

Doutrina

EM DIRECÇÃO A UMA «TEORIA GERAL DAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO»?(*)

Por André Lamas Leite(**)

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** Traços comuns a todas as penas substitutivas. **III.** Discussão de propostas de uniformização de regime. **IV.** Brevíssima referência ao problema do concurso de crimes.

Resumo:

Partindo da impossibilidade de construir uma verdadeira teoria geral para as penas substitutivas, o autor analisa alguns dos seus pontos comuns e que permitem uma abordagem ao juízo de prognose favorável em que as mesmas se baseiam, adiantando, *de lege ferenda*, propostas legislativas no sentido de reforçar esses mesmos traços comuns, a favor de uma aplicação mais uniforme das sanções em estudo.

(*) Corresponde a um pequeno capítulo da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais (inédita) intitulada “As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática”, defendida em provas públicas, na FDUP, a 7/3/2016. O autor opta por não seguir o Acordo Ortográfico de 1991.

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

I. Introdução

Sabemos que a doutrina italiana — fundamentalmente esta — dedicou boa parte do seu estudo no domínio das penas de substituição à busca de eixos-rectores comuns às singulares medidas previstas na lei. Também se não ignora que, mau grado todos esses esforços, os resultados claudicaram ante a diversidade de regimes de Direito positivo de cada uma delas.

A pergunta que encima este trabalho não é, pois, a de saber se é ou não possível, nos dias de hoje, e ao menos em face da legislação pátria, divisar essas constâncias a erigir em «teoria geral». Dito de outro modo, estamos interessados não apenas em descobrir os específicos pontos de regulamentação que quedam iguais nas várias sanções substitutivas, mas também em identificar quais os «traços genéticos» deste instituto de Direito Penal substantivo.

Ilustremos o que vimos de dizer por meio de um exemplo. A leitura do art. 59.º, n.º 6 do Código Penal⁽¹⁾ parece depor no sentido de uma certa «fungibilidade» entre várias medidas substitutivas. É certo que, no caso *sub judice*, esta modificação surge no quadro de um verdadeiro incidente da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) e não em um momento inicial em que o juiz, determinada que foi uma medida concreta, tem ao seu dispor, num único artigo, várias penas de substituição. Todavia, este último momento acaba por ser um argumento virtual, porquanto não é necessário que um inciso desse tipo exista para que o julgador, em face de um dado crime e de uma dada moldura penal, tenha o *poder-dever* de ponderar entre várias penas de substituição. Assim, o critério distintivo da diferença de momento em que a questão se levanta não é, como se vê, decisivo⁽²⁾. Ora, cremos divisar na norma em análise (que já não no art. 55.º, dado que aí se tratam também de medidas a adoptar em hipóteses de inadimplemento das penas substitutivas indicadas, mas em que não se sai, no art. 55.º, do domínio da mesma sanção, ao invés do comando a propósito da pena de

⁽¹⁾ Doravante, qualquer referência a um inciso legal sem indicação expressa em contrário, deve ter-se por feita para o Código Penal.

⁽²⁾ Tanto assim não é que a al. a), do n.º 6, do art. 59.º permite que o juiz, em hipótese de incumprimento da pena de PTFC, a *substitua* por uma pena principal, algo de inicialmente impensável em uma estrutura de pensamento rígida entre estas duas categorias dogmáticas. Dizemos *substituição* por pena principal na medida em que existe, como se não ignora, uma tendencial correspondência, na economia da PE do CP, entre um ano de prisão e 120 dias de multa, exactamente aquela que é utilizada no artigo (recorde-se que a pena de PTFC só é aplicável a penas no máximo até dois anos de privação de liberdade).

PTFC) uma referência de Direito positivo a essa empresa de divisar os traços comuns das várias penas de substituição.

A emergência deste estudo justifica-se tanto mais quanto, nos nossos dias, se vai assistindo a uma defesa de cumulação de algumas penas de substituição, num aparente esforço de as tornar mais acomodadas às exigências gerais e especiais-preventivas (*maxime* estas últimas). Ora, a posição que assumimos de cautela em tal cumulação, exactamente na medida em que cada uma dessas penas é dotada de uma autonomia que a caracteriza, parece que representa uma admissão, da nossa parte, de que a tarefa a que aqui nos propomos é irrealizável. Assim não é, porém.

Na verdade, verificar a autonomia de sentido de cada uma das penas de substituição nada mais é que um elogio a um sistema jurídico-penal que, em face de uma sanção principal, quando entende que as finalidades punitivas se almejam de um modo proporcionalmente mais compatível, reage com um arsenal que se não queda por uma ou duas formas de reacção substitutiva, mas apresenta uma variedade mais ou menos elevada. Ora, isto em si é uma *vantagem*. Vantagem que, como em tantas outras opções político-criminais, representa acrescidas dificuldades hermenêuticas e aplicativas.

II. Traços comuns a todas as penas substitutivas

Importa, pois, por um lado, sublinhar que todas as penas substitutivas partilham alguns traços distintivos comuns e, por outro, indicar aqueles que, não logrando uma expressa consagração legal, o deveriam, em nosso entender.

Começemos, então, por apontar os traços comuns:

A. Comprometimento com os fins do movimento de *luta contra as penas curtas de prisão*, conhecidos que são os seus efeitos desvantajosos para o condenado e, por reflexo, para a comunidade. Onde, concepção segundo a qual a prisão por curtos períodos comporta mais efeitos deletérios que positivos, i. é, partilha de uma mundividência no que respeita à prisão em tais circunstâncias.

B. *Atenuação da imagem global do facto* e que autoriza a colocação da possibilidade, pelo juiz, de substituir a reacção criminal por outra que se aplique em vez dela.

C. Elaboração de um *juízo prognóstico favorável* que, no essencial, leva em conta elementos comuns (gravidade do crime, características pessoais do agente ⁽³⁾, consequências do evento), e que contende com uma gravidade do facto compatível com um cumprimento da sanção fora do meio prisional ou, na hipótese das sanções de substituição detentivas (hoje, apenas, a do art. 43.º), fora de um regime contínuo de cumprimento da pena privativa de liberdade (era o caso da prisão por dias livres e do regime de semidetenção, dos então arts. 45.º e 46.º, antes da sua eliminação, por via da Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto), assim como com as características do agente, manifestadas em factos concretos, que permitem concluir que a pena substitutiva será suficiente para realizar as finalidades punitivas, incluindo a prevenção da reincidência.

D. Valorização de uma *intencionalidade mais prospectiva que retrospectiva*. Sabe-se que, partindo da prevenção geral positiva, como fazemos, toda a sanção tem uma finalidade prospectiva. Não o negamos. Todavia, também não seria cientificamente honesto deixar de coonestar que o cumprimento *per se* considerado da pena principal, pela sua natureza, se esgota na privação de liberdade do agente ou de parte do seu património, inexistindo, assim, uma consequência mais directa e externalizada para a comunidade. Ora, em algumas penas de substituição, essa *externalização* é uma realidade, como sucede sobretudo com a pena de PTFC e com certas modalidades de pena suspensa, desde logo com os deveres de indemnização ao ofendido ou a pessoas colectivas que tenham por escopo a protecção de direitos do tipo dos afectados pelo crime, bem como a prestação de satisfação moral adequada (todas as alíneas do n.º 1, do art. 51.º), a frequência de certos programas ou actividades [art. 52.º, n.º 1, al. b)] e, de jeito muito claro, com o regime de prova fundado num plano de reinserção social (arts. 53.º e 54.º). De alguma forma — embora em medida inferior —, a pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade (art. 46.º) também se assume como prospectiva, na medida em que orientada para evitar que o agente volte a cometer crimes conexos com aquilo que agora se proíbe. É certo que tal se consegue por via de «inocuidade», por se retirar ao agente a possibilidade fáctica de reincidir, mas mantém-se uma orientação prospectiva. A multa de substituição do art. 45.º, n.º 1, embora de jeito ainda menos claro, acaba por participar da

mesma ideia, na medida em que o quantitativo entregue ao Estado poderá, ao menos em tese, ser canalizado para as funções estatais de que beneficiam não apenas o próprio condenado, mas a sociedade em geral. Existe, pois, uma externalização que se não queda pela mera privação de uma parte do património do condenado.

O mesmo se não observa já na pena do art. 43.º, n.º 1, bem como nas prevenidas nos anteriores arts. 45.º e 46.º. Aqui, continuamos com uma privação de liberdade que, no primeiro caso, ao invés das outras duas penas, é cumprida na residência do condenado ou em outro local apropriado. E essa substituição fica por aí, sem consequências directas para terceiros que delas derive. Aliás, não terá sido por acaso que em todas elas, menos na antiga prisão por dias livres, o legislador tenha exigido o consentimento do condenado para a respectiva aplicação. Tirando a pena de PTFC, este é um traço característico dos incidentes de execução da pena (pense-se na liberdade condicional). Compreende-se que na prestação de trabalho comunitário, mesmo sendo ela uma verdadeira pena de substituição à qual é comum essa externalização directa de que falamos, se exija o consentimento do condenado, por via de prescrições constitucionais e de Direito Internacional Público.

Assim, em nosso juízo, mesmo a pena então prevista no art. 45.º também deveria exigir, *de lege ferenda*, esse mesmo consentimento, porquanto estávamos em face de uma forma alternativa de cumprir a pena de prisão e não nos convencia o argumento que tradicionalmente se vinha invocando de que na prisão por dias livres, ao invés do regime de semidetenção, inexistia um *quantum* de onerosidade que impusesse esse consentimento. Era exacto que a semidetenção importava que o condenado recolhesse ao estabelecimento prisional sempre, excepto para o estrito cumprimento das suas obrigações profissionais, educativas ou de formação, ao contrário do regime do ex-art. 45.º. Todavia, neste último, o condenado permanecia durante cada período sempre em meio prisional, o que também, vistas as coisas agora desta perspectiva, não seria menos oneroso. De igual modo, o argumento segundo o qual a inexistência de uma distribuição geográfica dos estabelecimentos prisionais por todo o país importaria uma maior limitação de direitos na semidetenção que na prisão por dias livres não convencia. Em qualquer uma das hipóteses, o condenado tinha de se deslocar à prisão, seja todos os dias, seja somente aos fins-de-semana. Ainda assim, e concedendo existirem diferenças entre os dois regimes, não se pode deixar de sublinhar que a semidetenção era, por via da lei, de aplicação subsidiária em relação ao mecanismo do art. 45.º. Desarte, a obrigação legal do art. 46.º, n.º 1 impunha uma análise judicativa

⁽³⁾ Sublinha-o MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *et al.*, *Strafrecht. AT*, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2014, § 64, Rn 25, p. 849, referindo-se, a título exemplificativo, à energia criminal do agente e ao maior ou menor grau de violação dos deveres que sobre si impendiam [«(hohe kriminelle Energie), dem Maß der Pflichtwidrigkeit»].

apta a salvaguardar os casos em que a onerosidade pudesse apresentar-se desproporcionada.

Isto dito, poder-se-ia contra-argumentar no sentido de que também a prisão, ao menos em teoria, está desenhada para conseguir a ressocialização do condenado e, por via disso, também ela se externaliza, para usar a expressão que vimos utilizando. Se isto assim é — ou deveria ser — à luz da Constituição, do CP ou do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, basta atentar na realidade para verificar o quão longe nos encontramos desse ideal. Aliás, já em outro local fizemos referência circunstanciada à dita «crise da ressocialização»⁽⁴⁾. Mas não é somente uma argumentação baseada numa frequente incapacidade para cumprir a *law in the books* que aqui pretendemos desenvolver. A pena de prisão, ainda que se consiga um efeito ressocializador, queda-se — e não é pouco — pelo evitamento da reincidência⁽⁵⁾. Mas dela não deriva, de jeito directo, qualquer vantagem para o ofendido ou para a comunidade em geral que não seja ter mais um elemento que interiorizou os valores do Direito ou que, ao menos, ainda que os não tenha interiorizado, se afaste da prática criminosa por outras razões, ainda que seja o medo de regressar ao estabelecimento prisional. Ora, nas penas de substituição acima identificadas, esse resultado existe, ao menos por regra.

Donde, em nossa opinião, *verdadeiras penas de substituição* são somente aquelas que compreendem esse *efeito prospectivo* e de directa consequência para terceiros implicados na prática delituosa.

III. Discussão de propostas de uniformização de regime

Passemos, agora, a indicar aqueles aspectos de regime que, em nossa opinião, deveriam merecer um tratamento uniformizado:

A. É altamente discutida em vários ordenamentos jurídicos a questão de saber até que ponto a existência de uma ou mais anteriores condena-

⁽⁴⁾ Veja-se o nosso “Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade”, in *Revista do Ministério Público*, 156, 2018, pp. 9-56.

⁽⁵⁾ Entre várias decisões, admitindo, pois, as consequências negativas das penas curtas de prisão, vide o ac. do TRL de 5/2/2003, Proc. n.º 0085633, CLEMENTE LIMA: «efeitos perversos das penas detentivas de curta duração.»; ac. do TRP de 2/2/1994, Proc. n.º 9321302, EMÍDIO TEIXEIRA: «[t]endo em conta os malefícios das penas curtas de prisão é de privilegiar a pena de multa como reacção contra a pequena delinquência.» (itálicos nossos).

ções transitadas em julgado e inscritas no registo criminal devem ou não ser obstáculo à aplicação de uma sanção de substituição⁽⁶⁾. Entende-se, a favor desta tese, que o desrespeito à norma já manifestado pelo autor

⁽⁶⁾ Em Itália, v. g., o instituto correspondente à nossa pena suspensa exige que o condenado não tenha inscrição no registo por pena detentiva por «delito» e esta pena de substituição não pode ser aplicada mais de uma vez na vida do agente, excepto se a nova, juntamente com a anterior, não ultrapasse os limites gerais do instituto a que alude o art. 163.º — cf. art. 164.º, ambos do CP daquele Estado. Algo de similar acontece em Espanha, onde o art. 80.º, 2, 1.ª estabelece a inexistência de condenações anteriores para o agente beneficiar da pena suspensa, embora não se computem como tais as derivadas de crime negligente ou por «delitos leves». Uma questão conexas com a apresentada em texto e que já foi tratada na nossa jurisprudência, trazendo-a dividida, diz respeito à hermenêutica do art. 17.º, n.º 1, da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto, relativa aos princípios pelos quais se rege o registo criminal e, mais concretamente, quanto a saber se se entende por «pena não privativa de liberdade» a sanção substitutiva em sentido próprio. No sentido afirmativo, cf., entre outros, o ac. do TRP de 12/11/2014, Proc. n.º 431/10.8GAPRD-AW.P1 (AIRISA CALDINHO), e, do mesmo Tribunal, o aresto de 21/1/2015 (AUGUSTO LOURENÇO), proferido no Proc. n.º 129/02.0TAMBR-C.P1, bem como o de 6/5/2015, Proc. n.º 43/12.1GCOVR-A.P1, LÍGIA FIGUEIREDO, do TRL, o ac. de 11/6/2015, Proc. n.º 126/11.5PDCSC.L1-9, CARLOS BENIDO, da mesma Relação, o ac. de 16/6/2015, Proc. n.º 208/08.0PFAMD.L1-5, JOÃO CARROLA; no que nos pareceu em direcção oposta, o ac. do TRL de 22/10/2014, Proc. n.º 70/98.0TBPRD-A.P1, NETO DE MOURA, onde se recolhem ainda indicações relevantes de outros arestos patrocinando ambas as orientações. A Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio, veio revogar a anterior, com entrada em vigor a 10/5/2015, sem prejuízo da regulamentação a que alude o art. 45.º da citada Lei, tratando agora a matéria no art. 13.º, n.º 1 que, no que tange ao segmento normativo aqui analisado, se mantém sem alteração. Muda, isso sim, o critério a ter em conta para a decisão da não transcrição, o qual deixa de ser apenas o de «sempre que das circunstâncias que acompanharam o crime não se puder induzir perigo de prática de novos crimes», para se acrescentar a este «se o arguido não tiver sofrido condenação anterior por crime da mesma natureza». Nos termos do art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 37/2015, pode o tribunal determinar a não transcrição das penas de prisão aplicadas em medida não superior a um ano ou em *sanções não privativas de liberdade*. Este último segmento só pode referir-se, em nossa opinião, à pena de multa principal e não a qualquer pena de substituição. De facto, a circunstância de o legislador já ter ponderado que mesmo uma pena limitadora da liberdade, se até determinado *quantum*, poder não dar lugar à inscrição, reflecte a percepção de que a perigosidade ou as necessidades preventivas-gerais (consoante a concepção que se tenha do instituto do registo criminal — sobre toda esta matéria, cf. A. M. DE ALMEIDA COSTA, *O registo criminal. História. Direito Comparado. Análise político-criminal do instituto*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1985, pp. 246-252) podem não justificar esse facto jurídico, pelo que, *a fortiori*, concluímos pela interpretação do segmento em causa como excluindo as penas em estudo. Aliás, em termos do elemento histórico da hermenêutica jurídica, era essa a anterior solução a que pacificamente se chegava, antes da vigência da Lei de 1998, como informa *ult. loc. cit.*, pp. 301-304, apontando para uma contradição entre o juízo prognóstico favorável a que o juiz chegara e a inscrição no registo. Acresce que tal se sustenta ainda na autonomia que vimos afirmando destas reacções criminais por relação às principais, nem se podendo dizer que o juízo de prognose favorável que sempre enforma as penas substitutivas contribuiria para um diverso entendimento. Esta hermenêutica é, assim, aquela que melhor se coaduna à autonomia das penas substitutivas, ao diverso juízo que as acompanha quando comparado com aquele que, em uma primeira fase, leva a que o magistrado judicial escolha entre prisão e multa como sanções principais e, por fim, o que mais encontra cabimento em qualquer que seja a finalidade adscrita ao instituto do registo criminal, *par conséquence* impondo-se como a interpretação teleologicamente mais bem fundada. Finalmente, o acordo uniformizador de jurisprudência n.º 13/2016, de 7 de Julho, decidiu no sentido de que aquele segmento normativo contende com as penas de substituição, ou seja, que a pena suspensa integra o conceito de “sanção não privativa da liberdade”.

impede qualquer juízo de prognose favorável e, por isso, ao criminoso não pode ser aplicada esta pena. As exigências preventivas-gerais, sobretudo, mas também de algum modo as especiais, a isso obstariam. Não é esta, todavia, a nossa concepção. Manifestamo-nos abertamente no sentido de que a existência de antecedentes criminais não deve determinar, por si só, uma impossibilidade legal de aplicação de uma das penas em estudo. Na verdade, sendo exacto que, via de regra, tal circunstância depõe desfavoravelmente quanto à existência de um juízo prognóstico favorável, o mesmo não o impede *de todo em todo*, desde logo na medida em que se terá de averiguar que tipo de crime ou crimes foram esses que se encontram no passado delitual do agente. Podem os mesmos assumir uma gravidade muito pouco considerável e que, por isso, não sejam aptos, *de per se*, note-se, a afastar a pena de substituição. Aquilo para que propendemos é para uma concessão ao juiz — aquele que se encontra em melhores condições — de, *in concreto*, decidir em qualquer dos sentidos admissíveis. É evidente que uma situação de reincidência ou de pluri-reincidência é indiciadora de uma personalidade manifestada em actos desconforme ou indiferente às prescrições deste ramo de Direito. Mas apenas isso: *indiciadora*. Na concreta factualidade pode bem suceder que o tipo e a gravidade dos delitos anteriores e as circunstâncias em que aquele que agora está a ser julgado e em relação ao qual se levanta a possibilidade de aplicar uma pena substitutiva sejam de molde a que esta possa e deva aplicar-se. Só assim se leva a sério a prescrição político-criminal da prisão como *ultima ratio* e se é congruente com um programa ressocializador imposto pela Constituição e pela lei ordinária. Por outro lado, julgamos que esta é a posição mais consentânea com um entendimento das penas em estudo como respostas «normais» do sistema criminal e não como qualquer benefício concedido ao condenado, ou mesmo como uma espécie de sanções «de segunda categoria», «clandestinas», que se aplicam sem que convenha fazer grande publicidade das mesmas, porventura ainda um resquício histórico de uma mentalidade de justiça de classes em que existiam verdadeiros privilegiados e em que o princípio da igualdade era tão-só uma miragem. Assim se reforça, ainda, a *autonomia* das penas de substituição. Refira-se, por fim, que instrumentos de *soft law* apontam nesta mesma direcção⁽⁷⁾.

(7) Cf. a Rec (2000) 22, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 29/11/2000, apêndice 2, art. 3.º Assim como a jurisprudência quase unânime do STJ — cf. MOURA, JOSÉ SOUTO DE, “A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena”, 2010, acessível em <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf>, consulta em 6/3/2019, p. 3.

Finalmente, e não sem importância, o nosso Direito positivo aponta no mesmo sentido, porquanto, ao contrário de outros, p. ex., o espanhol, na pena suspensa, não prescreve em nenhuma das concretas penas substitutivas uma proibição da sua aplicação existindo reincidência.

Apesar do que vem dito, existe uma situação em que a lei, *expressis verbis*, veda a determinação da pena de substituição em tais hipóteses, o que sucede com o art. 197.º, n.º 3 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), o qual é aplicável a todas as disposições penais desse diploma.

Confessamos alguma dificuldade no entendimento desta opção legislativa, desde logo na medida em que, embora se tratando de crimes, não estamos, por certo, em face daqueles que comportam um maior potencial de ofensividade justificativo de que expressamente se vede a aplicação da pena substitutiva. Também não se poderá argumentar com a data de publicação desse Código (14/3/1985), a qual é posterior à do actual CP na sua versão originária e este último não contém norma paralela. Aliás, a redacção ora em vigor do art. 197.º, n.º 3, do CDADC foi dada pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro.

B. Alguns autores⁽⁸⁾ vêm advogando a necessidade da existência de uma norma jurídica expressa no sentido da preferência legislativa pelas penas de substituição em detrimento das penas principais, desde que as primeiras sejam aptas, de igual modo, a satisfazer as necessidades sancionatórias. Assim se assinalaria, sem margem para dúvidas, aquilo que é um *acquis* político-criminal.

A primeira questão a colocar, no âmbito do Direito positivo português, é a de saber até que ponto o art. 70.º já não desempenha essa função⁽⁹⁾. A uma primeira leitura, o inciso em questão parece somente referir-se às penas principais, ou seja, existe um mandamento do legislador no sentido de que o julgador, prevendo o tipo legal uma pena de prisão ou de multa (sistema de multa alternativa), se decida pela última, por ser a que não importa uma privação de liberdade. O vocábulo «aplicáveis», referindo-se à moldura penal abstracta, deporá em tal sentido. Todavia, julga-

(8) De entre eles, CID MOLINÉ, JOSÉ, “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, 2010, pp. 68-70.

(9) Dizendo-o com RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, «Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988, p. 6, ele «encerra (...), antes de mais, um inequívoco conteúdo programático, reflexo de uma orientação político-criminal bem definida».

mos que esta é uma interpretação que não capta todo o sentido da norma. Antes de mais, o elemento sistemático aponta para uma concepção mais ampla: o capítulo em que se insere diz respeito à «escolha e medida da pena». Ora, por «escolha da pena» não se entendem somente as hipóteses de multa alternativa, mas também os casos em que, após a determinação de uma medida concreta da pena, o juiz se decide por uma pena substitutiva, pelo que a matéria de que tratamos também se acha contida no escopo do art. 70.º. Por outro lado, em uma hermenêutica teleologicamente orientada, e sendo consensual que o nosso CP reconhece o efeito criminógeno da prisão e que prefere, em igualdade de circunstâncias, as medidas não detentivas às detentivas, apenas esta interpretação respeita aquele desiderato.

Donde, sendo certo que a existência de uma norma como a sugerida comporta assinaláveis vantagens, o ordenamento jurídico pátrio já isso mesmo considerou e previu. Com a consequência daqui derivada que é o próprio CP que impõe a existência de penas de substituição, na medida em que o seu art. 70.º corporiza um mandamento político-criminal com assento constitucional. Assim, não será errado dizer-se existir uma injunção dirigida ao legislador, não apenas de prever sanções substitutivas, mas também de o respectivo regime ser favorável à ressocialização do condenado e de o seu leque ser suficientemente rico e elástico para que o adimplemento opere de modo efectivo. E isto pela simples e límpida razão de que as penas em estudo são uma manifestação, um cumprimento, desse mesmo art. 70.º, podendo mesmo aí encontrar-se um dos seus fundamentos legais.

C. Existe uma discrepância assinalável no regime nacional da matéria em estudo no que diz respeito à possibilidade de, por um evento superveniente, se modificar ou não a própria pena substitutiva ou, pelo menos, algum ou alguns dos seus conteúdos.

No caso da pena de PTFC, o art. 59.º, n.º 1 determina que, existindo um acontecimento posterior à decisão judicial que impeça o cumprimento do trabalho, o magistrado lance mão de um de dois expedientes, consoante as situações. Em se tratando de uma impossibilidade meramente *temporária*, admite-se a suspensão da prestação de trabalho por um máximo de trinta meses, o que torna a sanção mais flexível e humanizada, no sentido de que compreende que uma impossibilidade deste tipo não é suficiente para colocar em questão os desideratos da pena substitutiva *de per se*. Se, ao invés, a impossibilidade é *permanente* (p. ex., o condenado, por doença ou acidente, perde um membro que dificulta ou torna de todo impossível a prestação laboral), então o juiz pode aplicar ao condenado distintas penas

de substituição (art. 59.º, n.º 6): a multa até 240 dias⁽¹⁰⁾ ou a suspensão da execução da pena principal por um período entre um e três anos, com deveres ou regras de conduta adequadas, ou seja, aquelas que possam ser efectivamente cumpridas pelo condenado sem que a impossibilidade permanente que sobreveio impeça o adimplemento desta substituição da substituição⁽¹¹⁾.

Do mesmo modo, também na pena suspensa com imposição de deveres (art. 51.º, n.º 3) se admite a modificabilidade destes últimos em função de circunstâncias supervenientes, o que também se aplica à suspensão com regras de conduta [*ex vi* da remissão do art. 52.º, n.º 4 para o art. 51.º, n.º 3⁽¹²⁾], mas, estranhamente, já não no regime de prova onde, devido à maior flexibilidade que o mesmo deveria revestir, *a fortiori*, tal se devia prever. Entendemos, *de iure condendo*, que tal deveria suceder.

D. Também nos casos de inadimplemento das penas substitutivas se assiste a um regime desigual.

Assim, no caso da suspensão de execução da pena privativa de liberdade, o art. 55.º determina que, em hipótese de incumprimento que seja considerada pelo juiz como não pondo em causa a manutenção da sanção, pode ser aplicada ao condenado uma série de mecanismos que, não importando a sua revogação, visa reforçar as garantias de um adimplemento pontual⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Inexistem dúvidas de que estamos perante a multa de substituição, não apenas pela circunstância de se tratar de uma substituição superveniente de uma pena também ela substitutiva, mas também pela expressa remissão do art. 59.º, n.º 6, al. a) para o art. 45.º, *in casu*, o seu n.º 2.

⁽¹¹⁾ Com algumas similitudes, veja-se o nosso “Algumas considerações em torno do art. 49.º, n.º 3, do CP: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7/1/2015, Proc. n.º 55/13.8PDPRT-B.P1”, in *Revista do Ministério Público*, 142, 2015, pp. 171-191.

⁽¹²⁾ Assim, correctamente, o ac. do TRL de 26/10/2010, Proc. n.º 25/93.0TBSNT-A.L1-5, JORGE GONÇALVES, aludindo de modo expresso ao cariz *rebus sic stantibus* de tal condenação.

⁽¹³⁾ A norma tem origem no art. 65.º do ProjPG, onde se advertia que estes acrescentos admonitórios se aplicaríamos nas hipóteses em que o agente tivesse actuado «por rebeldia ou manifesta negligência». Foi desde logo assumido, tal como hoje ainda se defende, que o artigo em causa visa reforçar a aplicação da pena principal como *ultima ratio* (*Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. PG, Vols. I e II*, Lisboa: AAFDL, s/d., Vol. II, pp. 68-69). Em sentido próximo, veja-se o art. 55.º do CP cabo-verdiano, embora com diferenças: a) basta um incumprimento culposo dos deveres impostos ao agente para a revogação da pena suspensa, embora no art. 56.º, n.º 1, só se determine a revogação se o incumprimento for grosseiro ou repetido, o que introduz problemas de compatibilização entre as duas normas; b) refere-se expressamente que o delito cometido durante o período de suspensão pode ser doloso ou negligente, desde que lhe não caiba, em concreto, pena detentiva, sendo necessário que o tribunal analise as «circunstâncias» para se decidir pela imposição acrescida de outras obrigações ou pela revogação, a qual só ocorre perante crimes dolosos — art. 56.º, n.º 1; c) admite-se um instrumento *aparentemente* desconhecido do Direito português: «decidir que não se conte como prazo de cumprimento todo ou parte do tempo transcorrido até ao momento.». Trata-se de uma solução perigosa, dado que, em verdade, conduz a um alargamento do período de suspensão que, assim,

Como já referimos em outro lugar⁽¹⁴⁾, mas aqui importa reforçar, o tribunal não tem necessariamente de passar pela aplicação de alguma das medidas previstas no art. 55.º para depois estar em condições legais de lançar mão da revogação da suspensão⁽¹⁵⁾. Se o incumprimento em causa for de tal modo grave que esteja patente que as finalidades suspensivas não foram *in casu* conseguidas, pode desde logo revogar a pena substitutiva. Será, pois, a gravidade do inadimplemento que determinará se o juiz só recorre ao art. 55.º ou só ao art. 56.º, ou aos dois, começando pelo primeiro e terminando no último.

Tal não sucede em qualquer outra das demais penas. Assim, na multa de substituição, o seu não pagamento determina o cumprimento da pena de prisão fixada na decisão judicial (art. 45.º, n.º 2), mas aí ainda com uma possibilidade de se suspender a prisão subsidiária, desde que se prove que o não pagamento não é imputável ao condenado (art. 49.º, n.º 3), sujeita a deveres ou regras de conduta dos arts. 51.º e 52.º de cariz não económico ou financeiro. Existe, então, nesta sanção substitutiva, embora em menor medida quando comparada com a pena suspensa, alguma margem de flexibilidade.

Por fim, na pena de PTFC, o art. 59.º, n.º 5 determina que, mesmo em hipóteses de incumprimento, se a prestação «for considerada satisfatória, pode o tribunal declarar extinta a pena não inferior a setenta e duas horas, uma vez cumpridos dois terços da pena». Ora, em primeiro lugar, registe-se

naquele Estado, pode ir para além dos cinco anos, sem um limite expresso e que, no limite, pode aproximar-se dos *dez anos* sempre que o inadimplemento ocorra próximo do final do período suspensivo e a suspensão tenha sido determinada pelo prazo máximo (art. 53.º, n.º 4). Pode ser desproporcionada a medida, para além de o legislador ter dotado o aplicador de critérios fluidos para a sua determinação. Do mesmo modo que temos por inconstitucional, pois deixaria o condenado, em abstracto, sem limitação ao dispor do *ius puniendi* estatal, a proposta de autores como MULAS, NIEVES SANZ, “Penas alternativas a la prisión”, in *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, 15, 21, 2003, p. 31, os quais defendem a *inexistência de qualquer limite ao período de suspensão*, por o associarem ao critério de *perigosidade*.

⁽¹⁴⁾ “A suspensão da execução da pena privativa da liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 608-610.

⁽¹⁵⁾ Julgamos poder interpretar de modo próximo o art. 86.º, 2 do CP espanhol, que apenas reserva medidas anteriores à revogação para as hipóteses em que o incumprimento não tenha tido «carácter grave ou reiterado», podendo passar pela imposição de «novas proibições, deveres ou condições, bem como modificar as já impostas», assim como «prorrogar o prazo de suspensão, desde que em caso algum tal possa exceder metade da duração do prazo inicialmente fixado». Tal como deriva do nosso art. 56.º, n.º 1, al. b), o CP do Estado vizinho também não determina uma revogação automática da pena suspensa pela comissão de um crime durante o período suspensivo, mas somente se o delito «colocar em evidência que a expectativa em que se fundara a decisão de suspensão adoptada não pode mais ser mantida».

o amplo campo de discricionariedade do juiz, ainda que vinculada, pois tem de preencher o conceito de «prestação satisfatória». Tudo leva a crer que tal contenda com aspectos relativos à qualidade do trabalho prestado e às condições desse cumprimento, ou seja, se o condenado, durante esse período, cumpriu os horários de modo relativamente escrupuloso, se o trabalho distribuído foi, na generalidade dos casos, levado a cabo e com uma qualidade média. Só assim julgamos poder interpretar-se, na medida em que os aspectos quantitativos já se acham inscritos no resto do artigo.

Este tratamento privilegiado da pena suspensa e da pena de PTFC podem indiciar uma certa preferência legal (que negamos) por estas duas sanções substitutivas, mas a pergunta que agora se impõe é a de saber se o regime do art. 55.º, por ser o mais completo, não deveria lograr aplicação em todas as penas de substituição.

Se estas são vistas como preferíveis pelo legislador, que erige a prisão como *ultima ratio*, então, desde logo por uma questão de congruência, entendemos que, no plano do Direito a constituir, se deveria prever a aplicação do regime desse artigo à totalidade das sanções em estudo⁽¹⁶⁾. Relacionado com o que vem de dizer-se, do prisma político-criminal, a luta contra os efeitos criminógenos do meio prisional, em especial nas sanções de curta duração, vão também neste mesmo sentido. A única sanção que, pela sua própria natureza, não admitiria este regime, é a admoestação.

E. Na sequência de alguns instrumentos de *soft law*⁽¹⁷⁾, por obediência ao princípio da mínima intervenção possível, prescreve-se que deveria existir um normativo que permitisse modificar e mesmo dar por findo o cumprimento da pena de substituição quando as respectivas finalidades estivessem adimplidas, ainda que antes do período judicialmente fixado. Tal poderia ser especialmente importante nas hipóteses em que um condenado cumpre um plano de desintoxicação por um período e as suas finalidades se alcançam em momento anterior⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Também CID MOLINÉ, JOSÉ, “La política criminal europea...”, pp. 73-74, se pronuncia pela vantagem político-criminal em prever outras respostas ao incumprimento que não importem, *de plano*, a revogação da pena de substituição. Aponta ainda as Rec (70) 1, art. 6.ºc e (92) 17, de 19/10/1992, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativas à coerência na prolação das penas. Depois de enunciar a obrigatoriedade de uma cuidada fundamentação na determinação das sanções (ponto A.1. e toda a parte E da última Rec citada), realça a necessidade de essa política punitiva e de prática judiciária erigir a prisão como último recurso e de incrementar o uso de penas substitutivas (pontos A.6., B.5.), dando-se alguns exemplos, com particular destaque para a multa e pena suspensa (B.6. a B.8.).

⁽¹⁷⁾ P. ex., a Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 19/10/1992 (arts. 87.º e 88.º).

⁽¹⁸⁾ Como defende CID MOLINÉ, JOSÉ, «La política criminal europea...», p. 72.

Se bem vemos as coisas, aquilo que se acaba por propor é algo de similar à liberdade condicional enquanto incidente de execução da pena privativa de liberdade. Similar, sublinhamos, porquanto a primeira importa sempre injunções, regras de conduta e/ou regime de prova e, nesta hipótese, propende-se para uma cessação da aplicação da pena substitutiva sem mais. Na liberdade condicional, mesmo que, em casos muito raros, as exigências preventivas-gerais e especiais estivessem reunidas antes da metade da pena, nenhum instrumento existe que permita libertar o condenado, ainda que condicionalmente. Dir-se-á que mesmo que as finalidades do art. 40.º se reúnam antes desse momento, o legislador terá entendido que estaremos em face de casos refractários, em número não estatisticamente representativo, desde logo do prisma da prevenção geral. Ora, o que se propõe é contendente com a matéria ainda da modificabilidade da decisão judicial que aplicou uma sanção de substituição. Não se ignora que existe uma certa aproximação entre esta e o pensamento ínsito à jurisdição voluntária, o que deporia em sentido favorável à admissão de uma norma como a proposta.

As razões que se antevêm em sentido oposto são, em primeiro lugar, de um certo tratamento desigual quanto às penas principais, por não admitirem um mecanismo como o proposto. Por outro lado, não será fácil, na prática, em muitas das obrigações ou injunções aplicadas ao condenado, saber a partir de que momento se operaram já ou não as finalidades punitivas. Assim, p. ex., se o agente tem de pagar, como dever no âmbito de uma suspensão executiva da pena de prisão, um quantitativo ao ofendido ou a favor de um terceiro, não se pode afirmar que um mero pagamento parcial já tenha cumprido esses desideratos. Donde, desde logo, ainda que a admitir uma norma nesse sentido, parece seguro que todas aquelas que assumam uma natureza pecuniária não admitem um cumprimento «antecipado», aqui traduzível no pagamento de uma quantia inferior à fixada na decisão. Mas, p. ex., se o condenado fica obrigado, também no domínio de uma pena suspensa, a comparecer perante um órgão de polícia criminal uma vez por semana durante seis meses, muito dificilmente se conseguirá saber se ao fim do terceiro ou quarto mês as finalidades do art. 40.º se acham preenchidas. Quando muito poder-se-á dizer que os técnicos de reinserção social terão uma ideia mais aproximada do facto, porém, mesmo estes, principalmente no que contende com as exigências gerais-preventivas, não disporão de muitos instrumentos para a avaliar. O que significa, também, que um juízo deste tipo, independentemente da entidade que a ele proceda, é sempre hipotético, prognóstico e que, por isso mesmo, por admitir uma margem de erro que a comunidade assume em nome da ressocialização, só deve ser elaborado por um juiz. Quanto a este

ponto estaremos todos de acordo, pois apenas aquele magistrado está dotado de legitimidade democrática (indirecta) para o efeito. O que não significa — muito longe disso — que não deva suportar a sua decisão nos pareceres que pede aos serviços de reinserção social e que têm um elevado peso na convicção judicativa final.

IV. Brevíssima referência ao problema do concurso de crimes

Um problema que se pode equacionar neste conjunto de princípios gerais das sanções substitutivas consiste na sua ligação com o concurso de crimes⁽¹⁹⁾. *Quid inde* se estamos perante algumas sanções em relação às quais se admite a aplicação, *in abstracto*, de alguma pena de substituição e não quanto a outras? O nosso legislador tomou posição definida quanto ao assunto: procede-se ao cúmulo jurídico quanto a todas as penas e somente no final, em face da pena conjunta, se decidirá sobre a verificação dos requisitos formais e materiais da medida substitutiva⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ No que tange à punição de uma realidade próxima — e em relação à qual nos juntamos ao coro de críticos que vêm clamando por *requiem* pelo crime continuado —, temos muitas dúvidas quanto à escolha legislativa de punir as hipóteses do art. 30.º, n.º 2 por via do *princípio da exasperação*, na medida em que, em várias das concretas factuais, parece-nos claro que o «ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico» não será acautelado. Em especial nas hipóteses em que a mesmidade do tipo legal de crime violado pelos delitos que integram a continuação faz com que as molduras penais abstractas sejam as mesmas e que os concretos crimes apenas funcionem como factores de agravamento. Cremos bem que, porventura, o recurso a um princípio de absorção agravada, sem prejuízo de se considerar cada uma das medidas das penas como factores de agravamento, melhor serviria os desideratos punitivos.

⁽²⁰⁾ E, do mesmo modo, para efectuar o cúmulo, tem-se em conta a pena principal ainda não extinta. Se, p. ex., por via do conhecimento superveniente do concurso, estivermos a operar com sanções transitadas em julgado (art. 78.º, n.º 2), havendo extinção pelo cumprimento (da pena de substituição ou da principal), obviamente que essa sanção parcelar não será tida em consideração para efeitos do modo de determinação especial da pena concreta aqui em questão. Entre muitos, na jurisprudência, cf. os acórdãos do TRP de 22/2/2012, Proc. n.º 1351/09.4PBMTS.P1 (MARIA DOLORES SILVA E SOUSA), de 8/6/2011, Proc. n.º 237/07.ITAVRL.P1 (LUÍS TEIXEIRA), de 25/3/2009, Proc. n.º 0818079 (JOAQUIM GOMES), e de 28/5/2008, Proc. n.º 0842597 (ARTUR OLIVEIRA). Do TRL, *vide* o ac. de 22/9/2011, Proc. n.º 33/07.6PDFUN-A.L1-9, CID GERALDO. Outra questão sobre a qual o TC já várias vezes foi chamado a pronunciar-se contende com saber se é conforme com a CRP que, nas hipóteses a que alude o art. 78.º, se proceda à acumulação de penas de prisão efectivas com penas de prisão suspensas na sua execução, ainda que essa suspensão se não mostrasse revogada, concluindo-se, a final, por uma sanção efectiva. Já se pretendeu que uma tal hermenêutica colidiria com a *intangibilidade do caso julgado*, tutelada nos arts. 29.º, n.º 4, e 282.º, n.º 3, ambos da CRP, bem como com os princípios da necessidade

Se assim não fosse, teríamos penas dificilmente passíveis de cumprimento na prática. P. ex., uma pena suspensa (que até poderia resultar de um cúmulo entre duas que fossem até cinco anos de prisão) e uma pena privativa de liberdade efectiva de seis anos. Como se procederia em termos de execução? O agente não poderia aguardar o decurso do tempo de suspensão e depois recolher ao estabelecimento prisional para cumprir a pena efectiva. Ou o inverso: cumprir primeiro esta última e depois a pena suspensa. Como se verificaria do adimplemento das considerações que basearam a pena de substituição nesta última hipótese, já dilatada no tempo quanto ao momento em que a sanção havia sido determinada (para além de eventuais recursos, de permeio teria havido o cumprimento da sanção restritiva de liberdade)?

e proporcionalidade das penas (acórdãos n.ºs 61/2003 e 572/2003, sobre a protecção jusconstitucional do efeito de caso julgado, emanação dos princípios da certeza e segurança do Direito, com guarida no princípio do Estado de Direito — cf. arts. 1.º e 2.º da CRP). Argumenta-se, com o que concordamos, que não se vislumbra como pode haver violação de tais princípios constitucionais se e na medida em que pode suceder que na nova medida da pena de concurso aquelas penas parcelares não sejam suspensas, ou que, ao invés, tal suceda quando inicialmente se não tinha aplicado qualquer reacção substitutiva, isto porque, acrescentamos agora nós, o art. 77.º aponta para um autónomo sentido de ilicitude. Mais ainda, qualquer pena de substituição, como houve ocasião de demonstrar em texto, fica sempre sujeita a condição suspensiva do respectivo cumprimento, existindo, assim, uma cláusula *rebus sic stantibus* que, por esta via, faz com que tal hermenêutica em nada vulnere o caso julgado. Nem tão-pouco quaisquer expectativas dignas de protecção legal do condenado, pois este sabe — ou deve saber — que qualquer destas sanções pode sempre ser revogada com o seu incumprimento. Por outras palavras, a condição faz parte da própria pena que se aplica em vez da principal. Sobre a matéria, de entre vários, cf. o ac. do TC n.º 341/2013, de 17/6/2013, Proc. n.º 15/13, JOÃO CÚRA MARIANO, bem como o ac. do mesmo Tribunal n.º 112/2011, Proc. n.º 286/2010, de 2/3/2011, MARIA LÚCIA AMARAL e, antes dele, o ac. n.º 167/2007, de 3/1/2006, Proc. n.º 895/2006, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA. De sublinhar, por fim, que o efeito de caso julgado encontra guarida constitucional por via dos valores da segurança e certeza ínsitos nos arts. 1.º e 2.º da CRP, mas estes valores só têm sentido «desde que integrad[o]s, vinculad[o]s e subordinad[o]s à realização da axiologia material implicada na dignidade da pessoa humana» (NOVAIS, JORGE REIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 39). Sabe-se, todavia, que a jurisprudência do STJ se encontra dividida nesta matéria, ou seja, havendo conhecimento superveniente do concurso, uma corrente maioritária defende que se devem ter em conta não somente as penas de prisão efectiva, mas também aquelas que tenham sido objecto de substituição, desde logo na medida em que em todas elas existe uma determinação de privação de liberdade fixada na decisão judicial. Simplesmente se irão desconsiderar, no cúmulo a elaborar, as sanções substitutivas cumpridas *in totum*, bem como aquelas em relação às quais o período de adimplemento se acha, ainda, em curso. Nem de outro modo poderia ser, neste último ponto, em função da alteração de 2007 do CP no concernente ao art. 78.º, n.º 2, na medida em que o trânsito em julgado dessas penas, decorrendo embora após 30 dias da notificação da decisão final (art. 411.º, n.º 1 do CPP), permanece, como visto, sujeito à regra *rebus sic stantibus*. Quanto às demais, não há razões para que tal não suceda, o que é também mais conforme à natureza de verdadeiras e autónomas penas do instituto em estudo. Ao invés, p. ex., o ac. do TRG de 22/6/2015, Proc. n.º 662/10, ANA TEIXEIRA.

A questão que se pode levantar, todavia, consiste em saber se este não se traduzirá num tratamento desfavorável do condenado. Imagine-se que, em sede de pluralidade de infracções, o crime *A* era punido com dois anos de prisão, o crime *B* com um ano e o crime *C* com sete anos de privação de liberdade. Se efectuássemos um cúmulo parcial entre as penas dos crimes *A* e *B*, a moldura do concurso oscilaria entre dois e três anos, o que admitiria, ao menos do prisma formal, a sua substituição por sanção não detentiva. A ela se acresceria a pena parcelar de sete anos. Ora, imaginando que pelo cúmulo parcial dos crimes *A* e *B* se aplicaríamos dois anos e seis meses de prisão, suspensa na sua execução, pode ser preferível para o condenado cumprir esta medida substitutiva e a prisão efectiva. Em termos práticos, o agente recolheria à prisão para cumprir a pena efectiva e depois, saindo em liberdade (mesmo que condicional), aí iniciar-se-ia o cômputo do período de suspensão.

Assim, ainda no nosso exemplo, se se fizer o cúmulo global, como impõe a nossa lei, no art. 77.º, e pela própria natureza da pena de concurso efectivo, a moldura do concurso oscila entre sete e dez anos de prisão. Ora, mesmo que a pena concreta fosse fixada no mínimo legal, o tempo prático de cumprimento de pena intramuros é o mesmo que na outra hipótese. É certo que a ele ainda se imporá, nesta última hipótese, o decurso do período de suspensão. Todavia, esse é já um tempo de cumprimento não detentivo e que, por isso, não se pode escamotear, comporta um potencial de sofrimento para o condenado em nada comparável com a sanção privativa de liberdade.

Ou seja, por outras palavras, a ideia difundida de que a pena de concurso é sempre mais favorável ao condenado não corresponde necessariamente à verdade. Assim como também merece ser relativizado o facto de a fórmula constante do art. 77.º não importar qualquer diminuição dos instrumentos penais ao dispor do condenado. Na verdade, o sistema de pena conjunta, na modalidade de cúmulo jurídico, importa, de modo objectivo, que alguma ou algumas das medidas concretas parcelares não admitam, na prática (*i. e.*, na diluição da pena única de concurso), uma sua substituição por outra medida. Todavia, tal em nada obsta a uma defesa cabal dos interesses do arguido e, muito menos, a uma hipotética violação do art. 32.º, n.º 1 da Constituição. É a própria natureza deste modo especial de determinação da medida concreta da pena que não nos permite olvidar que estamos em face de factuais criminosas cometidas — todas elas — antes do trânsito em julgado de qualquer uma, o que importa a sua consideração *uno acto* e não de jeito parcelar. Analisar a pluralidade criminosa de uma forma sincopada impediria que o juiz tomasse consciência da verdadeira

factualidade perpetrada pelo agente durante um lapso de tempo que, para efeitos processuais penais, é marcado pela ausência de um qualquer pronunciamento judicial, tanto mais que, amiúde, existem ligações espaço-temporais entre os delitos singulares que interessa apreender em conjunto. Em outras palavras, *é o próprio condenado que estabelece uma ligação entre os vários crimes* a serem julgados em conjunto, de tal modo que o juízo prognóstico favorável fundamentador de qualquer pena substitutiva apenas se justifica se e na medida em que o julgador tem uma visão holística de toda a factualidade. Esquecê-lo seria, porventura, determinar uma medida substitutiva que, depois, em face dos demais crimes parcelares, pudesse ver esse juízo fundador totalmente posto em crise. Dir-se-á, numa palavra, que a consideração isolada dos delitos poderia contrariar o pressuposto material de qualquer medida de substituição, ao tratar, por tranches, realidades unificadas pela ausência de caso julgado sobre qualquer um dos delitos que, entre si, poderiam depor em sentido uns favorável e outros desfavorável à dita substituição.