema criminal, mas sim em uma opção racional entre alternativas que, *normativamente*, desempenham as mesmas funções e que, assim sendo, cumprem de modo similar as finalidades da intervenção penal. Nas palavras de VON HIRSCH, as sanções de que tratamos «devem ser de forma a poderem ser auto-suportadas por uma pessoa com uma coragem razoável»^[12]. Daí o sublinhado que temos dado, nos nossos vários escritos sobre o tema que ora nos ocupa, à *efectividade, certeza e eficácia* das medidas substitutivas. Por outras palavras, não é seguro que elas conduzam a menos Direito Penal, mas sim a um *diferente modo de intervenção criminal*. É este o desafio central em toda a matéria. *Secondo*, o nível de controlo social, sob pena de implosão da vida comunitária, deve ser mantido a uma cota adequada a que o crime não impeça, em absoluto, o livre desenvolvimento da pessoa. Ora, partir do princípio de que substituir a pena de prisão (ou de multa) por outras medidas conduz, de jeito inapelável, ao reforço de distintos mecanismos, acaba por ser, bem vistas as coisas, uma admissão da centralidade da medida privativa de liberdade, o que está em dissonância com o actual modelo político-criminal. *Tertio*, ainda que existisse uma relação directa entre mais penas de substituição e aumento de outras formas de controlo social – o que se não concede –, tal não é, necessariamente, um resultado pernicioso. De facto, defendem os autores que advogam a crítica das penas de substituição por via de um *net-widening*, ao menos de jeito maioritário, um recuo do Direito Penal e de outros instrumentos formais de controlo social, o que bem sucederia se existisse a pretensa relação directa que agora se aborda. Dir-se-ia que a aplicação das penas em estudo conduziria a um entendimento comunitário de uma certa «benevolência»

[12] ANDREW VON HIRSCH, «The ethics of community-based sanctions», in: *Crime & Delinquency*, 36 (1990), pp. 163-173, o que é considerado pelo UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS

AND CRIME, *Handbook of basic principles and promising practices on alternatives to imprisonment*, New York: United Nations, 2007, p. 27 como um bom «ponto de partida», embora se diga

também que é natural não ser tão facilmente identificável o elemento punitivo nas sanções substitutivas, também designadas por *bespoke sentences*.

em relação a dados comportamentos, o que faria com que os mais graves tivessem de ser efectivamente sancionados com prisão (efectiva), melhor se falando em «complementos» à privação de liberdade do que de verdadeiras «alternativas»^[13].

Existem alguns problemas aplicativos das penas de substituição que têm na certeza, eficácia e efectividade da sanção alguns dos pontos que nos permitem resolver essas dúvidas hermenêuticas. Se assim não for, assiste-se a um «efeito de esvaziamento sancionatório»^[14]. Destarte, p. ex., era pacífico, até ao acórdão uniformizador do STJ de 18/2/2016^[15], de que se discorda profundamente, como já o escrevemos^[16], o entendimento no sentido de que uma pena de prisão substituída por multa, quando não liquidada, importa o cumprimento da totalidade da sanção privativa de liberdade, sem que seja possível, *v. g.*, a prestação de trabalho. Sem querer repetir o que dissemos nesse outro local, não apenas o artigo 45.º depõe neste sentido, como se estaria a admitir uma substituição da substituição, que faria inapelavelmente que se ressentissem as exigências de certeza e efectividade que defendemos para a matéria em estudo. Sobre o mesmo tópico, com interesse, compulse-se o ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP)^[17], onde se ressalta a autonomia doutrinal e sistemática da multa de substituição por relação à multa como pena principal. Este aresto é ainda importante pelo voto de vencido lavrado por PEDRO VAZ PATTO, que se pronuncia no sentido de que devia aplicar-se o vertido no artigo 49.º, n.º 2 ao então artigo 43.º (hoje, 45.º), por razões de

[13] ELENA LARRAURI, «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español», in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 44, 1 (1991), p. 46.

[14] JOSÉ LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 300.

[15] «Em caso de condenação em pena de multa de substituição, nos termos do art. 43.º, n.º 1 do CP [hoje, art. 45.º, n.º 1], pode o condenado, após o trânsito em julgado daquela decisão, requerer, ao abrigo do disposto no art. 48.º, do CP, o seu cumprimento em dias de trabalho, cumpridos os requisitos dos arts. 489.º e 490.º do CPP» (Proc. n.º 1786/10.0PBGMR-A.GI-A.St). Se nada for

dito em contrário, todos os arestos estavam disponíveis em <http://www.dgsi.pt> e foram acedidos em Setembro de 2019.

[16] «Efectividade e credibilidade da pena de multa de substituição», in: *Ab Instantia*, IV, 6 (2017), pp. 293-344.

[17] De 6/6/2012, Proc. n.º 319/06.7 SMPRT.P1 (EDUARDA LOBO).

coerência do sistema, de respeito pelo princípio político-criminal de luta contra as penas curtas de prisão e pela circunstância de que se preferem as reacções não detentivas às detentivas. Permitimo-nos discordar desta posição, desde logo porque não achamos que o legislador não tenha feito uma referência expressa ao artigo 49.º, n.º 2 por lhe ter parecido que tal seria redundante em face das preocupações político-criminais do sistema. Trata-se da presunção de um sentido que, sendo exacto que é orientado do prisma político-criminal de jeito correcto, esquece que também se deve presumir que o legislador se soube exprimir nos termos mais acertados. Por outro lado – e sobretudo –, não se pode olvidar a assinalada diferença dogmática entre as duas penas de multa e que o incumprimento pelo agente importa o falhanço do juízo de prognose, o que deve determinar o adimplemento da sanção inicial fixada, sob pena de a efectividade das penas de substituição ficar comprometida^[18].

Começemos por um dos problemas que devem ser respondidos com a efectividade e certeza applicativa das penas substitutivas que vimos advogando. *Quid iuris* se o condenado, nas hipóteses em que a aplicação da pena depende do seu consentimento, o não presta? Ou seja, que se não aplica aquela pena é facto assente. Todavia, pode ou deve o juiz determinar outra sanção substitutiva que ao caso couber? Se o condenado a um ano e meio de prisão nega o seu consentimento para a aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC), pode ou deve o magistrado considerar as demais penas como a multa de substituição ou a suspensão da execução em que não é necessário esse consentimento?

[18] Na mesma linha de orientação, embora em matéria não coincidente, mas também evadido de preocupações de garantia da confiança comunitária nas penas de substituição, cf. o ac. do TRP de 14/12/2005, Proc. n.º 0210108 (MANUEL BRAZ): «II — Não

é possível substituir a pena de prisão por trabalho a favor da comunidade, depois de revogada a suspensão da execução da pena de prisão.». Ainda, o ac. do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 14/9/2009, Proc. n.º 122/08.0GAPT.B.Gi (RICARDO SILVA),

com razão afirmando que, em caso de revogação da pena suspensa sujeita ao dever do artigo 51.º, n.º 1, al. a), mesmo que a indemnização neste último pre- vista seja paga, nem por isso deixa de se aplicar a pena principal.

A favor de uma tese negativa sempre se dirá que, quando o juiz conclui por uma dada sanção substitutiva, isso significa que já operou um juízo em que ponderou todas essas penas e escolheu aquela que ao caso melhor se adaptava. Donde, a ausência de consentimento do condenado importa uma renúncia expressa a qualquer tipo de sanções substitutivas. Expressa, como é óbvio, no que tange à pena que exige o consentimento. Mas também expressa no sentido em que o condenado sabe (ou não deve ignorar) que aquela foi a sanção eleita pelo juiz de entre um elenco ao seu dispor; donde, ou aceita aquela ou cumpre a pena principal. Dir-se-á, por outro lado, que só assim se reforça a eficácia e efectividade das sanções de que tratamos, inexistindo fundamentos político-criminais para que o condenado pudesse obstar à aplicação daquela pena substitutiva e, por via dessa negação de consentimento, acabar por conseguir que o juiz lhe aplicasse uma outra que, na perspectiva deste último, não seria a mais adequada *in casu*, mas que não exige o consentimento. Estaríamos a abrir a porta a uma verdadeira *fraude à lei*, no sentido em que, por rectas contas, se deixaria nas mãos do condenado uma espécie de «poder de veto» em relação a dadas sanções e, dentro de alguns limites, a possibilidade de escolha. Com o que se ressentiria o poder jurisdicional que, democraticamente legitimado, se encontra nas mãos do juiz e não do condenado, bem como se violaria o princípio do exercício monopolista da função jurisdicional pelo Estado.

Ao invés, existem argumentos no sentido de que sobre o juiz impende um verdadeiro *poder-dever* de, em hipóteses como as dos artigos 43.º e 58.º, não obtido o consentimento, averiguar da possibilidade de verificação dos critérios de preenchimento de outras penas substitutivas. Antes de mais, não se ignora que existem medidas concretas da pena nas quais há uma sobreposição de várias sanções substitutivas, i. é, ao menos tendo em conta somente o requisito formal, até um ano de pena de prisão, p. ex.,

o magistrado tem ao seu dispor a multa de substituição, a pena suspensa, a pena do artigo 43.º, a pena de PTFC e, se no caso couber, a do artigo 46.º Afirmar isto só seria verdade, todavia, se se considerasse que os requisitos materiais das várias penas substitutivas são os mesmos. Ora, apesar de existir um amplo leque de elementos comuns^[19], as finalidades, p. ex., que o legislador assinala à suspensão da execução com deveres ou regras de conduta é distinta das medidas substitutivas ditas detentivas. Do mesmo passo que a pena do artigo 46.º comporta uma materialidade de exigência aplicativa díspar da pena de PTFC, p. ex.

Donde, não é tecnicamente exacto afirmar que logo que estejamos dentro de um limite formal em que várias penas de substituição concorrem, o juiz possa aplicar cada uma delas indistintamente. Aliás, dizê-lo importaria propender para o raciocínio segundo o qual essas sanções são, entre si, absolutamente intermutáveis ou, como se expressa a literatura anglo-americana, *interchangeable*^[20]. E note-se que esta possibilidade de combinar várias sanções substitutivas não é um dado novo, pois, de entre outras reuniões internacionais, já em 1950, no 12.º Congresso Internacional Penal e Penitenciário, se advogava que uma maior efectividade da matéria em estudo poderia talvez ser atingida por meio da combinação entre a pena suspensa, a multa e o dever de indemnizar os danos provocados pelo crime^[21].

O que vem de dizer-se pode esbarrar com uma espécie de *praxis* que se pode fazer sentir na jurisprudência, mas que em nada mexe com a justeza dos argumentos aduzidos na posição negativa, qual seja a de que os juízes podem averiguar, «informalmente», junto

[19] Vide o nosso «Em direcção a uma «teoria geral» das penas de substituição?» in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 78 (Jul./Dez. 2018), pp. 581-598.

[20] Sobre o tema, cf. o nosso «Penas de substituição – entre as reacções criminais à la carte e a sistematização dos elementos do juízo substitutivo», in: *Anatomia do Crime* (no prelo).

[21] THORSTEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress. The Hague, August 14-19, 1950. Proceedings*, vol. II, Bern: International Penal and Penitentiary Commission, 1951, p. 228.

do condenado, se está disposto a consentir numa das penas substitutivas que exigem o seu consentimento e, se a resposta for negativa, acabem por decidir-se por outra sanção. Dir-se-ia estarmos perante uma «economia de meios» em que amiúde a prática é pródiga. Todavia, como aqui, nem sempre de jeito acertado. Fazê-lo importa violar a lei, no sentido em que se desejou que o magistrado judicial responsável pelo processo averiguasse, sem quaisquer constrangimentos externos, qual a sanção de substituição que, no caso, melhor responderia às exigências de prevenção (e, em certa direcção, de culpa^[22]). A vontade do condenado é elemento constitutivo das penas para as quais esse concurso a lei exige. Nada mais do que isso. Inexistindo esse consentimento, é o condenado que renuncia a uma outra sanção fixada em vez da pena principal. E pode mesmo ter razões ponderosas para o fazer. A partir do momento em que se considera que a pena é, de entre outras dimensões, também um *direito* do condenado, então há que aceitar que ele deseje cumprir a pena de prisão ou de multa principal por entender que qualquer uma delas é a melhor maneira de atingir os desideratos das finalidades punitivas elencados no artigo 40.º

O que se pode concluir ainda de exemplos como os do artigo 14.º, n.º 1, do Regime Geral das Infracções Tributárias é que as puras considerações de política criminal também são um dos factores que o legislador teve em conta ao permitir a substituição de certas penas. Todavia, na verdade, isto não é novo, porquanto qualquer decisão em matéria jurídico-penal é sempre motivada por razões de política criminal. São elas que assinalam, como se sabe, o quê, como, porque e em que medida punir, a que se segue a escolha dos comportamentos a criminalizar e respectivas sanções.

[22] Como defendemos em «O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição», in: *Revista do CEJ*, II (2018), pp. 115-141.

Trata-se, aliás, de uma tendência – esta de fazer ligar a certas modalidades típicas uma dada forma de pena de substituição, em regra, de suspensão executiva – que vem crescendo muito recentemente no nosso Direito Penal, bastando atentar no n.º 3 do artigo 53.º, onde se prevê que os condenados pelos crimes p. e p. pelos artigos 163.º a 176.º-A, sempre que a vítima seja menor à data do *tempus delicti*, se o juiz se decidir por aplicar esta pena de substituição, o tenha de fazer obrigatoriamente através da modalidade do regime de prova. Ter-se-á entendido que, em face da gravidade do crime e da necessidade de, na medida do possível, submeter o agente a intervenção psicológica ou outra, se justifica esta forma mais interventiva, próxima da *probation* dos anglo-saxões. É aliás este o sentido que se atribuiu à redacção do artigo 54.º, n.º 4, por via da Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto.

De igual modo, tendo por base um projecto de lei^[23] que se transformou na Lei n.º 129/2015, de 3 de Setembro, no qual se propunha que no crime de violência doméstica a suspensão executiva da pena fosse também sempre condicionada a qualquer uma das modalidades que não a simples, ou seja, com deveres, regras de conduta ou regime de prova. Em sentido próximo, mas mais restritivo, na medida em que obrigava o tribunal a aplicar sempre o regime de prova quando se decidisse pela suspensão da pena, veja-se o então projecto de lei do PSD e do CDS-PP^[24]. O resultado final foi o aditamento à Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, do artigo 34.º-B^[25].

[23] Da autoria de deputados do Bloco de Esquerda (n.º 961/XII/4.ª, de 22/5/2015, acessido em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734f5459784c56684a535335>

6b62324d3d&fich=pjl961-XII.doc&Inline=true, a 2/6/2015.

[24] N.º 769/XII, de 5/2/2015 (accedidos no sítio e data indicados na nota precedente).

[25] Concorde-se, na totalidade, com o sumário do ac. do Tribunal da Relação

de Coimbra (TRC) de 12/4/2018, Proc. n.º 1619/15.0T9GRD.CI (BRIZIDA MARTINS): I – O regime regra nos casos de condenação de um agente pela prática do crime em causa [violência doméstica], em pena de prisão suspensa na sua execução, será o da sua subordinação à observância de regras de conduta, ou ao acompanhamento

Veja-se ainda que o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (conhecido como «Lei da Droga»), também prevê para os crimes descritos no artigo 44.º que a suspensão executiva da pena de prisão se faça com obrigação de imposição de certas injunções que a lei expressamente elege e, por isso, não deixa espaço à decisão judicativa. *In casu*, trata-se da condição, «para além de outros deveres ou regras de conduta adequados, de se sujeitar voluntariamente a tratamento ou a internamento em estabelecimento apropriado, o que se comprovará pela forma e no tempo que o tribunal determinar.». Acresce que o artigo 45.º, n.º 1, do mesmo diploma, igualmente prevê a suspensão com regime de prova «se o considerar conveniente e adequado a facilitar a recuperação do toxicod dependente e a sua reinserção na sociedade», embora aqui já não seja obrigatório o consentimento do condenado (uma espécie de «tratamento quase-coercivo»^[26]).

O ideal seria uma *efectividade na proporcionalidade*, seja a dita «efectividade instrumental» (efeito de protecção), seja a «efectividade simbólica» (a qual apela e tenta um efeito de coesão) ou a «efectividade pedagógica» (efeito de aprendizagem)^[27]. Apesar de não resultar expressamente do elemento literal, cremos que é para aí que apontam instrumentos de *soft law*^[28].

Um outro aspecto que surge na abordagem de alguns autores^[29] contende com a defesa de que a existência de um incumprimento

de regime de prova, mas sempre se incluindo regras de conduta de protecção da vítima. O que redundaria, em outras palavras, que a não imposição de um tal regime conducente a facultar a suspensão da execução da pena de prisão, há-de ser excepcional e devidamente fundamentado.(...).

[26] Sobre a matéria, em alguns aspectos em tom crítico, vide JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, «Medidas alter-

nativas à prisão e tratamento quase-coercivo — um novo paradigma», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 19, 4 (2009), pp. 607-618.

[27] Sobre estes conceitos, MIREILLE DELMAS-MARTY, «A favor de unos principios orientadores de legislación penal», in: *ADPCP*, XLIII, III (1990), pp. 965-966.

[28] P. ex., o ponto 22 da Rec (99) 22, do Comité de Ministros do Conselho

da Europa, destaca a eficácia das medidas substitutivas como essencial a que os magistrados do Ministério Público nelas confiem.

[29] NIEVES SANZ MULAS, «Penas alternativas a la prisión», in: *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, 15, 21 (2003), p. 33.

de uma pena de substituição como a suspensão da execução não tenha como consequência a aplicação da pena principal determinada na decisão judicial. Considera-se esta desproporcionada e desadequada à privação de liberdade como tutela de *ultima ratio*. Não concordamos com esta perspectiva. Como dizer-se desproporcionado aplicar a sanção principal que se estabeleceria não fora a substituição, pena essa com total cabimento legal e em que, à luz de um juízo prognóstico favorável, se optou por uma substituição que é sempre condicional? Não é a auto-responsabilidade do condenado um factor também ele enformador do sistema jurídico-penal? Como assegurar, do prisma da prevenção geral, que a comunidade acredite nas penas de substituição se as mesmas não tiverem a assegurar-las o cumprimento efectivo de uma sanção principal?

2. Falar em certeza e efectividade das penas de substituição importa também que nos refiramos à circunstância de, apesar de elas serem bastante aplicadas no nosso ordenamento jurídico^[30], algumas não o serem, o que importa reflectir sobre tais motivações, tanto mais que, de futuro, não sabemos se a situação se manterá como até agora.

Em especial quando o nosso CP prevê um dos catálogos mais amplos de penas de substituição dos Estados da nossa tradição jurídica, para além de os respectivos âmbitos de aplicação serem, também, dos mais elevados, se comparados, por exemplo com os países da Europa do Norte ou Central. De facto, na Alemanha, *v. g.*, para além do correspondente à nossa suspensão de execução da pena privativa de liberdade (*Strafaußsetzung*), nas quatro

[30] Veja-se o nosso «As penas de substituição: de "parente pobre" a "parente paritário"», in: *Julgar online* (no prelo).

modalidades entre nós conhecidas – simples, com deveres, regras de conduta ou regime de prova (*zur Bewährung, probation*) —, a pena de PTFC só se acha prevista na EGStGB^[31] e não na codificação propriamente dita (excepto como um dos deveres – uma das *Auflagen* – em sede de pena suspensa – cf. § 56b, Abs 2, 3 do *Strafgesetzbuch – StGB*: Código Penal alemão), para além de não ser entendida como uma verdadeira pena de substituição, pelo menos como a definimos^[32], mas sim como uma forma de obviar à prisão subsidiária pelo incumprimento da multa principal (*Art 293 – Abwendung der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe und Erbringung von Arbeitsleistungen*)^[33].

Trata-se, aliás, de uma falha criticada pela generalidade da doutrina^[34], que aponta as vantagens político-criminais de uma pena de substituição como a nossa, atento o seu conteúdo educativo, a sua praticabilidade e afastando o argumento estafado da contribuição para o aumento da taxa de desemprego, lembrando que a prestação em causa pode ser cumprida aos fins-de-semana e

[31] *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (Lei de Introdução ao Código Penal alemão).

[32] «As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos», in: RPCC (no prelo) e «Contributo para a noção de penas substitutivas», in: MARIA FERNANDA PALMA *et al.* (coords.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor João Curado Neves*.

[33] A norma é de 1984 e segue-se a uma experiência com sucesso desenhada no *Land* do Hesse, no ano anterior (BERND-DIETER MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Auflage, Berlin, etc.: Springer, 2009, p. 71). Tal como entendemos ser já possível entre nós, na Alemanha é indiscutível que a

prestação gratuita de trabalho pode ser determinada como regra de conduta no instituto correspondente à nossa suspensão da pena de prisão (MICHAEL PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, pp. 51, ss., 69, ss., 73, ss., WOLFGANG FEUERHELM, *Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht*, Mainz: Kriminologische Zentralstelle, 1996, pp. 7, ss. e 11, ss.). Nos termos desse mesmo artigo, cabe aos Governos dos *Länder* adoptar, através de uma *Rechtsverordnung*, a execução da prisão subsidiária prevista no § 43 do StGB por intermédio de trabalho gratuito, sendo a pena considerada extinta pelo cumprimento se o trabalho for levado a cabo. O trabalho deve ser livre de coacção, implicando,

assim, o expreso consentimento do condenado, não podendo revestir quaisquer fins lucrativos. Esclarece-se ainda que esta prestação não configura qualquer contrato de trabalho, ao qual se não aplicam, por isso, as correspondentes regras laborais e de segurança social, embora se preveja um regime de protecção aos condenados, na eventualidade da ocorrência de qualquer sinistro, p. ex., durante o período de cumprimento da sanção.

[34] Entre outros, CLAU ROXIN, «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», in: SANTIAGO MIR PUIG (ed.), *La reforma del Derecho Penal*, I, Bellaterra: Ed. de Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, pp. 96-98.

que, acrescentamos nós, a sua própria natureza não a torna competitiva com a normal prestação de trabalho remunerado, facto pelo qual inexistente qualquer tipo de «concorrência desleal».

O *Bundesrat*, no decurso da 10.^a legislatura, já havia proposto ao Governo Federal a introdução da pena correspondente à nossa PTFC como sanção independente, prevista no *StGB*, do mesmo passo que no 59.º Encontro de Juristas Alemães (Hanover, 1992) já se propugnava pelo aumento do âmbito aplicativo do *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA: similar à nossa mediação de adultos em matéria criminal – Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho), bem como do § 59 do *StGB*^[35]. De facto, a 10/10/2003, o Governo Federal adoptou a proposta de lei de reforma do sistema das sanções criminais (*Entwurf zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems*), a qual apresenta como objectivo alargar o leque de penas substitutivas aplicáveis à pequena e média criminalidade, consensual que é que, naquele país, a previsão legal nesta matéria é escassa, logo por comparação com os Estados-Membros da União Europeia, bem como a verificação de se não desejar trilhar o caminho seguido pelos EUA^[36]. Saliente-se que, quanto «ao nível das penas, na sequência das reflexões efectuadas durante as Presidências belga e espanhola, o Conselho JAI de 25 e 26/4/2002 adoptou conclusões que determinam a abordagem a aplicar em matéria de harmonização de penas, incluindo, designadamente, a aplicação de intervalos de variação com o objectivo de fixar o mínimo da pena máxima aplicável, ou seja: nível 1: pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos, 1 a 3 anos; nível 2: pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos, 2 a 5

[35] KOMMISSION ZUR REFORM DES STRAFRECHTLICHEN SANKTIONENSYSTEMS, *Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 2000, p. 13, disponível em <http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf>, acedido em 14/10/2013.

de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf, acedido em 14/10/2013.

[36] Salienta-o FRIEDER DÜNKEL, «Reform des Sanktionenrechts —

neuer Anlauf», in: *Neue Kriminalpolitik*, 4 (2003), p. 123, apelidando a proposta de um «passo na direcção certa» (*ein Schritt in die richtige Richtung*) — *ibidem*, p. 124.

anos; nível 3: pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos, 5 a 10 anos; nível 4: pena privativa de liberdade com duração máxima superior a 10 anos.»^[37].

Assim, o *gemeinnützige Arbeit* é desenhado como substitutivo da prisão sucedânea por incumprimento da multa principal. Como refere MICHAEL KÖHNE, não somente o quadro legislativo actual é contrário ao movimento de luta contra as penas curtas de prisão que enforma o *StGB*, como também defende mesmo a pura e simples abolição da prisão subsidiária – por coerência lógica com a eleição da multa principal que, assim, foi julgada como adequada ao cumprimento dos desideratos punitivos –, o que não é contemplado na proposta governamental que, apesar de tudo, mesmo sendo uma solução de última linha, a julga um mal necessário^[38]. Defende-se, no correspondente à nossa PTFC, por via de um curioso *schwitzen statt sitzen* (literalmente, «antes suar que ser preso»), que cada dia de multa se substitua por três horas de trabalho, mantendo-se apenas a privação de liberdade para as hipóteses em que o condenado se recuse a prestar trabalho. Também se prevê que essa pena se possa aplicar como substitutivo da prisão como sanção principal de medida inferior a seis meses, equivalendo seis horas de trabalho a um dia de privação de liberdade, havendo uma forte indicação aos juízes para procederem a esta substituição nas hipóteses em que o condenado não tem inscrições no registo criminal e quando tal privação do *ius ambulandi* puder fazer

[37] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Livro Verde sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia*, p. 18, COM(2004)334 final, Bruxelas, 30/4/2004, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0334&from=PT>.

[38] «Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe?», in: *Juristische Rundschau* (2004), pp. 453-456. A linha argumentativa de KÖHNE não é nova, tendo sido já propugnada por outros penalistas, com algumas diferenças de matizes, como sucedeu com GERHARDT GREBING, «Probleme der Tagessatz-Geldstrafe», in: *Zeitschrift für die gesamte*

Strafrechtswissenschaft, 88 (1976), pp. 1112-1113 e HERBERT TRÖNDLE, «Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagessatzsystems», in: *ZStW*, 86 (1974), pp. 565 e 571.

perigar o pagamento da indemnização ao ofendido, derivada da responsabilidade civil *ex delicto*^[39]. Uma outra importante proposta é a de transformar, sob certas condições, a que é hoje a pena acessória de inibição de conduzir veículos a motor (§ 44 do StGB) em pena principal^[40].

3. É evidente que não estamos em condições, nem é esse o objecto do presente trabalho, de empreender um estudo empírico que pudesse entrevistar uma amostra representativa dos magistrados judiciais e também da comunidade, com o desiderato de conhecer a percepção social quanto a estas sanções e, quanto aos primeiros, ademais, procurando saber quais os estrangulamentos legais, práticos, mentais e até culturais que contribuem para esse resultado. Trata-se, na verdade, de um trabalho que urge ser realizado e que se apresenta como uma limitação deste nosso estudo. Donde, quedar-nos-emos por um exercício especulativo, com base na observação da experiência e de alguns dados disponíveis, quanto às principais razões que estarão na base de uma dificuldade aplicativa das sanções substitutivas. Outra – não totalmente coincidente – é a opinião de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, apontando para bloqueios legais, culturais e sociais. No primeiro grupo, a questão mantém-se, dado contender com o facto de a pena de PTFC não ser ainda uma pena principal (veja-se que o relatório em exame se ficou por esta pena de substituição), bem como a circunstância de alguns tipos legais, como o furto qualificado, preverem limites

[39] Na análise que levou a cabo quanto ao crime de furto relativo a coisa de pequeno valor (*geringwertige Sache*, § 248a do StGB), CARSTEN KRUMM, «Verfassungsrechtliches Übermaßverbot und kurze Freiheitsstrafe», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 6 (2004), pp. 328-330 verifica

que tem sido orientação dos Tribunais superiores da Alemanha a exigência de um particular dever de fundamentação no que tange à aplicação, nessas hipóteses, de pena de prisão efectiva, tendo em conta o mandato de proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

[40] Sobre a (in)conveniência desta proposta, em nosso juízo, veja-se «Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?», in: *Sombras e Luzes* (no prelo).

mínimos relativamente elevados e que não consentem a substituição. Cremos que, com a Revisão de 2007 do CP e o conseqüente incremento do âmbito aplicativo das sanções substitutivas, o problema se coloca em termos menos severos. A prática e a cultura judiciais são vistas como rotineiras, no que coincidimos com o diagnóstico, bem como com a apontada maior exigência de tramitação destes processos e o maior tempo que os mesmos se acham pendentes^[41]. Aventuremo-nos, assim, numa sistematização:

A. Grau de punitividade dos juízes

Sendo os magistrados cidadãos que partilham de uma dada cosmovisão como quaisquer outros, é natural que seja diverso o grau de punitividade^[42] de cada um deles. Haverá sempre, como existiu em todas as épocas, juízes que consideram que uma dada medida concreta da pena, e, no caso, de prisão efectiva, é a única a dar resposta às finalidades que o ordenamento assinala às sanções.

Existem vários estudos empíricos sobre o grau de punitividade das comunidades, mas, que conheçamos, não de uma forma sistemática quanto a quem julga, apesar da centralidade do tema^[43]. Pode, assim, estabelecer-se, como hipótese de trabalho, que os juízes portugueses são ainda demasiado punitivos, considerando, à luz da sua formação, personalidade e *Weltanschauung*, que a prisão efectiva, em especial para certos crimes, continua a ser aquela que, de entre o catálogo legal, melhor responde aos mandamentos do artigo 40.º

[41] *As tendências da criminalidade e das sanções penais na década de 90*, Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002, pp. 222-224.

[42] Sobre a relação entre a punitividade e as penas substitutivas, veja-se o nosso «Punitividade e penas de substituição – relatio paradoxal? Breves reflexões a partir da realidade portuguesa», in: *Julgar online*, Maio de 2019.

[43] Ao contrário de Espanha. Na obra de JOSÉ CID MOLINÉ/ELENA LARRAURI PIJOAN (coords.), *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Valencia:

Tirant lo Blanch, 2002, conclui-se que, na grande maioria dos casos (mais de 80%), sempre que um juiz pode optar entre uma pena principal e uma de substituição, escolhe a segunda (*passim*, em esp., pp. 54-55). A pena suspensa é a mais aplicada e, em regra, sem regras de conduta ou deveres (94%) (*ibidem*, p. 67).

É evidente que esta hipótese conhece grandes debilidades. Antes de mais, ela depende em muito da estrutura da criminalidade portuguesa que, não sendo percentualmente, em regra, de gravidade extrema, apresenta níveis assinaláveis de crime como os relacionados com o tráfico de estupefacientes onde, como é natural, em regra, os bens jurídicos em causa reclamam a aplicação de uma efectiva privação do *ius ambulandi*. O mesmo se diga em vários casos de furto qualificado ou de roubo. Tal já se não dirá, contudo, nos crimes estradais. Porém, aí, em princípio, a pena de prisão efectiva surge em última linha, depois de um quadro de multi-reincidência em que se começa por uma multa principal, se passa para uma pena de substituição (na maioria, multa ou pena suspensa) e se repete a mesma algumas vezes até se mostrar evidente que o agente não foi capaz de se deixar influenciar pelo sancionamento e seu significado, o que obriga à privação de liberdade.

Numa linguagem menos técnica, poder-se-á resumir este ponto através da expressão de que a «mentalidade judicial» ou os «quadros mentais da cultura judiciária» não se mostram muito receptivos às penas de substituição, sabendo-se que estas estruturas não se modificam por via legislativa e que demoram gerações. Terá sido uma mudança neste sentido que, desde 1983, conduziu a que a Alemanha apresentasse taxas de encarceração menores que as nossas. Pelo menos esse é o argumento mais provável defendido por autores como JOHN GRAHAM^[44].

[44] «Decarceration in the Federal Republic of Germany. How practitioners are succeeding where policy-makers have failed», in: *British Journal of Criminology*, 30, 2 (1990), pp. 150-170, *passim*, em esp., p. 167. O problema identificado em texto não é, por certo, uma especificidade portuguesa. Em Espanha, encontramos a mesma queixa em vários autores, como JOSÉ LUIS

DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas en España*, Madrid: Catarata, 2015, pp. 25-32 e 109, verificando um uso excessivo da prisão, um catálogo insuficiente de penas de substituição e, quanto às existentes, a falta de meios materiais e humanos para as implementar, para além de uma difícil percepção judicial da sua importância, o que tem conduzido a pena de multa ou o correspon-

dente à nossa pena de PFC a níveis ineficientes, no primeiro caso devido à baixa taxa diária aplicável no segundo, dos dias-de-multa e, ~~na segunda~~, à inoperância dos serviços de reinserção social e à falta de sensibilização de boa parte dos juízes. Note-se, por fim, que não andamos longe dos específicos aspectos logo detectados por JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, *La san-*

B. Falta de meios

Relacionado com o aspecto anterior, é um facto que não existe grande tradição nacional na aplicação de medidas substitutivas à prisão, não por falta de previsão legal, porquanto o CP, desde 1982, consagra um dos catálogos mais generosos dos países da nossa cultura jurídica, ~~mas porventura~~ por uma certa inacção dos juízes (e dos procuradores) que, para além da ideia de punitividade aludida no ponto anterior, em várias ocasiões têm a percepção de que os serviços de reinserção social responsáveis pela efectiva aplicação de medidas comunitárias não dão resposta em tempo útil. Sabe-se que esta é uma queixa de longa data dos magistrados e dos técnicos de reinserção social, mesmo no que tange aos relatórios, pareceres e outros documentos técnicos, como os relatórios sociais para julgamento. Donde, é provável que os juízes acabem por pensar que, nas medidas que dependem da sua apreciação, pelo menos aí não convirá aumentar o volume de serviço da DGRSP.

É certo, todavia, que os argumentos da falta de meios materiais e humanos nunca são verdadeiramente decisivos. Expliquemo-nos: a aplicação do Direito Penal é, também, como em política, «a arte do possível», de tal modo que de nada adianta uma previsão legal extraordinária quando, na prática, a mesma se não aplica. *Monumentais Códigos Penais não aplicados transformam-se em ridículos e perniciosos instrumentos contra o Estado de Direito*. Todavia, não é por poderem não existir meios que a medida em si deve ou não ser adoptada, mas sim tendo em conta o respectivo valor intrínseco. Ora, uma linha argumentativa deste jaez nada revela quanto a essa valia. Em dadas circunstâncias, as penas substitutivas são absolutamente essenciais a uma política criminal que obedeça ao modelo democrático gizado e que respeite, efectivamente, os princípios

fundamentais de toda a intervenção criminal, à cabeça dos quais o da tutela de bens jurídicos como *ultima ratio*, a dignidade penal, a carência de pena. Assim, deveria começar por aquilatar-se se existe ou não, *de facto*, essa falta de meios, pois não é incomum em Portugal que tal seja usado como desculpa para o imobilismo e para proteger determinados direitos de classe. Efectuado esse levantamento sério e exaustivo, então a opção de política criminal e de política em sentido estrito tem de ser tomada: se se visa respeitar a CRP e as leis ordinárias só se pode, no hodierno quadro legislativo, investir nas penas substitutivas quando as mesmas sejam adequadas e necessárias. O mais cabe a uma racional «análise económica do Direito».

C. A comunidade, *rectius*, a percepção judicial da comunidade
Qualquer decisão judicial tem, para além dos sujeitos e participantes processuais concretos, também a sociedade por destinatária. É essa uma das funções, aliás, de todo o processo penal, na expressão plástica de pacificar a comunidade, de lhe restituir a paz afectada pelo facto do crime. Ainda que estudos recentes demonstrem que a comunidade, como um todo, em regra está muito mal informada sobre o sistema de justiça penal e o modo como ele opera^[45]. Significa isto que qualquer julgador, consciente ou inconscientemente, quando decide, prefigura no seu juízo o modo como os seus concidadãos irão reagir àquela sua acção. Donde, é natural que se comporte de tal forma que entenda a decisão como apta a obter o apoio popular^[46]. É evidente que os juízes são treinados – e bem – a não tomarem este cânone como o essencial na formação do respectivo processo decisório, mas é

[45] Compulsem-se as referências em RANDY R. GAINNEY/BRIAN K. PAYNE, «Changing attitudes towards house arrest with electronic monitoring: the impact of a single presentation?», in: *International Journal of Offender The-*

rapy and Comparative Criminology, 47, 2 (2003), p. 197.

[46] Com razão salienta este ponto MANUELA IVONE CUNHA, «Prisão e sociedade: modalidades de uma

conexão», in: MANUELA IVONE CUNHA (org.), *Aquém e além da prisão: cruzamentos e perspectivas*, Lisboa: Editora Noventa Graus, 2010, p. 16.

também inegável que existe sempre uma influência da dita «opinião pública» e «publicada».

Donde, uma outra hipótese neste conjunto multifactorial que estamos a analisar contende com a circunstância de os julgadores, porventura, entenderem que a sociedade portuguesa é relativamente punitiva e que encara as penas de substituição como uma espécie de «benevolência», «benefício» ou «desculpa», ou mesmo uma «descriminalização ou despenalização encapotadas»^[47].

E tal sem prejuízo de existirem estudos empíricos demonstrativos de que as penas substitutivas têm, pelo menos, o mesmo efeito preventivo que as sanções principais^[48]. Não dispomos de dados nacionais sobre a matéria, mas a investigação em outros países revela que as sociedades tendem a ser menos punitivas que a percepção que delas se tem^[49]. De entre tantos, estudos de BROWN/ELROD, PAYNE/GAINEY e PETERSILIA revelam uma atitude em princípio céptica quanto às penas de substituição pela comunidade, que não as considera sanções suficientemente severas ou «meios de controlo eficazes»^[50]. É ainda um facto comprovado que somente com o apoio societário podem as medidas de que curamos lograr

[47] Expressamente se referindo à então proposta «sentença condicionada ou condicional» como um «benefício», JOSÉ OSÓRIO, durante as discussões no seio da Comissão Revisora do CP (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal*. PG, vol. II, Lisboa: AAFDL, s/d., vol. II, p. 69). Daí a nossa particular insistência quanto ao reforço da eficácia das penas substitutivas e do efectivo cumprimento das finalidades sancionatórias. Preocupação de que a jurisprudência se tem feito eco, desde logo na pena de multa, embora principal. Entre tantos arrestos, cf. o ac. do TRP de 30/4/2008, Proc.

n.º 944/2008, ATAÍDE DAS NEVES: «[o] montante diário da pena de multa não deve ser doseado por forma a que tal sanção não represente qualquer sacrifício para o condenado, sob pena de se estar a desacreditar esta pena, os tribunais e a própria justiça, gerando um sentimento de insegurança, de inutilidade e de impunidade.» (acessível em <http://www.datajuris.pt>; consulta em 29/9/2013).

[48] Veja-se, p. ex., HELMUT KURY, «Zur (Nicht-)Wirkung von Sanktionen. Ergebnisse internationaler empirischer Untersuchungen», in: *Soziale Probleme. Zeitschrift für soziale Pro-*

bleme und soziale Kontrolle, 24, 1 (2013), pp. 11-41. O artigo tem ainda a vantagem de ter analisado, de entre outras, a realidade portuguesa e de sublinhar a importância do populismo na tomada de decisões de política legislativa em contradição com os mandamentos político-criminais empiricamente fundados.

[49] De novo, compulse-se o nosso «Punitividade e penas de substituição...».

[50] RANDY R. GAINEY/BRIAN K. PAYNE, «Changing attitudes towards house arrest...», p. 203.

os seus objectivos^[51]. Mais ainda, num estudo conduzido por GAINNEY/PAYNE, no que tange à vigilância electrónica – embora ela não seja, *de per se*, uma pena de substituição^[52] –, comprovou-se que uma simples apresentação de 35 minutos sobre este mecanismo alterou bastante a percepção do público-alvo quanto ao mesmo e aumentou a receptividade à sua utilização. Destarte, urgente é que os poderes públicos realizem campanhas estruturadas de informação^[53].

Assim, mesmo para aqueles juízes que considerem que as suas decisões podem ser mal interpretadas e não corresponderem ao «sentido de justiça» (não curaremos aqui da eterna discussão do que tal seja e de como aferi-lo), é possível que partam de um pressuposto erróneo e que a comunidade em que se inserem se considere, em geral, satisfeita com a aplicação de uma sanção substitutiva. Dito de outro modo, tecnicamente mais correcto, é bem possível que os Portugueses, no seu conjunto, nas circunstâncias em que se mostra adequada a aplicação de uma pena de substituição – não apenas porque os requisitos formais estão preenchidos, mas sobretudo os materiais –, a encarem como apta a satisfazer o que percebem como as finalidades do sancionamento. O que estas últimas sejam levar-nos-ia para toda uma outra investigação que está fora do nosso objecto^[54].

D. A necessidade da participação do agente do crime

Em algumas das penas de substituição é essencial que o condenado nelas consinta, como sucede na pena de PTFC ou no antigo regime de semidetenção. Para além dessa circunstância em que a *manifestação expressa de vontade concorrente é elemento da própria aplicação*

[51] Vejam-se os estudos referidos em *ibidem*, p. 205.

[52] Como o dizemos com particular insistência em «Algumas observações e propostas sobre a vigilância electró-

nica em Portugal», in: NUNO CAIADO (coord.), *Vigilância electrónica*, Lisboa: Labirinto de Letras, 2017, pp. 53-76.

[53] *Ibidem*, p. 206.

[54] Para mais desenvolvimentos, cf. o nosso «Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», in: *Julgard*, 32 (2017), pp. 203-232.

da pena, um seu requisito de natureza formal, em que, por isso, se pode esperar, ao menos em tese, uma maior adesão do delinquente quanto ao sancionamento, as penas em estudo, em especial as que são cumpridas fora dos estabelecimentos prisionais, exigem um elevado grau de comprometimento do agente^[55]. Não julgamos adequado dizer-se que esse grau é superior nestas se comparado com a pena de prisão, porquanto se esta for cumprida em obediência às finalidades que lhe são assinaladas no CP e no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), o envolvimento do condenado é também central para que a reinserção se concretize.

Seguindo a distinção proposta por BOTTOMS e aprimorada por ROBINSON/McNEILL, pode falar-se de uma adesão orientada para o cumprimento das penas substitutivas de curto e de longo prazo, consoante, respectivamente, nos estejamos a referir ao adimplemento das exigências impostas pela concreta pena ou aos efeitos que um seu cumprimento revela no comportamento futuro do agente que, em virtude dessa aplicação sancionatória, não reincide. Este último – de longo prazo – mede o grau de fidelização à norma que se conseguiu por intermédio da punição, sendo, por isso, não somente o mais difícil de obter, mas também aquele que melhores resultados traz ao sistema jurídico-penal. Deve ainda distinguir-se, na adesão direccionada para o adimplemento de curto prazo, uma dimensão *formal* e outra *material* (substantiva). A primeira analisa somente esse cumprimento ponto por ponto, ainda que o agente se não mostre genuinamente envolvido no processo, *maxime* para efeitos de ressocialização, ao passo que a segunda verifica esse

[55] Entre tantos, GWEN ROBINSON/ FERGUS McNEILL, «Exploring the dynamics of compliance with community penalties», in: *Theoretical Criminology*, 12, 4 (2008), p. 432.

engajamento activo, a vontade manifestada em actos concretos do condenado em modificar as suas condutas, dirigindo-as ao cumprimento voluntário das prescrições penais^[56].

Todavia, sendo como regra cumpridas em meio não prisional, desde logo existem questões de segurança para os agentes e para terceiros que se não colocam – ou colocam de forma muito atenuada – se comparadas com a privação do *ius ambulandi*. Ainda, algumas delas, como a pena de PTFC, a suspensão com deveres, regras de conduta e, em especial, o regime de prova, exigem do condenado uma atitude pró-activa, direccionada para as finalidades respectivas, e não uma simples atitude passiva que, amiúde, acontece nas penas privativas de liberdade. Tal característica pode também ser encarada por alguns magistrados judiciais como um obstáculo à fixação de penas substitutivas, por entenderem que, em regra, esse apoio voluntário do delinvente ao seu processo punitivo (que se compõe, por certo, ou deve compor-se, de uma dimensão ressocializadora^[57]) não existe ou demanda uma intervenção exigente dos próprios juízes e dos serviços de reinserção social. Se a tal associarmos a crónica queixa de falta de meios a que já aludimos, pode bem estar-se perante um conjunto situacional desfavorável à aplicação sancionatória em estudo.

E. Entraves de ordem «burocrática» e inércia

Como em qualquer profissão, há juízes que optam, muitas vezes, pela via punitiva que menos trabalho comporta. A isto acresce que se pode imaginar que a aplicação de uma pena de prisão possa ser tida como a via mais «tradicional» de administrar a justiça criminal,

[56] GWEN ROBINSON/FERGUS MC NEILL, «Exploring the dynamics of compliance...», pp. 433-435.

[57] Sobre o que entendemos por essa finalidade da pena, *vide* o nosso «Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade», in: *Revista do Ministério Público*, 156 (2018), pp. 75-119.

pelo que alguma inércia e influência do *status quo* reinante não são hipóteses a desconsiderar^[58]. Aplicar uma sanção substitutiva importa, amiúde, requisitar relatórios à DGRSP, com as inevitáveis delongas processuais que podem, numa visão pequena das coisas, prejudicar até a avaliação dos magistrados judiciais. Bastará percorrer, p. ex., a regulamentação da pena de PTFC (Decreto-Lei n.º 375/97, de 24 de Dezembro) para verificar que, como não podia deixar de ser, existem actos processuais a desenvolver e contra os quais a força da inércia se levanta. Contudo, compulsado esse diploma, *v. g.*, não se vislumbra como o procedimento tivesse condições de ser mais simplificado^[59], verificando-se nele, até, importantes normas que contribuem para a eficácia e confiança nas penas de substituição, penhor do seu enraizamento na cultura jurídica e judiciária e na consciência comunitária. P. ex., a não consideração como tempo efectivo de trabalho das deslocações de e para o local assinalado para o cumprimento da prestação, assim como das faltas justificadas (artigo 6.º, n.º 2); numa outra ordem de considerações, o correcto entendimento do regime da responsabilidade civil por ilícitos dessa natureza cometidos pelo condenado no decurso do cumprimento da pena – artigo 11.º –; em execução das respectivas normas do CP, a regulamentação de todas as vicissitudes ocorridas aquando da prestação laboral (artigos 12.º e 13.º).

[58] Assim, lamentando a inexistência de uma «cultura judicial» mais imaginativa, em Espanha, ESTER BLAY/ELENA LARRAURI, «La supervisión de los delincuentes en libertad», in: ELENA LARRAURI/ESTER BLAY (eds.), *Penas comunitarias en Europa*, Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 10. Reconhece-o expressamente a UE na «Resolução sobre as condições das prisões na União Europeia: adaptações e penas de substituição», JOCE, C 098, de 9/4/1999:

«[...]amenta que a aplicação das medidas alternativas seja frequentemente dificultada pela insuficiência de meios dos tribunais de execução de penas, por sistemas de instrução demasiado burocráticos ou pouco selectivos e por um insuficiente conhecimento das modalidades de acesso».

[59] Sendo certo, não obstante, que o artigo 16.º do diploma previa, ele próprio, a sua revisão num período de

três anos após a respectiva entrada em vigor. E isto ocorreu em 1998. Até hoje. Veja-se ainda o despacho da PGR n.º 7/99, de 17/6/1999, entretanto revogado, o qual determinava que se promovesse a aplicação da pena de PTFC, reconhecendo que a prestação de trabalho era particularmente importante como injunção no âmbito da medida do artigo 281.º do Código de Processo Penal e apontava para a necessária colaboração com os técnicos da actual DGRSP.

III. ELIMINAÇÃO DA PRISÃO POR DIAS LIVRES E DO REGIME DE SEMIDETENÇÃO? NOVO CAMPO DE APLICAÇÃO PARA O ENTÃO ARTIGO 44.º (HOJE, ARTIGO 43.º)

1. Não se duvida que as sanções de substituição de tipo detentivo são *verdadeiras penas substitutivas*, embora não correspondendo ao arquétipo que delas existe. Em função do modo como são cumpridas, é já claro, ademais, que a administração prisional não as encara de modo favorável, assim como considerações de tipo especial-preventivo, fundamentalmente, a elas se têm vindo a opor.

Segundo dados da DGRSP, a 30/4/2015, antes da revogação da prisão por dias livres e do regime de semidetenção, a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais com reclusos em cumprimento de prisão por dias livres era de 111,6%, ao passo que, no mesmo período, para as demais situações de reclusão, a taxa era de 112,9%^[60], o que demonstra que a pena do então artigo 45.º, apesar de ligeiramente inferior às demais, era ainda um factor de congestionamento das nossas prisões. Recorde-se que privações de liberdade por curtos períodos, ainda que contínuas durante o respectivo cumprimento (prisão por dias livres) ou entrecortadas (regime de semidetenção), são pouco atreitas a um verdadeiro trabalho ressocializador. A circunstância desde o início apontada de que se trataria de uma pena em especial talhada para os jovens delinquentes não provou, na prática, funcionar de modo significativo. A isto acresce que a existência de uma pena como a do então artigo 44.º (hoje, artigo 43.º)^[61] vinha retirando um campo

[60] Informação recolhida em 16/5/2015, no sítio http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/uploads/quinzenais/20150430040435sitpen_15_30-04-15.pdf.

[61] No Reino Unido, a *curfew order* foi já objecto de estudo de reincidência, por SUGG *et al.*, em 2001, com resultados menos positivos em relação ao expectável, com uma taxa próxima da do grupo de controlo (cf. CAROL

HEDDERMAN, «Past, present and future sentences: what do we know about their effectiveness?», in: L. R. GELSTHORPE/R. MORGAN (eds.), *The probation handbook*, Cullompton, Devon: Willan, 2007, pp. 464-465).

de aplicação considerável às sanções dos ex-artigos 45.º e 46.º, com vantagens económicas, de organização da administração penitenciária (que nem é chamada a intervir), para além de ser possível um trabalho especial-preventivo por intermédio de técnicos de reinserção social.

Não será por acaso que em Espanha, p. ex., em 2003, o *arresto de fin de semana* foi revogado, segundo o legislador, devido à fraca aplicação prática que o instituto concitou. Todavia, a doutrina é quase unânime no sentido de que não foi feito um verdadeiro esforço para a sua aplicação^[62], a que acresciam dificuldades de regime^[63]. Preferia falar a doutrina em *arresto de tiempo libre*^[64], e com razão, na medida em que os períodos de privação de liberdade não têm necessariamente de coincidir com os fins-de-semana ou com as segundas ou sextas-feiras que calhem a um dia feriado, mas sim em qualquer dia da semana que seja de descanso para o condenado (pense-se no trabalho por turnos)^[65].

[62] Assim, entre tantos, FRANCISCO MUÑOZ CONDE/MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 507. Embora também seja verdade que, logo após a entrada em vigor do CP de 1995, várias vozes críticas se tivessem feito ouvir quanto a diversos aspectos de regime que, logo nessa altura, anunciavam o fracasso do instituto (desde o excessivo âmbito de aplicação — medidas concretas até dois anos de prisão —, até a dificuldades práticas de execução), reclamando já que teria sido preferível a manutenção do *arresto domiciliario*, eventualmente com recurso a mecanismos electrónicos de vigilância. Assim, AGUSTÍN JORGE BARREIRO, «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», in: *ADPCP*, XLIX, II (1996), pp. 335-340.

[63] SERGI CARDENAL MONTRAVETA, «Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y su sustitución», in: SANTIAGO MIR PUIG/MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal Español de 1995*, Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 24-25, entende que o facto de ela só se aplicar em opção face à prisão e multa fazia com que os juízes a determinassem para aqueles que, à partida, não teriam possibilidades económicas de liquidar a sanção pecuniária, o que tornava a pena de *arresto de fin de semana* «uma regulação precipitada e excessivamente conservadora».

[64] JOSÉ L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Formas sustitutivas de las

penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995», in: J. I. ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, p. 8.

[65] Aspectos a que a nossa jurisprudência tem sido sensível. Não apenas de natureza laboral, mas também de circunstâncias familiares, como a necessidade de cuidar do cônjuge ou de parente próximo. Assim, entre tantos arestos, cf. o ac. do STJ de 2/3/1998, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, 375 (1988), p. 204, ou o ac. do TRP de 17/12/2014, Proc. n.º 237/14-5PFVNG.P1 (MARIA DOLORES SILVA E SOUSA). Sensível também à adequação da pena no caso de condenação pelo delito de condução automóvel sem habilitação legal, chamando

Existe mecanismo semelhante no Brasil («limitação de final de semana»; artigo 48 do CP), com um máximo de cinco horas por dia. A norma contém (§ único) uma importante precisão que porventura deveria constar da então prisão por dias livres ou da específica normação sobre o assunto na legislação executiva, qual seja, «[d]urante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos ou palestras ou atribuídas atividades educativas». Mais ainda, não se procede ao encarceramento dos agentes, mas eles são levados a participar em tais actividades («podem decorrer num quartel, num fórum (tribunal), numa escola, em uma «casa do albergado»)^[66] que, assim, permitem obviar à justa crítica de que nenhum trabalho de ressocialização se conseguia num sistema como o do nosso à época artigo 45.º

Apesar dos óbices apontados^[67], para além destes dados de Direito Comparado, continua a haver autores favoráveis à sua manutenção, por via dos efeitos preventivos e até por menos custos para o sistema (o que não está demonstrado), entendendo ainda que podem evitar um certo «efeito placebo» que dizem existir quando se aplicam outras penas de substituição como a correspondente à nossa pena suspensa^[68].

O regime de semidetenção, por seu turno, pela sua própria natureza de cumprimento mais gravoso e, por isso, pela redacção do então artigo 46.º, n.º 1, também a medida substitutiva que o legislador desejava que o juiz ponderasse em último lugar, padecia

a atenção para a possibilidade assim aberta de o condenado frequentar as respectivas aulas, cf. o ac. do TRP de 21/1/2015, Proc. n.º 353/14.3PBMAI. P1 (NETO DE MOURA).

[66] MIGUEL REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*. PG, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 388.

[67] Relembre-se que o Conselho Superior da Magistratura se pronunciou desfavoravelmente ao seu alargamento na Reforma de 2007 (BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *Monitorização da Reforma Penal: o processo de preparação e o debate público da reforma*, Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2008, p. 64).

[68] JAVIER VILLA STEIN, «Las penas privativas de libertad de corta duración. Fundamento empírico de su justificación», in: AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, *passim*.

de uma injustiça de regime que cumpria colmatar. Referimo-nos à razão de substituição entre a prisão contínua e esta forma descontinuada. Entendia-se, à falta de normativo expresso – o artigo 125.º, n.º 4 do CEPMPPL não responde igualmente^[69] –, que um dia da primeira correspondia a um dia de semidetenção^[70], o que temos por desproporcionado ao facto de o agente apenas sair do estabelecimento prisional para o estrito cumprimento das obrigações indicadas no então artigo 46.º, n.º 2. Ora, comparando-a com a que mais se lhe aproximava – a prisão por dias livres –, cada período de 36 a 48 h equivalia a cinco dias de prisão contínua^[71]. Tal significava que, no máximo, dois dias correspondiam a cinco, enquanto, no ex-artigo 46.º, a conversão se operava à razão de 1:1. Imaginando que o condenado trabalhava, isso importava, em regra, oito horas por dia, às quais, mesmo somando duas horas para deslocações, p. ex., compunha um tempo de confinamento de 14 horas. Donde, em três dias, o condenado estaria 42 horas confinado, não longe, portanto, do tempo máximo de duração do período de 48 horas para a prisão por dias livres.

Se mantivéssemos a prisão por dias livres com os traços essenciais que se surpreendiam no à época artigo 45.º, poder-se-ia equacionar, *de iure condendo*, atenta a gravidade do regime de cumprimento, que dois dias de regime de semidetenção deveriam equivaler a cinco dias de prisão contínua, deste modo se reparando um sistema que tínhamos por desproporcionado. Obviamente que o desconto em caso de incumprimento se faria à mesma razão e

[69] Em caso de incumprimento, «passa a prisão a ser cumprida em regime contínuo *pele tempo que falta*», sendo que a expressão que deixamos em itálico não é concretizada.

[70] *Inter alia*, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Con-*

venção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 219.

[71] Para uma contagem correcta do desconto em caso de inadimplemento da prisão por dias livres, veja-se o ac. do TRG de 17/2/2014, Proc. n.º 450/2009, JOÃO LEE FERREIRA,

publicado em <http://www.datajuris.pt>, acessido em 4/1/2015: «no exemplo apontado, os 140 dias já cumpridos correspondem a 4 meses e 20 dias, tendo o arguido a cumprir 3 meses e 10 dias de prisão.» (de uma pena de oito meses de prisão).

não à de 1:1 como habitualmente era defendido, e mesmo aqui de duvidosa legalidade, porquanto inexistindo norma expressa e face a ambas serem penas de substituição detentivas, cumpridas em meio prisional, estamos em crer que existia uma lacuna que se colmataria por analogia, aqui permitida (artigo 1.º, n.º 3, *a contrario*), desde logo na medida em que a outra solução apontava para um regime mais gravoso para o condenado. Outro aspecto que merecia reflexão contendia com saber até que ponto a elevação do âmbito de aplicação do ex-artigo 46.º para um ano de medida concreta de pena de prisão, operada pela reforma de 2007, fora ou não longe demais^[72].

Porquanto configuraremos a então «prisão por dias livres» como uma sanção não detentiva, dentro da restrição de direitos, não se colocava esta comparação com o regime em vigor do então artigo 45.º, pelo que o essencial da argumentação anterior se desvanecia. O que se mantinha era a crítica no sentido da previsão expressa do tempo de correspondência entre o regime de semidetenção e o de prisão contínua.

2. Apesar de não estarmos já tecnicamente no domínio de uma pena de substituição, mas de uma «sanção de constrangimento» ao pagamento da multa principal, entendemos importante pronunciar-nos, *de iure condendo*, sobre uma grave situação que o sistema prisional actualmente enfrenta. O então artigo 44.º (antes da redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto), consagrado por via da reforma do CP de 2007, deveria contar com mais um âmbito de aplicação, tal como sucede em Espanha^[73].

[72] P. ex., na Itália, o *regime di semi-libertà* aplica-se quer à pena de *reclusione*, quer de *arresto*, até seis meses de medida concreta de prisão, embora só se o juiz não tiver decidido pelo *affidamento in prova al servizio sociale* (art. 50 do O.P.: *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure*

privative e limitative della libertà, aprovadas por Lei de 26/7/1975, n.º 354), sendo ainda muito importante sublinhar a sua utilização como forma de flexibilização do *ergastolo* (prisão perpétua), desde que o condenado tenha cumprido, pelo menos, 20 anos de privação de liberdade (n.º 5 do artigo).

[73] Artigos 36 a 38 do CP daquele Estado (*pena de localización permanente*). Sobre ela, *inter alia*, José LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, p. 259.

Referimo-nos aos casos em que a multa principal não é cumprida e é convertida em prisão subsidiária.

Tendo em conta o efeito criminógeno da prisão, em especial das penas curtas em que se traduz a generalidade dessa subsidiariedade carcerária da sanção pecuniária, existem consideráveis vantagens político-criminais na substituição do ingresso no estabelecimento prisional pela obrigação de permanência na habitação com recurso à vigilância electrónica. A isto acrescem argumentos económicos, por se saber que um dia deste tipo de pena é menos custoso quando comparado com um dia de reclusão. *Tertio*, a manutenção dos laços familiares, na medida do possível, bem como o efeito pernicioso que a multa sempre comporta quanto aos cidadãos de mais baixos recursos. Em especial numa altura de profunda crise económico-financeira^[74], verificou-se um aumento de ingressos nos estabelecimentos prisionais para cumprimento da prisão subsidiária a que alude o artigo 49.º, n.º 1. O constrangimento que sempre importa uma privação de liberdade conseguir-se-ia de um modo equivalente por via do actual artigo 43.º, pelo que, para além das, para nós, claras vantagens em sede preventiva-especial, não vemos como as gerais-preventivas não fossem alcançadas. A comunidade no seu conjunto compreenderia que o incumprimento da pena de multa não importasse que o condenado recolhesse a uma prisão.

A questão que se levanta, ainda, é a saber se esse regime deveria ser obrigatório ou facultativo, *i. e.*, se todo o incumprimento da sanção pecuniária deveria redundar, em último recurso, na aplicação do artigo 43.º, ou se a opção entre esta e a pena cumprida em meio prisional deveria permanecer na discricionariedade vinculada do juiz. Somos de parecer que, apesar de não podermos dispensar, de todo em todo, como *extrema ratio*, a prisão subsidiária para o

[74] Mesmo na Alemanha, dados de 2002 apontavam para uma percentagem de 5 a 10% de condenados que

não queriam ou não estavam em condições de liquidar a multa (cf. BERND-DIETER MEIER, «Alternatives to

imprisonment in the German criminal justice system», in: *Federal Sentencing Reporter*, 16, 3 (2004), p. 229).

inadimplemento da pena de multa, como o fez o Brasil, p. ex.^[75], há espaço para introduzir um verdadeiro dever judicial de aplicar a pena hoje prevista no artigo 43.º a estas hipóteses, excepto se inexistir consentimento. Se o condenado não concorrer nessa vontade, o juiz determina a prisão subsidiária e também aí não vislumbramos razões para considerar o sistema demasiado permissivo, por hoje existir a redução da pena a dois terços. Julgamos que o tempo de duração da multa deve ser correspondente ao da prisão sucedânea, como aliás a nova área aplicativa da pena de obrigação de permanência na habitação. Detectamos ganhos de prevenção geral e reforçamos o que vimos defendendo em sede de eficácia, efectividade e certeza das penas substitutivas.

É evidente que uma objecção que se poderá levantar a esta proposta diz respeito à circunstância de ela exigir, para se aplicar, o consentimento do condenado (e com quem ele/ela viva em economia comum), o que tornaria um mecanismo de último recurso para que a multa fosse efectivamente cumprida – essencial para afirmar como autêntica pena principal – dependente da sua vontade e não de uma determinação do sistema. O problema é mais *teórico* que prático pois, como é evidente, a esmagadora maioria dos condenados não deixará de consentir. Mas tal importa também que se não possa dispensar, agora ainda mais como solução de último recurso, que a prisão subsidiária se mantenha. Sublinhe-se que, sob pena de se perder a eficácia do sistema, para a projectada aplicação, também a este caso, do mecanismo do artigo 43.º, os dias de multa a cumprir serão os mesmos que os fixados na decisão condenatória que os determinou como pena principal.

Outra hipótese equacionável – e que aliás conta com consagração legislativa em outros ordenamentos como o escocês ou o

[75] Veja-se a evolução em MIGUEL REALE JÚNIOR, *Instituições...*, pp. 398-399.

austriaco^[76] – seria prever o cumprimento de trabalho comunitário como sanção de constrangimento de última linha para a multa principal não liquidada. Não deixando de reconhecer que essa solução seria melhor do que a actualmente vigente entre nós, julgamos preferível o que advogamos, em especial em um país como o nosso em que o artigo 48.º já prevê que a multa seja liquidada através de trabalho, pelo que essa oportunidade já foi conferida ao condenado. Assim, assistiríamos a uma repetição sem grande sentido político-criminal. A circunstância de também a prestação laboral gratuita exigir o consentimento do agente não oferece, em si, dificuldades de monta, pois sempre defendemos a manutenção, como visto *supra*, da prisão sucedânea como *extremíssima ratio*.

Em termos de proposta de alteração legislativa, teríamos o seguinte, para o actual artigo 49.º:

1. *Se a multa não for cumprida por intermédio de qualquer das modalidades previstas, o agente é colocado, se nisso consentir, em regime de permanência na habitação pelo tempo correspondente ao número de dias a que ~~fora~~ condenado na decisão judicial.*
2. *Se o condenado infringir grave e grosseiramente as obrigações resultantes da pena prevista no número anterior ou se, durante o seu cumprimento, praticar crime pelo qual venha a ser condenado, a revogação importa a aplicação do número seguinte, operando-se o desconto por inteiro do tempo já cumprido em obrigação de permanência na habitação.*
3. *Para além do previsto no número anterior, se o condenado não consentir na aplicação da pena prevista no n.º 1, é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente ao determinado na decisão*

[76] Cf. GILL McIVOR/CARLOTTA PIRNAT/CHRISTIAN GRAFL, «Unpaid work as an alternative to imprisonment for fine default in Austria and Scotland», in: *European Journal of Proba-*

tion, 5, 2 (2013), pp. 3-28. Em especial, veja-se a experiência austriaca, introduzida em 2008, na sequência de um projecto-piloto bem sucedido, com um quadro factual próximo do actual no

nosso país. Na Áustria, quatro horas de trabalho comunitário, para este fim, equivalem a um dia de prisão subsidiária (*ibidem*, pp. 14-20).

judicial, ainda que o crime não fosse punível com prisão, não se aplicando, para o efeito, o limite mínimo dos dias de privação de liberdade constante do n.º 1 do artigo 41.º

4. *Em qualquer circunstância, o condenado pode, a todo o tempo, evitar, total ou parcialmente, a execução das penas constantes dos números anteriores, pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado.*

3. Já foi defendido entre nós que o artigo 43.º se transformasse numa «verdadeira pena alternativa»^[77], com isto se pretendendo, se bem interpretamos, que a mesma seja uma sanção principal, ao lado da prisão e da multa.

Não propendemos para essa solução, mas para um aumento do seu âmbito aplicativo^[78], como acabou por ser o sentido da Lei n.º 94/2017, e que, aliás, está em linha com o que sucede na Itália, onde a *detenzione domiciliare* é aplicável a penas até quatro anos (artigo 47-ter, § 1, do O.P.), embora em casos específicos, ou, em situações normais, até dois anos (artigo 47-ter, § 1-bis, do mesmo diploma).

Em conclusão, revogaríamos o regime de semidetenção, como sucedeu em 2017, bem como o regime da prisão por dias livres como prevista no então artigo 45.º, substituindo-a por uma nova pena substitutiva designada «limitação de fim-de-semana», com a seguinte redacção:

1. *A pena de prisão aplicada em medida não superior a seis meses pode ser substituída, sempre que o tribunal concluir que, no caso, esta pena realiza, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, por frequência de programas dirigidos à ressocialização do condenado, organizados e dirigidos pelo competente organismo do Estado.*

[77] Em parecer do CSM, pedido aquando da reforma de 2007 do CP – cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *Monitorização da Reforma Penal...*, p. 64.

[78] Também, já NUNO CAIADO/TERESA LOPES, «Inovar a execução das penas – a associação da vigilância electrónica a novas formas de prisão domiciliária e de execução da liberdade

condicional», in: RPCC, 20, 4 (2010), p. 609, sustentando a sua elevação para três anos (*ibidem*, p. 612).

2. *A limitação de fim-de-semana é cumprida aos sábados, domingos ou dias feriados que antecedam ou se seguirem imediatamente a um fim-de-semana.*
3. *Cada período tem a duração de dezasseis horas, equivalendo a dois dias de prisão contínua.*
4. *Sem prejuízo da jornada normal de trabalho, pode o condenado, querendo, cumprir a pena em, no máximo, cinco dias por semana.*

Para o que era na altura o artigo 44.º e é hoje a pena prevenida no artigo 43.º, propúnhamos a seguinte redacção:

1. *Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação:*
 - a) *A pena de prisão aplicada em medida não superior a dois anos;*
 - b) *O remanescente não superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação, desde que da aplicação destas últimas e da pena ora prevista, não exceda a medida concreta de dois anos de prisão.*
2. *O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para três anos quando se verificarem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselham a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:*
 - a) *Gravidez;*
 - b) *Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;*
 - c) *Doença ou deficiência graves;*
 - d) *Existência de menor a seu cargo;*
 - e) *Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.*
3. *A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na decisão judicial, descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência na habitação.*

IV. ADMOESTAÇÃO?

Uma brevíssima palavra sobre a interrogação que antecede.

É nosso entendimento que, à semelhança do que ocorreu já em diversos países, como em Espanha, esta que é a actual única pena de substituição para a sanção pecuniária principal deveria ser eliminada do catálogo punitivo, numa palavra, por não divisarmos vantagens político-criminais na sua manutenção, quer no tocante às pessoas singulares e, muito menos, às colectivas, onde o afastamento do autor do delito é tão abstractizante que assume foros de quase «corrente artística»^[79].

Isto não significa que patrocinemos o entendimento de que a pena em causa é materialmente inconstitucional, por ofensa do princípio da igualdade^[80], visto que, ao contrário do que sucede em todas as demais penas substitutivas, as quais oscilam entre um mínimo e um máximo, o artigo 60.º somente admite que se a multa principal for até 240 dias, a solene censura oral feita em audiência de julgamento seja adequada às finalidades punitivas, o que tanto se aplicará a quem seja condenado a 10 ou a 240 dias de multa. Em primeiro lugar, a própria natureza da pena e o seu acentuado *simbolismo* não admitem qualquer proporção entre, por um lado, a gravidade do facto e as exigências preventivas e, por outro, o *quantum* da substituição, dado não ser contabilizável a censura maior ou menor. Acresce que estamos em face de crimes bagatelares, em

[79] Ao invés, tendo em conta as especificidades sócio-culturais de cada Povo, lê-se no *Relatório do Anteprojecto de CP de Angola*, p. 21: «[a] Comissão Técnica entendeu que, no contexto cultural de Angola, a admoestação até poderia constituir-se em bastante mais do que uma censura simbólica, se fosse feita pelo tribunal na presença de outros membros das pequenas comunidades em que o condenado está

inserido, nomeadamente, dos pais e de outros familiares, vizinhos ou outras pessoas que sobre ele exerçam influência positiva.». Daí a previsão, no n.º 5 do artigo 57.º, que «[s]empre que o tribunal **entendeu** que a presença dos pais, de outros membros da família do arguido ou de outras pessoas é necessária para conceder eficácia à admoestação, deve convocá-los para a audiência a que se refere o número anterior.».

[80] É a posição de FERNANDO CONDE MONTEIRO, *Consequências jurídico-penais do crime. Texto extraído das aulas teóricas da disciplina de Direito Penal II da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Braga: AEDUM, 2013/2014, pp. 105-106, quer quanto às pessoas singulares, quer colectivas entidades equiparadas.

relação aos quais se admite que qualquer das medidas concretas da pena de multa abrangidas pela sanção substitutiva se ache em conformidade, do prisma da proporcionalidade, com o conteúdo ínsito à pena. O argumento histórico depõe também no sentido da não vulneração da Lei Fundamental.

Mesmo não se achando ferida de inconstitucionalidade, tudo aponta, enfim, tendo presentes as coordenadas político-criminais hodiernas, e *de iure condendo*, no sentido da sua eliminação do catálogo das sanções. A admoestação converteu-se em uma marca típica de um *Direito Penal simbólico* – atente-se na própria redacção que se mantém inalterada, neste particular, desde 1982: «pode o tribunal *limitar-se* a proferir uma admoestação^[81]», o que parece apontar, logo do prisma literal, para um *minus* –, em que a eficácia preventiva geral e especial caem a níveis tão baixos que não asseguram, na generalidade das hipóteses, o respectivo conteúdo útil. Logo FIGUEIREDO DIAS^[82] assinalava esse cariz à admoestação. No juízo político-criminal que faz do instituto, reconhece a sua pouca serventia para o Direito Penal de adultos, mantendo algumas esperanças no regime dos chamados «jovens adultos». À época, a admoestação era aplicável à prisão e à multa como penas principais. Mesmo reservando-a para a multa, como viria a suceder a partir da Reforma de 1995, o autor também não parece entusiasta da sua manutenção^[83]. Embora o não diga expressamente, julgamos ser próxima a concepção de P.-H. BOLLE^[84], ao entender a admoestação como de eficácia muito duvidosa e altamente dependente da «autoridade natural dos juízes penais». Considerando a admoestação do § 59 do *StGB* como

[81] Itálico nosso.

[82] *Direito Penal português...*, p. 385.

[83] *Ibidem*, pp. 388-390.

[84] «Alternatives aux courtes peines privatives de liberté. Perspectives européennes et réalités helvétiques», Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, p. 73.

in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*,

«de conteúdo sobretudo simbólico», também CLAUS ROXIN^[85]. Na jurisprudência pátria, o ac. do TRL de 12/5/1998^[86] vai neste sentido, ao estatuir: «[a] admoestação, *pena de carácter simbólico sem quaisquer consequências efectivas para o futuro*, não deve, por regra, ser aplicada como pena de substituição da multa imposta a arguido pela prática do crime de detenção de droga (heroína) para consumo, por não possuir qualquer eficácia preventiva nem realizar cabalmente as finalidades da punição.»^[87]. Não será por acaso, outrossim que, em sede de identificação criminal, as decisões que aplicam admoestação são tratadas, do prisma do seu cancelamento definitivo, juntamente com aquelas que determinam a dispensa de pena, por natureza um instituto típico desse simbolismo no nosso ramo de Direito – cf. o artigo 11.º, n.º 1, al. f) da Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio.

Não se diga que casos existem em que os sentimentos de honra ou de vergonha impõem um potencial de sofrimento apto a que o condenado sinta a pena como uma efectiva limitação dos seus direitos fundamentais, porquanto tal poderá suceder em situações muito contadas e o legislador tem sempre de prever normas destinadas à *generalidade* (de factos e sujeitos).

Algo de semelhante vai sendo dito na Alemanha, onde se não recomenda a introdução da *bloße Verwarnung* («mera advertência»), ao invés do que sucedia com a *öffentlicher Tadel* («repreensão pública»), similar ao nosso artigo 60.º (e que porventura o influenciou), consagrada no *StGB* da ex-RDA e no CP da ex-URSS e da Polónia comunista, e mesmo aí com

[85] «El nuevo desarrollo...», p. 12.

[86] Proc. n.º 0002295, ISABEL PAIS MARTINS.

[87] Itálicos acrescidos. Julgamos poder retirar idêntica verificação do

ac. do TRP de 25/9/2002, Proc. n.º 0141492, TEIXEIRA PINTO, ao negar a aplicação da pena em texto a um delito de condução automóvel sem habilitação legal, por via de «prementes exigências de prevenção geral e especial». Também SIMAS SANTOS/LEAL-

-HENRIQUES, *Noções elementares de Direito Penal*, Lisboa: Vislis Editores, 1999, p. 143, designam esta como uma «sanção “quase-penal”».

aparente diminuta eficácia prática^[88]. É interessante notar que nas Conclusões do 59.º Encontro de Juristas Alemães se propendia para a adopção de medidas consagradas naquele CP, numa espécie de regresso a instituições típicas de um regime tido por comunista (§§ 24, 25, 27 e 31). O § 24 dizia respeito à reparação do dano (*Wiedergutmachung des Schadens*), com o objectivo de «aumentar o efeito educativo do processo penal» («um die erzieherische Wirksamkeit des Strafverfahrens zu erhöhen») – note-se que o Abs. 2 desse artigo fora revogado por Lei de 14/12/1988. Não se vê como tal se não verifique já através da indemnização civil *ex delicto* ou que não seja abrangida por quem defende que a reparação possa ser uma *dritte Spur* («terceira via», ao lado das penas e das medidas de segurança)^[89]. O § 25 previa a possibilidade de dispensa de determinação da responsabilidade penal sempre que se considerasse que os danos não tinham posto em causa a «legalidade socialista» ou o «desenvolvimento das relações sociais socialistas» («der Entwicklung der sozialistischen Gesellschaftsverhältnisse») ou se o agente se esforçasse seriamente por reparar as consequências desvantajosas do dano. O carácter tão diluído dos conceitos indeterminados, no primeiro caso, faz perigar fortemente a certeza e segurança na aplicação do Direito, com possíveis abusos até de cariz político, pelo que nos mostramos abertamente contra qualquer sua recuperação. O esforço pela reparação do dano acabou por ser consagrado no regime do *TOA* e, em outra direcção, nos factores de medida da pena. Por seu turno, o § 27 («Fachärztliche Heilbehandlung zur Verhütung weiterer Rechtsverletzungen») previa a possibilidade de o tribunal condenar o agente em internamento

[88] DIETER DÖLLING, «El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán», disponível em http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_05.pdf, acedido em 23/8/2010, pp. 7-8.

[89] Sobre o tema, veja-se os nossos *A mediação penal de adultos: um novo «paradigma» de justiça penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008 e «Uma leitura humanista da mediação penal: em especial, a mediação pós-sentencial», in:

Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 11 (2014), pp. 9-28.

médico adequado, sempre que tal fosse necessário para prevenir a reincidência, em especial nas hipóteses de imputabilidade diminuída. Note-se que não se previa o consentimento para tal, ao menos expressamente na letra da Lei. Logo por aqui, seria uma medida de rejeitar. Finalmente, o § 31 aproximava-se do que JOHN AUGUSTUS fez em seu tempo^[90], pois previa que um cidadão se responsabilizasse pela «educação» de outro durante o período de um ano em que se aplicaria um sistema de *probation*^[91]. Findo esse prazo, se as condições tivessem sido cumpridas, o agente não veria o processo penal prosseguir.

Nos quadros de um Estado de Direito social em que a função de ressocialização^[92] deve estar entregue a profissionais especializados e vinculados ao próprio Estado, não vemos como se possa manter este tipo de intervenção «de voluntariado». Mais do que isso, a norma aponta para uma perspectiva de «educação», por certo orientada para a aquisição de um *Diktat* ideológico-político compreensível em países como foram a RDA, mas não na actual Europa. Perspectiva esta muito presente na Lei de Execução das Penas daquele país de 1977, na qual se advogavam – ao menos na forma – princípios muito próximos dos vigentes na Alemanha Ocidental de então, demonstrando o que se considerava ser «o cariz humano do Estado socialista, sobretudo sublinhando a legalidade, a justiça e a dignidade humana». O próprio § 2 do *StGB* da ex-RDA tinha da pena uma finalidade não retributiva, mas de prevenção geral e de «educação do delinvente, para que ele, no futuro, [tivesse] uma conduta consciente da sua responsabilidade e conforme à Lei». O trabalho prisional era essencial nesse

[90] Sobre o seu papel, compulsar o nosso «Contributo para a evolução histórica das penas substitutivas», in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5 (2019), n.º 3, pp. 153-257.

[91] Veja-se que o artigo 50.º, n.º 1, al. c) do CP turco de 2005 também prevê como substituição à pena de prisão o ingresso em «instituição de educação por um período de pelo menos dois anos, a fim de melhorar as suas capa-

tidades profissionais ou para aprender um ofício, fornecendo-lhe alojamento».

[92] De modo extenso, uma vez mais, o nosso «Ressocializar hoje?...».

desiderato, visto como forma de garantir mesmo a subsistência do condenado^[93]. Donde, em conclusão, discordamos deste «regresso ao passado» preconizado pelas Conclusões do Encontro de Juristas Alemães de 1992.

Na verdade, a admoestação é normalmente associada a um regime colectivista, tendo sido já apontada como contracorrente, porventura ainda um traço que veio da Revolução de 1974 e da tentativa gorada de instauração em Portugal de um regime de tipo comunista^[94].

V. ALTERAÇÕES NA PENA DE MULTA

Também não nos convence a proposta de acordo com a qual seria de admitir a possibilidade de modificação do quantitativo diário da pena de multa nas hipóteses em que ele tivesse sido fixado na decisão condenatória de forma demasiado elevada, assim como nas circunstâncias em que, já durante o cumprimento, a situação económico-financeira do condenado se alterasse substancialmente^[95]. E dizemo-lo pelo facto de o sistema jurídico português já consagrar mecanismos adequados a dar resposta a estas preocupações sem as dificuldades que uma proposta deste jaez levanta. O *quantum* diário determina-se tendo em conta a situação em que o agente se encontrava no momento do encerramento da audiência final, porquanto esse é o último que o julgador pode ter em conta na fixação da situação económico-financeira. Produzindo-se sobre a decisão o efeito de caso julgado, a *superveniência objectiva* apenas pode ser levada em conta através de lei expressa que o autorize e, na verdade, nunca no sentido da modificação da quantia diária fixada,

[93] ERICH BUCHHOLZ, «Une nouvelle loi d'exécution des peines dans la République Démocratique Allemande», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1978), pp. 14, 16.

[94] JESCHECK, «Alternativas a la pena privativa...», p. 38.

[95] É esta a proposta de STRENG, «Modernes Sanktionenrecht?», in: *ZStW*, III, 4 (1999), p. 846.

sob pena de se violar a eficácia preventiva que tem de conhecer um momento determinado para a respectiva aferição, não podendo estar dependente de ulteriores circunstâncias, ainda que ponderosas^[96].

O único modo que julgamos conforme ao respeito pelo efeito de caso julgado e que contrabalance com ele as exigências de justiça material é, assim, o que se prevê no artigo 47.º, n.º 4. A que se acrescentam as várias formas de cumprimento da multa, porventura excessivas no caso português, e que, por via da modificação da situação económico-financeira do condenado, lhe permitem requerer a substituição por trabalho, o pagamento fraccionado ou, a final, a suspensão da prisão subsidiária por incumprimento da liquidação da pena pecuniária principal^[97]. Esta última (artigo 49.º, n.º 3), pelo momento processual em que ocorre, é aquela que mais permite tomar em conta eventuais alterações na situação económico-financeira do condenado até mais tarde, tornando assim desnecessária a modificação do quantitativo diário. O seu eventual excesso na primeira fase de determinação deve ser corrigido por via do *recurso* da decisão condenatória e não por intermédio de um mecanismo posterior. Se esse *quantum* é excessivo *ab initio*, é porque não respeitou o mandamento legal de *adequação* aferido em função do último momento processual de conhecimento admissível. Assim, contende com uma errada interpretação e aplicação do regime legal da multa principal e não com a necessidade de introduzir qualquer mecanismo *a posteriori*.

O que defendemos é o abaixamento do valor da taxa diária da pena de multa (principal e, por decorrência, de substituição), que propomos passe dos actuais cinco para dois euros, tanto mais que um país como a Alemanha a tem fixada em um euro (§ 40, Abs 2 do StGB).

[96] Ao invés do que STRENG («*Modernes Sanktionenrecht?*», p. 846) parece defender, a questão não se resolve somente mantendo o número de dias inalterado, assim dando guarida às exigências de culpa e de prevenção.

O efeito de caso julgado abrange a *totalidade* da pena de multa que, no sistema de dias de multa (também vigente no StGB), se divide nesses dois momentos constitutivos.

[97] E note-se que o sistema português é menos repressivo que o germânico, p. ex., na medida em que a prisão subsidiária é reduzida a 2/3, ao passo que o § 43 do StGB prevê uma *ratio* de 1:1.