

HOMENAGEM AO
PROFESSOR DOUTOR

Germano
Marques
da
Silva

VOLUME I

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA



Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena

André Lamas Leite*

Nota prévia

O trabalho que se dá à estampa corresponde, com alterações de pormenor, a um capítulo da nossa dissertação de doutoramento intitulada «As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática (Contributo para uma análise sistemática)», defendida em provas públicas realizadas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Março de 2016 e das quais o Senhor Professor Doutor GERMANO MARQUES DA SILVA foi um dos arguentes.

Na medida em que apenas publicaremos em monografia uma parte da dissertação, o texto que ora se apresenta é inédito e, pela razão acima exposta, cremos ser a melhor forma de demonstrar a sincera gratidão e estima pelo homenageado. Sempre admirei o seu percurso de vida, o seu espírito sagaz e arguto, o seu humanismo a toda a prova, a circunstância de se orgulhar das suas raízes e de ser, para mim e para tantos, um modelo de Homem e de Académico.

É por isto e pelo que vai contido no que as palavras são incapazes de descrever, que me curvo perante o labor e a Amizade que o Senhor Professor nunca regateia, fazendo dele uma incontornável figura da «ciência conjunta do Direito Penal» que, se Deus quiser, estará connosco, para nosso proveito, por muitos anos.

I. Primeira aproximação ao juízo de substituição

É muito claro o propósito que nos anima no presente estudo: em que consiste o juízo que os magistrados judiciais têm de elaborar quando decidem

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

substituir uma pena principal por uma outra, que particularidades lhe assistem ou não e, por fim, saber se estas últimas podem ser agrupadas de modo a permitir uma sua mais cómoda aplicação prática.

Se, como é usual dizer-se, as consequências jurídicas do facto punível são uma «prova de fogo» da dogmática criminal, em especial em matéria das finalidades assinaladas às sanções, então cremos que, partindo de uma teoria preventiva-geral positiva¹, a *actividade judicativa sancionatória* pode e deve ser encarada, *toda ela*, em última análise, como uma *função de prognose*². De facto, quando o juiz aplica uma sanção principal fã-lo com um fim prospectivo, considerando que aquela pena (se estivermos em face de multa alternativa) é a que melhor cumpre, entre nós, o art. 40.º do Código Penal³, pelo que é um raciocínio prognóstico que se desenvolve: dos factos conhecidos – relativos ao crime e ao agente – retiram-se outros desconhecidos e em relação aos quais existe uma expectativa de cumprimento, com base nas máximas da experiência⁴ e nos conhecimentos que o juiz detém em relação ao concreto agente.

Na Alemanha, a prognose é encarada como elemento central de uma decisão judicial, em especial no contendente com as penas substitutivas, sendo habitualmente referida a propósito dos §§ 56 ss., do *Strafgesetzbuch* (*StGB*: Código Penal alemão), sublinhando-se que ela condiciona o *se* e o *como* da

¹ Do modo como a deixámos defendida em LEITE (2017), pp. 203-232.

² Posto que, como bem refere ZAGREBELSKY (2011), p. 136, o caso concreto de que se parte não seja visto na sua pura dimensão fáctica, mas como «acontecimento problemático que coloca a questão de saber como lhe responder, como resolvê-lo em termos jurídicos».

³ Doravante, qualquer referência a um normativo legal sem indicação expressa do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o Código Penal.

⁴ O conceito é objecto de grandes disputas, tanto mais que contende com áreas extrajurídicas como a Filosofia e a Lógica. Um conspecto do problema pode ver-se em PERFECTO IBÁÑEZ (1992), pp. 286-288. Para o efeito da presente investigação, aceitamos a noção avançada por STEIN (1990), p. 22: «definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos factos concretos sob julgamento no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação se induziram e que, para além deles, visam assumir validade para diferentes casos novos». Tal pode ser atingido, *inter alia*, por via da indução, a partir dos «casos comprovados», i. é, aqueles em que as máximas da experiência já provaram funcionar, comparando-os com os factos concretos daquele processo (*ibidem*, pp. 19-20). É evidente concluir, com o autor (*ibidem*, p. 30), no final de um qualquer processo prognóstico, que «[a] fonte de erros consiste na circunstância de o receptor da prova ser um homem mortal, susceptível de errar, e não um deus omnisciente». Do mesmo passo, dizendo-o agora com DWORKIN (1994), p. 53, existe sempre uma teoria pessoal de convicção íntima que, segundo o autor, deve ser seguida pelo juiz, independentemente da sua validade intrínseca.

punição⁵. O *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão), em decisão paradigmática e só aparentemente tautológica, define a prognose de

⁵ Por todos, STRENG (2012), Rn. 770, p. 380. Também MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (2014), § 65, Rn. 19-20, p. 864, se referem a uma *prognostisch günstige Täterbeurteilung* da personalidade do agente, sublinhando que nessa prognose só se consideram aspectos de legalidade e nunca de moralidade. É evidente que o mesmo sucede entre nós. De entre uma torrente jurisprudencial, veja-se a significativa expressão usada no acórdão do TRC de 04.02.2015, Belmiro Andrade: «[n]a base da decisão de suspensão da execução da pena deverá estar uma *prognose favorável* ao agente, baseada num *risco prudencial*» (itálicos nossos). Todos os arestos nacionais, salvo indicação expressa em contrário, foram consultados em Janeiro de 2019 em <http://www.dgsi.pt>.

Não cabe na economia deste trabalho desenvolver a tipologia de prognose existente, remetendo-se o leitor para a explanação de STRENG (2012), Rn. 781-814, pp. 385-403: «intuitiva» – a que se baseia na experiência do julgador e que encontra como principais problemas os preconceitos e as ideias comuns, de senso-comum, sem suporte científico e que podem ser bastante injustas; «estatística ou actuarial» – conjunto de variáveis que se acham relacionadas com as taxas de reincidência e classificação de casos particulares com base em tais variáveis, existindo mesmo instrumentos de prognose actuarial, de entre os quais salientamos o VRAG (*Violence Risk Appraisal Guide*) ou o SORAG (*Sex Offender Risk Appraisal Guide*), bem como o OGRS (*Offender Group Recidivism Scale*); o método «ideal-comparativo» de GÖPPINGER; e a chamada «prognose clínica» – estudo de casos individuais recorrendo à Psicologia, Psiquiatria e Medicina, partindo da história do indivíduo e de critérios de diagnose, de onde deriva a previsão do desenvolvimento e do comportamento futuros. O autor não tem ainda dúvidas em afirmar que, na impossibilidade de recorrer a um especialista, na generalidade das hipóteses são os conhecimentos, o treino e a educação contínua em matéria criminológica que devem fundar uma prognose responsável – *ibidem*, Rn. 815, p. 403. Para uma referência a particulares tipos de criminosos, como os agentes de delitos sexuais, onde as exigências e as técnicas prognósticas utilizadas são díspares, *ibidem*, Rn. 818-820, pp. 404-406. Uma síntese destes métodos, com particular destaque para o «intuitivo», encontra-se em ZIPF (1989), pp. 136-139. Na jurisprudência, entre tantos, cf. a decisão do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG: Tribunal Constitucional Federal alemão) de 28.09.2010, Proc. n.º 1081/10, do 2.º Senado, <http://www.bundesverfassungsgericht.de>, em que o tribunal de Karlsruhe manifestou uma posição bastante exigente em sede de revogação da pena suspensa por incumprimento grosseiro e culposo das condições impostas, entendendo que a decisão judicial para tal necessita, obrigatoriamente, de estar dotada de factos concretos aptos a preencher o juízo de prognose desfavorável, não somente quanto a esse inadimplemento, mas também em relação à comissão de novos delitos («[d]er Bewährungswiderruf sei keine Strafe für den Weisungsverstoß; es müsse zusätzlich die Gefahr weiterer Straftaten bestehen»). Em idêntico sentido, a BVerfGE 18, 85. Também com particular enfoque na necessidade de a revogação da pena suspensa ser largamente fundamentada de facto e de Direito, *vide* a decisão do mesmo tribunal de 22.06.2007, Proc. n.º 1046/07, 2.º Senado. É ainda muito claro, nesse acórdão, como em outros sobre a matéria,

um modo curto como «a maior probabilidade de o agente, no futuro, não praticar crimes que a de reincidir», defendendo que o juízo deve ser favorável quando as hipóteses de a primeira ocorrerem suplantem a segunda⁶. A personalidade dos agentes é tida como *Reaktionsbasis* em que a liberdade humana se aceita⁷, de modo a escolher entre as várias sanções ao dispor do juiz, distinguindo-se as características típicas do indivíduo (preditores) daquelas que são «situacionais», i. é, contingentes na sua vida e que não o definem *a se*, mas apenas em um dado momento histórico – respectivamente, as *Prädiktoren 1. Klasse* e *Prädiktoren 2. Klasse*. Tal juízo importa, ainda, que somente se atendam às possibilidades realistas de o condenado ser motivado pela sanção que se considera mais adequada⁸. Se quisermos dizê-lo em uma fórmula curta, a prognose – em sentido negativo – seria uma «possibilidade séria de comissão futura de acções delituosas relevantes»⁹, sendo exacto que deve o juiz procurar uma *margem de risco adequada* entre a prognose favorável e desfavorável na relação agente/comunidade¹⁰. É ainda evidente, na Alemanha

que a revogação da pena suspensa em si mesma não é uma pena pelo incumprimento das injunções («[d]er Bewährungswiderruf ist keine Strafe für den Weisungsverstoß»).

⁶ De 13.08.1997, 2 StR 363/97: «[a]usreichend ist, daß die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens größer ist als diejenige neuer Straftaten» (disponível em https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-08-13/2-StR-363_97).

⁷ Partindo deste princípio e sublinhando que uma carreira criminal com várias inscrições no registo obsta, como regra, à proibição de aplicação de penas curtas de prisão, *inter alia*, cf. a decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão) 1 StR 382/08 (13.08.2008). Não obstante, se estivermos em face de crimes bagatelares, já se entendeu que, p. ex., uma arguida de 74 anos que, desde 1977, havia cometido 13 crimes de furto de baixo valor, normalmente relacionados com alimentos, tendo ainda em conta que, como regra, os bens eram recuperados, não devia cumprir prisão efectiva, mas uma pena suspensa (decisão do *Oberlandesgericht Oldenburg*, Ss 187/08 (05.06.2008), referida em <http://www.kostenlose-urteile.de>, acedida em 23.05.2014). Não é minimamente objecto da investigação empreendida o magno tema do determinismo/indeterminismo e da sua projecção no Direito Penal. Conhece-se a oscilação que sempre existiu e existirá na penalística sobre a matéria, adoptando nós a concepção de base de um (in)determinismo relativo. Apenas como ilustração, JORDÃO (1975), «[o] fundamento do direito de punir», p. 303, ao invés de KANT, para quem ela era uma «crença» ou, se quisermos, em outra direcção, uma hipótese de trabalho, concebia a liberdade como «um facto igual em certeza a tudo que ha de mais certo».

⁸ STRENG (2012), Rn. 773-774, pp. 381-382.

⁹ «Wahrscheinlichkeitsgröße der künftigen Begehung relevanter deliktischer Handlungen» [STRENG (2012), Rn. 774, p. 382].

¹⁰ STRENG (2012), Rn. 775, p. 382.

e em qualquer outro Estado, que todo o juízo prognóstico importa sempre grandes problemas de concretização e de efectiva verificação, na medida em que inexiste qualquer teoria em absoluto adequada a uma previsão segura do comportamento criminal, pela cristalina razão de que estamos a falar de um predicado humano, na essência imprevisível. Donde, exacto é que todas as teorias atinentes à criminalidade são sempre *probabilísticas*, uma vez que o contrário seria pressupor a existência de um modelo totalmente determinista.

Tal não importa, outrossim, que em matéria de compressão de direitos fundamentais, ao invés do que sucede em outros domínios em que esta técnica actuarial é usada, não deva existir uma acrescida cautela, visto estarmos, na expressão de FRISCH (1983), pp. 22-23, perante uma «base de actos soberanos de intervenção», igualmente visível no momento da escolha da pena que se coloca logo ao nível da sanção aplicável prevista no tipo, de privação de liberdade ou de afectação do património. Esta prognose é «ponto de partida e base para a intervenção na liberdade e nos bens». O mesmo autor chama a atenção para a necessidade de termos em conta um «caso de prognose» (*Prognosesachverhalt*), ou seja, adequar o juízo geral nesta matéria às especificidades da concreta situação fáctica, no que poderíamos dizer ser uma adaptação da importância de fazer reflectir o «pensamento do problema» no «pensamento do sistema»¹¹. FRISCH (1983), pp. 25-26, refere-se, em especial, às penas de substituição, em cujo «caso de prognose» deve o juiz atentar em todas as características disponíveis quanto ao facto e ao agente, em um estudo transversal e longitudinal. Podemos ainda divisar o «diagnóstico psicológico» (*psychischer Befund*) e social como partes imprescindíveis à formulação do juízo prognóstico, o qual abrange as características psicológicas do agente, a presença de forças destrutivas e o seu relevo na personalidade global, bem como a relação que intercede entre estas e as forças construtivas; a presença ou a falta de emoção; o modo de pensamento (planeamento das acções ou carácter precipitado e irreflectido); se o acto sob julgamento se insere em uma estrutura de personalidade ou se resulta de uma reacção a uma circunstância anormal, diríamos «acidental» na vida do sujeito. Numa palavra, a nossa conhecida distinção entre saber se o crime se insere numa *linha de continuidade* de uma personalidade, manifestada em acto, contrária ou indiferente ao dever-ser jurídico-penal, ou um *acto inopinado, atípico*, em uma vida geral de conformidade ao Direito. No tocante ao domínio social¹², atendemos à estrutura axiológica

¹¹ Por todos, DIAS (2006), pp. 163-164.

¹² FRISCH (1983), pp. 26-27.

do sujeito, o que nada mais é que parte da «situação social interna» (*innere soziale Situation*): até que ponto o condenado está satisfeito com as suas acções e a sua relação com o ambiente que o rodeia; se o seu prestígio social¹³ (auto e heteropercebidos) são suficientes para ele ou se, pelo contrário, existem «tensões “crimino(ambi)valentes”» (*kriminovalente Spannungen*) nestes domínios; o modo de inserção familiar. Em conclusão, o juízo prognóstico exige uma *análise transversal e longitudinal* da vida do condenado, exactamente com o fito de descobrir se o delito surge como um episódio desgarrado numa vida habitualmente normativa ou como parte do que pode ser já designado por «carreira criminal».

A determinação do *quantum* a partir do qual se entende que a prognose é ou não favorável é das questões mais complexas, sendo exacto que um método puramente quantitativo não é suficiente, dado não eliminar os «falsos negativos e positivos», ou seja, hipóteses em que uma análise pura do primeiro tipo eliminaria ou admitiria uma prognose favorável e que, a final, se provaria terem sido operações precipitadas¹⁴. Uma análise qualitativa deve ainda, por outro lado, ultrapassar a mera ideia de respeitabilidade externa do agente, garantindo a sua dignidade e evitando o efeito de estigmatização, como se o juízo de prognose fosse um desencorajamento para a pessoa, em função de uma profecia que se cumpre¹⁵. Daí que existam objecções criminológicas a essa prognose, por se acreditar que a mesma tende a reproduzir os efeitos de selecção penal dos criminosos, numa clara aproximação a uma teoria do *labeling*, embora se entenda que a fundamentação da decisão acaba por obstar, em geral, a estas críticas¹⁶.

Assim enquadrados, por rectas contas, se bem vemos, os *factores de medida da pena* são instrumentos ao dispor do julgador para acomodar as exigências punitivas à concreta facticidade (o que nada tem de novo e contende em absoluto com a «individualização da pena») e, nesta medida, também, *factores de prognose*. Mesmo quando atinentes a aspectos retrospectivos, como o comportamento anterior do agente, p. ex.

Tal não significa, não obstante, que as penas de substituição, neste contexto, nada tenham de específico. Pode falar-se de um «*duplo juízo de prognose*» nesta

¹³ Hoje, verdadeiro cerne e medida do poder, como lucidamente sublinha REAL (2013), pp. 95-98.

¹⁴ STRENG (2012), R.n. 775-777, pp. 382-383.

¹⁵ STRENG (2012), R.n. 778, p. 384.

¹⁶ Assim, STRENG (2012), R.n. 780, p. 385.

matéria – aquele que normalmente rege a determinação de uma concreta medida da pena e o que implica a sua eventual substituição por outra. Qualquer um deles pode falhar e os elementos que exemplificativamente se acham recolhidos no art. 71.º, n.º 2, são *indícios* a considerar no juízo de prognose.

II. Fundamento(s) do juízo substitutivo

Prossigamos com a apreensão e densificação do tema, o que encetamos por meio de uma pergunta: pode todo o juízo substitutivo, por natureza uma actividade judicial complexa, ser reduzida a um mesmo fundamento?

Vejamus uma primeira hipótese de trabalho: que o princípio que se retira do factor de medida da pena do art. 71.º, n.º 2, al. a), *in fine* – o «grau de violação dos deveres impostos ao agente» – é apto a funcionar como critério geral aquando do preenchimento do juízo substitutivo. É dito, entre nós, que este factor não deve ser só considerado em sede dos crimes negligentes onde é aspecto por excelência a ter em conta. Todavia, o que se entende por ele? Bem interpretado, ele comporta virtualidades que importariam uma substituição de vários outros factores de medida da pena. Desde logo por via da sua aproximação a considerações de culpa. Não é também esta última uma ausência de cumprimento de um comportamento de respeito pelos comandos jurídico-penais que o ordenamento dirige ao concreto agente? O dever de fidelidade ao Direito que se acha vulnerado pelo juízo de censura em que se traduz a culpa não é o primeiro (ou um dos primeiros deveres) que se impõe ao ser humano que vive em sociedade? Em perspectiva negativa, de abstenção de lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, ou em face positiva, nos crimes de omissão.

Ora, se a hermenêutica retirada como princípio regulador desse factor de medida da pena for esta, então estaremos em presença de uma clara aproximação à culpa que, na matéria da substituição, pode alcançar resultados interessantes¹⁷. Dir-se-á que o juiz, quando decide por aplicar uma das penas sobre as quais nos debruçamos, conclui que o facto praticado, em conjugação com a personalidade nele documentada permite elaborar um prognóstico favorável no sentido de que o condenado se afastará da violação dos deveres que lhe são impostos. Em primeiro lugar, a inexistência de repetição delituosa e, sendo caso disso (o que não sucede, p. ex., na pena suspensa «simples»),

¹⁷ Para o seu desenvolvimento, criticando o total afastamento de um certo entendimento da culpa no juízo substitutivo, veja-se LEITE (no prelo).

o cumprimento das injunções, deveres ou regras de conduta típicas de cada uma das penas substitutivas.

Todavia, aqui chegados, apercebemo-nos da imprestabilidade de uma construção como esta, na medida em que, bem vistas as coisas, todo e qualquer crime se traduz no incumprimento dos deveres gerais que o ordenamento jurídico impõe a qualquer pessoa: o afastamento da violação ou colocação em risco de lesão de bens jurídicos. Por outras palavras, adoptar o art. 71.º, n.º 2, *in fine* como princípio geral da matéria das sanções substitutivas não detém, em si, uma especificidade capaz de fazer recobrir o instituto em estudo de uma *racionalidade própria*.

Gorada uma das hipóteses, avancemos para outra. Desta feita, inquiramos se as penas em estudo nada mais serão que uma das faces do princípio da intervenção do Direito Penal como tutela de *ultima ratio*¹⁸. De facto, as actuais

¹⁸ Com consagração constitucional em todos os Estados que nos são próximos. A História do princípio é longa e pode, em súmula, ser consultada em LEITE (2007), pp. 349-357. Sobre a influência marcada do Direito Canónico, *vide* ESER (1989), pp. 507-512. A título de exemplo, cf. os artigos 11 Abs 2, e 104 Abs 1 e 2, da *Grundgesetz* (GG: Constituição Federal alemã), estabelecendo que a liberdade só pode ser limitada quando inexistir outro mecanismo menos gravoso para atingir os fins pretendidos, os quais devem estar expressamente consagrados na Lei (princípio da legalidade). As últimas décadas têm assinalado um carácter mais diáfano e rarefeito a este princípio, ao que não é alheia a circunstância de as sociedades hodiernas serem cada vez mais plurais, dominadas por distintos grupos de pressão com interesses contrastantes, o que, em consequência, reclama que a norma jurídica seja cada vez menos geral e abstracta, campeando as «leis-medida». Sublinha-o, p. ex., ZAGREBELSKY (2011), pp. 36-37.

Sobre a origem liberal do princípio, lamentando o actual cariz de *prima ratio* que hoje vai campeando, seja-nos permitido referir um dos mais consagrados penalistas da chamada «Escola de Frankfurt»; propositadamente, decidimo-nos por uma citação em que tal é visível: a responsabilidade pela colocação no mercado de produtos – *vide*, HASSEMER (1996), p. 8. Para um conspecto mais geral do pensamento do autor, HASSEMER (1999), pp. 317-331, em esp., pp. 328-330, propendendo para uma redução do nosso ramo de Direito à protecção de bens jurídicos pessoais e colectivos apenas quando os mesmos tenham uma referência expressa e clara nos primeiros, sob pena de uma confusão com o Direito Administrativo, o que também encontra um reflexo na sanção criminal, que passa a ser uma fonte de contenção de riscos e da sua predição, acabando-se com as fronteiras entre repressão e prevenção, devendo o Direito Penal, na perspectiva hoje maioritária e que HASSEMER critica, tudo prevenir, muitas vezes por ser um instrumento mais barato para o Estado. *Per summa capita*, «[a] pena pode conservar o seu sentido quando o Direito Penal não degenera até converter-se no símbolo decorativo da solução global de um problema» [*ibidem* (1999), p. 330]. O diagnóstico quanto a um uso exagerado do Direito Penal em diversas factuais é generalizado, ressaltando-se o uso simbólico de vários tipos legais

penas principais consagradas no elenco sancionatório só devem ser aplicadas se e na medida em que outras, com comprovados menores efeitos criminógenos, não forem suficientes para acautelarem as finalidades a que alude o art. 40.º Mais ainda: é a consagração da liberdade como valor supremo na hierarquia constitucional que determina como imperativo – também ele de cariz constitucional – duas coisas: a primeira, a imposição com subsidiariedade reforçada das sanções mais gravosas da paleta criminal; a segunda, a prescrição de que o legislador ordinário crie adequadas penas substitutivas, não somente em número, mas sobretudo na funcionalidade e operacionalidade de regime. De tal modo que não julgamos descabido afirmar que sempre que o legislador infraconstitucional inadimplir estes mandamentos, estaremos perante uma *inconstitucionalidade por omissão*.

O que vem de dizer-se tem de ser integrado num âmbito mais vasto, qual seja o do *princípio da proporcionalidade* na sua relação com o tema em estudo. A literatura sobre este princípio é inabarcável¹⁹, mesmo considerado apenas na perspectiva do Direito Criminal. Pode até afirmar-se, sem exagero, que o princípio plasmado no art. 18.º, n.º 2, da Constituição se assume como a *marca identitária* de todo este ramo de Direito, na sua correlação umbilical com a Lei Fundamental. Assim, os habitualmente designados subprincípios da *adequação*

de crime e uma aparente imprestabilidade do conceito de «bem jurídico» como *instância crítica depuradora*, diríamos nós – cf. HIRSCH (2003), p. 6.

Não se ignora, por fim, quanto a este ponto, que autores existem [cf. PRITTWITZ (2011), pp. 23-37] que se manifestam contra a expressão *ultima ratio*, considerando antes que o essencial é que o Direito Penal seja a *propria ratio*, no sentido em que o nosso ramo de Direito, pela sua natureza, lida com processos arriscados e que se tal não for aceite, então não haverá espaço para ele. Tendo em conta que a expressão sob crítica tem hoje sido tão posta em causa, entende-se que o que se deve buscar em cada caso concreto é o *ponto ótimo entre um mecanismo de controlo não liberal (densidade de controlo de segurança) e uma aceitação do risco de cariz liberal (ibidem, p. 36)*.

¹⁹ Entre tantos outros, *vide* MIR PUIG (2009), *passim*, e, mais recentemente, QUINTERO OLIVARES (2015). Este último autor chama a atenção para o facto de, em Espanha, ao invés do que sucede entre nós, o princípio se não achar previsto para a matéria penal na Constituição, embora os tribunais o apliquem amiudadas vezes, desde logo por via do art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do art. 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Mais refere que se vem admitindo uma mais ou menos ampla margem de discricionariedade do legislador ordinário na configuração dos tipos, sendo o Tribunal Constitucional daquele país relativamente estrito ao afirmar inexistir um direito fundamental à proporcionalidade das penas. Chama a atenção para o princípio, no específico domínio em estudo, STÄNDIGEN DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (1992).

(o meio utilizado tem de ser apto a conseguir as finalidades para que tende), *necessidade* (inexistência de outro meio menos gravoso em termos de limitação de direitos do agente) e *proporcionalidade stricto sensu* são uma realidade omnipresente em todos os institutos penais.

SCHÜNEMANN já defendeu que a proporcionalidade na matéria criminal não encontra uma fundamentação satisfatória somente na teoria da prevenção geral positiva, devendo, por isso, ser integrada por princípios éticos suplementares²⁰. Para VON HIRSCH/JAREBORG, a razão estaria no conteúdo de censura de ilicitude e de culpa que a decisão encerra, i. é, estes dois componentes do conceito de delito seriam, em si, o fundamento da proporcionalidade. A proporcionalidade não depende da maior ou menor dificuldade em provar a alegação dos factos, reforçando sim, ela mesma, o efeito geral-preventivo do sistema sancionatório. Propõem os autores um conceito de proporcionalidade baseado no modo como o «homem comum» olha para uma certa conduta e a reprova, devendo a sanção reflectir um maior ou menor *quantum* nessa conformidade, a qual, todavia, não é encarada em termos retributivos²¹. Mais ainda, apelam para a distinção entre uma *proporcionalidade ordinal ou relativa* e *cardinal ou não-relativa*. A primeira contende com a comparabilidade das penas entre si, ao passo que a segunda diz respeito à circunstância de, ao determinar uma sanção concreta para um dado tipo legal de crime, a partir da sua gravidade, poder determinar-se qual o *quantum* de pena a aplicar para delitos mais ou menos graves. Para estes autores, a distinção abriria espaço para a compreensão de que se não pode falar em uma pena correcta quando a mesma não é intercedida pela proporcionalidade²².

Donde, aquilo que agora colocamos como hipótese de trabalho é saber até que ponto o princípio é apto a constituir o fundamento último das penas substitutivas. Se toda a intervenção criminal deve ser proporcional, então quase seria tautológico afirmar que o nosso tema radica no princípio do art. 18.º, n.º 2, da Constituição. E este, por seu turno, fundamenta-se na vigência dos direitos fundamentais, i. é, a existência destes direitos é a base em que a proporcionalidade em sentido lato se funda²³. Do mesmíssimo modo como qualquer ramo de Direito existe para fazer funcionar, na vida, os direitos

²⁰ Citado em VON HIRSCH/JAREBORG (1991), p. 11.

²¹ «Tadel/Unwerturteils» [VON HIRSCH/JAREBORG (1991), pp. 11-12 e 15].

²² VON HIRSCH/JAREBORG (1991), pp. 25-26.

²³ Claro, MIR PUIG (2009), pp. 1368 e 1370-1371.

fundamentais plasmados no texto constitucional. Assim dito, contudo, nada de distintivo se alcança. A análise tem, por isso, de ser aprofundada.

Para isso, já se questionou²⁴ até que ponto esse princípio pode ou não substituir, com vantagens, as teorias dos fins das penas enquanto fundamento de toda a intervenção criminal. Se bem vemos as coisas, porém, a questão surge-nos como algo desfocada. De facto, pelo que já referimos, é nosso entendimento que toda e qualquer teoria que se tem debruçado, ao longo dos séculos, sobre a *vexata quaestio* dos fins do sancionamento é, em si, *uma materialização concreta da proporcionalidade*. Sejam os autores de filiação ético-retributiva sejam os de feição relativa, todos eles encaram os respectivos pressupostos como o modo para si mais perfeito de dar guarida à proporcionalidade em sentido estrito. A retribuição, a actuação sobre a comunidade no seu conjunto, em feição negativa ou positiva, ou a preventivo-especial, em todas as modalidades conhecidas, justificam a imposição sancionatória para que tendem como a forma mais perfeita de encontrar uma equivalência entre a gravidade da limitação (ou eliminação) de direitos e a gravidade intrínseca do delito. Donde, neste sentido, a pergunta inicial surge-nos como algo estéril.

Se assim é, ou seja, se entendemos que, como em qualquer outro instituto penal, a proporcionalidade *lato sensu* é, sempre, o fundamento último, por ser ela, também, a base de toda a intervenção criminal, claro está que o é também no que tange às penas substitutivas. Com a particularidade de, aqui, tal ser *ainda mais evidente*. O juízo de substituição encerra sempre uma ponderação que encontra na proporcionalidade a finalidade última. Quando um juiz, p. ex., em face de uma medida concreta de três anos de prisão, entende estarem preenchidos os requisitos formais e materiais da pena de suspensão da execução da privação de liberdade, considera que a sanção a aplicar é idónea às finalidades assinaladas no art. 40.º; que ela é, de entre as várias opções disponíveis pelo legislador, aquela que menos custo importa para a esfera jurídica do condenado e que é a melhor opção no balanceamento entre a gravidade do delito e da concreta sanção. Sendo certo que todas as vertentes do princípio da proporcionalidade se preenchem, é mister afirmar que a *necessidade* é, por definição, aquela que mais directamente bole com a temática da presente dissertação.

Donde, em última análise, que operação jurídica empreendeu o magistrado judicial ao substituir a prisão ou a multa que não a de ponderar, de entre um conjunto de sanções, aos olhos do legislador idênticas, aquela que menos

²⁴ É o caso de MIR PUIG (2009), p. 1359.

constringe direitos fundamentais do condenado? Se uma pena suspensa é necessária para proteger os bens jurídicos lesados, com que sentido se imporá uma pena principal que, na quase generalidade das hipóteses, encerra um *quantum* de sofrimento maior? Mais ainda, é esse juízo de necessidade que pode justificar que em penas como a prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC), a partir de um certo *quantum*, inexistam uma proporcionalidade aritmética entre a prisão a substituir e as horas de trabalho a prestar (art. 58.º, n.º 3, *in fine*). Dito de outra forma: o legislador entendeu não apenas que há uma diminuição da gravidade da imagem global do facto, mas também que a partir de uma certa quantidade de algumas penas de substituição já não é necessário observar uma proporção directa entre os dois termos da equação substitutiva.

Donde, não se hesita em alicerçar as penas sob escarpelização no étimo fundante da proporcionalidade, *em especial na necessidade*, em termos particularmente impressivos, atento o juízo prognóstico que as primeiras sempre encerram.

III. O *iter cognoscitivo* do julgador

Cumpra, aqui chegados, investigar o *iter cognoscitivo* do aplicador da lei quando, em face de uma medida concreta de pena de prisão ou multa elegível para substituição, se pronuncia ou não pela sua efectiva aplicação, ou quando, em hipóteses de multa alternativa, logo ao nível da moldura abstracta tem de optar-se entre a prisão e a sanção pecuniária.

Conexionada com esta questão está aquela que também se levanta nos tipos legais em que se prevê multa alternativa. Se, de antemão, as exigências preventivas a que alude o art. 40.º se cumprem por via de uma pena de multa principal, é essa mesma que se deve determinar e não a prisão – cf., também, o art. 70.º –, mesmo que o juiz conheça a situação económico-financeira desfavorável do condenado. Pelo contrário, de jeito entre nós claramente maioritário na doutrina e na jurisprudência²⁵, defende-se que possa ocorrer a escolha de uma pena privativa de liberdade em vez da multa e, depois, a mesma, fixada a respectiva medida concreta, seja substituída por uma outra sanção.

Argumenta-se, nesse sentido, que não somente se trata da consagração de que o momento da escolha ínsito no tipo legal é *diverso* daquele a que preside

²⁵ Veja-se, p. ex., ANTUNES (2013), p. 7 e, na jurisprudência, de entre outros, o acórdão do STJ de 15.11.2001 (Carmona da Mota) e o acórdão do TRP, de 01.06.1994 (Pereira Cabral).

o momento em estudo (no primeiro, são considerações de «*conveniência ou da maior ou menor adequação da pena*, enquanto no segundo o critério é da *necessidade de pena*»²⁶), mas também – prossegue-se – não deverá provocar reбуços que, *na praticabilidade das soluções*, seja esta uma forma de o magistrado ter ao seu dispor um leque mais amplo de penas substitutivas, muitas delas, aliás, bem mais adequadas até à situação económico-financeira do condenado a que aludíamos. Pense-se, *v. g.*, na substituição de uma pena de prisão por uma pena de PTFC. Parece evidente, contudo, alguma inversão das etapas normais em que o juízo do julgador se estrutura. Pode bem acontecer, *na prática*, que o magistrado considere que, sem atender às condições económico-financeiras do agente, a pena de multa principal seria a mais adequada ao cumprimento do art. 40.º, sobretudo tendo presentes os efeitos dessocializadores da prisão. Simplesmente, também se não ignora que, encerrada a audiência de julgamento, pela prova constante dos autos e produzida naquela fase processual, o juiz estará em condições, ao elaborar a decisão, de conhecer a dita situação económico-financeira do condenado. Donde, parece natural que o raciocínio desenvolvido seja, em hipóteses de debilidade a esse nível, optar por uma pena de prisão que se fixa numa medida concreta que, depois, se substitui, em princípio, por congruência lógica, por uma pena de conteúdo não económico.

Ora, com isto existe um «desvio do sistema» que se não pode negar. Todavia, seguindo a mesma linha argumentativa, não parece haver motivos para preocupação, dado que a alternativa seria, por rigorismo aplicativo, chegar a uma solução concreta menos justa e que, aí sim, poderia vulnerar o princípio da igualdade. Explicando-nos: a situação penal, por via do estado económico-financeiro de um condenado, pode ser diversa da de outro, em virtude desta última ser mais ou menos favorável. Donde, tratando-se de factuais diferentes, também distinto deve ser o respectivo tratamento. A alternativa seria escolher, *ab initio*, a multa principal que, também nesse momento, o juiz saberia ser impossível de adimplemento *in casu*, sem que o leque de substitutivos seja capaz de responder à concreta dificuldade. Pelo menos – admitamo-lo – no sistema de Direito positivo hoje vigente.

Mas será este o sistema que melhor responde às preocupações dogmáticas e político-criminais que o enformam? É esta a melhor solução?

Equacionemos um diverso modelo: tendo em conta que prisão e multa devem ser cada vez mais encaradas – excepto na criminalidade mais grave – como *substitutivos intermutáveis*, atenta a preocupação de fazer dotar a sanção

²⁶ As palavras pertencem a ANTUNES (2013), p. 72. Nossos itálicos.

pecuniária de uma efectividade similar à da privação da liberdade, não seria preferível que um maior leque de penas de substituição se aplicasse a ambas as sanções principais? Assim, tendo em conta o critério geral de equivalência entre elas (1 ano de prisão = 120 dias de multa), e defendendo nós que, por razões de *efectividade* das penas substitutivas, essa conversão fosse proporcional, a que acresce que já em outro local – e agora reiteramos – somos de parecer que o máximo da medida concreta das penas a que se aplicaria o instituto que estudamos deveria ser até três anos e não cinco²⁷, o juiz teria, *ab initio*, uma escolha menos paradoxal. Assim, a pena suspensa aplicar-se-ia a penas de multa de medida até 600 dias, a pena de PTFC até 240 dias, e as demais, porque não superiores a 1 ano, até 120 dias de multa (quanto à pena a que alude o art. 46.º, a multa seria até 360 dias).

Repare-se que os termos da distinção entre o momento em que tal escolha ocorre logo ao nível da moldura penal abstracta, nas hipóteses de multa alternativa, e aquele em que surge a final do processo determinativo da medida concreta, não são claros, deixando muitas dúvidas no aplicador. Por outro lado, se se diz – e bem – que a escolha da pena pode ocorrer em qualquer destes dois momentos, qual o sentido de os adscrever a critérios diversos? Nem se diga que, quando colocado em face somente da pena aplicável, o juiz tem menos elementos ao seu dispor que no final do processo determinativo, visto que, se de um prisma *meramente conceptual e teórico*, tal pode fazer sentido, não tem adesão à realidade. De facto, encerrada a audiência de julgamento e elaborada a decisão final, o juiz ou juízes contam com todos e os mesmos elementos probatórios, pelo que admitir que no seu raciocínio elaborarão uma partição estanque não é real. Acresce que uma solução deste tipo traria a inegável vantagem de não importar o «desvio do sistema» a que acima aludimos. O procedimento seria mais simples, rectilíneo e sem condições paradoxais de difícil explicação.

Em termos de desvantagens vislumbráveis, poder-se-á argumentar que o critério proporcional entre a privação de liberdade e a multa ultrapassaria o limite máximo a que alude o art. 77.º, n.º 2, mas tal só assim seria se se mantivesse o actual regime da pena suspensa, que a admite até medidas concretas sancionatórias de cinco anos (1200 dias de multa). Mesmo assim, julgamos não se tratar de observação pertinente: estamos em face de dois diferentes institutos, com diversas intencionalidades, a que acresce o facto de o art. 47.º, n.º 1, admitir que os limites normais da pena de multa possam ser ultrapassados,

²⁷ Cf. LEITE (2009), pp. 583-630.

sendo exactamente a sanção de concurso um desses exemplos. Aliás, em sede da conversão da pena de prisão em multa, na responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas²⁸, já se tem vindo a defender – e bem²⁹ – que, sob pena de implosão das exigências preventivas-gerais deste sancionamento, o limite máximo a ter em conta é o resultante da conversão de 25 anos em 3000 dias de multa (cf. art. 90.º-B, n.º 2). Outra crítica mais

²⁸ Veja-se, no essencial, SILVA (2009), *passim*, em esp., pp. 25–40, com uma enxuta síntese dos magnos problemas que a questão convoca, bem como as pp. 85–112; do mesmo autor, SILVA (2008), pp. 67–97.

²⁹ BRANDÃO (2008), pp. 49–50. O autor defende a revogação implícita do art. 77.º, n.º 2, quando esteja em causa a aplicação da pena de multa às pessoas colectivas e equiparadas, encontrando no art. 90.º-B, n.º 2, a norma expressa que autoriza a excepção ao regime do art. 77.º, n.º 2, avançando ainda com o argumento de que tal excepção já existe em outras regiões normativas como no RGIT (art. 12.º, n.º 2). Contudo, reconhece ainda o penalista que seria muito duvidoso, dentro do sistema do cúmulo jurídico entre nós vigente, que se não estabelecesse qualquer barreira e que o limite máximo da pena de concurso se limitasse à adição das concretas penas de multa aplicadas. Neste sentido, considerando que estamos perante analogia *in bonam partem*, defende a aplicação do limite de 25 anos previsto para a pena de prisão no art. 77.º, n.º 2, convertido através do critério previsto no art. 90.º-B, n.º 2. Como se avançou em texto, concordamos com a solução final proposta, embora não nos pareça ter existido qualquer *revogação implícita* da norma atinente à determinação da pena em hipótese de concurso. Existiu sim, claramente, uma *lacuna de lei*, dado que todo o regime dos artigos 77.º a 79.º (mesmo este último tratando de uma realidade diversa, como se não ignora, a do crime continuado, punido de acordo com um princípio de exasperação, dentro de um modelo de pena conjunta) foi pensado apenas e tão-só para as pessoas singulares. Se partirmos deste entendimento, então é verdade que a analogia – como primeira forma de colmatação de lacunas – funciona *in bonam partem* na conversão dos 25 anos de prisão em multa, porquanto o montante máximo da multa a que alude o art. 77.º, n.º 2, apenas foi equacionado para as ditas pessoas físicas. Onde, inexistente o veto inultrapassável do art. 1.º, n.º 3. Nem se diga que a circunstância de, quando estamos perante um tipo legal de crime que pune a acção ou omissão somente com multa alternativa ou autónoma, não se atenta na sanção privativa de liberdade, mas somente na pecuniária, fixando já esta os limites para o sancionamento das pessoas colectivas e entidades equiparadas. De facto, trata-se de dois problemas distintos: um contende com o *quantum* de pena que, *em abstracto*, o legislador entendeu ser adequado e suficiente para a realização das finalidades punitivas, pelo que é o limite da multa logo fixado no tipo o único a considerar; o outro contende com a punição de concurso que, manifestamente, não está acautelada pela limitação a que alude o art. 77.º, n.º 2, quanto à pena pecuniária, por ter sido em exclusivo architectada para as pessoas singulares. Assim, a outra solução possível de excogitar, mas inconstitucional por violação do princípio da culpa e por introduzir graves entorses ao modelo de sancionamento do concurso, seria a de um puro sistema de acumulação material, por certo mais gravoso para o agente.

séria contende com a quase inexistência de tipos legais que, na sua moldura abstracta, prevejam 1200 dias de multa (que não *total*, bastando atentar, p. ex., no art. 12.º, n.º 2, do RGIT, que admite a sua elevação até 1920 dias).

É evidente, aqui chegados, que tal importaria, na pena suspensa, um regresso ao sistema vigente na versão originária do CP de 1982, *em que a multa principal podia ser suspensa na sua execução*. Mais uma vez partindo do princípio de uma equivalência normativa entre as duas penas, não vislumbramos óbices de maior quanto à efectividade da sanção substitutiva. Como crítica, dir-se-ia que os deveres ou regras de conduta que se lhe poderiam impor somente assumiriam conteúdo não económico, sob pena de implosão da lógica que presidiria ao instituto. Suspendia-se uma pena de multa de 100 dias, à taxa diária de 10 €, p. ex., durante um ano, sujeita ao pagamento de uma indemnização ao ofendido? Mas a razão essencial dessa suspensão não teria de ser a incapacidade de o condenado liquidar a multa principal? Uma linha argumentativa deste tipo, porém, denota uma confusão entre a razão que está na base da concessão do diferimento do pagamento da multa como sanção principal (art. 47.º, n.º 3), essa sim contendente com dificuldades económico-financeiras, com a decisão de suspender uma multa principal, a qual é a mesma que no caso da prisão. Entenderia o juiz que não é necessário, do prisma preventivo, executar a ofensa ao direito fundamental «património» do condenado, só tal devendo ocorrer se e na medida em que este não cumprisse com a condição suspensiva. Donde, não alcançamos como possa existir qualquer contradição entre a suspensão da multa principal e um dever ou regra de conduta de cariz económico, dado que tal será partir do pressuposto que o condenado em multa estará sempre em difícil situação financeira, o que carece de toda a razoabilidade.

Tudo para concluir, por fim, que não nos pronunciamos favoráveis à tese mais difundida no sentido de ser razoável o juiz optar, se o tipo prever multa alternativa, primeiro pela prisão e, depois, escolher uma pena substitutiva, em especial quando a mesma é cumprida na comunidade. Pelo que deixámos exposto, cremos ser agora mais claro que, na prática, os elementos que o juiz tem ao seu dispor são os mesmos nos dois momentos em que a escolha da pena surge no nosso ordenamento, razão pela qual se tratará de uma artificiosa manipulação da realidade pretender existirem assinaláveis diferenças. Vamos ainda mais longe: porventura a defesa que é habitual fazer-se da posição contrária àquela que advogamos foi-se sedimentando ao longo do tempo, *maxime* após a Reforma de 1995, porquanto a multa principal passou a conhecer apenas a admoestação como pena substitutiva, pela grande mudança a que

se assistiu na pena suspensa. Defendendo nós, ao invés, em alguma medida, um «regresso ao passado», limitado a alguns pontos de regime, reforça-se o conjunto de medidas de substituição que a pena pecuniária principal conhece, o que é mais uma razão para se não operar esta sibilina destrinça onde, repete-se, não encontramos fundamento útil. Para além de, como já se avançou, o aumento do leque de penas substitutivas à de multa, reforçar o seu papel político-criminal e a confiança comunitária, mediada pelo legislador, nas suas virtualidades. Numa palavra, trata-se apenas e tão-só de levar mais longe um dos mandamentos que ainda caracteriza a hodierna política criminal: reservar a prisão para os delitos mais graves, onde o engenho humano ainda não descobriu diversa forma de punir com marcadas vantagens, deixando o campo de actuação mais livre para a multa, por excelência, nos crimes de pequeno e médio potenciais de lesividade (ou ameaça) a bens jurídicos.

IV. O juízo substitutivo como juízo complexo material-formal

1. Decidir substituir uma pena principal assume-se como um *juízo complexo*, composto por dois componentes que apelidamos de *formal* e *material*.

O primeiro diz respeito à verificação de se a medida concreta cabe ou não dentro do âmbito formal da sanção substitutiva, i. é, se estivermos, p. ex., perante uma medida de seis anos de prisão, desde logo vedada se achará a aplicação de qualquer uma dessas penas. Assim, na verdade, este primeiro momento é de carácter *externo* ao próprio juízo de substituição e, ao mesmo tempo, *conditio sine qua non* para se passar ao segundo. Trata-se de um encadeamento lógico-sistemático em que o posterior de grau valorativo depende *ipso facto* e *ipso iure* do preenchimento do primeiro. Donde, para além de requisito do juízo de substituição, a contenção da medida concreta dentro das margens da pena resultante da *Strafzumessung*, a que MARSANGY (1884), p. i, chamava *la sainte et difficile opération*³⁰, é condição necessária para que se encare o próprio momento da substituição *per se* considerado. Ademais, o limite máximo até ao qual se admite a substituição desempenha ainda a função de assinalar à comunidade o *quantum* máximo em que a forma como o legislador encara o facto pode beneficiar de uma sua consideração menos gravosa para o condenado.

³⁰ Também em língua francesa, PORTELLI (2010), p. 26, com inteira justeza, refere que «a individualização das penas não é um capricho ou um sonho laxista, mas uma exigência moral, jurídica e política».

Encarado da perspectiva contrária – o limite a partir do qual já não é possível substituir-se a pena principal –, esse limiar constitui um *freio à substituição*.

Uma vez preenchido este *prius*, avança o juiz para o verdadeiro *cerne* da operação que ora descrevemos. É aqui que, com base nos elementos descritos nas concretas medidas substitutivas, o magistrado judicial vai concluir pela existência ou não de um *prognóstico favorável* ao cumprimento das finalidades punitivas por intermédio de uma sanção aplicada *em vez e no lugar* da pena principal.

O prognóstico é, por excelência, uma função judicativa e em que, com métodos que se colhem na História e na Psicologia, o magistrado analisa factos passados, mas também uma «direcção futura» do condenado de tipo comportamental preditivo³¹. Trata-se, usando as palavras de NUVOLONE (1959), p. 223, de um «poder discricionário vinculado». Esse juízo, de modo congruente com a perspectiva preventiva que se assinala ao sancionamento criminal, deve ser feito tendo em conta, no fundamental, não o facto criminoso, necessariamente parte do passado, mas sim aquilo que, no futuro, se visa alcançar com a aplicação da medida substitutiva. Assim não pode deixar de ser, *ab initio* pela própria natureza da prognose. A decisão substitutiva é *prospectiva* e não retrospectiva, é realizada *ex ante* e não *ex post*. Isto não significa, todavia, que as gravidades intrínseca e extrínseca do ilícito não devam ser ponderadas. São-no, antes de mais, pela «barreira de contenção» em que se traduz o requisito formal do juízo de substituição, ao admiti-la, entre nós, no máximo, até cinco anos de medida concreta. Mas é-o também no que tange ao conjunto de pressupostos a que o juiz atende na sua decisão substitutiva, em que alguns deles se filiam nas circunstâncias concretas daquele delito espaço-temporalmente localizado. E não poderia ser de outro modo: o *Direito Penal do facto* a isso obriga, ou seja, sendo exacto que a intervenção criminal em geral deve voltar os seus olhos para o futuro, nunca pode perder de vista aquele facto da vida social que motivou essa mesma intervenção. Por outras palavras, o juízo substitutivo e, em geral, qualquer intervenção sancionatória (que não somente penal) dirige-se ao futuro (perspectiva relativa da punição), tentando obviar à reincidência e conseguir a ressocialização, mas sem perder de vista o passado naquilo que ele revela da gravidade do acto ou omissão e naquilo que ele indicia sobre a personalidade do agente documentada no facto e acerca da previsibilidade de voltar a ocorrer no futuro.

³¹ SCHULTZ (1959), pp. 250-251.

1.1. O juízo sob análise fundamenta-se em um verdadeiro *poder-dever* e não em qualquer faculdade discricionária do juiz. Quando os seus requisitos legais constituintes estiverem verificados *in casu*, a decisão não poderá ser outra que não seja a opção pela reacção substitutiva.

Questão conexa com esta é a de saber até que ponto o legislador concede ao aplicador suficiente arrimo em termos de critérios a ter em conta no momento de eleição da sanção. No nosso ordenamento jurídico, as singulares penas encontram-se devidamente fundadas em critérios que o juiz tem de preencher e levar, por isso, à fundamentação da decisão. Somente um regime como este permite conter em margens admissíveis o espaço de liberdade valorativa que sempre se terá de atribuir ao magistrado, ademais permitindo ao condenado e à comunidade acompanhar o *iter* cognoscitivo e argumentativo do julgador no momento da eleição da reacção. É este um dado comum a qualquer fundamentação, mas com particular relevo em sede de penas que se aplicam em vez de uma sanção principal e que, por isso, tendo a mesma legitimidade do prisma estrito do Direito legislado, devem revestir-se de uma particular fundamentação por via da já descrita equivalência normativa. A *efectividade*, *certeza* e a *confiança societária* no instituto que vimos estudando também somente desta forma se podem reafirmar³². Assim, o Tribunal Constitucional³³

³² Particularmente incisivos nesse domínio, veja-se LEITE (2017a), pp. 293-344.

³³ Acórdão n.º 61/2006, de 18.01.2006 (Mário Torres). Depois de verificar que «o critério seguido pelo acórdão recorrido – de que só tem de ser fundamentada a decisão que suspende, e não a que não suspende, a execução de pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos – não corresponde ao preconizado pela doutrina e ao que ultimamente tem sido seguido, de modo uniforme, pelo Supremo Tribunal de Justiça», o TC coloca a questão nos seus devidos termos: «[é], pois, o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais que está essencialmente em causa na apreciação da questão de constitucionalidade suscitada». Assim, a «fundamentação da decisão de suspender ou não suspender a execução de uma pena de prisão que anteriormente se entendeu fixar em medida não superior a três anos deve ser uma fundamentação *específica*, pois respeita a decisão logicamente subsequente à da determinação da medida concreta da pena. Só depois de o tribunal considerar ajustada ao caso, em princípio, uma pena de prisão não superior a três anos [desde 2007, cinco] é que tem o dever de ponderar se se justifica, ou não, a suspensão da sua execução e motivar, através de adequada fundamentação, a opção tomada. Essa opção, como a doutrina e a jurisprudência têm sistematicamente sublinhado, assenta na formulação de um prognóstico favorável relativamente ao comportamento do delinvente». Com grande relevo, o Tribunal não se contenta com formas tabelares e pouco definidas, pois «a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais não fica satisfeita com a mera possibilidade destas tentativas de “adivinhação” das razões que terão conduzido o tribunal a, tendo o dever de ponderar a determinação da suspensão da pena de prisão, decidir

já decidiu «julga[r] inconstitucionais as normas dos artigos 50.º, n.º 1, do CP e 374.º, n.º 2, e 375.º, n.º 1, do CPP, interpretados no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução de pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos [hoje, cinco]» e que se deve estender a toda e qualquer sanção substitutiva que não seja objecto de idêntica fundamentação.

Para além do que vai dito, mais se justifica, nesta sede, a parificação que propomos quanto aos critérios a ter em conta em sede aplicativa do juízo de substituição, como analisado *supra*.

1.2. O raciocínio de substituição convoca magnos problemas, desde logo, à cabeça, o de saber se o juiz terá de concluir por um substitutivo no sentido mais literal da palavra, i. é, aquilo que é *exactamente igual* à pena principal ou se, pelo contrário, essa equivalência deve ser aferida em outro plano.

Temos para nós – aliás, de modo compatível com a natureza de todo o Direito Penal – que essa equivalência deverá ser *normativa* e não naturalística. Repare-se que esta última não é exactamente coincidente com aquela que temos por ligada em exclusivo ao mundo sensível, dos concretos factos, mas sim uma perspectiva que entenda a substituição como outra forma de conseguir *exactamente* aquilo que se pretendia com o que é substituído. E isto porque, *primo*, se é certo que o juiz tem de verificar se, à luz da concepção comunitária e das necessidades do condenado, aquela pena de substituição realizará as finalidades punitivas, não cremos que se lhe exija, no que à primeira diz respeito, que comprove que essa comunidade encara a medida aplicada em vez da pena principal como se fosse a pena principal em si mesma. Dito de jeito mais claro: tratam-se aqui de *equivalentes funcionais*. Não no sentido estrito e mais exacerbado de um puro funcionalismo³⁴ que entenda que para a sociedade aplicar uma pena principal ou uma de substituição são uma e a mesma coisa, independentemente de se atingirem ou não os resultados que se esperam da punição, mas sim no entendimento de que prisão e multa, por uma banda, e as penas substitutivas, por outra, não são exactamente o mesmo, desde logo

não a decretar relativamente à recorrente. A imposição constitucional só fica satisfeita com formulação expressa das razões específicas dessa decisão, feita pelo seu próprio autor, em termos de habilitar o seu destinatário a, ciente dessas razões, se conformar com a decisão ou impugná-la de forma consciente e eficiente».

³⁴ Para a crítica dessa vertente mais radical, a qual merece a nossa plena concordância, veja-se, por todos, COSTA (2018).

por não conterem, como regra, o mesmo *quantum* aflitivo para o condenado e por, ao menos as não detentivas, serem cumpridas em meio aberto.

Mais: a concepção comunitária largamente vigente – e da qual o Direito Penal não se pode de todo desligar, como aí o estão a provar noções como o «conceito social de acção» ou, em outra matéria, de autoria – depõe no sentido de que uma pena substitutiva é um *aliud* por referência a uma sanção principal e nunca um *minus*. Um *aliud* que se analisa na já citada menor limitação de direitos fundamentais, o que, de igual forma, se concretiza em uma espécie de «sentimento social» de menor culpa do condenado.

Por outro lado, o julgador terá de perceber a pena substitutiva de tal forma que, no caso *sub judice*, ela não surja como uma «vantagem injustificada» para o condenado, como uma simples forma de o Estado obviar ao aumento da taxa de reclusão. E com isto não estamos a defender – muito pelo contrário – que os magistrados judiciais se imiscuem em considerações fundamentalmente políticas que extrapolem o seu específico domínio funcional e invadam a esfera legislativa. O que sublinhamos é que são os juízes os *hermeneutas animados da Lei*, aqueles a quem, uma vez democraticamente legitimados, se pede que interpretem o programa político-criminal gizado e o apliquem aos factos segregados pela vida social.

Ora, aqui, podem esses profissionais ver-se confrontados com uma questão complexa, qual seja a de, amiúde, se detectarem movimentos de populismo político-criminal empenhados ou em endurecer excessivamente as penas (*punitive turn* e correntes neo-retribucionistas³⁵) ou em, sob o manto respeitável da reinserção social³⁶, edificarem normas cujo único real desiderato é diminuir a despesa do Estado na execução das sanções principais. Todavia, esta não é uma matéria particular do problema que nos ocupa, sendo sim *transversal* a toda a actividade judicativa. Sempre se dirá, não obstante, que o julgador, no preenchimento do juízo prognóstico ínsito a cada uma das medidas substitutivas, deve procurar que a sua decisão seja percebida pela comunidade como fundamentalmente destinada ao cumprimento das finalidades punitivas e não à satisfação de imediatismos políticos.

Breve, a eficácia e a adesão comunitárias às medidas de substituição passa, obrigatoriamente, por erigi-las em *mecanismos credíveis* e não em *formas encapotadas de absolvições* ou mesmo em *expedientes técnicos que camuflam tipos legais de crime que não o deveriam ser*, mas em que a descriminalização (pura ou especial)

³⁵ Sobre o tema, *vide* LEITE (2013), pp. 376-395.

³⁶ Remetemos o leitor para LEITE (2018), pp. 75-119.

não contou, ainda, com a necessária coragem política. Tal pressupõe, como é evidente, que uma norma criminal portadora de uma sanção só é constitucionalmente solúvel se e na medida em que for possível, por via hermenêutica, determinar um concreto e específico bem jurídico que, do mesmo passo, surja como um reflexo, melhor, uma *concretização* dos direitos, liberdades e garantias ou dos direitos económicos, culturais e sociais (para já não falar nos ditos «direitos fundamentais de terceira e de quarta geração») prescritos na Lei Fundamental. Também se vai afirmando, com particular destaque na Alemanha, que esse bem jurídico identificado não pode importar uma vulneração da *Kernbereich privater Lebensgestaltung* – «domínio essencial da vida privada»³⁷ –, o que tem sido particularmente importante na apreciação de constitucionalidade da chamada *Großen Lauschangriff*³⁸: «grande operação de escuta»; «grande invasão», obviamente em matéria de escutas telefónicas e equiparados, como meios de obtenção de prova, *maxime* as ditas comunicações *inter præsentes*³⁹.

³⁷ O ponto é, diríamos, unânime ou quase, motivo pelo qual a literatura jurídica sobre ele é inabarcável. Veja-se, p. ex., ROXIN (2006), p. 8, e, do mesmo autor (2011), p. 67. O Povo, o soberano, protege-se a si mesmo, garantindo um «modelo conceptual» (*Denkmodell*) orientado para a preservação da respectiva liberdade e Direito (*ult. loc. cit.*, p. 68).

³⁸ Paradigmática, a *BVerfGE* 109, 279. Sobre o tema, cf. ROXIN (2009), pp. 172-180. Em resumo, o penalista de Munique – e bem, em nossa opinião – reafirma que as conversações no domicílio estão, via de regra, recobertas pela inviolabilidade, excepto se houver indícios fortes de que a actividade criminosa aí se desenrola ou por ela passa de modo significativo. Apenas e tão-só em tais circunstâncias pode, assim, existir também gravação a usar como prova com as pessoas que coabitam com o arguido, em regra de grande significado afectivo para o primeiro e, por isso, em relação às quais existe uma especial relação de fidedignidade que, à partida, merece tutela constitucional.

³⁹ Por todos, ANDRADE (1992), *passim*. Ainda, LEITE (2009a), pp. 9-48; LEITE (2007a), pp. 613-669; e LEITE (2004), pp. 9-58.

Outro nódulo problemático contende com o aproveitamento em outro ramo de Direito de escutas obtidas em processo penal. Tal como foi julgado pelo *BVerfG* (1 BvR 1611/96 e 1 BvR 805/98, decisões de 09.10.2002), não pode uma testemunha ser usada como meio de prova em processo civil, relativamente a escutas ilegais em que estava em causa a existência ou não de acordo quanto a uma indemnização a arbitrar num dado negócio jurídico. Para além da ilicitude inicial da gravação, não se provou que tal fosse um uso comum naquela área de Direito Comercial, para além de o Tribunal Constitucional alemão ter considerado que o direito à palavra, enquanto um dos elementos do direito geral de personalidade, com guarida, à cabeça, no art. 1.º da GG, é de valorar muito mais fortemente que os interesses probatórios em processo civil. A violação das comunicações, também protegida pela Lei Fundamental, seria eventualmente admitida se estivesse em causa a prática de um crime grave, admitiu ainda, como hipótese, o *BVerfG*.

Assim, não julgamos conforme às finalidades que devem enformar as penas de substituição que um dos argumentos em sua defesa seja o de «salvaguardar os agentes de punições excessivas, desproporcionadas ou arbitrárias»⁴⁰. O instituto em estudo não pode ser uma espécie de «correctivo» *a posteriori* de leis mal elaboradas, até mesmo inconstitucionais, por carecerem de um claro bem jurídico protegido, uma espécie de *salvo-conduto de consciência* do legislador e do aplicador que, mesmo em face de normas injustas ou que, pura e simplesmente, não deveriam fazer parte do nosso ramo de Direito, se limitam a entender que as consequências desfavoráveis para o condenado são reduzidas se e enquanto existirem reacções substitutivas não detentivas aplicáveis à concreta hipótese. Mais ainda: uma compreensão deste jaez acaba por reforçar a ideia de que a culpa representa um papel não despiciente na escolha da pena, nesta perspectiva em sentido claramente contrário àquele que o próprio sistema pretende – não já como o assinalado limite externo negativo⁴¹, mas sim como um correctivo à lei. Agora, um desiderato inconstitucional. Para além de, como se sabe, alimenta a ideia dos que defendem que as penas em estudo são, afinal, uma forma de *net-widening*.

Se assim nos parece ser, também temos por indiscutível que o juízo de prognose deve traduzir-se em uma *decisão praticável e concretizável*, ou seja,

Refira-se, ademais, um outro *topos* que ainda levanta cavadas dúvidas. Falamos das gravações de conversas telefónicas entre os arguidos e seus defensores, como regra vedadas. Em Espanha, o mediático juiz BALTASAR GARZÓN ordenou que essas conversas fossem gravadas, com base numa previsão normativa que o admitia somente em caso de terrorismo, bem sabendo que inexistiam indícios da prática desse delito. Por outro lado, também se não achava indiciado que, de alguma forma, aqueles advogados tivessem auxiliado ou ainda auxiliassem os arguidos nas práticas criminosas sob investigação ou que, de algum modo, estivessem a perturbar o correspondente ao nosso inquérito. Ainda assim, GARZÓN proferiu dois despachos nesse sentido, mais tarde ordenando a destruição do material entretanto recolhido, porque inócuo para o objecto processual. Foi condenado a 11 anos de inactividade pelo Supremo Tribunal espanhol, por decisão de 09.02.2012, no Proc. n.º 79/2012. Veja-se a análise do aresto, em sentido no geral concordante, por CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (2013), pp. 167-169. Outro *topos* a merecer atenção diz respeito à entrada em vigor, em 2004, do § 201a do *StGB*, que incrimina a captação ilícita de imagens [em Portugal, muito antes, a matéria encontrava protecção no art. 199.º, para cuja análise se remete, por sobre todos, em ANDRADE (2012), pp. 1185-1232]. Para um primeiro conspecto sobre a incriminação germânica e as preocupações de protecção da reserva da vida privada enunciadas, *vide* MEDINA SCHULZ (2006), pp. 425-455.

⁴⁰ Como se lê na sec. 1.02(2), c), do *Model Penal Code*, de entre as *guide sentencing dispositions*.

⁴¹ De novo, LEITE (no prelo).

o magistrado não pode – eventualmente com o fito de compensar alguma pré-compreensão quanto a um pretensão «benéfico» em que se traduzam as penas substitutivas – determinar uma destas sanções com conteúdo que, à partida, bem sabe não estar o condenado em condições de cumprir⁴². Assim, viola o próprio juízo substitutivo que se determine uma pena de PTFC a quem se sabe, de antemão, que não pode trabalhar, ou se substitua a prisão por uma pena de multa cujo quantitativo não encontra bens suficientes na esfera do condenado. Donde, é sindicável uma decisão deste tipo que, em si mesma, é contraditória: a sanção substitutiva, até por via da diminuição global da censurabilidade do facto e das suas exigências preventivas, representa, *como regra*, uma forma dotada de um *quantum* de sofrimento inferior para o agente do crime. Destarte, tentar «compensar» de algum modo este aspecto com um «rigor punitivo» exagerado é violador do princípio da proporcionalidade.

⁴² Neste sentido interpretamos o acórdão uniformizador n.º 8/2012, DR, I Série, de 24.10.2012 (Raul Borges): «[n]o processo de determinação da pena por crime de abuso de confiança fiscal, p. e p. no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT, a suspensão da execução da pena de prisão, nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do CP, obrigatoriamente condicionada, de acordo com o artigo 14.º, n.º 1, do RGIT, ao pagamento ao Estado da prestação tributária e legais acréscimos, reclama um juízo de prognose de razoabilidade acerca da satisfação dessa condição legal por parte do condenado, tendo em conta a sua concreta situação económica, presente e futura, pelo que a falta desse juízo implica nulidade da sentença por omissão de pronúncia». Através do acórdão n.º 327/2008, de 18.06.2008 (Vitor Gomes), o TC julgou não inconstitucional a norma do RGIT em causa, o que fez baseado numa tríplice ordem de razões: «(i) o juízo quanto à impossibilidade de pagar não impede legalmente a suspensão; (ii) sempre pode haver regresso de melhor fortuna; (iii) e a revogação não é automática, dependendo de uma avaliação judicial da culpa no incumprimento da condição.» No mesmo sentido, entre outros, os acórdãos do mesmo Tribunal n.º 556/2009, de 27.10.2009 (Joaquim de Sousa Ribeiro), n.º 587/2009, de 18.11.2009 (Maria Lúcia Amaral), e n.º 237/2011, de 05.05/2011 (Ana Maria Guerra Martins). Já depois deste aresto, no sentido correcto, *vide*, p. ex., o acórdão do TRP de 29.04.2015 (Elsa Paixão). No mesmo sentido do texto, muito acertadamente, cf. o acórdão do TRE de 09.10.2012 (Ana Barata Brito): «[a] obrigação de reparação do mal do crime, como condicionante da suspensão da pena de prisão, cumpre uma função adjuvante das finalidades da punição [...] 5. Mas para que se prossiga tal desiderato deve o arguido encontrar-se em condições de poder cumprir a obrigação pecuniária, na quantidade e no tempo determinados na sentença. 6. Apresentando-se desproporcionado o montante da indemnização arbitrada, face à situação económica do condenado, deve fazer-se uso do art. 51.º, n.º 1, al. a), do Código Penal e substituir-se o “todo” da indemnização pela “parte” que o arguido se apresente em condições de poder cumprir». Da mesma relatora, o acórdão de 25.02.2014.

V. Aproximação ao pensamento subjacente à atenuação especial da pena

1. *Na materialidade das coisas*, o pensamento ínsito à substituição não se nos afigura muito diverso daquele que preside à *atenuação especial da pena* como modelo especial de determinação da medida concreta.

Já MARC ANCEL (1959), p. 192, referia que o próprio processo de individualização sancionatória correspondia a um expediente técnico de atenuação de penas que se consideravam, mais tarde, excessivas. Ora, a Lei de 26/3/1841, que instituiu a «condenação condicional», inserta como «emblema» da *sursis* franco-belga, diz-se «sur l'atténuation et l'aggravation des peines», o que mostra bem que o legislador da época quis afivelar o novo instituto a uma categoria mais ampla e então mais difundida nos meios judiciais. Aliás, o diploma, para além de dar origem à *sursis*, alterou os artigos 57.º e 58.º do CP da época, no sentido de estabelecer limitações em termos de atenuação e agravação da pena, fundamentalmente em sede de reincidência. É exacto que o elemento histórico de interpretação das normas não é aquele que goza de maiores favores, *maxime* em uma hermenêutica objectivista e actualista, de que também somos defensores. Todavia, há muito ultrapassados os encarniçados debates objectivismo/subjectivismo, historicismo/actualismo, cremos ser hoje seguro afirmar que, se bem que não determinante, a História dos institutos jurídicos continua a ser um ponto de apoio não desprezível. E este, em boa verdade, propende para a tese que aqui defendemos.

Começemos por analisar o momento em que cada um dos dois institutos se aplica. As penas substitutivas colocam-se – para além do já analisado momento inicial, nas hipóteses de o tipo legal prever multa alternativa – no *iter* judicativo, no momento em que, determinada a medida concreta da pena, o julgador se interroga sobre até que ponto as finalidades punitivas podem ou não ser igualmente alcançadas através de formas que se entendem como preferíveis em relação à pena privativa de liberdade ou à multa; de modo breve, é um juízo de intermutabilidade aquele a que o juiz recorre. É um dado inquestionável que os ordenamentos jurídicos do nosso espaço cultural erigem a pena de prisão como aquela que se tem por mais adequada às sanções mais graves aos fundamentos da vida social. O que não significa que seja a preferida pelo legislador. Exacto será afirmar que os sistemas de justiça elaboram uma estratificação dos factos com relevo criminal e fazem-lhes corresponder sanções que se têm por adequadas. Ora, isto não significa que as finalidades do sancionamento sejam diversas nessas classes de criminalidade: pequena,

média e grave, como é habitual designá-las. Apenas quer dizer que em cada um desses níveis – de um prisma *puramente quantitativo*, a prevenção geral e especial (ou a retribuição, para quem a advogar) – as necessidades são díspares. Só um grau acrescido de sofrimento – e desde logo quanto ao bem erigido em mais importante para o ser humano, de entre aqueles em que há consenso comunitário em que o Direito Penal pode intervir, a liberdade – é apto a sinalizar a acção ou omissão como atentatória à comunidade e em repor a vigência normativa. A pena de prisão aplicada aos delitos mais graves é uma «barreira de carácter geral-preventivo»⁴³ ou, dito de outro modo (e adaptando uma expressão utilizada a propósito da construção da «teoria da moldura da prevenção»), o «ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico».

Retornando agora mais de perto à questão que nos ocupa, tudo está em saber até que ponto é ou não também uma acentuada diminuição do conteúdo de ilícito, de culpa ou das necessidades preventivas que está na base de uma sanção substitutiva.

Em sentido negativo alinha-se o argumento da diferente localização no *iter* judicativo de ambos os institutos, a que acresce o facto de as penas de substituição contenderem – diz-se – só com critérios de prevenção, ou seja, são apenas estas preocupações aquelas que guiam o aplicador no momento substitutivo.

Em anterior trabalho⁴⁴, afirmámos já que não defendemos – e com isto concordamos com a esmagadora da nossa doutrina e jurisprudência – que a culpa *qua tale*, ou seja, como elemento do conceito material de crime, seja de novo relevada no momento da escolha da pena. Porém, também nos parece claro que, em virtude de, devido à diminuição da «imagem global do facto» em relação ao qual o juiz equaciona substituir a pena principal – e tendo em conta o conjunto de critérios determinativos do juízo de substituição –, há *rarefações da ideia de culpa*, no sentido de uma *diminuição* de censura ético-jurídica dirigida ao agente, que sempre têm relevo no juízo em causa. Negá-lo seria, segundo cremos, negar a evidência. Dir-se-á que essas «rarefações», como lhe chamámos, nada mais são que reflexos de critérios preventivos. Assim não cremos: eles contendem com questões de dignidade e necessidade de pena, também centrais no juízo substitutivo, mas mesmo no quadro de uma «teoria da moldura da prevenção», sendo exacto que a culpa desempenha o papel a que alude o art. 40.º, n.º 2, o magistrado judicial tem-na em

⁴³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2007), p. 559.

⁴⁴ LEITE (no prelo).

consideração na escolha da pena, não já para fundamentar a existência de um crime – momento já assente –, mas como mais um *indício* de que lança mão no dito juízo substitutivo. E fá-lo, sobretudo, *pela negativa*, ou seja, se a culpa for de tal modo elevada que aumente a medida judicial e, por via disso, a medida concreta da pena, não há qualquer hipótese de substituir a pena principal, mesmo que, o que não será habitual, as exigências preventivas deponham em sentido contrário.

Numa palavra, o que vimos de defender entende-se melhor nos quadros de um «*tipo complexo total*» que, aqui, encontra uma função que julgamos relevante, de combinar uma série de elementos que habilitem o juiz a uma decisão mais informada. Repetimos que se trata de um reflexo do juízo de culpa previamente definido, uma espécie de uma sua *sobrevigência* que, em nossa opinião, não viola o *ne bis in idem*, não somente por se aplicar a realidade e momento diversos (determinação da pena e escolha da sua espécie), mas também porque se não trata técnica e exactamente da mesma realidade «culpa» que levou à afirmação de que o crime se acha perfeccionado, para além da tipicidade, ilicitude e, para alguns, da punibilidade. O que vem de dizer-se não significa que patrocinemos a tese que distingue a «culpa que fundamenta o crime» e a que «fundamenta a sanção». A conexão do relevo da culpa é feita, por nós, em directa ligação com o «tipo complexo total» e com a «*imagem global do facto criminoso*». Acresce, por fim, embora se saiba que esse não é o único motivo que a ela pode conduzir, que a aproximação do *fundamento* da atenuação especial da pena às sanções substitutivas, que também defendemos, depõe ainda no mesmo sentido dessa referida diminuição da imagem global do facto que sempre está presente no juízo de prognose favorável, sem o qual as penas em estudo não podem nunca ser determinadas judicialmente.

Ora, a admitir que o ilícito e a culpa – *rectius*, a diminuição da imagem global do facto acedida através destes dois elementos do conceito material de delito – não desempenham qualquer papel nas sanções substitutivas, de facto a analogia não teria razão de ser, por falhar o mesmo fundamento de base.

Ao invés, alguns argumentos no sentido da similitude entre os dois institutos. *Primo*, ao optar por uma pena de substituição, o juiz está a transmitir uma dada mensagem à comunidade: o facto praticado pelo arguido *não é tão grave* que justifique a aplicação de uma pena principal. Na ponderação judicativa entre o bem que derivaria do recurso a esta última e as suas desvantagens, sobreleva este último aspecto. Donde, a *gravidade intrínseca do facto* não é em um tal escalão que justifique a imposição sancionatória mais restritiva de direitos fundamentais. Por outras palavras, esse balanceamento é sempre – como

visto – uma *manifestação do princípio constitucional da proporcionalidade* que tão-só redundará na aplicação de um meio substitutivo quando a imagem global do facto surja como menos gravosa. Do ponto de vista do Direito positivo, assim melhor se entenderia a inexistência, *v.g.*, na pena de PTFC, de uma correspondência aritmética entre a sanção principal e aquela ou, então, regimes de claro favorecimento do condenado, ainda nesta singular pena substitutiva, no que tange ao seu incumprimento e à faculdade de o juiz considerar satisfeita essa sanção mesmo que, no momento do inadimplemento, ainda falte cumprir uma sua parte (cf. art. 59.º, n.º 5). Na verdade, este último inciso admite que uma pena de substituição seja tida como cumprida antes do seu termo, o que é um raciocínio diverso daquele que preside à liberdade condicional, em que o tempo cumprido extramuros, sendo-o normalmente com imposição de deveres, regras de conduta e/ou regime de prova, não deixa de ser judicialmente execução da pena. Ora, tal se não passa nas hipóteses do art. 59.º, n.º 5, em que, por uma decisão judicial, pode entender-se que, com um duplo limite formal respeitado (*in casu*, mínimo de 72 horas de pena de PTFC, desde que cumpridos dois terços dessa pena, e desde que o cumprimento seja tido como «satisfatóri[o]»), o remanescente da sanção se extinga.

Como interpretar este mecanismo? Uma via consiste em reforçar a ideia de similitude com a atenuação especial da pena, aqui quase em «segundo grau», ou seja, não só as medidas substitutivas se aplicam apenas a factos em que a respectiva imagem global surja marcadamente diminuída, como ademais se admite que ela própria, em parte, seja ainda dispensada. Curiosamente, tal hipótese só sucede na pena de PTFC, o que, *prima facie*, poderia levar-nos a concluir por um regime de menor importância na axiologia legislativa. Não terá sido esse, cremos, o propósito. O trabalho como modo de cumprimento da pena ou – o que é diferente – como pena em si mesma considerada, goza de um lastro histórico secular e tem a seu favor inúmeros argumentos, em boa medida radicados nas vantagens morais e religiosas do trabalho, na ideologia salvífica por seu intermédio e, em tempos mais próximos, em incontáveis apologias das suas capacidades regeneradoras e de reparação do mal causado ao corpo social através de um esforço que brota do próprio corpo do condenado. Esta última *reciprocidade corporal* não deve ser obnubilada. Terá, então, o legislador sido sensível a um argumento de *qualidade* em detrimento da quantidade⁴⁵, deixando nas mãos do juiz o preenchimento do conceito de

⁴⁵ O que não é em geral anormal na determinação da pena, como justamente observa FARIA (2005), pp. 343-351, no sentido em que é essa *imagem global do facto* que permite responder

«prestação de trabalho [...] satisfatória». Neste último ponto, manifestamos as nossas dúvidas quanto às vantagens na sua adopção, pensando que os requisitos formais indicados no n.º 5 do art. 59.º teriam sido suficientes e geradores de um regime de mais fácil aplicação e garantidor de critérios comparativos mais justos. Tudo isto sem prejuízo de defendermos, *de iure condendo*, a simples eliminação deste preceito.

Uma norma importante no conspecto da *relatio* que empreendemos é o art. 73.º, n.º 2. Segundo ela, a pena sujeita a esta forma especial da sua determinação admite a «substituição, incluída a suspensão, nos termos gerais». Antes de mais, a menção à suspensão afigura-se-nos redundante, porquanto ninguém duvida que a pena suspensa é uma das modalidades de substituição da pena (de prisão). O mais relevante contende com o facto de, a admitir a interpretação que subscrevemos, ser possível assistir-se a uma atenuação especial a que se siga um outro mecanismo que, não o sendo exactamente, dele se aproxima bastante quanto ao seu fundamento. Não se trata – esta «dupla» aplicação de um instituto com natureza similar – de nada de novo no CP: veja-se, p. ex., o que sucede com o regime da adaptação à liberdade condicional do art. 62.º, também ele uma «adaptação à adaptação»⁴⁶ ou, numa perspectiva próxima,

às preocupações constantes da específica teoria dos fins das penas e do modo como culpa e prevenção se articulam.

⁴⁶ Na sequência do acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 14/2009, de 20.11, sendo este instituto aplicável a todos os momentos em que é equacionável, nos termos gerais do art. 61.º, a liberdade condicional, tal significa que a sua concessão a cinco sextos da pena (art. 61.º, n.º 4) só não será, efectivamente, até um ano antes desses cinco sextos se e na medida em que o condenado não consentir na sua libertação (art. 61.º, n.º 1). Na verdade, remetendo o art. 62.º para o normativo anterior e para os requisitos aí enunciados, bem é de ver que o juiz do TEP se limitará a um mero *ascertainment* do cumprimento de até um ano antes dos cinco sextos da pena de prisão (sobre esta operação de mera verificação, *vide* o acórdão uniformizador n.º 3/2006, DR, I Série, de 09.01.2006), visto que, quanto ao mais – quanto a um juízo de prognose favorável –, é o legislador que o impede de o elaborar.

A concessão da liberdade condicional a cinco sextos, dita impropriamente «obrigatória» é, como se sabe, uma marca distintiva do nosso ordenamento jurídico e que irradiou para países lusófonos como Timor-Leste (art. 64.º, n.º 2, do seu CP, embora aí não se exija o consentimento do condenado para aplicar o incidente de execução da pena). É discutível a sua previsão, desatendendo ao prognóstico de exarcelação e ao juízo favorável em sede preventiva-geral. Todavia, ela forma um todo congruente com o princípio da ressocialização que perpassa toda a matéria das consequências jurídicas do crime e que tem assento constitucional. Por outro lado, embora *prima facie* possa parecer que existe o risco de a prevenção geral cair a cotas inferiores ao «ponto mínimo de defesa do ordenamento

a faculdade de à pena que venha a ser cumprida como resultado da revogação da liberdade condicional, este incidente de execução da pena se poder voltar a suscitar (art. 64.º, n.º 3).

O legislador terá pretendido demonstrar a generalidade aplicativa das penas substitutivas, as quais também têm como campo as hipóteses em que, previamente, por via de considerações de sensível diminuição da ilicitude, da culpa ou das necessidades preventivas, surja como essencial ao juiz modificar as molduras penais abstractas.

Ao admitir que a pena especialmente atenuada possa ser alvo de substituição e especificando ainda que a suspensão de execução é também abrangida em tal catálogo, há uma ligação entre os dois institutos que parte do próprio legislador. Seguro é que este não os entende como contrários, mas, ao invés, parece querer aproximá-los, como se ambos bebessem de um mesmo húmus constitutivo. Mais ainda, julgamos poder retirar deste inciso a conclusão de que, em tais hipóteses, a *imagem global do facto* é ainda mais esbatida do que aquilo que já resulta da pura e simples aplicação da atenuação especial da pena. Na verdade, tudo se passa como se estivessemos perante uma espécie de «dupla atenuação», em que a segunda, não o sendo em perspectiva técnico-dogmática,

jurídico» – o que pode efectivamente acontecer –, certo é que, mesmo em um prisma de puro utilitarismo, não deixamos de estar relativamente próximos do cumprimento total da sanção (no caso da pena mais grave de 25 anos, estamos a falar de 50 meses em falta, o que equivale a 4 anos e 2 meses), pelo que se colocavam ao legislador duas hipóteses: ou garantia o cumprimento total e as exigências preventivas-gerais presumiam-se acauteladas, sendo que a libertação no termo da pena seria completa, ou seja, sem possibilidade de lhe impor qualquer injunção; ou se propendia para este regime, o qual permite, em especial nas penas mais longas, um período de «recobro», de (re) aquisição de competências para usufruir da liberdade. Donde, tudo visto, a razão está do lado do legislador, mesmo de um prisma da eventual «perigosidade» que o agente possa representar, pois existe um cumprimento de cinco sextos da pena e o condenado não sai em liberdade plena, mas sujeito ao regime do art. 64.º Diga-se, por fim, que estamos em face da consagração dos ensinamentos da Criminologia, os quais vão defendendo que a libertação plena deve ser precedida de uma série de estádios intermédios – de que as *halfway houses* são um exemplo –, por forma a melhor permitir uma adaptação à liberdade plena. Quanto a estas *houses*, as mesmas têm tradição de décadas nos EUA. Para uma visão de conjunto, abordando o seu modo de funcionamento, os programas psicológicos, vocacionais e ocupacionais nelas desenvolvidos, veja-se, desde logo, ALLEN *et al.* (1978), *passim*. Todavia, os estudos de impacto destes programas em sede de reincidência não têm sido conclusivos [KLEIN-SAFFRAN (1995), pp. 24-28]. Existe ainda investigação no sentido de que, após a natural reacção negativa da comunidade onde a *halfway house* é instalada, a segurança tende a aumentar com estes indivíduos [MACNEIL/KAPPEL, citados em JOHN HOWARD SOCIETY OF ALBERTA (2001), p. 6].

o é na materialidade do acontecer. Não se diga, pelo contrário, que esta admissão legal depõe contra a visão que vimos de advogar, porquanto se tratam de dois institutos com raciocínios diversos. Não o escamoteamos, mas aquilo para que propendemos é que factos existem que, pela sua reduzidíssima gravidade intrínseca e fraca exigência de cumprimento de fins preventivos, aconselham a uma pena em si mesma também reduzida e que, *in casu*, passa por dois momentos: o da atenuação especial da pena e o do juízo substitutivo. Uma diversa forma de encarar o regime em apreço seria entender que na *mens legislatoris* terá pesado a circunstância de o trabalho ser, na comparação com outras penas de substituição, dotado de um *quantum* de sofrimento mais elevado, o que justificaria esta vantagem para o condenado. A que se poderiam ligar considerações de proporcionalidade. Estas últimas soçobram na comparação com as demais sanções, porquanto a sua razão de previsão na pena de PTFC não é díspar nas demais. O que, ao menos em abstracto, poderia levantar um novo problema, desta feita de igualdade no tratamento legislativo de situações materialmente análogas. Acresce, por outro lado, que a atrás invocada maior gravidade do trabalho para o condenado também sucumbe quando comparada com as penas de substituição detentivas, onde inexistente mecanismo similar. Por fim, ainda na linha de um exercício especulativo no tocante à vontade do legislador, o trabalho pode ter sido encarado de um jeito tão valioso que seria suficiente o adimplemento de uma sua considerável fracção para que se declarasse, na sua totalidade, a pena extinta pelo cumprimento.

Avancemos com um outro argumento: no âmbito das penas acessórias, determinam os artigos 66.º e 67.º [apesar de este último não prever uma verdadeira pena acessória, mas sim um «efeito inarredável da pena» – DIAS (2005), p. 171] que elas só se aplicam se estivermos em face de penas de prisão com uma dada medida concreta, não objecto de substituição. Ora, apesar da intrincada dificuldade na distinção das penas acessórias de institutos afins como os efeitos dos crimes e das penas, tem sido doutrina maioritária que as primeiras acabam por se distinguir das segundas por via do conceito de culpa que se acha, ao menos mais directamente, relacionado com a pena acessória, na medida em que se trata de uma verdadeira pena que, ademais, deve observância ao disposto no art. 40.º, n.º 2. Assim sendo, o facto de o legislador ter expressamente reservado a aplicação de uma sanção acessória a determinadas medidas concretas importa que terá entendido que, se tivesse havido substituição, careceria a materialidade dos factos à qual se aplicaria a pena acessória do grau de culpa suficiente que justificasse essa mesma aplicação ao lado da pena principal. Donde, em nosso juízo, estamos uma vez mais

perante a admissão de que a culpa desempenha um papel – ainda que como mera rarefacção – nas sanções substitutivas.

No domínio da reincidência, a circunstância de o art. 75.º, n.º 1, reger que esta circunstância modificativa agravante comum nominada somente opera em face de penas *efectivas*, tem sido interpretada, entre nós, como impedindo o seu funcionamento sempre que o juiz se tenha pronunciado em favor de uma substituição por outra pena. E, mais ainda, tem-se dito que o incumprimento de uma pena substitutiva capaz de importar a sua revogação impede, também, que a reincidência opere, na medida em que, na base, se determinou uma pena que não era efectiva, ainda que a de substituição acabasse por não ser cumprida *in totum* ou em parte.

Ora, se a reincidência se fundamenta numa ideia de *culpa agravada* – como é maioritariamente aceite entre nós –, desempenhando a perigosidade uma função secundária⁴⁷, então isso significa que o requisito de ela só operar entre

⁴⁷ O que cada vez temos por mais discutível, mesmo do prisma do Direito positivo. Na verdade, embora não seja este um ponto central do estudo a que nos propusemos, é nosso entendimento que *só pela junção de razões de culpa agravada e de prevenção qualificada se alcança o sentido da reincidência*. É sabido que uma certa especialização do agente – a que se alude de modo mais ou menos directo ao exigir o que para nós é uma *homotropia mitigada* como factor material da reincidência – é, em regra, um factor acrescido de perigosidade, o que importa mais elevadas exigências especiais e gerais-preventivas. Do ponto de vista do Direito legislado, como se dizia, a agravação do limite mínimo da moldura penal abstracta pode bem justificar-se por razões acrescidas *de prevenção e não apenas de culpa*. Por outro lado, se bem interpretamos, existe algum receio em adscrever a reincidência a uma ideia de perigosidade, talvez por via de alguma tentativa de a manter nas estritas margens da pena e não da medida de segurança. Por certo assim é. Contudo, sobretudo se se partir de uma «teoria da moldura da prevenção», é totalmente adequado aos respectivos fundamentos que o limite mínimo mais elevado se dê exactamente por razões gerais-preventivas de reforço normativo. Aliás, uma concepção que, de jeito exclusivo, faça repousar esta circunstância agravante na culpa pode até estar mais de acordo com uma «teoria da margem da liberdade» ou da «moldura da culpa», típica de concepções ético-retributivas hoje minoritárias. Dissemos que propendemos para um entendimento misto do fundamento da reincidência, o que não impede, pois, que reconheçamos importância à culpa. Na verdade, ao nível dela, julgamos poder retirar-se do art. 75.º, n.º 4, ainda um argumento nesse sentido. As «medidas de graça», fundadas em razões preventivas, não obstem a essa circunstância modificativa, o que depõe no sentido de que a culpa desempenha, como se não esconde, um papel importante na matéria. Em uma direcção que temos por próxima, se o art. 76.º, n.º 2, determina a prevalência das regras da pena relativamente indeterminada sobre a reincidência, sendo a primeira, materialmente, uma medida de segurança, motivada, portanto, por razões preventivas, então parece haver alguma indicação legislativa da ligação da reincidência à culpa.

penas efectivas é um indício da maior culpa impendente sobre o agente. A qual já não será no mesmo grau quando as penas não são efectivas, i. é, quando se lhes aplique uma sanção substitutiva. Donde, também por via do pressuposto basilar da reincidência e do seu concreto funcionamento se justifica que a matéria em estudo contenda, nos moldes assinalados, com a culpa e com o pensamento subjacente à atenuação especial da pena. Mais do que isso, quando as sanções substitutivas se não aplicam, tal indicia que os comportamentos em causa são mais graves em sede desse juízo de censura ou dos demais a que alude o art. 72.º, n.º 1, o que, *a contrario*, importa que as penas de substituição sejam, na verdade, reflexo de um grau particularmente diminuído de qualquer um destes factores. Dito de outra forma – e em reforço argumentativo –, impedindo as penas substitutivas que a reincidência funcione, tal significa que a imagem global do facto se acha sensivelmente diminuída por via de um juízo favorável dirigido a obviar a uma agravação mais severa. Assim, a ideia que defendemos que o instituto em estudo encontra no fundamento da atenuação especial da pena um arrimo forte, parece surgir reforçada.

Claro que, a propósito desta última linha argumentativa, pode discutir-se a hermenêutica de «prisão efectiva» em sede do art. 75.º, n.º 1. Tem-se entendido que não se exige o estrito cumprimento da pena substitutiva, mas a sua mera determinação judicial, para que não possa existir reincidência quanto a uma pena anterior, ao menos *formalmente* substituída. Dito de modo exemplificativo: se uma pena suspensa é revogada por incumprimento das condições que lhe estão ligadas, esse facto não obsta a que se levante um veto de consideração dessa sanção quanto à reincidência. Ora, este entendimento pode não ser consensual.

Se tivermos da sanção substitutiva a concepção de que a mesma existe a dois momentos, *rectius*, que *o seu conteúdo exige a determinação e o seu cumprimento*, porquanto este último é a verificação, na prática, da bondade do juízo prognóstico favorável, então, por decorrência lógica, dever-se-ia propender, para que se exigisse que uma pena substitutiva obstasse à reincidência, que a mesma fosse adimplida. Acrescente-se, desde já, que, se essa for a opção a defender, a mesma exigiria uma alteração legislativa, pois o «sentido possível» da expressão «penas efectivas» não comporta tal hermenêutica. Decorrendo a pena em estudo com incidentes executivos conducentes à sua revogação, a pena principal sujeita a condição aplicar-se-ia e, então, tudo se passaria como se não tivesse havido um pronunciamento judicial favorável à substituição. Acresce que esta interpretação parece mais conforme a uma reafirmação da eficácia e efectividade da matéria em estudo. Mais ainda: ao menos em tese seria

equacionável que se pudesse aplicar uma pena substitutiva mesmo sabendo de antemão que o condenado se não encontra em condições de a cumprir, com o objectivo mais ou menos inconfessado de tal obstar à reincidência que se sabe operaria se não preponderasse o entendimento agora sob escrutínio. Não é, assim, ao que cremos, de negar que, *in abstracto*, possa ocorrer uma *fraude à lei* e aos fundamentos basilares do instituto da reincidência⁴⁸. Donde, em resumo,

⁴⁸ Assim, no sentido do princípio geral de que, por razões de lealdade do Estado – por intermédio do juiz – para com o condenado, de adequação e, em geral, das regras do *due process of law* em que para nós ambas entroncam, não deve ser determinada uma pena de substituição quando o juiz bem sabe, à partida, que o condenado não tem condições de cumprir, desde que, como é óbvio, tais elementos resultem dos autos ou seja determinada a sua indagação pelos serviços da DGRSP como questão prévia à fixação da espécie de pena a aplicar. Logo na Comissão Revisora este aspecto foi salientado por JOSÉ OSÓRIO, manifestando estranheza por se poder aplicar uma pena de multa de substituição que se sabe não estar o condenado em condições de cumprir e que, depois, redundaria no cumprimento da privação de liberdade estabelecida na decisão condenatória [*vide* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (s/d), vol. II, p. 37].

Trata-se de mais uma concretização, agora na matéria das consequências jurídicas do crime, de que o nosso ramo de Direito não pode nem deve exigir aos cidadãos comportamentos que, à partida, os mesmos não estão em condições de cumprir, como é particularmente visível, p. ex., em sede do preenchimento do dever de garante na omissão imprópria (art. 10.º, n.º 2) – cf. LEITE (2007), pp. 86, ss. Assim, o acórdão do TRE de 02.06.2015 (Sérgio Corvacho), onde se lê: «I – A imposição de deveres ao condenado, como condição da suspensão da execução da pena de prisão, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 51.º do Código Penal, incluindo o dever de pagar a indemnização, está subordinada a um princípio de razoabilidade, não devendo ser fixadas, nessa sede, obrigações que ao condenado seja, previsivelmente, impossível cumprir. II – O tribunal deve abster-se de condicionar a suspensão da execução da pena de prisão ao pagamento, total ou parcial, da indemnização, se as condições pessoais do condenado, ao tempo da condenação e dentro do futuro previsível, não lhe possibilitarem, sem culpa sua, a satisfação de tal requisito.» Compulse-se, ainda, o sumário do acórdão da mesma Relação, de 03.03.2015 (Fernando Pina): «[n]ão é possível a aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade a arguido que se encontra a cumprir medida de coacção noutra processo que o impede de prestar trabalho no exterior da sua residência». É certo que a questão pode ser vista em outra perspectiva: como neste último caso, ainda que os requisitos de aplicação do art. 58.º estivessem preenchidos, porque existe esta limitação *de facto*, nada há que o juiz possa fazer, excepto averiguar se dentro do catálogo existe outra pena substitutiva que possa igualmente aplicar-se, cumprindo os desideratos punitivos. Se tal não suceder, não há qualquer deslealdade do Estado, mas um *obstáculo fático* da responsabilidade do condenado, alheio ao funcionamento da justiça ou, como diriam os civilistas, *sibi imputet*. O que sempre haverá que averiguar, mesmo no caso do aresto citado, é a circunstância de saber se o trabalho não pode ser prestado no estabelecimento prisional em que o condenado se encontra a cumprir

não seria a simples determinação judicial da substituição da pena principal por outra prevista na lei que importaria que as finalidades fossem cumpridas de uma outra forma tida como político-criminalmente mais vantajosa, mas sim o seu *adimplemento efectivo*. Como fundamentar, ademais, que inexista a culpa acrescida caracterizadora da reincidência nas hipóteses em que o condenado incumpe a pena de substituição e, na verdade, adimple a pena principal? Tudo se passaria, na materialidade das coisas, como se o indivíduo – para este efeito, note-se – tivesse logo, *ab initio*, cumprido essa mesma pena principal que, não fora a circunstância da sua substituição, teria feito operar a reincidência. E de uma forma que pode ser demonstrativa de uma culpa ainda mais acrescida, ou seja, se o agente falha o cumprimento do juízo prognóstico, não revelará ele uma personalidade manifestada em acto que é mais desconforme ao dever-ser jurídico-penal? O que eventualmente se teria diminuído em termos de juízo de censura na escolha da pena, acaba por se reverter com o seu inadimplemento que, para além de depor negativamente quanto à prevenção especial, por frustrar expectativas comunitárias, também parece reclamar uma mais elevada exigência geral-preventiva. Crê-se, por outro lado, sendo o juízo prognóstico favorável, por definição, condicional ao cumprimento da pena, que ele cessa no exacto momento em que, por via do incidente da revogação, a sanção substitutiva venha a dar lugar à pena primitiva. Donde, o entendimento que tem feito curso entre nós pode alargar sem base precisa o momento temporal em que o dito juízo prognóstico deve produzir os seus efeitos. Tudo se passa, a admitir essa hermenêutica, como se esse juízo tivesse um *período de sobrevigência* mesmo após os factos demonstrarem que ele falhou, através da revogação da pena substitutiva.

Todavia, o entendimento que vem de expor-se pode enfrentar críticas. Antes de mais, a autonomia das penas substitutivas é colocada em causa, porquanto elas aparecem como uma espécie de «defesa de segunda linha», ao que se pode obtemperar, porém, que a autonomia não é absoluta e que existe uma ligação indeclinável entre a pena substituída e a que a substitui. Por outro lado – e o que é central –, a interpretação exposta transforma a sanção em estudo numa espécie de «pena a dois tempos»: o do juízo prognóstico e do respectivo cumprimento, apenas existindo ela se e na medida em que ambos

pena à ordem de outro processo. Se tal for possível, não apenas o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade incentiva o trabalho, como constituiria uma violação do princípio da igualdade, como tivemos ensejo de defender em LEITE (2015), pp. 179-189.

se achem preenchidos. Ora, se assim for, então mesmo as sanções principais o serão, porquanto é o respectivo adimplemento que prova o cumprimento das suas finalidades punitivas. E não só este, na medida em que bem pode suceder que a execução decorra sem quaisquer incidentes e que, mais tarde, o agente reincida, o que é a prova última de que os desideratos sancionatórios se não realizaram. Na verdade, partindo de uma norma como a do art. 40.º, o legislador não se preocupou somente com que inexistam *intercorrências executivas*, mas que a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente se reflectam prospectivamente. Destarte, se patrocinarmos uma hermenêutica como esta, «de largo espectro», diríamos, então, sem prejuízo de se declarar extinta pelo cumprimento uma pena sem incidentes executivos, teríamos de aguardar por um *follow-up* do condenado para saber se, *de facto*, o art. 40.º teria sido cumprido *de pleno*. Ora, não é desde logo razoável entender que a pena principal seja constituída pela sua determinação e pelo respectivo cumprimento, o que importaria erro palmar ao confundir a *pena* com a sua *execução*. Donde, não se negando embora que nas penas substitutivas existe uma sanção que podemos apelidar de «compósita» – visto exigir a determinação de um *quantum* de pena concreta que depois se substitui por outra sanção –, tal não é suficiente para se alterar o entendimento maioritário. Acresce ainda que, sendo o instituto em estudo claramente uma aposta na ressocialização, bem se compreende que se não exija o cumprimento efectivo das penas substitutivas para se não deixar funcionar uma punição mais severa, assim se construindo um sistema mais congruente.

É ainda altura de afirmar, a este propósito, mas que se reflecte em todo o sistema das penas em estudo, que se detectam *antinomias entre a certeza e eficácia e o juízo prognóstico*. Logo pela sua natureza, este último importa um campo mais ou menos elevado de incerteza, ao invés do pretendido através dos primeiros conceitos. Ora, no específico âmbito da reincidência, se é exacto que exigir o efectivo cumprimento da pena de substituição deporia a favor do reforço dessa certeza e efectividade, também é certo que tal importaria uma quebra do juízo prognóstico que, por rectas contas, passaria a ser uma espécie de prognose «com exigência póstuma» – ficaria em suspenso sob condição de adimplemento. Não é arriscado defender que, face a antinomias irresolúveis, o intérprete opte pelo fundamento ínsito ao juízo de prognose e, com isto, propenda para a interpretação que, no problema em estudo, tem feito vencimento.

Outra observação crítica – e que não é de somenos – diz respeito a aspectos processuais penais. Ter-se-ia de aguardar pelo decurso da pena substitutiva

para saber se a reincidência ocorreria ou não, o que levantaria questões sérias quanto ao modo de fazer operar ou não a circunstância modificativa⁴⁹. A ilustração em nota de rodapé parece-nos dar conta de uma dificuldade que temos por insuperável. A ela acresce a circunstância de a «prescrição da reincidência» (art. 75.º, n.º 2) ocorrer ao fim de cinco anos entre as práticas delituosas, o mesmo limite máximo até ao qual uma pena substitutiva pode, hoje, aplicar-se. Donde, a espera pela observância dos mandamentos contidos na pena de substituição podia importar, *na prática*, que o crime antecedente deixasse de relevar por via do requisito formal negativo do n.º 2 do art. 75.º, o que inviabilizaria, efectivamente, qualquer aplicação da circunstância modificativa. A contrariedade com os objectivos centrais da reincidência é frontal e não pode ter sido esse o resultado pretendido pelo legislador (art. 9.º, n.º 3, do CC). Os argumentos contrários à interpretação dominante parecem-nos bastante impressivos e mais de acordo com a própria natureza de uma pena substitutiva. Todavia, não se nos mostra exequível, exactamente pela impossibilidade – até onde conseguimos ver – da respectiva aplicação concreta. Por outro lado, esse entendimento importa que, ao menos em uma certa perspectiva, se não tenha em devida conta o juízo prognóstico favorável, pois se estaria a negar um efeito que se derivaria dele (evitar o funcionamento da reincidência).

Aqui chegados, impõe-se saber até que ponto as penas substitutivas participam ou não do *movimento do simbolismo criminal*, hoje tão criticado⁵⁰. Trata-se de matéria que entronca nas finalidades últimas da punição e que, logo por isso, é aqui apenas tratada em esboço apressado, porventura de modo a levantar (ainda) mais inquietações.

⁴⁹ Recorramos a um exemplo: se o agente está a ser julgado pela prática de um crime de furto qualificado em Abril de 2014 e praticou, em Maio de 2010, um outro delito da mesma espécie, com sentença transitada em julgado em Janeiro de 2013, tendo sido condenado a 4 anos de prisão suspensa na sua execução, com imposição de deveres de conduta, teremos de aguardar até Janeiro de 2017 para saber se o crime cometido em Abril de 2014, sob julgamento, verá a sua pena agravada ou não por via da reincidência. Donde, ou se não marcaria o julgamento até aí, com os riscos de uma eventual prescrição do procedimento criminal e as desvantagens evidentes de um atraso processual injustificado, ou se condenaria o agente como não reincidente (a única interpretação possível, desde logo por obediência ao *favor rei*) e, transitada a decisão, porque se não trataria de fundamento para recurso de revisão, esta não poderia modificar-se, excepto se se passasse a prever um novo fundamento para este recurso extraordinário.

⁵⁰ Servir-nos-emos, de seguida, de alguns excertos de artigo que publicámos em LEITE (2010), p. 11. Todavia, como se perceberá do confronto do que aí escrevemos e daquilo que ora se reflecte, há uma boa parte de construção nova.

Em primeiro lugar, impõe-se conceptualizar o que se entende por «Direito Penal simbólico»⁵¹. Se através desta expressão pretendermos que a lei criminal comporta sempre uma vontade de intervir sobre a comunidade, sinalizando as acções e omissões que ofendem bens jurídicos fundamentais, descontada a vertente negativa (de intimidação, de «inocuição») da prevenção⁵² geral, então *todo o Direito Penal é simbólico*. Mesmo aquele que contende com as normas jurídicas mais interiorizadas na consciência axiológica societária⁵³. Em especial, como BARATTA (1991), pp. 52-53, evidenciou, *a prevenção geral positiva ou de integração é, na sua matriz, uma corrente simbólica*, na medida em que a protecção directa é conferida à norma jurídico-penal e somente de forma indirecta ao bem jurídico. Assim, trata-se de *reafirmar uma realidade normativamente cunhada*. Acrescentamos agora, da nossa lavra: maior simbolismo não pode existir, também a par do reconhecimento de que a justiça criminal tem sempre de ser mediada pelo princípio da proporcionalidade, o que pressupõe

⁵¹ CANCIO MELIÁ (2007), pp. 64-65, aponta ainda a «relação fraternal estabelecida entre o *Direito Penal simbólico* e a *punitividade*, na medida em que aquilo que a classe política dirigente visa com a construção de dados tipos legais de crime é, como se sabe, *dar a impressão* de que se está a lutar contra o crime, mesmo que, *na prática*, a reacção não seja muito severa [de jeito não muito díspar, já ENZENSBERGER (1964), *passim*, partindo da análise de uma série de processos de entre os quais o de Eichmann, embora a sua análise não seja estritamente jurídica e padeça de graves dificuldades nesta matéria, quase se podendo resumir toda a obra à afirmação de que «o crime é a política» – aquilo que as classes dirigentes definirem como tal –, o que não deixa de ser redundante]. Ora, pode dizer-se que o simbolismo está ao serviço da punitividade e que construções como, *v. g.*, o «Direito Penal do inimigo» surgem da união entre ambos.

⁵² No último quarto de século, a questão da prevenção tem ganho enorme importância, sendo já habitual, ao menos na Alemanha, distinguir três grandes áreas em que esta se desdobra: «a prática, a política e a ciência da prevenção» («*der Präventionspraxis, der Präventionspolitik und der Präventionswissenschaft*). Apesar dos esforços, parece faltar ainda mais coordenação, em especial ao nível federal, bem como uma definição mais clara de objectivos e sua desvinculação de algumas «crenças». É essencial que a prevenção se não converta em «more of the same» e que, ao invés, se afirme como uma resposta diversa e não-punitiva, bem como se baseie em dados científicos e empíricos de ciências como a Criminologia, não somente essenciais para a prática da prevenção, mas também para a tomada de decisões políticas neste domínio, onde tal facto tem sido mais difícil. Para tal desiderato, essencial é ainda o concurso das Universidades [veja-se, sobre toda esta matéria, a «Declaração de Karlsruhe», na sequência do 19.º Congresso Alemão sobre Prevenção Criminal, realizado em 12 e 13.05.2014 – DEUTSCHER PRÄVENTIONSTAG (2014)].

⁵³ Não andaremos longe do que DÍEZ RIPOLLÉS (2002), pp. 69-71, apelida de «efeitos expressivo-integradores».

que entre a gravidade do delito e da pena não intercede uma relação de inflicção quantitativa – x mal por y pena –, mas *qualitativa* e que, segundo dados pressupostos, pode mesmo passar pela dispensa de pena ou pela aplicação de uma reacção em vez da principal. Aliás, aos olhos da prevenção geral de integração, simbolismo e pedagogia da intervenção criminal e da própria pena estão de mãos dadas, como faces de uma mesma moeda. Ora, a pedagogia do castigo mediada pela proporcionalidade, pela *ultima ratio*, só pode ser simbólica, exactamente no sentido em que o talião é qualitativo, reafirmador e não quantitativo ou vindicativo. Daqui também deriva, acolhendo-nos de novo a BARATTA (1991), p. 53, que a tecnocracia assuma a função de ponte de ligação entre os decisores políticos e os cidadãos, o que tende a aumentar ainda mais o simbolismo da pena, agora entendida como uma sanção gravosa, mesmo desproporcionada, mas justificada por considerações políticas, de aquietação de brados populares⁵⁴.

Todavia, por certo não é em nenhuma destas acepções que o termo vem fazendo o seu curso. Reflecte-se, isso sim, sobre as normas criminais que protegem bens jurídicos mais ou menos «novos», *rectius*, cuja consciencialização ocorre em data recente, e que, muitas vezes, não têm uma aplicação prática conhecida, por ineficácia do *modus aedificandi criminis*, por inexistência de meios materiais de *law enforcement* ou, tão simplesmente, em virtude de o dito «aparelho judiciário» encarar tais factuais com a bonomia típica de neocriminalizações não correspondentes a reais valores sociais. Em tais hipóteses, é não apenas a *legitimidade constitucional* da intervenção penal que se questiona, como também a sua própria *racionalidade utilitária*.

Dito de outro modo, com HASSEMER (1991), pp. 23–36⁵⁵, estar-se-ia perante uma prevalência das funções *latentes* em detrimento das *manifestas*,

⁵⁴ É curioso que não se distará muito do anteriormente propugnado por BENTHAM (1830), pp. 50–51, em que a sanção desproporcionada impeliaria correntes solidárias para com o criminoso, o que em muito dificultaria a aplicação da lei. O apoio popular que se busca e que deve ser, para BENTHAM, uma das características de toda a boa pena, porquanto facilita a sua aplicação e recolhe o assentimento valorativo que a densifica, perde-se por via do afastamento da proporcionalidade – o Povo deixa de ser *aliado* e passa a ser *inimigo* (*ibidem*, p. 50).

⁵⁵ Em esp., p. 28. O autor (*ibidem*, p. 26) entende estarmos já em condições de classificar as modalidades de leis penais simbólicas em: a) leis de declaração de valores (p. ex., a lei sobre o aborto); b) leis com carácter de apelo (moral) – p. ex., as normas penais relativas à protecção do meio ambiente, através das quais se visa uma interiorização de valores ambientais; c) respostas substitutivas do legislador (fundamentalmente leis que respondem a

o que, *per se*, é encarado como um mal, visto tratar-se de um engano: aquilo que se retira expressamente da Lei não é o mesmo que o legislador dela pretende, uma vez que nela existe um programa escondido. Programa esse, acrescentamos nós, que pode ser socialmente nefasto ou redundar num simples *nada*, naquelas hipóteses em que, na prática, nada de objectivo e relevante se retira da incriminação.

Por outras palavras, esta linha de raciocínio contende com a *função propulsora ou promotora de bens jurídicos* que se assinala ao Direito Penal. Função essa de que se deverá lançar mão com cautelas muito especiais, sob pena de, à sua laia, se converter o ramo dotado de sanções mais restritivas em *puro instrumento ao serviço de maiorias circunstanciais*, assim se decapitando o património ainda sobranter da tradição iluminista e liberal. De facto, a função propulsora ou «simbólica» (nesta acepção) não constitui a função primeira do Direito Penal, surgindo antes como um «efeito colateral, secundário»⁵⁶.

Ora, fazer da norma criminal uma simples *bandeira* de valores protegidos pela Constituição que se desfralda mesmo conhecendo a sua ineficácia é, quanto a nós, violar a Lei Fundamental e obnubilar a *magna função* de qualquer ramo de Direito: *resolver problemas concretos da vida quotidiana de pessoas* (singulares e colectivas) espaço-temporalmente localizadas. A proporcionalidade inscrita no art. 18.º, n.º 2, da Constituição e, ao que julgamos, de jeito mais lato, o princípio do Estado de Direito *per se* considerado, depõem, entre outros argumentos, no sentido da inconstitucionalidade. Quanto à contradição interna introduzida no sistema criminal, basta lembrar que, sendo nós críticos de uma *pura* «análise económica do Direito»⁵⁷ que se arvora em padrão único decisório da incriminação, seria desonesto ignorar que *a eficiência é um valor*

estados de crise, de anormalidade constitucional até, p. ex., em hipóteses de terrorismo); d) leis de compromisso (as que estabelecem cláusulas gerais de punição). Na noção proposta por ROXIN (2006a), Rn 23, p. 21, serão aquelas normas que «não geram, primariamente, efeitos protectores concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio face a atitudes consideradas lesivas. Normalmente, não se visa mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que se está a fazer algo para combater acções e situações indesejadas».

⁵⁶ GARCÍA PABLOS (2001), p. 42.

⁵⁷ Segundo dados de 2005 do Ministério Federal da Justiça alemão, o custo da pena de prisão aplicada por via do incumprimento da sanção pecuniária ascende a 80 € / 100 € por mês, ao passo que o valor médio da taxa diária daquela pena principal ronda, no mesmo país, 25 € [cf. SCHNEIDER (2005), p. 44].

(sempre relativo) do Direito Penal. Todavia, entendamo-nos: a «eficiência» a que aludimos não se compadece com inextricáveis elementos do tipo (muitas vezes implícitos) ou com «condições objectivas de punibilidade», mas também não é uma simples lógica de *costs-benefits*. Trata-se ainda, ao invés, de uma *desimplicação analítica dos fundamentos básicos da dignidade de pena e da tutela fragmentária* do nosso ramo de Direito.

Um último ponto de síntese nesta matéria. Como sublinhado já, mas que releva repetir aqui, bem ponderado o que vem de escrever-se, entendemos as penas de substituição como um instituto jurídico e, em especial, o juízo dos magistrados judiciais a propósito da sua concessão, como mais uma manifestação do princípio da *ultima ratio* da intervenção e tutela penais. Trata-se de uma *subsidiariedade reforçada*, porquanto a eleição dos factos humanos geradores de sanções criminais é já, *per se*, a primeira conclusão para que o princípio tende. Ora, mesmo depois de se ter concluído pela existência de um delito e de que o arguido foi o seu autor, existe ainda a possibilidade de o juiz entender que a mínima compressão possível de direitos do condenado ainda se pode fazer através de um outro instrumento jurídico: as penas de substituição. É, assim, ainda, a concepção de uma protecção de bens jurídicos na zona óptima de confluência entre as necessidades da pena e do condenado que milita a favor de todo o juízo substitutivo.

1.1. Já se não julga correcta a aproximação das penas substitutivas ao instituto da dispensa de pena (art. 74.º; *Absehen von Strafe*, do § 60 do *StGB*⁵⁸).

Esta é uma forma especial de determinação da medida concreta da pena, manifestação do critério unilateral do princípio da culpa e da dignidade e

⁵⁸ O campo de aplicação deste preceito [uma espécie de *pæna naturalis*, segundo JESCHECK (1976), p. 73] abrange os crimes puníveis com prisão até um ano (acima dele, o § 60 do *StGB* já não rege) e sempre que a imposição de uma sanção penal «fosse indubitavelmente considerada errada» («daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre»). O campo interpretativo deixado ao aplicador é bastante superior ao do nosso art. 74.º, o qual estabelece requisitos cumulativos bem mais precisos para a dispensa de pena. Donde, estamos perante dois institutos meramente aproximados. Um exemplo da sua aplicação contende com as hipóteses em que, por via do comportamento do agente, acaba por resultar a morte do respectivo cônjuge ou dos seus descendentes, em certas hipóteses de acidentes de viação, entendendo-se que existe aqui, nessa mesma morte, uma espécie de *pæna naturalis* a que seria *manifestamente* injusto acrescentar uma pena «legal» – cf. TIEDEMANN (1981), p. 101. É interessante que existam autores que consideram o instituto uma sobrevivência do direito de graça, próximo da figura do indulto [assim, ELBERT (2012), p. 99].

necessidade de pena. Na expressão axiomática de SCHÄFER *et al.* (2012), Rn. 4, «onde a pena não é necessária, onde ela é prejudicial, deve ser omitida». Obviamente que não é objecto da nossa discussão saber até que ponto vai a discricionariedade do legislador ordinário na criminalização ou descriminalização de certas condutas, bem como – o que é o reverso do problema – saber se existem ou não *obrigações constitucionais de criminalizar* ou de nunca recorrer a este ramo de Direito para a protecção de dados bens jurídicos. Em extrema sùmula, acolhendo-nos aos ensinamentos maioritários da doutrina alemã, diremos que essa liberdade de conformação encontra os seguintes limites: a) os direitos civis assegurados pela Lei Fundamental; b) os «princípios da estrutura do Estado» (*Staatsstrukturprinzipen*) como os princípios do Estado de Direito democrático e social e c) princípios constitucionais não escritos como o da culpa e da proporcionalidade⁵⁹.

⁵⁹ KREY (2002), Rn. 15, p. 14. A questão (de saber da existência ou não de *Verfassungsverbote*) tem sido largamente debatida depois de, em 2002, ter sido aprovada uma Lei que isentava de responsabilidade penal os actos de homicídio a pedido da vítima e de roubo (respectivamente, §§ 216 e 242 do *StGB*), o que levou a questão ao *BVerfG*, Tribunal que reconheceu a existência de obrigações constitucionais de criminalização e a proibição de «subprotecção» de determinados bens jurídicos como a vida ou a propriedade, mau grado o cariz de intervenção subsidiária do ramo de Direito em que nos movemos (sobre a questão, manifestando-se – e bem – no sentido que fez vencimento em Karlsruhe, *ibidem*, Rn. 27–32, pp. 24–29).

Embora também se reconheça amplo espaço de conformação ao legislador infraconstitucional, a CRP é, como se sabe, das Leis Fundamentais com um mais generoso catálogo de direitos fundamentais. É seguro, outrossim, que nem todos esses direitos têm de encontrar no respectivo CP um ou mais tipos legais que os tenham como objecto de protecção. Todavia, atento o seu papel de centralidade absoluta no ordenamento jusconstitucional pátrio, seria inconstitucional a inexistência de criminalização do homicídio, da ofensa à integridade física ou da vulneração da liberdade e autodeterminação sexuais. Isto devido ao que se retira da CRP em sede da hierarquia que não se pode obnubilar no âmbito de direitos fundamentais e que pode, no limite, conduzir à declaração de inconstitucionalidade por omissão, como se não ignora bastante rara e de requisitos apertados em Portugal ou em outros Estados democráticos, por acabar por ser uma injunção do Judiciário ao Legislativo, embora justificada pela infraprotecção a que um bem jurídico-constitucional está votado. Mas já não o seria, p. ex., se o legislador decidisse, ao menos em algumas hipóteses típicas, sujeitar os actuais crimes contra o património ou contra a propriedade a uma tutela não criminal. A História do nosso ramo e os sucessivos modos de o legislador proteger tais bens demonstram a condicionalidade histórica do meio usado para tal desiderato. Se bem o entendemos, não andamos longe do pensamento de DIAS (2010), p. 42, ou de CUNHA (1995), p. 429. O mesmo se diga, ainda, do bem jurídico «honra» que, apesar de contar com uma larga tradição de criminalização, não tem necessariamente de ver tratada a sua

As medidas de substituição, por seu turno, surgem como um problema posterior a essa determinação, não se aplicando à dispensa de pena. Por outro lado, sendo exacto que registámos já que a proporcionalidade é o fundamento básico do juízo substitutivo e que a dignidade e carência de pena, por um lado, e a necessidade de pena, por outro, acabam por ser, segundo cremos, as concretizações do princípio jusconstitucional na específica dimensão criminal⁶⁰, é na dispensa de pena que tais conceitos surgem de modo mais desasombrado. Na verdade, se nas penas de substituição a proporcionalidade é um fundamento comum, no instituto ora em estudo, a ausência da necessidade de pena é a única razão dogmática e político-criminal para o sustentar. Trata-se, por isso, não apenas de uma diversa vinculação de grau entre as duas figuras, mas também a admissão de que, sendo exacto que nas penas substitutivas e na dispensa de pena o facto surge globalmente de uma forma menos grave aos olhos do julgador, na dispensa de pena aí se detém toda a sua fundamentação.

violação pelo nosso ramo de Direito. Isso mesmo o disse o TC, chamado a pronunciar-se sobre a questão colocada de modo contrário, ou seja, saber se essa criminalização da honra feria ou não o texto constitucional, tendo-se entendido que não, por se não divisar nesse instrumento uma aplicação desproporcionada da tutela penal (cf. ac. do TC n.º 128/2012, de 07.03.2012, Carlos Pamplona de Oliveira). Existe, aliás, larga jurisprudência sobre essa relativa liberdade conformadora (cf., entre outros, o ac. n.º 634/93, DR, I Série, de 31.03.1994, o ac. n.º 527/95, DR, I Série-A, de 10.11.1995, o ac. n.º 577/2011, de 29.11.2011, José Borges Soeiro, este último relativo à não inconstitucionalidade de uma previsão normativa do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos em que ainda se consagra a punição com prisão e multa, sublinhando que se não acha violado o princípio da proporcionalidade, atenta a já acentuada liberdade conformadora do legislador ordinário). Em sentido mais restritivo, negando, em conclusão, a existência de quaisquer obrigações de criminalização, *vide* CARVALHO (2005), pp. 326–327. Também CANOTILHO/MOREIRA (2007), p. 493, rejeitam a existência de qualquer «específica obrigação constitucional de penalização», embora logo a seguir considerem que seria incompreensível que certos bens jurídicos não fossem dotados de protecção criminal. A p. 499, no que nos parece uma contradição com aquilo que os autores vêm de afirmar, já se escreve que «pare[ce] evidente que entre os direitos penalmente protegidos devem estar os bens e interesses constitucionalmente mais eminentes, entre eles a vida, a integridade pessoal e a liberdade (*obrigação constitucional de penalização*)» (itálicos no original). Entre nós, a questão foi objecto de estudo aturado por COSTA (2000), *passim*.

⁶⁰ Hoje, em contraponto com a hipertrofia reinante do nosso ramo de Direito. Com razão PALAZZO (2001), pp. 433–435, fala de um «carácter quase omnicompreensivo» destas normas, apontando como causas um aumento qualitativo e quantitativo da intervenção criminal, por razões estruturais, políticas e económicas, bem se falando em uma «bagatelização do Direito Penal».

Já nas reacções substitutivas, para além disto, essa diminuição global da imagem gravosa do facto e da personalidade do agente sempre nele documentada, não somente acaba por determinar, de igual modo, alguma compressão dos direitos fundamentais do condenado – o que não sucede, na prática, com a dispensa de pena –, como a aditar à proporcionalidade como fundamento do juízo substitutivo existem, em nossa opinião, como explanado, rarefacções de uma avaliação da culpa que, não sendo embora a dita culpa como elemento constitutivo do crime em sentido material, é ainda uma espécie de sua «sobrevigência», naquilo que ele tem de mais lídimo – a atribuição de um facto concreto a uma determinada pessoa. Por outras palavras, é a admissão de que o cuidado colocado pelo juiz na adaptação punitiva àquele concreto condenado é tal que não se queda pela aplicação de uma pena principal, destinada, pela sua própria natureza, para um conjunto indeterminado ou indeterminável de agentes, mas por uma outra sanção, necessariamente tendo como destinatários menos pessoas e com determinadas qualidades em sede de ilícito, culpa e/ou exigências preventivas que justificam uma resposta menos intrusiva do sistema para os respectivos direitos fundamentais. Em fórmula curta, não haverá dúvidas que as penas em estudo são sempre mais – se nos é permitida a imagem – um «fato à medida do condenado» que as sanções principais. A tal não é obviamente alheio o momento em que, por regra, surgem, após a aquisição judicativa de todo um manancial de informação quanto ao facto e seu agente capaz de habilitar o aplicador da Lei e do Direito a um juízo que, sendo sempre falível, porque prognóstico, é alicerçado em factos concretos e determinados que conduzem a que aquele «salto no escuro» o seja dentro de uma margem de risco controlado, para tal contribuindo, em primeira linha, por certo, a manutenção da pena principal como «garantia» de cumprimento típica de uma condenação que, em qualquer das reacções substitutivas, assume uma *feição condicional*.

Façamos um ponto de ordem. Se da dignidade e necessidade criminais tivermos um sentido translato – e não nos parece que seja esse outro aquele que prevalece na maioria da doutrina ou jurisprudência⁶¹ –, na perspectiva de

⁶¹ Por ex., veja-se ROXIN (2006a), Rn. 39, p. 25, ao referir-se à «espada afiada do Direito Penal» (*scharfen Schwert des Strafrechts*) ou, na jurisprudência, *inter alia*, a BVerfGE 39, p. 1, 44, que afirma «o princípio-rector do primado da prevenção sobre a repressão» (*der Leitgedanke des Vorranges der Prävention vor der Repression*). Antes disso, em análise ao pensamento de VON LISZT sobre a relevância da subsidiariedade da intervenção penal, definindo-a como «a proibição ao Estado de impor restrições à liberdade derivadas de quaisquer fins de política estatal ou do poder que possa ser sugerido por razão de Estado», cf. SCHMIDT (1950), p. 223.

que qualquer imagem global do facto diminuída corresponde a algo diverso das sanções principais, então aí poder-se-á falar na dispensa de pena também ao nível das medidas substitutivas. Trata-se, porém, de um entendimento dogmaticamente imprestável, porquanto não nos habilita a contradistinguir os institutos.

A nosso ver, haverá que destrinçar os *princípios da necessidade e dignidade de pena de primeiro grau* – aqueles que são responsáveis, *ab initio*, pela escolha, de entre os factos da vida social, dos que são ou não merecedores de tutela penal – e um seu momento de *segundo grau* em que, fixada essa relevância, se pergunta até que ponto as concretas circunstâncias que rodearam o delito e a personalidade do agente documentada no facto depõem ou não no sentido de um seu tratamento, em regra mais favorável, não apenas por menores necessidades preventivas, mas também por considerações de culpa. Dentro desses princípios de necessidade e dignidade criminais bem pode o legislador lançar mão de diversas técnicas: a manutenção de um juízo global favorável à aplicação de uma pena que depois se substitui; a criação de uma moldura penal abstracta diminuída nos seus limites (mínimo, máximo ou ambos), por a imagem global do facto surgir sensivelmente diminuída – atenuação especial da pena; ou considerar que a simples declaração de pena sem efectiva aplicação (da principal ou de qualquer uma substitutiva) é adequada para o adimplemento das finalidades punitivas – dispensa de pena.

É evidente que a escolha comporta implicações político-criminais e dogmáticas. Nas penas de substituição, à comunidade é passada a mensagem de que o facto criminoso é merecedor de pena, sendo, todavia, de concluir pela sua substituição à luz de um juízo prognóstico favorável. Ao tratar-se de uma *substituição*, o legislador conclui que a sanção aplicada em vez da pena principal cumpre os mesmos desideratos desta última, com vantagens para a sociedade e para o concreto agente. Como se sabe, não estamos perante uma *equivalência naturalística ou quantitativa*, mas sim de jaez normativo, de índole qualitativa. A pena substitutiva não tem de ser – e não é – em absoluto igual à sanção substituída. É sim um seu *correspondente normativo, axiológico*. Há uma construção legislativa referida a valores que enformam o ordenamento jurídico – a aposta nas finalidades preventivas, a imposição do mínimo *quantum* de sofrimento possível ao condenado ainda compatível com o art. 40.º, a afirmação de um princípio de humanidade –, na senda da urgência de uma «repersonalização» do entendimento da sanção, tida por ESER (2001), pp. 16-17⁶², como um dos

⁶² Este princípio (*Grundsatz der Humanität*) é um traço comum aos Estados do nosso entorno cultural e jurídico, como por todos é ressaltado por JESCHECK (2002), p. XVII.

eixos da política criminal e que, em outro contexto, ORLANDO DE CARVALHO já advogava – e de ressocialização do delinquente, todos eles com guarida em princípios e normas constitucionais.

Procurando densificar mais a destrição entre os dois institutos, na atenuação especial da pena é logo desde o início da tomada de contacto, pelo juiz, com a factualidade concreta, que ela surge, por razões de ilicitude, culpa ou prevenção, sensivelmente diminuída. O juízo opera *a montante* das penas substitutivas. Já na dispensa de pena, é toda a afirmação do simbolismo da intervenção criminal que surge de jeito indisputado. Basta a pronúncia de um tribunal no sentido da existência de um delito cometido por aquele concreto indivíduo, com a respectiva transcrição para o registo, para que o agente se abstenha, em juízo prognóstico, de reincidir. Trata-se, como se vislumbra após uma simples leitura do art. 74.º, *em regra*⁶³, de crimes de reduzido potencial ofensivo que, em si, poderão esconder uma falta de vontade político-criminal no sentido da sua descriminalização.

VI. Duas questões finais

1. Existe sempre, na matéria em estudo, uma *conatural dicotomia* entre um *risco* que a comunidade aceita suportar e as *vantagens* que dele antecipa. Tal supõe, todavia, que somente em hipóteses de risco comunitariamente suportável possa o juiz decidir pela substituição da pena principal. Veja-se, ainda, que, a partir do momento em que se encara as primeiras como um *substituto axiológico-normativo* das segundas e não como uma alternativa quantitativamente

⁶³ Dizemos *em regra*, na medida em que o art. 74.º, n.º 3, ao ordenar a aplicação às hipóteses de dispensa de pena previstas na PE somente das alíneas do n.º 1 do mesmo artigo, é claro ao afastar o índice formal de prisão até seis meses ou multa até 120 dias. Donde, o respectivo âmbito aplicativo pode ser, por decisão legislativa, bem mais amplo, bastando atentar, p. ex., na disposição do art. 364.º Com o que se alarga, decisivamente, não somente a aposta no pensamento unilateral do conceito de culpa, mas também o próprio juízo de dispensa, acreditando-se, sobretudo, que, apesar de não serem crimes só de reduzido potencial ofensivo, as exigências preventivas-gerais se acham observadas. É esta mais uma prova de que o nosso sistema, por via da verificação cumulativa das alíneas do n.º 1, do art. 74.º, considera que a comunidade no seu conjunto compreenderá a afirmação da culpabilidade do agente a que se não segue o momento da sanção. Dito de outra forma, usando o modelo da *césure*, somente se verifica o seu primeiro constituinte e não o segundo, o que é único deste instituto e se não opera com as penas de substituição em que o momento sancionatório ocorre com toda a normalidade.

idêntica, em perspectiva naturalística, julgamos ser mais fácil compreender o que vem de defender-se.

Uma primeira questão a dilucidar contende com saber se é ou não necessário divisar um *critério autónomo de substituição* ou se, ao invés, aqueles que conhecemos para a determinação da medida concreta da pena são aqui aplicáveis *mutatis mutandis*. De um prisma quase sistemático, diríamos, a circunstância de se não admitir o juízo substitutivo quanto às penas acessórias parece implicar, desde logo, que o critério a considerar, ao nível das penas principais é um outro diferente. Mas, por outro lado, também pode militar no sentido de uma quase maior «importância» das sanções acessórias por relação às principais, visto que as primeiras seriam de tal forma insubstituíveis que não admitiriam que os seus desideratos fossem perseguidos de outro modo. Tal assim não é. Trata-se, isso sim, nas penas acessórias, daquelas que, *per se*, só fazem sentido em complemento a uma sanção principal e dependentes das finalidades primárias nestas encerradas, o que, logo em termos de pura lógica preventiva, em nada aconselharia à respectiva substituição. Encarado agora o facto de uma outra e singular perspectiva, tal significa ainda que o juízo substitutivo não é geral ou comum quanto a todas as sanções (principais e acessórias), o que, de algum modo, depõe no sentido de que se particularize o tema e se o adscreva a critérios definidores próprios. As diversas naturezas e finalidades das penas principais e acessórias justificam em pleno a limitação das sanções substitutivas ao primeiro mundo. Isto já o tínhamos antecipado e, aqui, pretendemos deixá-lo somente mais claro.

2. Na medida em que o § 47 do *StGB* se transformou, na Alemanha e nos países que recebem a sua influência jurídica⁶⁴, como Portugal, em uma

⁶⁴ Algo de similar se pode afirmar quanto ao art. 41.º do CP suíço, o qual considera que as penas de prisão até seis meses devem, como regra, ser substituídas por *sursis*, por multa ou por trabalho a favor da comunidade, só se justificando o cumprimento efectivo da privação da liberdade se as respectivas condições se não acharem preenchidas. Acresce que a jurisdição federal daquele país é muito restritiva no entendimento das hipóteses em que os substitutivos intra-sistemáticos não logram aplicação concreta, segundo informação de JEANNERET (2008), pp. 280-281. De acordo com o mesmo autor, existe uma verdadeira hierarquia legal e jurisprudencial quanto às penas principais no sistema suíço. O que se diz nesse país – e é transplantável para o nosso regime, excepto a consideração da pena de PTFC, por não ser, entre nós, uma pena principal – é que a multa é a sanção preferível, a que se segue o trabalho comunitário e só por fim a privação de liberdade, por motivos de proporcionalidade. Acresce que, quando a pena se cifra até 180 dias (moldura abstracta),

espécie de «norma emblemática», não somente do assinalado movimento de luta contra as penas curtas de prisão, mas também de um específico modo de decidir, em concreto, quando e como aplicar, apesar de ser a exceção, essas mesmas curtas privações de liberdade, cumpre dedicar-lhe atenção mais detida.

Não importa aqui retomar os motivos do opróbrio que sobre elas foi lançado⁶⁵, nem tão-pouco o combate decidido de VON LISZT e relembrar que, em 1923, a pena de multa de substituição adquire a forma essencial que viria a ter até à reforma do Direito sancionatório germânico de 1969. O relevante é salientar que parece doutrina consolidada que não são considerações de culpa, mas de capacidade de influenciar o agente – falando-se em «profilaxia delitual» – ou de defesa do ordenamento jurídico aquelas que devem ser tidas em conta no momento de optar pela aplicação, ao arrepio do regime de substituição-regra, por uma efectiva privação de liberdade⁶⁶.

Um dos aspectos envolvidos neste juízo consiste em saber até que ponto é que anteriores condenações do arguido devem ou não impedir a aplicação de uma pena substitutiva. O nosso ordenamento jurídico não veda tal possibilidade, deixando-a ao prudente arbítrio do julgador, uma vez que liga a aplicação de tal sanção a um juízo de oportunidade quanto ao adimplemento das finalidades punitivas. Donde, *em abstracto*, nada há que impeça o juiz de aplicar uma destas penas a um arguido reincidente ou pluri-reincidente. Todavia, esta não será a situação normal. Se uma pena de substituição comporta uma imagem diminuída da ilicitude e da culpa do facto (nos moldes vistos), então não será habitual considerar-se que alguém que já praticou um ou mais delitos possa, no futuro, respeitar as prescrições criminais. Repare-se que dizemos que não será *habitual*, o que não importa que seja *impossível*. Desde logo haverá que distinguir várias gradações. Assim, se, p. ex., um arguido foi condenado em pena de multa pela prática de um crime p. e p. pelo art. 292.º,

o juiz deve aplicar multa e só quando esse valor o ultrapassa se coloca a opção entre prisão e multa (*idem*, pp. 281-282). Dando nota desta alteração como um dos principais aspectos da Reforma penal de 2002, cf. PIGNAT/KUHN (2004), p. 263. Quanto à necessidade de fundamentação acrescida nas hipóteses de aplicação das penas curtas de prisão, veja-se o art. 41.º, 2: «[I]e juge doit motiver le choix de la courte peine privative de liberte ferme de manière circonstanciée.» (itálicos adicionados). Na Áustria, algo de similar ocorre com o § 37 do *StGB* respectivo.

⁶⁵ Para além do que se disse *supra*, entre tantos, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (2014), § 64, Rn 19, p. 848.

⁶⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (2014), § 64, Rn 25, p. 849, Rn 27, p. 850, Rn 30, p. 851, Rn 31, pp. 851-852.

n.º 1, atento o seu potencial ofensivo de pequena gravidade, tal não será, *em princípio*, obstáculo a que, em face de uma nova comissão delitual, se possa aplicar, por este outro facto, uma pena de substituição. Andou bem, pois, o legislador nacional⁶⁷, ao não tomar posição expressa sobre esta matéria, deixando-a para a casuística jurisprudencial, dado ser este o critério que melhor serve as finalidades do art. 40.º

Bibliografia

AA.VV. (2005), *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga; ALLEN, Harry E., *et al.* (1978), *Halfway houses*, U.S. Department of Justice, Washington; ANCEL, Marc (1959), «L'évolution de la notion d'individualisation», in *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht. Mélanges Oscar Adolf Germann*, AA.VV., Verlag Stämpfli, Bern, pp. 189-198; ANDRADE, Manuel da Costa (1992), *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra; IDEM (2012), «Anotação ao art. 199.º do CP», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Jorge de Figueiredo Dias (dir.), t. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 1185-1232; ANTUNES, Maria João (2013), *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, Coimbra; BARATTA, Alessandro (1991), «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», *Pena y Estado*, 1, pp. 52-53; BENTHAM, Jeremy (1830), *The rationale of punishment*, Robert Heward, London; BRANDÃO, Nuno (2008), «O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, VIII, pp. 41-54; CANCIO MELIÁ, Manuel (2007), «Direito Penal do inimigo?», in *Direito Penal do inimigo. Noções e críticas*, Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, 2.ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre; CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA, Carlos (2013), «Tapping of conversations between defendants in custody and their defence counsel», *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 3, pp. 167-169; CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra; CARVALHO, Américo A. Taipa de (2005), «Anotação ao art. 29.º da CRP», in *Constituição Portuguesa anotada*, Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), t. I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 323-331; COSTA, A. M. DE ALMEIDA (2018), *O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico*, Almedina, Coimbra; COSTA, José de Faria (2000), *O perigo em Direito Penal*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995), «Constituição e crime». Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização,

⁶⁷ Como regra geral, tal é advogado por AA.VV. (2005), p. 50, embora também se refira que uma «minoría qualificada» do grupo entende que, nas hipóteses de suspensão da execução da pena privativa de liberdade simples, havendo reincidência por crime doloso, se não deve poder voltar a aplicar esta pena substitutiva, mas uma outra mais dirigida à reabilitação do agente.

UC Editora, Porto; DEUTSCHER PRÄVENTIONSTAG (2014), *Karlsruher Erklärung des 19. Deutschen Präventionstages*, disponível em http://www.praeventionstag.de/kriminalpraevention/Module/Media/Medias/Karlsruher-Erklaerung_mit-Logo_371.pdf; DIAS, Jorge de Figueiredo (2005), *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra; IDEM (2006), *Direito Penal. Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra; IDEM (2010), «O Direito Penal do bem jurídico», in *XXV anos de jurisprudência constitucional*, AA.VV., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 31-46; Díez RIPOLLÉS, José Luis (2002), «El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV, 103, pp. 63-97; DWORKIN, Ronald (1994), «La tesis de los derechos y la discrecionalidad judicial», in *Conferencias de Ronald Dworkin en Chile*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, pp. 49-55; ELBERT, Carlos Alberto (2012), «La búsqueda de alternativas al poder penal del Estado», *Derecho Penal*, I, 1, pp. 95-114; ENZENSBERGER, Hans Magnus (1964), *Politik und Verbrechen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M.; ESER, Albin (1989), «Strafrecht in Staat und Kirche. Einige vergleichende Beobachtungen Originalbeitrag», in *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: FS zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Dieter Schwab (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, pp. 493-513; IDEM (2001), «Una justicia penal “a la medida del ser humano” en la época de la europeización y la globalización», in *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, AA.VV., UNED: Madrid, pp. 15-38; FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de (2005), *A adequação social da conduta no Direito Penal. Ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Publicações Universidade Católica, Porto; FRISCH, Wolfgang (1983), *Prognose Entscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenk, Heidelberg/Hamburg; GARCÍA PABLOS, Antonio (2001), «Tendencias del actual Derecho Penal», in *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, AA.VV., UNED, Madrid, pp. 39-59; HASSEMER, Winfried (1991), «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Pena y Estado*, 1, pp. 23-36; IDEM (1996), *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg; IDEM (1999), «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, pp. 317-331; HIRSCH, Hans Joachim (2003), «Aktuelle Probleme rechtsstaatlicher Strafgesetzgebung», *Juridica International*, VIII, pp. 4-10; JEANNERET, Yvan (2008), «Droit des sanctions: le Tribunal Fédéral souffle le chaud et le froid. Quelques thèmes choisis», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 126, pp. 279-291; JESCHECK, Hans-Heinrich (1976), *Reforma del Derecho Penal en Alemania. Parte General*, Ediciones Depalma, Buenos Aires; IDEM (2002), *Einführung in StGB*, 38. Auflage, Beck, München; JOHN HOWARD SOCIETY OF ALBERTA (2001), *Halfway houses*, disponível em <http://www.johnhoward.ab.ca/pub/pdf/halfway.pdf>; JORDÃO, Levy Maria (1975), «O fundamento do direito de punir», *Boletim da Faculdade de Direito*, LI, pp. 289-314; KLEIN-SAFFRAN, Jody (1995), «Electronic monitoring vs. halfway houses: a study of federal offenders», *Alternatives to Incarceration*, pp. 24-28; KREY, Volker (2002), *Deutsches Strafrechts. AT*, Teil 1, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, etc.; LEITE, André Lamas (2004), «As escutas telefônicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da sua respectiva

violação», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, I, pp. 9-58; IDEM (2007), *As «posições de garantia» na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra Editora, Coimbra; IDEM (2007a), «Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 17, 4, pp. 613-669; IDEM (2009), «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*, Manuel da Costa Andrade *et al.* (orgs.), vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 583-630; IDEM (2009a), «Algumas considerações sobre o regime jurídico das escutas telefónicas em Cabo Verde», *Direito & Cidadania*, 10, 29, pp. 9-48; IDEM (2010), «Ambiente e Direito Penal entre o símbolo e a eficácia – do simbolismo eficiente ao efficientismo simbólico», *Jornal Tribuna*, Associação de Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 14, 26, p. 11; IDEM (2013), «Nova penologia, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», in *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade *et al.* (org.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 376-395; IDEM (2015), «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», *Revista do Ministério Público*, 142, pp. 171-191; IDEM (2017), «Algumas notas para um conceito operativo de “pena”», *Julgar*, 32, pp. 203-232; IDEM (2017a), «Efectividade e credibilidade da pena de multa de substituição», *Ab Instantia*, IV, 6, pp. 293-344; IDEM (2018), «Ressocializar, hoje? Entre o “mito” a realidade», *Revista do Ministério Público*, 156, pp. 75-119; IDEM (no prelo), «O (eventual) papel da culpa no juízo das penas substitutivas e o fundamento da atenuação especial da pena», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*; MARSANGY, A. Bonneville de (1844), *De la récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale*, t. I, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris; MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *et al.* (2014), *Strafrecht. AT*, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg; MEDINA SCHULZ, Gonzalo (2006), «La captación no autorizada de imágenes en el Derecho Penal alemán: el § 201a StGB», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXVI, pp. 425-455; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (s/d), *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal*. PG, vols. I e II, AAFDL, Lisboa; MIR PUIG, Santiago (2009), «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal», in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vivés Antón)*, J. C. Carbonell Mateu *et al.* (dirs.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1357-1382; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (2007), *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia; NUVOLONE, Pietro (1959), «Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel Diritto Penale italiano», in *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht. Mélanges Oscar Adolf Germann*, AA.VV., Verlag Stämpfli, Bern, pp. 220-244; PALAZZO, Francesco (2001), «Principio de *ultima ratio* e hipertrofia del Derecho Penal», in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam, Luis Alberto Arroyo Zapatero/Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), vol. I, Ed. Universidad de Castilla-la-Mancha/Ed. Universidad de Salamanca, Cuenca, pp. 433-441; PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés (1992), «Acerca de la

motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, 12, pp. 286-288; PIGNAT, Cédric / KUHN, André (2004), «Les nouvelles règles de fixation de la peine: une révolution de velours», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 122, pp. 251-266; PORTELLI, Serge (2010), «Les alternatives à la prison», *Pouvoirs*, 135, 4, pp. 15-28; PRITTWITZ, Cornelius (2011), «Strafrecht als *propria ratio*», in *Strafrecht als Scientia Universalis. FS für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Manfred Heinrich et al. (Hrsg.), De Gruyter, Berlin, pp. 23-37; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2015), «La realidad del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal Español», Toledo (original cedido pelo autor, muito gentilmente, a quem se agradece de forma reconhecida); REAL, Miguel (2013), *Nova teoria da felicidade*, Publicações D. Quixote, Alfragide; ROXIN, Claus (2006), «Dependencia e independencia del Derecho Penal con respecto a la política, a la filosofía, la moral y la religión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIX, pp. 5-24; IDEM (2006a), *Strafrecht. AT*, 4. Auflage, Band I, Beck, München; IDEM (2009), «La vigilancia acústica del domicilio o el ámbito esencial de configuración de la vida privada», *Revista Penal*, 23, pp. 172-180; IDEM (2011), «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrecht», in *60 Jahre deutsches Grundgesetz*, Peter Häberle (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 65-92; SCHÄFER, Gerhard et al. (2012), *Praxis der Strafzumessung*, 5. Auflage, Beck, München; SCHMIDT, Eberhard (1950), «Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts», in *FS für Julius von Gierke: zu seinem goldenen Doktorjubiläum am 25. Oktober 1948*, Julius von Gierke (Hrsg.), De Gruyter, Berlin, pp. 201-223; SCHNEIDER, Ursula (2005), «Reform of the law on sanctions. Contents and background of the federal government's current plans», in *Prevention and criminal justice. XI United Nations Congress*, AA.VV., Federal Ministry of Justice, Berlin, pp. 40-47; SCHULTZ, Hans (1959), «Strafrechtliche Bewertung und kriminologische Prognose», in *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht. Mélanges Oscar Adolf Germann*, AA.VV., Verlag Stämpfli, Bern, pp. 245-265; SILVA, Germano Marques da (2008), «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, VIII, pp. 67-97; IDEM (2009), *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, Lisboa; STÄNDIGEN DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES (1992), *Verhandlungen des neunundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Band I, Teil C, Beck, München; STEIN, Friedrich (1990), *El conocimiento privado del juez*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid; STRENG, Franz (2012), *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlage*, 3. Auflage, Kohlhammer, Stuttgart; TIEDEMANN, Klaus (1981), «Sanctions and the correctional system», in *The criminal justice system of the Federal Republic of Germany*, AA.VV., Association Internationale de Droit Pénal/Érès, Toulouse, pp. 97-108; VON HIRSCH, Andrew/JARBORG, Nils (1991), *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Forum Verlag Godesberg, Bonn; ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10.ª ed., Editorial Trotta, Madrid; ZIPF, Heinz (1989), *Politica criminale*, Giuffrè, Milano.



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

LISBOA · PORTO

Deveis estar cientes
de que para combater as
injustiças deste mundo
é preciso renunciar
à comodidade.

Esta obra, em quatro volumes e que reúne noventa e quatro textos das mais diversas áreas da ciência jurídica, tem por objetivo prestar a devida e tão justa homenagem ao Senhor Professor Germano Marques da Silva.

Na última lição que dirigiu aos seus Estudantes lembrou o desafio que o futuro lhes dirige: o da coragem para combater as injustiças deste mundo, procurando constantemente o bem de todos e de cada um.

Fundador da nossa Escola, o nosso Mestre incorpora essa lição, deixando junto dos seus alunos a marca indelével de um exemplo de liberdade, de serviço e de inconformismo perante a iniquidade.

