

O (EVENTUAL) PAPEL DA CULPA NO JUÍZO DE PROGNOSE NAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa)

Investigador do CIJE/FDUP

RESUMO: *É praticamente unânime, na nossa doutrina e jurisprudência, que somente considerações gerais e especiais-preventivas sustentam o juízo de substituição. O autor entende que também a culpa, ou pelo menos uma sua sobrevivência ou rarefacção, do modo que explicita, deve ser igualmente atendida, para o efeito mobilizando dados de Direito positivo, de Direito Comparado e considerações dogmáticas e político-criminais.*

Palavras-chave: *culpa; penas de substituição; juízo substitutivo.*

I) DELIMITAÇÃO DO OBJECTO

No âmbito de uma teoria de prevenção geral integradora e, no seu seguimento, de uma teoria da moldura da prevenção em sede do específico modo como culpa e prevenção se articulam na determinação da medida da pena, surge-nos essencial afrontar um problema para cuja solução defendemos uma posição que sabemos ser isolada na doutrina e jurisprudência pátrias. Sustentam elas que a culpa só desempenha uma função no momento da *escolha* do *quantum* punitivo e já não no da *espécie* de pena¹.

¹ Por todos, entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 331 e 332-334, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 658, ss., IDEM, «Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto», in: *Sub Judice*, 11 (1996), p. 33, IDEM, «A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade e a escolha da pena», in: *RPCC*, 2 (1991), pp. 248-258, e IDEM, «Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português», separata do número especial do *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988, pp. 23-30. Também MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 71, ADELINO ROBALO CORDEIRO, «A determinação da pena», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal*, vol. II, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 48 e ODETE MARIA DE OLIVEIRA, «Penas de subs-

Tomaremos por bússola a sistematização seguinte: veremos até que ponto existem, no prisma do Direito legislado, elementos que parecem apontar para que a culpa – *ao menos em um seu certo entendimento* – desempenha *também* uma função ao lado das considerações preventivas que se não esgota na fixação judicial da pena concreta. Em seguida, tentaremos encontrar, no Direito Comparado, normas depoentes em idêntico sentido e, por fim, como se impõe, tomaremos posição sobre o assunto.

Assinale-se, antes disso, que, para os partidários da «teoria da moldura da prevenção», a posição do *establishment* é uma defesa congruente com o modelo proposto, na medida em que são também finalidades de prevenção especial as determinantes do *quantum* de pena; ora, se as penas de substituição se aplicam em vez das principais, e se, por isso mesmo, devem, *normativamente*, desempenhar as mesmas funções², bem se entende o papel desempenhado pela prevenção geral no domínio destas últimas.

Dizemos que a unanimidade em torno deste entendimento é quase total pela circunstância de, como sucede com SOUSA E BRITO³, se poder partir de um raciocínio que acaba por convocar a culpa, qual seja o de considerar que, em muitas das penas de substituição, ao se exigir que o respectivo requisito material seja o cumprimento das finalidades da punição (artigos 43.º, 46.º, 50.º e 58.º do Código Penal⁴), tendo em vista que as mesmas se acham indi-

tuição», *loc. cit.*, p. 60. Ainda, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, «A medida da pena no novo Código Penal», in: AA. VV., *Textos de apoio de Direito Penal*, t. II, Lisboa: AAFDL, 1999, p. 361. Na jurisprudência, na sua senda, entre tantos, *vide* os acórdãos do STJ de 25/10/2006, Proc. n.º 06P2938, de 13/12/2007, Proc. n.º 07P3749, e de 8/4/2010, Proc. n.º 4/06.0GACCH.E1.S1, todos relatados por SANTOS CABRAL; do mesmo Tribunal, o ac. de 6/1/2010, Proc. n.º 99/08.1SVLSB.L1.S1, OLIVEIRA MENDES (do mesmo relator, o ac. de 16/9/2008, Proc. n.º 08P2383); ainda o ac. de 25/6/2003, Proc. n.º 03P2131, HENRIQUES GASPAS, o ac. do TRL de 23/2/1999, Proc. n.º 0075725 (MANUEL JOAQUIM BRÁS), ou o ac. do TRP de 26/1/2005, Proc. n.º 0417060 (FERNANDO MONTERROSO) e, já antes, do mesmo relator, também do TRP, o ac. de 11/12/2002, Proc. n.º 0211729. Do TRE, também assim, cf. o ac. de 8/4/2010, Proc. n.º 398/09.PBELV.E1, CARLOS BERGUETE COELHO, bem como o ac. de 11/3/2010, Proc. n.º 1143/08.8GTABFE1, ANTÓNIO JOÃO LATAS (todos os arrestos citados foram recolhidos em www.dgsi.pt e estavam disponíveis em Dezembro de 2018, bem como os demais sítios da internet).

² Sobre o tema, cf. o nosso «Efectividade e credibilidade da pena de multa de substituição» in: *Ab Instantia*, 6 (2017), pp. 293-344.

³ «Os fins das penas no Código Penal», in: MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA (coord.), *Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, p. 164, apesar de, mais à frente, a p. 174, depois de se referir a várias penas de substituição, dizer que é «a prevenção especial que *em exclusividade* justifica a escolha por tais regimes». Itálicos adicionados.

⁴ Qualquer referência a uma norma jurídica desacompanhada do diploma do qual promana deve entender-se por feita para o Código Penal. O que não importa, claro está, que a resposta a dar à questão formulada em texto não tenha necessariamente de ser a mesma para todas as penas de substituição, como

cadadas no art. 40.º, n.º 1, para quem entender que, de entre elas, a culpa desempenha um papel fundamental, em feição ético-retributiva, então do juízo substitutivo faria parte, também, por decorrência lógica, a própria culpa⁵. Se, como defendemos, por outro lado, o art. 40.º visa ser, nas palavras do próprio legislador, um *mero ponto de apoio* e não uma tomada de posição quanto à controvertida matéria dos fins das penas, então estaria assente a asserção, sob pena de contradição lógica, que a um entendimento como este nada teria a objectar-se.

Porém, a questão não passa, se bem vemos as coisas, por negar que, para quem defenda a concepção absoluta em tema dos fins das penas, a culpa desempenhe também um papel no momento da escolha sancionatória, mas saber em que consiste essa culpa, *rectius*, como se reflecte ela em tal momento. Será a culpa como substrato indeclinável da aplicação de uma pena, em sede da unilateralidade do entendimento da mesma (não há pena sem culpa), ou será a maior ou menor gravidade do facto, do seu modo de execução e das suas consequências que se reflectirão na respectiva escolha, por via de um juízo preventivo? Dito de outro modo: a culpa como *conditio sine qua non* para se preencher o conceito material de crime acha-se completa no momento da determinação da medida concreta da pena – recorrendo à «teoria da moldura da prevenção» – e terá como que uma *sobrevisgência* apenas e tão-só para autorizar ou não a substituição da pena principal? Mas,

se defende, desde logo na medida em que o requisito material substitutivo é para todas igual, tendo sim encontrado, até devido à circunstância de as particulares penas de substituição terem conhecido diversa previsão histórica, formulações concretas distintas, mas que revertem, em nosso juízo, ao mesmo conjunto de pressupostos valorativos do dito juízo.

⁵ E não nos parece ser outra a posição de A. LOURENÇO MARTINS, *Medida da pena – finalidades, escolha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 517-519 e 523-524 que, depois de se afirmar defensor de uma teoria ético-retributiva, considera que sempre que a Lei remete o intérprete para «as finalidades da punição», uma vez que a teoria que patrocina assume a culpa como seu ponto central, então também nas penas substitutivas ela desempenhará um papel não despidendo. Assim, escreve: «a escolha entre a pena de prisão e a alternativa ou a de substituição não depende unicamente de considerações de prevenção, sem embargo de se poderem mostrar particularmente relevantes.» (*ibidem*, p. 518). O que já se não compreende é pretender justificar a sua posição com o «lugar paralelo» do art. 71.º, n.ºs 1 e 2, considerando que em ambos também se alude a prevenção e culpa. Trata-se de matérias muito diversas: a última diz respeito aos factores de medida da pena e a primeira ao critério ou critérios de eleição da espécie da pena. Embora não de jeito tão claro, se bem o interpretamos, cremos não andar longe desta posição PEDRO VAZ PATTO, *Critérios de escolha de pena de pena não privativa da liberdade, em alternativa e em substituição da pena de prisão – algumas questões, à luz dos fins das penas*, comunicação apresentada no CEJ em 17/5/2013, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, ao afivelar um alcance retributivo às sanções em presença.

com isto, não estaremos a propender para uma aquisição ao menos de alguns pressupostos da culpa para o juízo preventivo e, em boa verdade, a esbater as fronteiras entre culpa e prevenção?

São estas algumas das questões que nos guiarão e a que procuraremos dar resposta.

II) TOMADA DE POSIÇÃO

1. «A sociedade tolera uma certa «perda» de efeito preventivo geral – isto é, conforma-se com a aplicação de uma pena de substituição; mas nenhum ordenamento jurídico se pode permitir pôr-se a si mesmo em causa, sob pena de deixar de existir enquanto tal.»⁶. Esta afirmação é de bastante relevo, porquanto assume que as penas em estudo podem não corresponder ao «sentimento de justiça» da comunidade e, por via disso, não serem adequadas e suficientes para os desideratos punitivos. Com o que, julgamos nós, também se poderá concluir que, implicitamente, se entende que as penas substitutivas, pela sua natureza em regra não detentiva, surgem aos olhos da comunidade com uma «imagem global» diminuída, o que as aproxima do pensamento essencial da atenuação especial da pena, como teremos ocasião de desenvolver em artigo a publicar. Ora, dizemos nós ainda, essa diminuição do facto criminoso, tido na sua globalidade, passa, necessariamente, por uma diminuição da censurabilidade apercebida pela sociedade quanto à acção ou omissão do agente, o que, se se não trata do conceito de culpa como elemento constitutivo da noção material de crime, ao menos relevará em sede da respectiva pena.

Tal contende já com a relevância ou não *da culpa que fundamenta o crime* e a que *fundamenta a sanção*, na senda do que uma parte da doutrina alemã defende. Com o primeiro conceito visa-se somente aferir do juízo de censura que o concreto acto do específico agente encerra, o qual tem de se verificar para que o crime se ache preenchido. O segundo conceito é mais lato e, abrangendo o primeiro, refere-se também a certas características anteriores e posteriores à infracção criminosa⁷, como p. ex. o empenho do agente na reparação dos danos resultantes do delito. Referimo-nos à *Strafzumessun-*

⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A determinação da medida concreta...», pp. 256-257 e «Critério de escolha...», p. 23.

⁷ FRANZ STRENG, «Sentencing in Germany: basic questions and new developments», in: *German Law Journal*, 8, 2 (2007), p. 155.

gsschuld e à *Strafbegründungsschuld*⁸. Pela última entendem-se os elementos que devem constar em uma determinada acção ou omissão para que a mesma seja considerada como um dos factores a provar para se concluir pela existência de um delito, ao lado da tipicidade, da ilicitude e, para alguns, como conceito autónomo, da punibilidade. Já em relação à primeira, trata-se do modo como essa mesma culpa é entendida no específico domínio da determinação da medida da pena, contendendo, pois, com o problema das teorias em torno de, assente a existência de um facto criminoso, responder à interrogação de quais os critérios a ter em conta – e como articulá-los – para chegar a um específico *quantum* sancionatório.

Ora, esta «tese da divergência», como FRISCH a designa, propende para que a «culpa que fundamenta a medida da pena» seja um conceito mais amplo que o de culpa como fundamento da pena, *i. e.*, como elemento do conceito de crime, desde logo na medida em que não exprime somente uma relação do agente com o facto, mas com o próprio ilícito culposo, tido no seu conjunto. Por outro lado, é também diversa a extensão dos factos aqui tidos em consideração, na medida em que, p. ex., para afirmar que o agente actuou com culpa não será necessário, em geral, atentar no específico modo da execução do facto, diríamos, da forma como essa culpa se manifestou em acto. Donde, excepto se o tipo-de-ilícito exigir elementos subjectivos especiais, não se vê como a especial brutalidade do sujeito ou a falta de respeito que ele demonstra quanto à norma sejam essenciais para afirmar a culpa que fundamenta a pena. Todavia, já serão relevantes em sede de *Strafzumessung*. O autor admite a fluidez das fronteiras, que atribui à circunstância de mesmo a culpa como elemento do conceito categorial-classificatório de crime não ter sido ainda capaz de chegar a um consenso doutrinal, sendo certo que, na Alemanha – ao contrário do que se passa entre nós – este sentido de culpa pode resumir-se na comprovação judicial de que o agente poderia ter agido de um modo diverso daquele que veio a suceder. Ora, prossegue o autor, os factos aptos a excluir a culpa continuam a ser importantes para o seu conceito como fundamento da pena, julgando nós que, para o penalista, se pode afirmar um *continuum* entre ambos. Assim, a concepção distintiva entre estes dois «tipos» de culpa só parece fazer algum sentido se se tiver

⁸ Entre tantos, cf. FRITJOF HAFT, *Strafrecht. AT*, 9. Auflage, München: Beck, 2004, pp. 127-133 e WOLFGANG FRISCH, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», in: GUIDO BRITZ *et al.* (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 2001, pp. 237-259.

em conta elementos que exorbitam o que é necessário para fundamentar a culpa do crime, não em feição quantitativa, mas qualitativa (*maxime* ligadas às ditas particulares intenções do agente). É o próprio FRISCH que, se bem o interpretamos, devido à evanescência distintiva apresentada, conclui pela imprestabilidade de tal destriçação⁹.

2. *Quid inde?* Temos por seguro que a prevenção especial só se justifica se e na medida em que não se perca de vista a personalidade do agente manifestada no acto, os específicos elementos que revelam uma particular *Gesinnung* documentada no facto, de onde se infere até que ponto se torna essencial agir sobre o concreto agente. Dir-se-á, todavia, e bem, que tal se não confunde já com o juízo de culpa. Assim é, de facto. Não obstante, também é uma realidade que a personalização do juízo penal que se vai desimplicando nos sucessivos escalões do crime (acção, tipo-de-ilícito, culpa e punibilidade) continua presente na prevenção especial, o que importa que a fundamentação da culpa como critério monopolista da substituição tenha de ser mais profunda.

Diz-se, então, nesta sequência, que trazer para a liça, de novo, a culpa no momento da substituição, sempre importaria uma *dupla valoração* desse mesmo juízo, constitucionalmente vedada. Tal assim será, contudo, apenas se estivermos perante um *mesmo substrato valorativo*, o que não resulta imediato. Dito de modo mais claro: o que se valora em termos de culpa na determinação da sanção principal não é necessariamente aquilo sobre que recai o juízo de substituição.

No primeiro momento, tendo em conta a factualidade dada como provada, analisa-se se o agente era imputável, se lhe era exigível um comportamento diverso e se actuou com consciência da ilicitude. Elaborar-se, enfim, um juízo em que, do prisma axiológico exigido pelo concreto tipo legal de crime preenchido, o mesmo surge como a «culpa da pessoa» (FIGUEIREDO DIAS)¹⁰, no sentido em que estamos perante uma decisão existencial de contrariedade ou indiferença ao dever-ser jurídico-penal. Ainda que esse mesmo juízo não esteja desligado de valorações extrínsecas, ou seja, como qualquer conceito, também a culpa é um *critério relacional* entre o agente a comunidade, desde logo no sentido em que o respeito por bens jurídicos alheios não

⁹ WOLFGANG FRISCH, «Unrecht und Schuld...», pp. 238-242.

¹⁰ Entre outras obras do autor, *vide Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 155, ss.

mereceu a devida consideração do criminoso. Dito de outra forma, e usando o conceito de «pessoa deliberativa», a ausência de uma correcta síntese entre o «cidadão» e a «pessoa de Direito» é verificável na culpa do agente, pois ela é uma desconsideração do outro como sujeito igual que interage no convívio social e intervém no tráfego jurídico¹¹.

Numa palavra, trata-se de uma *valoração material, primária*. Ao invés, quando o juiz coloca a possibilidade da substituição, a culpa assume uma *vertente secundária*, ou seja, encerrada que está a primeira valoração, ir-se-á, agora, averiguar até que ponto um juízo de censura ético-pessoal dirigido àquele concreto agente pode ou não funcionar como *critério limitador negativo*. Analisa-se, então, se as finalidades da punição podem ser cumpridas com a aplicação de uma outra pena diversa da principal e se o reflexo do primeiro momento valorativo – que já não nesse mesmo momento *qua tale*, note-se – é ou não impeditivo dessa mudança. No juízo substitutivo, o magistrado judicial não perde de vista a pena principal e a mesma limita *externa e internamente* a pena substitutiva. Só assim se compreende, *ab initio*, que as concretas reacções de substituição tenham âmbitos materiais de aplicação

¹¹ O conceito de «pessoa deliberativa», muito relacionado com o de «democracia deliberativa», tem sido utilizado para defender uma mais ampla participação do ofendido no processo penal e até, de modo subliminar, no movimento hodierno de «privatização» da administração da justiça penal. Sobre esta perspectiva do conceito, cf. o nosso «Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», in: RMP, 117 (2009), pp. 111-116. Entre outros, KLAUS GÜNTHER utiliza-o como explicação do juízo de culpa, *ab initio* entendendo a pessoa como titular de duas posições jurídicas: como *cidadão*, ele é produtor de normas, ou melhor, participante no processo político-legislativo da sua elaboração; como *sujeito de Direito*, ele torna-se seu destinatário. Ambas as realidades são indissociáveis e o procedimento a elas destinado desempenha, para GÜNTHER, um não despidendo papel fundamentador, próximo da *Legitimation durch Verfahren*. Nem sempre, porém, todas as normas correspondem a uma unanimidade de posições entre os cidadãos e há mesmo algumas que não passaram pelo crivo legitimador que as devia caracterizar. Por outro lado – e nisto há semelhanças com a concepção jakobsiana de cidadão para efeitos de oposição ao *Feindstrafrecht* –, só quem detém capacidades cognitivas e volitivas adequadas pode ser tido como verdadeira pessoa deliberativa, pois só assim é capaz de participar no debate social em torno da norma e de dar o seu contributo para a sua edificação, para além de estar em condições de reconhecer os seus erros e de se auto-corrigir («competência performativa»). Caberia ao Estado de Direito democrático uma ligação efectiva entre as duas componentes do ser humano socialmente actuante (cidadão e sujeito de direito), não obliterando qualquer um desses componentes e permitindo, aliás, «uma alternância geral e igual, regulada e institucionalizada, entre os [dois] papéis» – cf. KLAUS GÜNTHER, «Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do Direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito», in: *Revista Direito GV*, 2, 1 (2006), pp. 226-230, 232 e 234-237. Na síntese do autor, «com o conceito de culpa, trata-se da auto-compreensão dos cidadãos enquanto pessoas de Direito livres e iguais.» (*ibidem*, p. 237).

diversos, exactamente para que os magistrados elaborem um juízo de correspondência e de interlimitação entre a pena principal e aquela que se aplica em vez dela. Os factos agora valorados em sede de medida da pena já passaram pela análise da culpa, já foram levados à ponderação dos elementos constitutivos deste degrau valorativo. Donde, os factos sobre que repousa o juízo de substituição, sendo certo que já detêm essa mesma valoração de culpa, também é exacto que dela se não libertam totalmente para um efeito: exactamente o de averiguar sobre a *legitimidade da substituição da pena principal*.

Note-se que esta é a perspectiva que, em nosso entender, melhor corresponde à materialidade do acontecer e às próprias características do raciocínio judicativo. Na verdade, na pena de suspensão da execução da pena privativa de liberdade, p. ex., o elemento «personalidade do agente», participante do juízo prognóstico favorável a preencher, é claramente um reflexo da culpa a que a lei expressamente manda atender no momento da substituição. Claro que se trata de uma culpa manifestada no facto e em que se não elabora um juízo compreensivo sobre a personalidade como um todo, um juízo, digamos, definitivo sobre o modo de ser mais profundo do agente, mas, mesmo assim, não deixa de ser uma manifestação de uma ideia de culpa. E repita-se: não por certo o mesmo substrato a que se atendeu na altura da determinação da pena, mas um outro, mais orientado para uma finalidade específica e de feição negativa.

Dissemos atrás que este outro momento da culpa opera uma *limitação interna e externa*. Expliquemo-nos. A sua feição *externa* é mais facilmente perceptível, no sentido em que o juiz analisará até que ponto existe ou não, *in casu*, a compatibilidade das finalidades assinaladas no art. 40.º com a pena de substituição. Donde, trata-se de uma *limitação externa* à aplicação da pena substitutiva. Todavia, não nos quedamos por aqui. De facto, esse mesmo juízo também nos convoca para um balanceamento entre essa possibilidade substitutiva e a concreta personalidade manifestada no facto, ou seja, só se substituirá na medida em que a *tensão* entre o juízo de culpa do facto que fundamentou a medida concreta da pena e a substituição for resolvida a favor desta última.

Em sentido oposto a este duplo entendimento de culpa – *que não uma sua dupla localização sistemática* dentro da definição do que é o delito e, depois, já em um *posterius*, perante o momento de eventual substituição – poder-se-á objectar com o Direito positivo a propósito de outras sanções que não a suspensão da execução. É um dado que a pena de prestação de traba-

lho a favor da comunidade, a multa de substituição, a admoestação e, no campo das medidas detentivas, as antigas prisão por dias livres e o regime de semidetenção, não se referem *expressis verbis* à «personalidade do agente». Ao invés, ao menos em uma leitura imediatista, o art. 45.º, n.º 1 diz respeito à «necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes», os antigos artigos 45.º, n.º 1, e 46.º – a prisão por dias livres e o regime de semidetenção – (este último não o referia de forma expressa, mas a inserção sistemática e a própria redacção e funcionamento dependente da prisão por dias livres só podiam depor neste sentido¹²) aludiam a que «esta forma de cumprimento [substitutiva] realiz[e] de forma adequada e suficiente as finalidades da punição», formulação quase repetida no art. 58.º, n.º 1 e também no art. 60.º, n.º 2. Se, quanto à primeira formulação, teremos de convir na eleição única de critérios preventivos na escolha da pena, a segunda suscita uma hermenêutica mais cuidada. O cumprimento das finalidades da punição aponta, *prima facie*, para o art. 40.º, n.º 1, *i. e.*, a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade¹³. Ora, sabemos que a interpretação do último preceito é alvo de alguma polémica entre nós, embora esteja mais ou menos estabilizada a tendência de o entender como a consagração legislativa das teorias relativas em sede de fins das penas. Donde, pareceria que o papel de um certo entendimento de culpa por que vimos propugnando nas sanções substitutivas estaria em causa.

Comece por salientar-se que também nós alinhamos com aqueles que consideram que as finalidades da punição, num Estado de Direito democrático e social só podem ser de jaez preventivo (geral e especial) e que a culpa desempenha o papel de limitação da medida da pena (art. 40.º, n.º 2), embora também digamos, como o defendemos em outro estudo¹⁴ – e o que é coisa distinta – que a CRP não veda, de todo, uma concepção das penas em sentido absoluto, posto que, nas versões mais modernas de feição axiológica, que ainda vão sendo defendidas por alguns autores. Todavia, esta referência à culpa é aquela que contende com a determinação da medida concreta

¹² Pelo que, embora subscrevamos a crítica 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, p. 91, a mesma se ultrapasse por via da interpretação proposta em texto.

¹³ Não anda muito longe o art. 75 do CP suíço, ao prescrever que as sanções visam a melhoria do comportamento social do agente e, em particular, a sua capacidade de viver sem cometer novas infracções.

¹⁴ «Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», in: *Julgar*, 32 (2017), pp. 203-232.

sancionatória, entendida no quadro de uma teoria da moldura da prevenção. Não se trata da culpa como *posterius* no momento da eventual substituição. Ora, nada há que impeça, julgamos, que o preenchimento das finalidades preventivas se faça também por referência à culpa que o agente manifestou no facto. Ninguém duvidará que crimes em que o juízo de culpa seja de tal modo severo, apesar de formalmente elegíveis para substituição (porquanto a sua medida concreta está contida no índice formal da concreta medida), *não serão abrangidos por um juízo prognóstico favorável* em que se traduz a parte material do juízo global substitutivo, na medida em que, de entre outros factores, *o grau de culpa do primeiro momento foi de tal jeito elevado que realiza a tal função limitadora externa e negativa* – atrás assinalada – de impedir a substituição.

Não se diga que estaremos a valorar duplamente a mesma realidade, em contravenção de uma das dimensões do *non bis in idem*, desde logo porque se tratam de pressupostos valorativos distintos e, por outro lado, visto que a gravidade do juízo de culpa aferido no primeiro momento da fixação da medida concreta é de tal jaez que a mesma se não contém nas margens desse primeiro juízo de culpa, como que *transbordando* para o momento da eventual substituição. O que se diz quanto à gravidade elevada impeditiva da substituição ter-se-á também de referir para o inverso, ou seja, bem pode suceder que o grau de culpa primário seja tão diminuto que autorizada fique a postergação da pena principal em uma das duas modalidades analisadas: por referência directa na pena substitutiva a um elemento contido no juízo de culpa (como sucede com a suspensão de execução), ou de forma indirecta, através do preenchimento do conceito de suficiência para se atingirem as finalidades punitivas. São estes dois, em resumo, no Direito positivo, os dois expedientes técnico-jurídicos que detectamos na construção legislativa do juízo substitutivo.

Na Alemanha, como se sabe, no domínio da *Spielraumtheorie*, ainda hoje maioritária por via de previsão legal que parece apontar sobretudo nesse domínio, alguns autores são claros, todavia, em afirmar, que os objectivos preventivos são igualmente de ter em conta em um inciso emblemático como o é o § 47 do *Strafgesetzbuch* (*StGB*: Código Penal alemão). Evidente é, por outro lado, que, atendendo ao seu pressuposto de partida, o mais relevante seja sublinhar que a *culpa* acaba por desempenhar uma *função* no juízo de substituição-regra, seja para a afirmar, seja para, excepcionalmente, a infirmar. O que, em resumo, importa um *relevo da culpa em sede do juízo*

em estudo¹⁵, não obstante se afirme que, aquando da *zweiten Lesung* da Comissão Especial, ao invés do que ocorrera com a primeira, se deu uma maior primazia a considerações especiais-preventivas atinentes ao condenado que, propriamente, ao dito juízo de culpa¹⁶. O *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG: Tribunal Constitucional Federal alemão) tem já defendido esta argumentação¹⁷.

Vejam agora algumas das principais construções do conceito de culpa e o modo como elas se podem ou não harmonizar com a posição que vimos de sustentar.

ROXIN defende uma nova categoria que substitui a tradicional «culpa» e que junta aos seus habituais componentes considerações geral e especial-preventivas, de tal modo que se fala já em «responsabilidade»¹⁸. Segundo esta teoria, apenas com base no juízo de censura pessoal, por definição individual e concreto, a que se juntam as exigências preventivas, se poderá afirmar o delito. Se assim é, não há qualquer dificuldade em conjugar os caracteres que acima estudámos à teoria roxiniana. A culpa, nesta perspectiva ampla, convoca as ditas considerações preventivas que a doutrina entende como únicos critérios a ter em conta no momento da escolha da pena¹⁹. Nas

¹⁵ Assim, ESCHELBACH, «Anotação ao § 47 do *StGB*», in: HELMUT SATZGER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009, Rn 2, p. 412 e Rn 7, p. 414, ao afirmar que «uma pena curta de prisão deve adequar-se ao fundamento da culpa» («[eine kurze Freiheitsstrafe darf nach dem Schuldgrundsatz (...) verhängt werden»»). Na mesma senda, STREE/KINZIG, «Anotação ao § 47 do *StGB*», in: SCHÖNKE/SCHRÖDER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München: Beck, 2010, Rn 15, pp. 797-798 e EDUARD DREHER/ HERBERT TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Auflage, München: Beck, 1995, Rn 6, p. 309. Muito claro, em idêntico sentido, STRENG, «Anotação ao § 47 do *StGB*», in: URS KINDHÄUSER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2013, Rn 7, p. 1908, ao aludir às *antinomias existentes entre culpa e prevenção* e não colocando a primeira abaixo dos requisitos constituídos pela segunda.

¹⁶ WERNER THEUNE, «Anotação ao § 47 do *StGB*», in: HEINRICH WILHELM LAUFHÜTTE *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006, Rn 28, p. 1202.

¹⁷ Compulse-se a referência em HORN/WOLTERS, «Anotação ao § 47 do *StGB*», in: WOLTER *et al.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, Band 2, 8. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Rn 7a, p. 4.

¹⁸ CLAUS ROXIN, *Strafrecht. AT*, 4. Auflage, Band I, München: Beck, 2006, Rn 1, ss., pp. 847, ss., em esp., Rn 33, ss., pp. 866-875.

¹⁹ É interessante notar, todavia, que o autor não se liberta totalmente das concepções que estiveram na base de outros de filiação neo-kantiana como, entre nós, EDUARDO CORREIA, porquanto, ao dar um exemplo concreto de preenchimento do juízo de culpa, ROXIN responsabiliza o autor por «poder ter agido de outro modo» (CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo...», p. 11),

palavras do autor²⁰, «a pena faz-se depender da sua necessidade preventiva, assim como na culpa do autor e a sua medida se estabelece uma *dupla limitação à pena*». Desta passagem resulta claro que toda a matéria da sanção – não apenas da determinação da medida, mas também do problema da escolha, onde se situa o momento substitutivo – se acha sob o domínio da culpa e das exigências preventivas. Se dúvidas ainda restassem, i. é, se se quisesse argumentar com a circunstância de que ROXIN se estava somente a referir às sanções principais, sempre se poderia desenvolver um argumento *a pari*. Sendo considerações de culpa e de prevenção que justificam a pena, na medida em que a sanção substitutiva deve cumprir os mesmos desideratos da principal, então são igualmente de aplicar à primeira os elementos da segunda.

JAKOBS, como se sabe, não distingue ilicitude de culpa²¹, *ou melhor*, entende ambas como a mesma e única figura, pois se a base do seu pensamento se reconduz ao reforço da vigência da norma, o seu incumprimento pressupõe um agente que actua com culpa. LESCH²², discípulo de JAKOBS, resume: «a ilicitude penal é a própria culpa» e «a culpa é a ilicitude penal».

Não cabe aqui, em face dos nossos propósitos, uma análise crítica à concepção de JAKOBS que, todavia, julgamos desajustada. Antes de mais, e quase a título metodológico, a culpa desempenha um importante papel analítico na decomposição do conceito material de delito, pelo que a mesma deve manter-se como categoria autónoma. Por outro lado – e sobretudo –, o juízo de culpa, orientado para a pessoa concreta, é essencial para que o Direito Penal atinja os seus fins, pois somente depois de uma consideração objectiva, geral e abstracta, na ilicitude, a que se junta um momento concretizador individualizado, poderemos ter uma perspectiva global do facto criminoso e adequar a sanção ao específico agente. Fazer depender, em última análise, a pena a aplicar, na sua espécie e medida, das necessidades preventivas, importa uma total instrumentalização da pessoa, contrária à respectiva dignidade e, por isso, vedada constitucionalmente. Juntar ilicitude e culpa num mesmo momento é ignorar as enormes diferenças materiais entre ambas, sacrificando uma análise holística do facto na sua essencialidade despida de considerações pessoais – ilicitude –, a que se junta a análise da personalidade

²⁰ CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», in: *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2012), disponível em <http://www.indret.com>, p. 11. Itálico acrescentado.

²¹ *Strafrecht AT*, 2. Auflage, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1993, Rn 1, ss., pp. 468, ss.

²² *Apud* CLAUS ROXIN, «El nuevo desarrollo...», p. 158.

documentada no facto, tudo resumindo àquilo que a comunidade, no seu conjunto, entende por necessário em termos de punição.

Por rectas contas, acaba por ser essa exigência societária que, para além da tipicidade, se bem vemos, determina o que é um crime, reduzindo a própria dogmática e o seu imprescindível papel de segurança jurídica a muito pouco. Na verdade, é o domínio absoluto de considerações político-criminais sobre a dogmática, muito para além do papel trans-sistemático que habitualmente é atribuído à primeira. Não é só determinado pela política criminal o quê, se e como punir, mas também o que é o próprio crime, papel que nunca deixou de ser atribuído à dogmática e que, por esta via, se acha bastante comprometido. Acresce que as eventuais causas de exclusão da culpa, para JAKOBS, nada mais são do que a inexistência de necessidades gerais-preventivas no caso concreto. Ora, onde existe, então, um momento adequado a aferir da capacidade intrínseca do agente para se motivar pela norma e em direcção a ela? O autor responde com a própria norma, ou seja, ela é de tal modo irradiante que a função de motivação será suficiente para que todas as pessoas tenham de adequar os seus comportamentos a ela. Não apenas esta é uma concepção de todo desfasada da realidade, ignorando a inimputabilidade em razão da idade ou de anomalia psíquica, como também não é adequada à inexigibilidade. Dir-se-á, quanto a esta última, que, focando-se ela em factores extrínsecos, como regra, a comunidade sentirá menores necessidades preventivas, o que poderá redundar ou na diminuição da ilicitude/culpa ou, no limite, no respectivo afastamento. Todavia, fica o juiz, mesmo aqui, dependente de uma leitura do que é uma espécie de um sentimento comunitário que pode não coincidir, por uma determinada conjuntura espaço-temporal, com o essencial de não ter podido, humanamente, o agente actuar de modo diverso do que o fez, assim se retirando o juízo de censura pessoal que, em JAKOBS, na verdade, desaparece, *rectius*, é funcionalizado às ditas necessidades gerais-preventivas que, de facto, se transformam numa espécie de «pancategoria» que quase substitui todas as demais, excepto a tipicidade. Fica, em nosso entender, aberta a porta ao arbítrio, porquanto as eventuais causas de exclusão da culpa passam a surgir se e na medida em que a população as considerar adequadas, o que não apenas retira uma importante componente técnico-jurídica ao problema, protectora da segurança jurídica, como instrumentaliza o concreto agente. Serão, no limite, os maiores ou menores clamores públicos a determinar da existência ou não de culpa, logo, do crime e respectiva punição, com o que se vulnera o *princípio da igualdade*, porquanto a mesma situação fáctica pode, em

diferentes momentos históricos, ser valorada como excluindo ou não a culpa, não em função das suas características intrínsecas, mas de um incontido «pulsar» societal. Por fim, como bem refere ROXIN²³, é a própria lei que contradiz a teoria de JAKOBS, ao prever causas de justificação da ilicitude e de exclusão da culpa, desde logo nos §§ 34 e 35, do *StGB*, similares aos nossos artigos do CP com a mesma numeração. Por muito que uma doutrina esteja construída em bases segura – e esta, provavelmente, não será o melhor exemplo disso –, deve a mesma, sempre, obediência à lei.

Ora, no que às penas substitutivas diz mais directamente respeito, a ilicitude não se determina por via da capacidade psíquica do agente, mas das respectivas necessidades preventivas gerais de reafirmação da norma. Donde, se o momento da escolha da pena, na perspectiva maioritária, é conduzido somente por considerações preventivas, então este conceito de culpa jakobsiana também estará presente nesse mesmo momento. Assim, embora por uma outra via, tal como em ROXIN, o respectivo conceito de culpa acha-se presente na matéria objecto do presente estudo.

3. Retomando as críticas à posição que vimos de tomar, considera-se, quase unanimemente, que a culpa foi já relevante no momento anterior de determinação da medida concreta e *só aí*, pelo que voltar-se a ela sempre redundaria numa dupla valoração legalmente vedada. Quando muito, pode admitir-se um «efeito à distância» da culpa na escolha da pena²⁴, já que ao estabelecer até que limite da medida concreta da pena se admite a substituição, o legislador procedeu já à resolução de a partir de que limite a culpa e a prevenção exigem um cumprimento efectivo da prisão. Tal não significa que numa pena substitutiva ela não seja «uma pena da culpa»²⁵.

Continuando a análise, parecem existir certos elementos de Direito positivo e interrogações dogmáticas e político-criminais que, ao longo do nosso estudo, nos conduziram a perguntar-nos se a opinião quase unânime seria de sustentar. Desde logo, a partir do momento em que julgamos que todas as penas de substituição devem ter por critérios de fixação o cumprimento das finalidades indicadas no art. 40.º, e a partir do momento em que nele se encontra expressa a culpa, a questão adensa-se mais. E respondida afirmativamente a questão, de seguida impor-se-ia indicar que juízo de culpabilidade é

²³ «El nuevo desarrollo...», p. 19.

²⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Critério de escolha...», p. 24, citando BRUNS.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

este: trata-se da noção sem a qual, no conceito material de crime, este pura e simplesmente não existe, ou existirão outras «noções», *rectius*, rarefações do conceito que importem no momento da eleição punitiva? Por outro lado – e com isto conexionado –, sabendo-se que a escolha sancionatória se coloca em dois distintos momentos (ao nível da moldura abstracta em hipóteses de multa alternativa ou como fase eventual no final do processo conducente à fixação de um *quantum* exacto de pena), a resposta que se der às questões acima será, necessariamente, a mesma nos dois momentos?

Assim integrados, estamos cada vez mais convencidos do acerto da teoria da prevenção geral positiva, encarada como uma «teoria mista»²⁶ e que também propende para os desideratos preventivos-especiais, de preferência positivos mas, se impossível, não rejeitando a sua feição negativa²⁷. De igual modo, surge-nos como incontestado o axioma segundo o qual é nas concretas operações de determinação da medida concreta da pena que se apreende todo o sentido útil e o rendimento dogmático de cada uma das específicas modalidades de encarar a administração das sanções criminais. E, nesse ponto, entendemos, como a generalidade da nossa doutrina e jurisprudência, que a «teoria da moldura da prevenção» é aquela que melhor concatena os dados e exigências das correntes relativas de índole geral e especial²⁸.

²⁶ Desde há muito tempo vem-se usando a expressão, embora em sentido distinto. Assim, na sequência da Escola Clássica, de índole ético-retributiva, e da Escola dita «Antropológica», de feição relativa (*maxime*, de prevenção geral negativa), foi surgindo uma orientação «mista», de base absoluta, em que o critério da utilidade social era somente uma condição da punição. Na verdade, se o facto não se afigurasse imoral, por mais relevante que fosse o efeito preventivo sobre a generalidade da população, não estaria justificada a aplicação de uma pena – cf. ANTONIO MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, *As tres escolas penaes. Classica, anthropologica e critica (estudo comparativo)*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 246, n. 1.

²⁷ De novo, o nosso «Algumas notas...», pp. 203-232.

²⁸ Para uma exposição enxuta e problematizante das grandes observações críticas dirigidas à *Spielraumtheorie*, maioritária na Alemanha, muito por via da diversa redacção do correspondente ao nosso art. 71.º, n.º 1 (§ 46 do *Strafgesetzbuch*), em que se estabelece que a pena é determinada tendo em conta considerações de culpa, embora também se diga que os efeitos da sanção na vida futura do condenado devem ser factor a ter em conta, o que claramente aponta para uma perspectiva especial-preventiva, em regra de índole positiva; «Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.»), cf. FRANZ STRENG, «Sentencing in Germany...», pp. 155-161. Entre nós, como se sabe, penalistas existem que se mantêm fiéis a um entendimento próximo da teoria da «margem da liberdade» ou da «moldura da culpa», na senda de CAVALEIRO DE FERREIRA (*Lições de Direito Penal. PG*, t. II, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989, pp. 64, ss.), ou de EDUARDO CORREIA, como sucede com GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal português. Teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 251, para quem, «[s]e a prevenção, geral ou especial prevalecesse sobre a culpa em sede de determinação da responsabilidade, isso representaria a instrumentalização dos indivíduos aos «interesses» da sociedade, a subversão dos

Do mesmo passo que a «tese do ilícito pessoal» encontra uma guarida mais bem conseguida na «teoria da moldura da prevenção» que na da «moldura da culpa». *Primo*, na medida em que os pressupostos de que parte a última são ético-retributivos e a «tese do ilícito objectivo» é, por definição, típica das concepções absolutas dos fins das penas. Mas também porquanto o modo de concepção das normas penais como de *determinação* é mais conforme a uma teoria que determina a moldura judicial em função de exigências que mais têm que ver com o desvalor da acção. Na verdade, se a intervenção penal se fizer, por regra, no momento em que esse desvalor existe, a mensagem passada à comunidade é de reforço de confiança na norma, mesmo que o resultado se não verifique como, por definição, não sucede na tentativa e, na acepção de «resultado-de-dano», nos crimes de perigo. Mais ainda no contendente com a punição da tentativa dita «inidónea ou impossível», que ainda não conseguiu ser – em nosso juízo – convincentemente explicada pelos partidários da tese do ilícito objectivo, *maxime* a sua punibilidade quando a inadequação do meio ou a inexistência do objecto não forem evidentes, como preceitua o art. 23.º, n.º 3, consagrando o que se vem designando por «teoria da aparência»²⁹. Pensamos que é fundamentalmente na eleição do critério dentro do qual se fixa a moldura concreta da pena por exigências de prevenção geral (positiva) que o apelo normativo que se encontra nas ditas normas de determinação, por contraposição às de valoração (típicas do Direito Civil), se acha contido e, assim, melhor se quadra toda a operação determinativa da medida da pena às «teses do ilícito pessoal».

Acresce que, como se sabe, o papel central na determinação da medida da pena, dentro da moldura concreta, é desempenhado pelas exigências especiais-preventivas. Ora, também aí vislumbramos um seu melhor entendimento do prisma da «tese do ilícito pessoal». Na verdade, ao focar a atenção no específico condenado, o momento da busca de uma ressocialização ou, se impossível, de uma mera contenção, têm ainda que ver com a afirmação da norma de determinação. Não somente porquanto, de um modo indirecto, ao aplicar-se o *quantum* de pena mais conforme com essas exigências – com o limite da culpa: art. 40.º, n.º 2 –, se reafirma a norma *por via daquele concreto agente*. É exacto que assim sucede, todavia, a mensagem normativa vai mais

próprios fins do Direito pertinentes ao ideal democrático (...) o homem individual como fim e não como meio ou instrumento da política criminal.»

²⁹ Por todos, entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*. PG, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 245-247, 271, 287 e 763.

longe. Uma tese do ilícito pessoal, em que *o objecto de protecção da norma seja ela mesma* e em que, para além do desvalor do resultado, sobreleva o da acção, tem a vantagem de assinalar, *também em vertente especial-preventiva*, que a atenção judicial se centra, uma vez mais, na reafirmação da própria norma e na assunção de que, mais do que um resultado desvalioso, a sanção aponta para um comportamento activo ou omissivo lesivo ou apto a lesar bens jurídicos.

Por outras palavras, assim o fazendo, é a própria fixação da medida concreta da pena que se acha mais próxima e se afirma *como mais lúdima resposta à protecção subsidiária de bens jurídicos*, finalidade que surge, de jeito maioritário, na doutrina e na jurisprudência. Nem se diga que esse designado *quantum*, para ser ainda mais conforme à «tese do ilícito pessoal», deveria centrar-se no momento preventivo-geral – e isto sem prejuízo de, como se não ignora, ele desempenhar uma função relevante como «ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico». Se o tomasse como nóculo central na fixação judicial da pena, correr-se-ia o tão conhecido risco de *instrumentalização do ser humano*, contrariando um dos fundamentos básicos da própria tese defendida. De facto, mais do que a do «ilícito objetivo», a «tese do ilícito pessoal» é aquela que se apresenta como – digamo-lo abertamente – *mais humana*. Não é o resultado, *tant bien que mal*, que, sobretudo, fundamenta a ilicitude do comportamento do agente, mas a sua acção, na sua concreta materialidade, como obra específica de uma dada pessoa situada espaço-temporalmente. Numa palavra, os caracteres do concreto condenado são, para a «tese do ilícito pessoal», base e fundamento da respectiva aplicação, o que do prisma das teorias que trabalham o modo de conjugar culpa e prevenção (art. 71.º, n.º 1), não podiam traduzir-se em uma feição mais humana. Por seu turno, não negando embora que a «tese do ilícito pessoal», por via de uma concepção que, na fixação da pena concreta, atribui sobrelevado valor à culpa, também é, por certo, uma posição pessoal, pela própria circunstância de o juízo de culpa ser individual e concreto. Todavia, se bem vemos, *falha no sentido de voltar a colocar na centralidade do processo determinativo sancionatório o facto entendido na sua veste de evento passado* que motiva a intervenção penal. Dito de outro modo, é *ainda* uma visão *retrospectiva* e não *prospectiva* que se acha no fulcro da equação criminal conducente ao *quantum* de pena que ao caso se acha adequado e proporcional.

Sabe-se que existe uma miríade de construções dogmáticas quanto ao entendimento do que seja cada uma delas, mas em especial da «tese do íli-

cito pessoal»³⁰, em especial da solução alternativa que, de jeito original, foi proposta por A. M. ALMEIDA COSTA. Esta, tendo em conta a economia do presente trabalho, apenas em síntese se pode aqui evidenciar, errando, por certo, por uma excessiva simplificação que se justifica, somente, pela necessidade de nos concentrarmos no que é o cerne dos variados *topoi* problemáticos que nos preocupam. Julgamos não nos equivocarmos ao dizer que o autor vai buscar à História do Direito Penal em geral e, em especial, à da imputação objectiva e da comparticipação – que conclui não poderem ser dissociadas – o fundamento (devidamente depurado e adaptado) da sua posição³¹, no que nada mais é que a consagração – hoje tão esquecida – das virtualidades de um método de investigação nas Ciências Jurídicas que tem no conhecimento do passado um eixo fundamental.

Assim, partindo desses ensinamentos, mas refazendo-os e recriando-os com originalidade aos nossos dias, A. M. ALMEIDA COSTA³² começa por defender que existe uma ilicitude especificamente criminal, no que é acompanhado pela grande generalidade da nossa doutrina. Daí parte para uma nova forma de relacionamento entre o ilícito e a culpa, entendendo que o primeiro nada mais é que «um juízo de culpa elaborado sobre o homem médio»³³. Sabemos todos que esta abstracção que vem acompanhando o nosso ramo de Direito encontra inúmeras formulações, sendo que o penalista, não enfeitando a ideia de que se trata do «homem médio da posição sócio-existencial do agente», leva esta formulação até às últimas consequências³⁴. Na verdade, o juízo de ilicitude é uma antecipação do juízo de culpa, digamos que uma culpa condicionada, à espera da verificação da imputabilidade, da exigibilidade e da consciência da ilicitude para se afirmar de modo

³⁰ Que vão desde a considerada posição inicial de WELZEL a tantas outras, mais ou menos radicais. Desde logo se diga que, como se não ignora, uma tese que considere o fulcro do ilícito penal baseado no desvalor da acção (*Aktunwert*) e não do resultado não significa que não confira relevo a este último. SCHAFSTEIN, por seu lado, entendia o resultado como não contendo em nenhuma medida com esse cerne, depreciando-o como «condição objectiva de punibilidade». E, em sentido próximo, o posicionamento de ZIELINSKI (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*), Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 323-326 e 343-347). Agora, central, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 1-18 e 567-610.

³¹ *Imputatio iuris, ibidem*, pp. 123-124.

³² *Ibidem*, pp. 6-7.

³³ *Ibidem*, pp. 11-13.

³⁴ Sobre as principais interpretações deste verdadeiro entreposto valorativo, como lhe podemos chamar, *ibidem*, n. 42, pp. 582-584.

total. Mas que não deixa de importar que o tipo-de-ilícito só se compreenda em uma «unidade de sentido objectivo-subjectivo», o qual somente se acha bipartido por razões didácticas e de clareza expositiva. Tal importa, ainda, que não é tecnicamente exacto ficar-se pela asserção de que o tipo-de-ilícito objectivo do dolo e da negligência são o mesmo e que é a vertente subjectiva que os distingue. Na medida em que estamos em face de uma realidade una, ainda que se analise separadamente o tipo objectivo do subjectivo, para os efeitos assinalados, cada um deles transporta já, em si, um específico conteúdo de ilicitude que, logo ao nível objectivo, permite afirmar uma contrariedade ou indiferença face ao dever-ser jurídico-penal ou uma leviandade/ /descuido. Logo na face objectiva do tipo-de-ilícito haverá que apartar as duas realidades.

Continuando o seu pensamento, esse entendimento dual e ao mesmo tempo uno do ilícito para que A. M. ALMEIDA COSTA propende leva-o a considerar que o «homem médio», ainda do prisma da ilicitude, importa já a assunção de perspectivas subjectivas de análise, no que poderia, *prima facie*, parecer um esbatimento absoluto entre as fronteiras do ilícito e da culpa. Antecipando essas críticas, o autor entende que o problema da imputação se coloca não somente do prisma da ilicitude, mas também da culpa, não no sentido de se falar em uma «imputação subjectiva», quando se procura atribuir um facto activo ou omissivo a alguém, mas sim no de rejeitar teorias consagradas como a da «adequação» e da «conexão do risco», e ao propor a sua substituição, nos delitos dolosos, pelo critério do «domínio-do-facto» (entendido embora de jeito bastante diferente do que o faz ROXIN), e nos negligentes pela «violação do dever objectivo de cuidado»³⁵. Acaba por ser – assim parece poder concluir-se – um regresso à pureza originária dos conceitos³⁶. Com a expressão de que o ilícito será um juízo de culpa aferido do prisma do homem médio, se bem interpretamos o pensamento do autor que vimos citando, trata-se de sublinhar essa vertente subjectiva do ilícito que, apesar de se afirmar constituir uma unidade de sentido com a visão objec-

³⁵ *Ibidem*, p. 580.

³⁶ Sobre tudo isto, em esp., cf., *ibidem*, pp. 567-610). [Veja-se a publicação recente de uma recensão crítica à aplicação da teoria do domínio-do-facto como vem sendo maioritariamente defendida na Alemanha ao chamado «processo Mensalão», em que LUÍS GRECO/ALAOR LEITE, «A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”)», in: *ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik)* 7-8 (2015), pp. 386-392 entenderam que a mesma o foi incorrectamente e conduziu a um *versari in re illicita*.]

tiva, não tem, segundo este, sido conduzida até às últimas consequências. Não enjeitando que o problema da participação se coloca ao nível da ilicitude, é nosso modesto entendimento que este diverso perspectivar da relação entre normas de determinação e ilícito pessoal, conduz a soluções mais harmoniosas em sede das específicas modalidades que o autor identifica e que, aqui, exorbitariam o nosso estudo³⁷.

Evidente é ainda que tal comporta assinaláveis consequências ao nível da localização sistemática do dolo e da negligência, da matéria da participação, da específica eleição do critério de imputação objectiva, da distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente, do erro sobre a proibição e sobre as proibições, de entre outras. Estão de todo fora do nosso âmbito de estudo tais nódulos problemáticos, porém, – e em reforço contrafáctico do que se disse já, mas também como modo de voltar à questão de saber se a culpa *qua tale* (ou uma sua qualquer *rarefação*) desempenha ou não algum papel no juízo substitutivo –, estamos cada vez mais convictos de que os penalistas e a sociedade em geral se têm desinteressado de um momento de importância central na coisa penal e que é o da respectiva execução. É nele que se jogam, em última análise, as bondades e as desvantagens do sistema. De nada adianta uma afirmação de princípio que se nos afigura correctíssima e conforme aos ditames do Estado de Direito democrático e social quando esquecemos essas mesmas exigências à porta dos nossos estabelecimentos prisionais³⁸. Como se a partir desses umbrais estivéssemos perante um mundo que em nada contende com o Direito Penal e, em vez disso, com a responsabilidade cidadã de todos nós. Pergunta-se: de que adiantam tratados sobre os fins das penas, processos judiciais em que, asseguradas as garantias de defesa, esses mesmos desideratos sejam postos em prática se,

³⁷ Cf., *ibidem*, pp. 727, ss., e 1001, ss.

³⁸ Igualmente, como bem defende JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «Presença e ausência do arguido no julgamento penal», in: *Jurismat*, 4 (2014), pp. 79-90, de nada adianta a etiqueta de um sistema empenhado na ressocialização quando as regras processuais, na prática, admitem que, em muitas hipóteses, o arguido não esteja presente na audiência de julgamento, como deveria estar, desde logo porque «o próprio ritual do julgamento, criando no seu [do arguido] mundo cognitivo a representação da Justiça em acção, e na sua emotividade, os sentimentos consequentes dos quais resultará a sua adesão ao sistema de valores do Estado de Direito» (*ibidem*, pp. 79-80). Dito por outras palavras, «o primeiro passo para a interiorização pela sua [do arguido] pessoa dos valores basilares do Estado de Direito, das regras de vivência comunitária, em suma, o iniciar do caminho para a sua ressocialização» começa, por certo, com a assistência ao acto processual onde, em contraditório, se decidirá a sua condenação ou absolvição.

depois, abandonamos os nossos reclusos a um tempo de isolamento³⁹ sem uma eficaz intervenção sobre eles? É evidente que se não ignora o papel dos serviços de reinserção social e as prescrições do CEPMPL (Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), ambos orientados para a ressocialização. Todavia, sabemos-lo, de todos os lados surgem as críticas às limitações e insuficiências desse modelo.

Ora, sem o dispensar minimamente, julgamos que está na altura de, na fase executiva das sanções criminais (em todas elas, mas, sobretudo, nas restritivas de liberdade, atenta a sua maior gravidade), se introduzirem mecanismos aptos a confrontar o recluso com as consequências do seu acto. Na verdade, é dado comum que o nosso ramo de Direito não pode nem deve procurar modificar personalidades, não é instrumentos de metanoias e visa somente a «prevenção da reincidência», na expressão consagrada de ESER⁴⁰. Contudo, tal não obsta a que o recluso deva ter um momento em que se criem as condições de perceber como o seu acto criminoso afectou a vida de uma ou mais pessoas concretas. Um violador que, em encontro restaurativo, encontra a sua vítima, em circunstâncias de tempo e lugar cuidadosamente preparadas. Um burlão que encontra o casal de idosos que ficou sem as poupanças de uma vida. Um homicida que conhece os pais de uma jovem a quem tirou a vida⁴¹.

Por certo esse será um *momento de auto-responsabilização do recluso*, porventura aquele que, do prisma especial-preventivo, comporta o potencial mais capaz de lhe provocar alguma reacção interna apta a fazê-lo recordar

³⁹ A propósito da matéria, veja-se o ac. do TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) proferido no caso *Stegarescu c. Bahrin c. Portugal*, em 6/4/2010, Queixa n.º 46194/06, em que aquele Tribunal, ainda em face da ordenação vigente antes do CEPMPL, concluiu pela violação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) no caso *sub judice*, em que os reclusos foram colocados em célula de isolamento sem terem sido devidamente informados dos motivos em que essa medida se baseara. Importante, pois, no sentido de demonstrar a manutenção da titularidade dos direitos dos reclusos, desde logo, a todas as informações jurídicas relativas a decisões sobre eles tomadas, só assim existindo uma verdadeira faculdade de suscitar o seu reexame. Ainda com interesse, a caracterização pelo TEDH deste tipo de restrições como «contendentes com os direitos de carácter civil do indivíduo» (§ 38), bem como o sublinhado de que se trata de assegurar direitos «que não sejam teóricos ou ilusórios, mas concretos e efectivos» (§ 49).

⁴⁰ Sobre o tema *vide*, entre outros, o nosso «Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade», in: *RMP*, 156 (2018), pp. 75-119.

⁴¹ Sobre o conceito e as possibilidades já hoje existentes para uma mediação «pós-sentencial» no ordenamento jurídico luso, cf. o nosso «Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós-sentencial», in: *RFDUP*, XI (2014), pp. 9-28, pp. 20, ss.

a experiência anterior se e quando uma outra similar lhe venha a surgir em liberdade. Frise-se que não estamos aqui a propugnar um *Direito Criminal modificador de consciências*. Todavia, a coberto desta quase «higienização» do nosso ramo de Direito no sentido de um pensamento talvez hiper-liberalizante, entendemos que se tem olvidado que o *ius puniendi* não deve deixar de aproveitar as consequências benéficas em sede de prevenção da reincidência que derivam de instrumentos não violadores da dignidade humana do recluso. As experiências de justiça restaurativa pós-sentencial são, decerto, uma dessas formas. Em muitos de nós, apenas e tão-só quando confrontados com os efeitos totais das consequências dos nossos actos (ainda que lícitos), deles ganhamos mais consciência. Muito mais, julgamos, quando falamos de actos criminosos. O arrependimento, a vergonha pelo que se fez, o receio de enfrentar os outros uma vez conhecida a extensão das consequências do crime – chamemos-lhe como lhe chamarmos –, o que parece indisputado é que estes «sentimentos» podem e devem ser aproveitados pelo sistema penal (em parte aproveitando o que de positivo tem o conceito de *reintegrative shaming* de BRAITHWAITE). E sem qualquer prurido de estarmos a pôr em causa o direito à autodeterminação e ao desenvolvimento da personalidade do recluso. Se este deseja o encontro restaurativo, assim como a vítima, seus familiares, afins ou amigos, não será, ao invés, uma diminuição do catálogo de hipóteses de ressocialização negarmos tal faculdade? Cremos bem que sim, ponto é que essa experiência de justiça restaurativa seja facultativa⁴². Embora se pudesse alcançar um não despiciendo efeito preventivo com a obrigatoriedade de o agente enfrentar as consequências do seu acto, seria inconstitucional forçar a vítima a nele participar e também se revestiria a sujeição do próprio recluso a tal encontro de vestes duvidosas.

4. «Quanto mais grave é o crime e mais forte a culpa do agente, mais retrocede a ideia da prevenção especial ressocializadora em detrimento das necessidades preventivas-gerais»⁴³. Esta afirmação, segundo a interpreta-

⁴² Sobre a justiça restaurativa, que encontra na mediação penal um dos seus instrumentos, veja-se, por todos, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014 e, antes, o nosso *A mediação penal de adultos. Um novo «paradigma» de Justiça?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁴³ CLAUS ROXIN/GUNTHER ARZT/KLAUS TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 32. 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, p. 202 também não parece andar muito longe desta concepção, ao fazer depender da culpa a aplicação das próprias reacções substitutivas.

mos, compila os três elementos configuráveis como integradores do juízo prognóstico favorável, *não deixando de lado a culpa*.

Ela é encarada por estes autores como uma espécie de freio à prevenção especial, de tal modo que não se acha arredada do complexo juízo que o aplicador da lei elabora ao determinar uma pena de substituição. Ele é influenciado pela *imagem global do facto*, da qual a culpa é um constituinte necessário, sempre no sentido de quanto maior ela for, menor são as hipóteses de substituição. Ora, daqui parece derivar, com meridiana clareza, que *não é exacto afastar a culpa do conjunto de aspectos a ter em conta no momento da escolha da pena*⁴⁴. Não se tratará de uma nova e igual valoração sobre a conduta do agente manifestada no facto, mas sim de um *limite exterior e negativo* que obsta à substituição.

Assim, o art. 45.º, n.º 1 não estabelece um critério directo quanto à correspondência entre o número de dias de prisão como pena principal e o número de dias de multa⁴⁵, o que suscitou debate doutrinal e jurisprudencial quanto a saber se o critério deveria ser automático (1 dia de prisão, 1 dia de multa) ou normativo. Sobre a questão, que aqui somente releva para ilustrar a importância do juízo de culpa, já se debruçou o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 8/2013⁴⁶, em termos que merecem a nossa concor-

⁴⁴ Não parece andar longe desta verificação AXEL MONTENBRUCK, *Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht*, 2. Auflage, Berlin: Freien Universität Berlin, 2010, Rn. 447, pp. 116-117, ao referir o papel da culpa na aplicação de institutos penais menos severos, como a atenuação especial, mas aludindo também *expressis verbis* ao correspondente à nossa pena suspensa.

⁴⁵ O mesmo sucede na legislação penal brasileira, remetendo o legislador para aquilo que o juiz entenda como necessário e suficiente. Na prática, o sistema tem conduzido a penas pouco proporcionadas à gravidade do crime, em regra consistindo em uma «cesta básica» de alimentos, uma vez que se admite o pagamento em géneros e não só em dinheiro. Mais, tem sido usado pelo Judiciário, amiúde, *contra legem*, como forma de redistribuição da renda entre quem mais tem e os que mais necessidades económicas demonstram, assim se desvirtuando as finalidades punitivas. O «Projecto Modificativo do Sistema de Penas» popôs a abolição desta sanção substitutiva, preferindo apostar no correspondente à nossa pena de prestação de trabalho a favor da comunidade e à nossa anterior prisão por dias livres (MIGUEL REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*. PG, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 382-384). Não se detecta este sentido crítico, porém, em LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I, 8.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 536-538.

⁴⁶ Proc. n.º 75/05.6TACP.V-A.S1, publicado no DR, 1.ª série, n.º 77, de 19/4/2013. No mesmo sentido, de entre outros, cf. já o ac. do TRP de 10/12/2008, Proc. n.º 0845246 (PINTO MONTEIRO), em linha argumentativa próxima. Pela sua clareza, importa atentar na seguinte passagem: «se se fizesse a correspondência automática, deparar-nos-íamos com a seguinte situação: por um lado, a pena de multa correspondente a um ano de prisão teria de ser de 365 dias, mas, por outro lado, o tribunal não podia fixar a pena de multa de substituição naquele número de dias por a isso obstar o n.º 1 do artigo 47.º, que prevê

dância. A orientação tirada foi no sentido de que «a pena de multa que resulte, nos termos dos atuais artigos 43.º, n.º 1 [hoje, art. 45.º, n.º 1, com a redacção dada pela Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto], e 47.º, da substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano, deve ser fixada de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 ao artigo 71.º e não, necessariamente, por tempo igual ou proporcional ao estabelecido para a prisão substituída»⁴⁷. Ora, o dado saliente é o de que, ao remeter o juiz para um critério normativo, em que o número de dias de multa pode ser superior ou inferior ao de dias de privação de liberdade, tal como o mesmo art. 45.º, n.º 1 remete para o art. 47.º, tal significa que, por seu turno, ordenando este último a aplicação dos «critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º», quanto à primeira fase de determinação da sanção pecuniária, há uma remissão directa para a «culpa do agente e [as] exigências de prevenção». É, assim, *a própria lei que se não alheia do critério da culpa*, o que faz inculcar a ideia de que, mesmo que o não diga expressamente para as demais penas substitutivas, o juízo de censura sobre o concreto agente desempenha, sempre, de modo mais ou menos assumido, um papel na escolha da pena. Acresce que o citado art. 45.º, n.º 1, *in fine* não se refere somente à multa de substituição, mas a outras reacções não detentivas. Sendo exacto que a remissão para o art. 47.º está primariamente pensada para a multa, nada impede que o raciocínio subjacente ao art. 71.º, n.º 1 se reflecta nas demais penas substitutivas.

Vejamos então, mais de perto, os já anunciados elementos de Direito constituído que podem questionar a posição quase hegemónica que se vive entre nós quanto ao papel (sua inexistência, *in casu*) da culpa no momento da escolha da pena.

que o limite máximo da pena de multa é de 360 dias.». Em sentido oposto, antes do aresto de fixação, cf., entre muitos, o ac. do TRG de 29/6/2009, Proc. n.º 488/06.6GAPTL.G1, CARLOS BARREIRA.

⁴⁷ Em sentido contrário, já em face da redacção actual, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 209. Na jurisprudência, antes do acórdão uniformizador, no sentido de uma «conversão automática», entre tantos, *vide* o ac. do TRP de 13/1/1999, Proc. n.º 9840766, BARROS MOREIRA e o ac. do TRG de 1/6/2009, Proc. n.º 1788/06.0GBBCL, CRUZ BUCHO. Ao invés, no sentido que temos por correcto, cf. o ac. do TRG de 11/6/2012, Proc. n.º 794/08.5GAFLG. G1, FERNANDO CHAVES. Propendendo para a orientação que veio a obter vencimento no STJ e que temos por correcta, SÓNIA FIDALGO, «Pena de multa de substituição. Anotação ao ac. do STJ de 21/7/2009», in: *RPCC*, 20, 1 (2010), pp. 149-161.

Em data recente, alguns autores⁴⁸ vieram defender que são também considerações de culpa que podem e devem guiar o julgador na aplicação do art. 45.º, n.º 1 e, apesar de não o dizerem expressamente, julgamos que, por decorrência lógica, também para as demais penas de substituição. Trata-se de uma análise que se foca na parte *in fine* daquele comando normativo, a qual consagra, pela negativa, as hipóteses em que se não deve dar preferência à multa ou outras penas não detentivas em condenações em medida concreta até um ano: «exceto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes.»⁴⁹ Como bem apontam os penalistas, o critério legal é distinto daquele encontrado em outras penas substitutivas e é mais estrito, dado que habitualmente esse limite negativo se expressa através de «o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição» ou formulações próximas (artigos 43.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, *in fine*, 50.º, n.º 1, 58.º, n.º 1, 60.º, n.º 2)⁵⁰. Donde, a *intentio legis* é a de remeter o aplicador para o art. 40.º,

⁴⁸ FERNANDO CONDE MONTEIRO/MARGARIDA SANTOS/ANA TERESA CARNEIRO, «A pena de multa de substituição no actual Código Penal português – algumas considerações de natureza política e jurídico-criminal», in: MÁRIO FERREIRA MONTE *et al.* (orgs.), *Estudos em Comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 235-251. No mesmo sentido, do primeiro autor, *Consequências jurídico-penais...*, pp. 93-94. Expressamente a propósito da pena do então art. 44.º, hoje art. 43.º (*ult. loc. cit.*, p. 86), refere-se à «pouca culpa do agente» como um dos critérios a ter em conta na respectiva aplicação. Também quanto ao então art. 46.º (regime de semidetenção) se refere ao juízo de culpa (*ibidem*, p. 91). O mesmo se diga quanto ao à época art. 43.º, n.º 3, hoje art. 46.º (*ibidem*, p. 95), e ao art. 60.º (*ibidem*, p. 105). Bastante antes, embora de modo que passou mais ou menos despercebido na doutrina, já TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal. Análise histórica. Sentido e limites*, sep. do BFD, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1985, p. 97 escrevia que a culpa, a par das exigências preventivas-gerais e especiais, deve ser tida em conta «na escolha e medida da pena» (itálicos no original), o que bem reflecte uma posição contrária ao pensamento largamente maioritário entre nós.

⁴⁹ Não se ignora a influência que o elemento histórico na interpretação jurídica terá desempenhado na redacção do actual art. 45.º, n.º 1, *in fine*, já que o art. 58.º do ProjPG aludia a «salvo quando a execução da prisão seja exigida pela necessidade de prevenir a prática de futuros crimes», o que é quase igual à hodierna formulação (veja-se, neste sentido, a discussão havida na Comissão Revisora e sumariada nas *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. PG*, vols. I e II, Lisboa: AAFDL, s/d., pp. 36-40).

⁵⁰ Algo de similar acontece, *v. g.*, com o CP cabo-verdiano, onde, para além do segmento normativo que temos por mais conforme com o requisito material das penas substitutivas se achar prevenido na prisão de fim-de-semana e no trabalho a favor da comunidade (cf. os artigos 64.º, n.º 1, 71.º, n.º 1: «o tribunal concluir que desse modo se possa realizar de forma adequada as finalidades da punição.»), as duas outras aludirem a diversas concretizações em termos de legística, nem sempre acertadas – na multa de substituição – cf. art. 52.º, n.º 1 – e na suspensão executiva – art. 53.º, n.ºs 1 e 2. Menos correcta nos parece também a previsão normativa do art. 82.º daquele CP, o qual prevê algo de similar ao nosso art. 70.º, mas referindo que as penas detentivas só se deverão aplicar quando a sanção não detentiva «não satisfizer as

em bloco, visto nada ser dito em contrário. Assim sendo, considerações de culpa, prevenção geral e especial militam no sentido do preenchimento do juízo prognóstico em que se baseia a escolha da pena. Vale isto por dizer que o critério a que alude o art. 45.º, n.º 1, *in fine* não encontra justificação dogmática ou político-criminal, pelo que deveria, em futura alteração legislativa, ser objecto de harmonização com as demais penas substitutivas. Não podíamos estar mais de acordo com este ponto. Todavia, tal não implica que se possa concluir, em nossa opinião, que o legislador tenha querido remeter o juiz para o art. 40.º *in totum*⁵¹. Desde logo, embora sendo matéria controvertida, as «finalidades da punição» acham-se contidas no n.º 1, desempenhando o n.º 2 uma função de limitação e de fundamentação da pena: não pode haver pena sem culpa e esta é o limite máximo da sua medida concreta. Acima dele, a pena é inconstitucional, por já não respeitar a proporcionalidade que enforma todo o nosso ramo de Direito. Assim interpretada a remissão para o art. 40.º, desde logo de um prisma literal, não está autorizada a interpretação de que são também considerações de culpa que determinam o juízo de substituir ou não a pena principal. Por outro lado, como ANABELA MIRANDA RODRIGUES colocou em relevo, são apenas e tão-só necessidades preventivas (gerais e especiais) que intervêm no momento da escolha da pena. O facto de a culpa poder desempenhar um papel mediato e reflexo é diferente do sustentado por estes autores.

Dir-se-á, em sentido contrário, que esta configuração apenas se justifica pela aproximação de regimes existente entre a multa principal e a substitutiva. Assim o não cremos. De facto, a diferente intencionalidade dogmática e político-criminal de cada uma delas, vazada desde logo no regime distinto do incumprimento, é penhor de que o legislador as considerou autonomamente. O que não importa que não partilhem alguns aspectos de regime,

exigências de reprovação e prevenção ou se mostrar inadequada ou insuficiente para a reintegração do agente na vida social.»

⁵¹ Ao invés, os autores citados na n. 48 (pp. 244-245 e 248) consideram que a redacção da parte final do actual art. 45.º, n.º 1, ao apontar para uma instrumentalização da pessoa, é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, da pessoalidade e da humanidade. Apesar de não se concordar com a formulação daquele segmento normativo, temos a conclusão por exagerada, pois, na economia geral do instituto das penas de substituição, se entende que serão, pelo menos, considerações a par geral e especial-preventivas a determinar tal juízo substitutivo e não é líquido que a culpa, ao menos como a parecem entender aqueles penalistas – como elemento enformador do conceito de crime – entre no conjunto de aspectos a que o julgador deve atender. A. LOURENÇO MARTINS, *Medida da pena...*, p. 518 defende que o artigo em causa consagra «uma norma específica sobre a escolha da pena e suas finalidades», o que não merece a nossa concordância pelo que esgrimimos em texto.

de entre eles, logo, a culpa como critério de preenchimento do juízo substitutivo.

5. Em termos de Direito positivo de outros Estados, poder-se-ia pensar, à primeira vista, que o art. 44, I, do CP brasileiro aponta também no sentido aqui patrocinado, ao estabelecer de entre os requisitos para a substituição de pena até quatro anos de prisão que o «crime não [tenha sido] cometido com violência ou grave ameaça à pessoa». Todavia, tal seria laborar em grave erro, porquanto esses elementos são constituintes do tipo-de-ílicito subjectivo e não da culpa, ao menos nas hipóteses mais frequentes.

No Direito alemão, na *Strafgesetzung zur Bewährung*, o § 56 do *StGB* prevê uma distinta exigência para a suspensão em função da medida da pena. Assim, se a pena não ultrapassa um ano, são razões de prevenção geral e especial que o tribunal terá de preencher, apontando-se uma série de aspectos a ter em conta para esse juízo favorável⁵²; para além desses requisitos, se a medida da pena não excede os dois anos, se existir uma avaliação global do crime e da personalidade do agente que particularmente o aconselhem⁵³; se a medida é até seis meses, o legislador apenas exige um juízo favorável em sede especial-preventiva. Julgamos que daqui se pode retirar que, ao fazer depender de diferentes exigências o juízo de substituição, em função da específica medida concreta da pena, fazendo referência, várias vezes, à gravidade do crime e à personalidade do agente, é indubitável que o ordenamento germânico deseja também que o grau de culpa manifestado no acto seja tido em conta no momento de que nos ocupamos. Por certo se não trata do mesmo substrato que esteve presente na materialização do conceito de crime, mas não vemos como se possa negar que a *intentio* legislativa é no sentido de que a maior ou menor culpa influi na existência ou não de uma prognose favorável, se não como efeito directo e imediato, ao menos de jeito indirecto. Donde, numa palavra, a consideração da culpa não cessa, à luz do § 56 do *StGB*, no exacto momento da determinação da medida concreta da pena.

⁵² A personalidade do agente, o seu comportamento antes do crime, as circunstâncias do mesmo, a sua conduta posterior ao crime, as suas demais circunstâncias pessoais e os efeitos que nele serão de esperar da suspensão (§ 56 Abs 1, do *StGB*).

⁵³ Particularmente, nos termos do Abs 2, têm-se em conta todos os esforços que o condenado empreenda para reparar o mal causado pelo crime.

