

CONTRIBUTO PARA A NOÇÃO DE PENAS SUBSTITUTIVAS

André Lamas Leite^{*/**}

SUMÁRIO: Introdução; I. O princípio da legalidade e as penas substitutivas; II. Registo criminal, recurso, «medidas de beneplácito», penas acessórias e *net-widening*; III. Penas «alternativas»?; Memória.

Introdução

Apesar de não se desconhecer que existem ordenamentos jurídicos em que tal ainda hoje não é claro¹, em Portugal, há largo consenso doutrinal e jurisprudencial, a que nos juntamos, no sentido de que estamos em face de verdadeiras penas, mesmo que a designação de «alternativas» (conceito diverso, como veremos) possa inculcar uma ideia de menorização das mesmas². Como se adiantou, a

^{*} Professor da Faculdade de Direito do Porto e da Universidade Lusíada Norte (Porto), Investigador do CIJE/FDUP.

^{**} Por expressa opção do autor, não se seguem as regras resultantes do Acordo Ortográfico de 1990. Qualquer referência a um dispositivo legal desacompanhada do respectivo diploma deve entender-se por feita para o Código Penal.

¹ A começar pelo alemão. Assim, a título meramente exemplificativo, como informam MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz *et al.*, *Strafrecht. AT*, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2014, § 65, Rn 12, p. 862, a maioria da jurisprudência e da doutrina daquele país têm das sanções em estudo a concepção de se tratar de uma «modificação da execução da pena» (*eine Modifikation der Strafvollstreckung*), embora existam alguns autores que vêem no correspondente à nossa pena suspensa uma especial *Strafart*; BRUNS, *v. g.*, entende esta última como uma *dritte Größe*, ao lado das penas e das medidas de segurança. Os autores propendem, de idêntico modo, para considerar a pena suspensa como «uma modificação da pena privativa de liberdade», do prisma dogmático, embora, a partir de uma visão político-criminal, se trate de um reacção própria e autónoma, a qual permite ao condenado uma «ressocialização ambulante» (*In kriminalpolitischer Hinsicht ist die Strafaussetzung eine eigenständige Reaktionsweise, die man als “ambulante Resozialisierung” umschreiben könnte.*) – cf. *ibidem*, § 65, Rn 13, p. 863.

² Para além dos manuais de referência, veja-se VAZ PATTO, Pedro, *Crítérios de escolha de pena não privativa da liberdade, em alternativa e em substituição da pena de prisão – algumas questões, à luz dos fins das penas*, comunicação apresentada no CEJ em 17/5/2013, disponível em <http://www.cej.mj.pt>, a que pertence esta interessante reflexão: «[d]essa forma [por via de uma maior imaginação judicial em sede do tema em estudo, que também advogamos] se evita aquele dilema com que muitas vezes é confrontado quem tem de escolher uma pena em situações de fronteira: há um profundo abismo

jurisprudência nacional vem, com inteira justeza, dando nota da assinalada autonomia das penas substitutivas, também por motivos processuais penais. Essencial, neste domínio, é o acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ n.º 8/2013³, em que se explica a destrinça do regime de inadimplemento da multa como pena principal ou como pena de substituição, logo se concluindo inexistir, hoje, qualquer correspondência aritmética ou automática entre a prisão como sanção principal e a multa que a substitui, sendo antes o critério de tipo normativo. Tal entendimento apenas é possível porquanto a multa de substituição se não confunde com a multa principal.

I. O princípio da legalidade e as penas substitutivas

Na avisada advertência de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁴, «[a]inda que as formas substitutivas da execução da prisão não suponham uma superação total do actual sistema penal, tão-pouco são um simples retoque cosmético». Seja do prisma do *quantum* de sofrimento que caracteriza esta forma de pôr termo ao conflito criminal, seja por via das específicas finalidades preventivas que a estruturam. Seja, por fim, em perspectiva processual penal. Tal é, desde

entre uma pena de prisão efectiva, demasiado severa, e uma pena de prisão suspensa na sua execução, demasiado benévola.». O que vai dito em texto é sugerido por RAIMBOURG, Dominique, *Répression: d'une culture de l'enfermement à une culture du contrôle?*, 2013, disponível em <http://www.jean-jaures.org/Publications/Les-notes/Repression-d-une-culture-de-l-enfermement-a-une-culture-du-controle>. A autora refere mesmo que a prisão continua a ser, em França, de momento, a única sanção de referência e que é entendida enquanto tal pela comunidade, salientando que, para a direita, ela é «o alfa e o ómega da resposta à delinquência». Ademais, as prisões estão a ser geridas em regime de parcerias público-privadas, com um custo de € 32.000 anuais por cada recluso. Ao que vai dito em texto não obsta que, p. ex. em Itália, a pena suspensa seja considerada como uma «causa de extinção da punibilidade» – assim, ANTOLISEI, Francesco (col. de CONTI, Luigi), *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 15.ª ed., Milano: Giuffrè, 2000, p. 781. No Direito alemão, estas dúvidas ainda se não acham de todo eliminadas, pois autores existem que consideram o correspondente à nossa pena de suspensão executiva como «modificação da execução da pena» ou como «forma de execução de carácter autónomo» (vejam-se as referências em JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 834, n. 3). E mesmo estes últimos autores (*ibidem*, p. 834) – para nós de modo inconcebível em face do *Strafgesetzbuch (StGB: Código Penal alemão)*, dado dúvidas inexistirem de que se trata de uma pena de substituição e não «autónoma» (que sempre importaria falar-se em «pena principal») – entendem a pena suspensa como uma «sanção penal autónoma» (*stellt die Aussetzung eine strafrechtliche Sanktion eigener Art dar*).

³ Proc. n.º 75/05.6TACPV-A.S1, DR, I série, de 19/4/2013 (SANTOS CARVALHO). Já antes, escrevendo em uma época em que a Lei era expressa na correspondência aritmética, criticando-a com toda a justeza e propendendo para uma correspondência «normativa», cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 366-367.

⁴ *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 557-558.

logo, admitido em instrumentos de Direito Internacional Público, como, p. ex., a Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 19/10/1992, e que expressamente admite o «carácter afitivo» das penas de substituição (regra 27).

Donde, não podemos concordar com a ideia de que as sanções substitutivas sejam um exemplo de afastamento do princípio da inderrogabilidade da pena⁵. A sanção criminal fixada na decisão continua a aplicar-se; simplesmente, não é nenhuma das que o ordenamento considerou «principais»⁶, dado as suas finalidades se alcançarem por outra via, igualmente válida e até tida por político-criminalmente mais adequada. Deixemo-lo mais claro através do recurso a um dado de Direito positivo: a circunstância de as penas substitutivas obstarem ao funcionamento da reincidência depõe no sentido de que estamos perante autónomas sanções, desde logo porque se não exige que as mesmas sejam cumpridas para que esse efeito opere. Ao invés, mesmo que inadimplidas, a reincidência não funciona quanto a anteriores sanções deste jaez. Ora, isto importa que elas não são uma espécie de «reserva de pena principal» em suspenso e que só encontram o seu sentido útil em ligação umbilical com as sanções directamente prevenidas no tipo legal.

Prova de que estamos perante verdadeiras penas retira-se do regime a que estão sujeitas. Começamos pelo princípio da legalidade criminal; com todos os seus componentes: só se aplicam as penas de substituição previstas expressamente no texto e não outras; inexistente possibilidade de aplicação analógica; a retroactividade *in mitius* aplica-se de igual forma, assim como a reserva de lei formal.

⁵ Como defende FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale...*, pp. 700-701.

⁶ No Direito Disciplinar, existe a possibilidade de algumas penas principais serem «substituídas» por outras, nomeadamente em hipóteses em que o condenado se encontra em situação de aposentação ou licença de duração ilimitada. Todavia, não se trata, mesmo aí, de verdadeiras «penas disciplinares de substituição», mas somente de outras sanções, ainda principais, que são diversas do catálogo geral fixado, porquanto este se acha em regra pensado para as hipóteses em que o arguido está no exercício da sua actividade profissional não apenas no momento da comissão da infracção, mas também aquando da determinação da pena disciplinar. Não o estando, o legislador limita-se a encontrar outras que tenham um idêntico conteúdo afitivo, mas sem que estas participem de um qualquer movimento de «política disciplinar» que vise obviar aos efeitos perniciosos das penas principais, razão pela qual se não tratam, tecnicamente, de «sanções de substituição». Sobre a matéria, cf. a alteração da jurisprudência do TC que, revertendo o entendimento constante dos seus acórdãos n.ºs 518/2006, 442/2006 e 28/2007, por via do ac. n.º 858/2014, de 10/12/2014, Proc. n.º 360/2014, FERNANDES CADILHA, Carlos, «decide julgar inconstitucional a norma do art. 26.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública [Lei n.º 7/90, de 20/2], na parte em que determina para os funcionários e agentes aposentados a substituição da pena de demissão pela perda total do direito à pensão pelo período de 4 anos.» (todos os arestos do TC, salvo indicação em contrário, foram acedidos em <http://www.tribunalconstitucional.pt> e estavam disponíveis para consulta em Março de 2019, como, aliás, todos os demais sítios *online*).

Também, sendo penas fixadas em vez de sanções principais, só se consente a sua determinação uma vez aferida a culpa do agente, pelo que a imputação subjectiva não encontra aqui particularidades especiais. A proporcionalidade que acompanha toda a matéria sancionatória é visível na circunstância de, muitas vezes, nomeadamente para medidas concretas até um ano de prisão, o juiz dispor de várias penas substitutivas e escolher não somente aquela que melhor se adequa às finalidades punitivas, mas também aquela que se traduz em um equilíbrio mais acertado entre a gravidade do facto e do sancionamento. Ora, a adequação é um dos sub-princípios em que se desdobra a proporcionalidade.

Também o princípio da pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade criminal é típico das penas que estudamos⁷. Do mesmo passo, qualquer das imposições constitucionais do art. 30.º, não podendo, p. ex., uma pena de substituição ter uma duração indefinida, indeterminada ou deixada ao arbítrio do juiz⁸. Em suma, bem pode dizer-se que, logo por imperativo lógico, falando-se de uma sanção que substitui outra, as características da primeira transmitem-se, em regra, à segunda, *maxime* se das penas substitutivas tivermos uma visão – como a nossa – apostada no reforço da sua efectividade, eficácia e capacidade de preenchimento real das finalidades punitivas⁹. Quanto mais assim o forem, mais as penas em estudo cumprirão o seu desiderato, sendo percebidas pelo condenado e pela sociedade como verdadeiras e autónomas sanções.

O que vem de escrever-se não impede que se procedam a alguns afinamentos ditados pelo específico modo de intervenção das penas substitutivas. Sirvam-nos de exame algumas dimensões do princípio da legalidade. Quanto ao preenchimento do tipo, o momento a atender é o da comissão delituosa (art. 3.º); a «pena principal» está já sujeita, em termos de aplicação da lei no tempo às regras do art. 2.º, em especial às previstas nos seus n.ºs 2 a 4, pelo que pode não

⁷ Aquando da Constituinte, VITAL MOREIRA propôs algo de diametralmente oposto: «[a]s penas privativas da liberdade são susceptíveis de transmissão», o que, se já na altura não vingou, hoje nos parece um mero apontamento histórico. Também à época, OLIVEIRA E SILVA afirmava que as penas de multa conferiam um verdadeiro crédito a favor do Estado, cuja exequibilidade deveria seguir, assim, as regras do Direito Civil, admitindo-se, pois, a transmissão por dívidas. É evidente que esta última concepção vai também ao arrepio da sanção pecuniária como uma verdadeira pena criminal e, por isso, não pode merecer a mínima aceitação. Vejam-se estes dados em SILVA LOPES, Victor, *Constituição da República Portuguesa de 1976 (anotada)*, Lisboa: Editus, 1976, p. 61.

⁸ Dando expressamente este exemplo, DAMIÃO DA CUNHA, José, «Anotação ao art. 30.º da CRP», in: Jorge Miranda/Rui Medeiros (coord.), *Constituição Portuguesa anotada*, t. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 334.

⁹ Veja-se o que expendemos em “Efectividade e credibilidade da pena de multa de substituição. Acórdão do STJ n.º 7/2016, 18/2/2016”, *Revista Ab Instantia*, IV, 6 (2017), pp. 293-344.

aplicar-se a vigente no *tempus delicti*, mas uma outra posterior (despenalizadora ou descriminalizadora «em sentido especial»), uma que vigorava no momento em que o agente actuou ou devia ter actuado e que era temporária ou de emergência, não mais estando em vigor no momento do trânsito em julgado, ou mesmo existir descontinuidade do ilícito e não mais merecer o comportamento qualquer censura penal ou de outro tipo sancionatório (descriminalização «em sentido puro»).

Algo de diverso ocorre com a pena *sub studium*. O momento a ter em conta, pelo juiz, é o da elaboração da decisão que põe termo ao processo, donde, pode aplicar uma pena de substituição que, p. ex., não existia no *tempus delicti* e que foi, mais tarde, introduzida por via legislativa. Do mesmo passo – e aconteceu com a reforma de 2007 do CP –, as decisões já proferidas e notificadas, mas ainda não transitadas e que pudessem beneficiar, pelo alargamento do seu âmbito aplicativo, tiveram de ser revistas pelo tribunal da condenação, de forma a averiguar se se achavam ou não preenchidos agora os requisitos de que dependia a respectiva aplicação¹⁰. Outra questão consiste em saber, em face do actual regime da sucessão temporal de leis, o que fazer quanto aos processos já transitados e em que o agente se acha em cumprimento efectivo de pena e lei posterior autorizaria, ao menos *in abstracto*, a aplicação de uma pena substitutiva. Tenhamos em conta a alteração introduzida em 2007 ao art. 2.º, n.º 4, mais propriamente dotando-o de uma segunda parte que dá razão a uma crítica que vinha sendo dirigida ao regime pretérito¹¹, qual seja a do respeito pelo efeito de caso julgado se existissem leis despenalizadora subsequentes. Estas não abrangem os casos em estudo. Na verdade, se o agente fora condenado a uma pena de cinco anos de prisão efectiva e, ao fim de um mês de cumprimento, entrou em vigor a Lei

¹⁰ Configure-se um exemplo: decisão notificada ao arguido em 10/9/2007, em que o mesmo era condenado a 4 anos de prisão efectiva por prática de um crime de burla qualificada do art. 218.º, n.º 1. Durante o prazo de interposição de recurso ordinário entrou em vigor a Lei n.º 59/2007, de 4/9, a 15/9/2007 (art. 13.º da Lei).

¹¹ Sobretudo por TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Sucessão de leis penais*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 275 ss. e, do mesmo autor, de forma enxuta, em escrito anterior à alteração referida em texto, «Anotação ao art. 29.º da CRP», in: Jorge Miranda/Rui Medeiros, *cit.*, pp. 330-333. Antes mesmo da alteração de 2007, o TC já se havia pronunciado pela inconstitucionalidade da redacção pretérita do art. 2.º, n.º 4, «por violação do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável consagrado no n.º 4 do artigo 29.º da Constituição (...) na interpretação de que veda a aplicação da lei penal nova que descriminaliza o facto típico, imputado ao arguido, já objecto de sentença condenatória transitada em julgado» (ac. n.º 575/2003, de 19/11/2003. Proc. n.º 205/2003, MOTAPINTO, Paulo). Em sentido próximo, do mesmo relator, mas agora especificamente sobre «a interpretação segundo a qual veda a aplicação da lei penal nova que transforma em crime semi-público um crime público, quando tenha havido desistência de queixa apresentada e trânsito em julgado da sentença condenatória», veja-se o ac. n.º 169/2002, de 17/4/2002, Proc. n.º 537/2000.

n.º 59/2007, de 4/9, não deveria haver qualquer reabertura da audiência de julgamento com o fito de saber se o condenado estaria ou não em condições – a avaliar no momento exacto em que o mesmo se encontrava e não já naquele em que encerrara a audiência de julgamento – de dela beneficiar. A regra continua a ser, mesmo depois de 2007, a de que o efeito de caso julgado (material) cristaliza a decisão judicial, a factualidade sobre a qual a mesma se debruçou, bem como os elementos probatórios determinativos da sanção, no âmbito de um modelo de *césure* mitigada (artigos 368.º e 369.º do CPP). Apenas e tão-só nas hipóteses de, já após o trânsito, o legislador ter previsto para aquele conteúdo de ilicitude uma diversa e menor punição, a execução da decisão cessa quando se atingir o máximo da moldura penal abstracta da lei posterior concretamente mais favorável ao condenado¹². Donde, podemos concluir que, mesmo na nova redacção do art. 2.º,

¹² A matéria deu origem a graves dúvidas e divergências jurisprudenciais, tendo o TC sido chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do art. 371.º-A do CPP, igualmente aditado pela Lei n.º 48/2007, de 29/8, tendo-o sempre feito em sentido negativo. Entre tantos, cf. o ac. do TC n.º 489/2011, Proc. n.º 724/10, de 24/10/2011, SOEIRO, José Borges, onde se acha a referência a outros arestos e, do mesmo Conselheiro, antes desse, o ac. n.º 201/2010, de 25/5/2010, Proc. n.º 904/08 e, antes disso, do mesmo relator, o ac. n.º 265/2008, de 7/5/2008, Proc. n.º 121/2008. Ainda, no mesmo sentido, *vide* o ac. n.º 164/2008, de 5/3/2008, Proc. n.º 1042/2007, GUERRA MARTINS, Ana Maria. O ac. n.º 489/2011 é particularmente importante por nele terem sido lavrados dois votos de vencidos, da autoria dos Conselheiros ANTUNES, Maria João e PAMPLONA DE OLIVEIRA, Carlos, em que entenderam que a posição que fez vencimento não respeitava, de jeito adequado, o princípio da protecção jusconstitucional do caso julgado e da proporcionalidade, por isso, vulnerando os artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 111.º, n.º 1, e 205.º, n.º 2, todos da CRP. Pelas razões aduzidas no acórdão que fez vencimento – e que aqui seria ocioso repetir –, somos de parecer que a razão está do lado da maioria que se formou.

Encontra-se, todavia, um entendimento que temos por menos correcto em acórdãos que não separaram a questão da suspensão da pena de prisão e respectivo prazo, de deveres ou regras de conduta que o tribunal tivesse aplicado ao agente. Donde, ao invés do que foi decidido, p. ex., pelo ac. do TRP de 7/11/2007, Proc. n.º 0743150, PINTO MONTEIRO («[s]e, numa altura em que ainda não vigoravam as alterações introduzidas ao CP pela Lei n.º 59/2007, a execução de uma pena de 1 ano de prisão aplicada por crime de frustração de créditos ficou suspensa pelo período de 5 anos, sob a condição de nesse período o arguido pagar ao Estado uma quantia superior a € 1.600.000,00, correspondente a prestação tributária em falta e acréscimos legais, após a entrada em vigor daquelas alterações deve reduzir-se para 1 ano o período de suspensão, nos termos da nova redacção do n.º 5, do art. 50.º do CP, que consagra um regime mais favorável ao arguido, mas, porque assim resulta um período mais curto que o considerado adequado para o pagamento daquele valor, a suspensão não deve ficar subordinada ao cumprimento da dita condição.»), não é verdade que a circunstância de uma pena de um ano suspensa na sua execução por cinco e que, depois, em virtude da nova redacção do art. 50.º, n.º 5, saída da Reforma de 2007, importasse um idêntico encurtamento para o pagamento de uma indemnização que surge como um dever do art. 51.º, n.º 1, al. a). São realidades diferentes e que não importariam, *ipso facto* e *ipso iure*, a extinção desse dever, aliás com consequências muito gravosas para o Estado. Para além de ser admissível o encurtamento do prazo para um ano, também se admitiria, porquanto entendemos compatível com o princípio da aplicação retroactiva da sanção concretamente mais favorável ao agente, sendo aliás mais favorável para o agente, que o prazo para o cumprimento do dever se prorrogasse, ainda, até ao limite

n.º 4, saída da Reforma de 2007, o efeito de caso julgado continua a comportar relevo, não tendo de todo desaparecido. Nem o podia: a segurança e certeza jurídicas, nas hipóteses das penas substitutivas, p. ex., não conflituam com a justiça do caso concreto. De facto, o agente do crime, no momento do trânsito em julgado, não era titular de qualquer expectativa juridicamente protegida, dado inexistir, *v. g.*, qualquer pena de substituição que se aplicasse àquela concreta medida sancionatória. Ora, é esse momento que marca, para efeitos da matéria em estudo, as regras a observar em termos de sucessão de leis no tempo e não aquele a que alude o art. 3.º Aqui temos um outro motivo para considerar as penas

admissível. Veja-se que a solução que restava era, por uma simples aplicação mecanicista do conjunto normativo dos artigos 50.º, n.º 5, e 2.º, n.º 4, exigir o cumprimento do dever no prazo de um ano a contar do trânsito, o que seria desproporcional e afectaria legítimas expectativas do condenado. Donde, até por via do art. 1.º, n.º 3, *a contrario*, aplicado o segmento normativo atrás enunciado com esta hermenêutica, entendemos que melhor se teriam acautelado os interesses em jogo.

No sentido que patrocinamos, embora não com a mesma argumentação, *vide*, também do TRP, o ac. de 23/6/2010, Proc. n.º 1/02.4IDPRT.P1, DIONÍSIO, Maria Deolinda: «I. O prazo limite para o cumprimento da condição de suspensão da execução da pena de prisão não tem que coincidir com o período de suspensão, competindo ao juiz fixar os termos do cumprimento da condição imposta. II. Na fixação dos termos de cumprimento da condição devem ser consideradas as circunstâncias concretas do caso e as finalidades político-criminais do afastamento do agente da reiteração criminosa quanto da sua reintegração social. III. Condenado o autor de crime de abuso de confiança fiscal em pena de prisão suspensa na sua execução pelo período máximo de 5 anos e mostrando-se elevada a prestação global em dívida, justifica-se a imposição do pagamento faseado.» Por fim, neste ponto, o mecanismo processual adequado para a determinação do regime mais favorável em concreto ao condenado, por via da alteração do art. 50.º, n.º 5, após a revisão de 2007 do CP é o da «reabertura da audiência, a requerimento do condenado, nos termos do art. 371.º-A do CPP», como o ac. uniformizador n.º 15/2009, de 21/10/2009, Proc. n.º 574/09, OLIVEIRA MENDES, DR, I série, de 23/1/2009, viria a determinar. O que estava em causa não era exactamente o mecanismo apropriado, pois houve a preocupação legislativa de o deixar claro, mas, outrossim, a questão de saber se a reabertura da audiência de julgamento tinha de ser requerida pelo condenado ou podia ou devia sê-lo *ex officio*. E aí temos dúvidas que a decisão tenha ido no melhor sentido. Tendo em conta que a restrição de direitos fundamentais é a excepção, em particular no domínio penal, a nova redacção saída de 2007 do art. 2.º, n.º 4, a qual importa a ultrapassagem do efeito de caso julgado, em algumas hipóteses, como aliás vinha sendo reclamado por TAIPA DE CARVALHO, p. ex., temos para nós que a interpretação do Supremo foi aquela mais próxima do texto legal, mas que, porventura, não terá ponderado de jeito adequado os elementos sistemático e teleológico. Na verdade, o desiderato do legislador foi o de que, aquando da entrada em vigor da Revisão de 2007, aqueles que estivessem a cumprir pena suspensa, vissem os respectivos processos revistos em face da nova redacção do art. 50.º, n.º 5, o que poderia implicar, em vários casos, um encurtamento do prazo suspensivo, o que é obviamente retroactividade *in mitius* pretendida pelo legislador e com consagração penal. Por outro lado, sendo uma pura alteração em matéria de Direito, parece de aplicar o critério *iura novit curia*, pelo que, embora sabendo que tal conduziria a um acréscimo de trabalho dos nossos tribunais, pendemos para a solução contrária à que teve vencimento no STJ. Dir-se-ia que, por em cima de considerações de Justiça, os julgadores atentaram na «praticabilidade de soluções» que MANUEL DE ANDRADE sempre invocava na hermenêutica jurídica. Não sendo a decisão errada, não a temos pela mais correcta – o que não é paradoxal –, mas apenas pela mais prudente em face do dia-a-dia dos tribunais.

em estudo como diversas e autónomas das demais categorias dogmáticas das sanções principais ou acessórias. As exigências de determinabilidade colocam-se nos mesmos termos para as penas de substituição e para as principais, assim como o regime da analogia *in favor rei* (art. 1.º, n.º 3).

II. Registo criminal, recurso, «medidas de beneplácito», penas acessórias e *net-widening*

1. Por outro lado, as sanções em estudo – apesar de a matéria não ser consensual –, devem, em nossa perspectiva, tal como as principais, ser inscritas no registo criminal (artigos 5.º, n.º 3, al. *d*), 6.º, al. *a*), 7.º, n.º 1, al. *a*), da Lei n.º 37/2015, de 5/5), bem como se opera o seu cancelamento definitivo nos prazos a que alude o art. 11.º, n.º 1, al. *e*), da mesma Lei¹³. Outros aspectos concretos do regime específico de cada uma das penas igualmente apontam no mesmo sentido. Veja-se, p. ex., o facto de a indemnização a que se refere o art. 51.º, n.º 1, al. *a*) não se confundir com o pedido indemnizatório de natureza exclusivamente civil enxertado em processo penal, nem tão-pouco com qualquer outra quantia de reparação, mas assumir uma natureza autónoma que, por via da concreta modelação de uma das possíveis formas da pena suspensa, comunica essa mesma autonomia à sanção *qua tale*.

2. Os ditos pressupostos negativos da punição também se aplicam às penas substitutivas – a prescrição do procedimento criminal (em relação à pena principal, claro está), a prescrição das próprias penas substitutivas (e não já das principais, o que é também prova da sua autonomia)¹⁴, a morte do condenado e

¹³ No prazo de cinco anos desde a extinção da pena (e não do trânsito em julgado da decisão condenatória), o que reforça a ideia de se tratar de uma verdadeira sanção, porquanto exige que o respectivo conteúdo seja observado pelo condenado, demonstrando que toda a pena de substituição se acha sempre sujeita à condição do respectivo adimplemento, de tal modo que, neste sentido, se trata de uma «sanção compósita», da pena principal e do conteúdo da de substituição, apenas se realizando as finalidades punitivas se e na medida em que o agente cumprir esta última. Esta interpretação encontra respaldo no art. 11.º, n.º 3, da citada Lei n.º 37/2015, de 5/5. Donde, se o condenado a incumprir, são aplicáveis os prazos de cancelamento das als. *a*) e *b*), do art. 11.º, n.º 1, mais exigindo a Lei que durante esses cinco anos o agente não tenha sido «condenado por crime de qualquer natureza», o que é, atendendo também às diferentes finalidades do registo, um regime mais gravoso do que se acha, p. ex., no domínio do incidente da revogação da pena substitutiva pela ulterior prática criminosa – cf., v. g., para a pena suspensa, o art. 56.º, n.º 1, al. *b*).

¹⁴ Entre muitos, na jurisprudência, veja-se o ac. do TRL de 16/6/2015, Proc. n.º 1845/97.2PBCSC. L1-5, SIMÕES DE CARVALHO: «[a]s penas de substituição constituem penas autónomas, a executar de imediato, em vez da pena principal, sendo elas mesmas susceptíveis de prescrição, se não forem cumpridas ou revogadas, o que vale tanto para multa de substituição e prestação de trabalho a favor da comunidade, como para a pena suspensa» [diríamos, *para todas as penas substitutivas*, sem excepção].

as manifestações do «direito de graça» (por via, uma vez mais, do funcionamento da sanção principal), se e na medida em que o indulto, o perdão genérico ou a amnistia tiverem operado quanto à pena inicialmente fixada na decisão judicial (v. g., se o perdão genérico é parcial e atinge qualquer pena e não somente as efectivas, ter-se-á de reduzir proporcionalmente a substitutiva se o juiz a tiver determinado ao tempo da entrada em vigor da Lei da AR).

Apesar do que explanámos, há alguns aspectos de regime da Lei que parecem não encarar ainda as penas substitutivas como verdadeiras sanções, mas sim como uma espécie de «beneplácito» do juiz ou do sistema¹⁵, como um afloramento de um qualquer «direito de graça», como uma «nova oportunidade» concedida ao agente do crime porque, na verdade, este último não teve gravidade suficiente ou o mesmo se passou quanto às circunstâncias que o rodearam. Veja-se, p. ex., o art. 400.º, n.º 1, al. *e*), do CPP, resultante da redacção introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29/8 e que impede o recurso para o STJ de decisões proferidas em recurso pelas Relações face a «penas não privativas de liberdade», como o serão as penas de substituição em sentido próprio. É para nós inconcebível que assim seja¹⁶ e, muito mais, como se prescreve no normativo, que tal recurso esteja até vedado para prisão efectiva desde que não ultrapasse a medida concreta de cinco anos. O TC¹⁷ veio, pelo menos, pronunciar-se, com força obrigatória geral, pela inconstitucionalidade da interpretação ainda mais gravosa, qual seja a de a primeira instância aplicar pena de substituição e a Relação pena efectiva que, não sendo superior a cinco anos, pareceria, a uma leitura imediatista dos preceitos, impedir o recurso para o nosso mais Alto Tribunal. E isto em razão dos princípios da legalidade criminal e do asseguramento das garantias de defesa.

¹⁵ O mesmo sucede em França, p. ex., tal como se lê no documento «Avis sur les “alternatives à la détention”», da COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME, adoptado em 14/12/2006. Desde há muito a doutrina norte-americana tem chamado a atenção para este aspecto. Entre vários, sublinhando a pouca «simpatia» da opinião pública quanto às penas de substituição, por serem tidas como pouco severas, cf. CORBETT, JR., Ronald P./FERSCH, Ellsworth, A. L., “Home as prison: the use of house arrest”, *Federal Probation*, 49 (1985), p. 15. Já BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 161, apesar de considerar que uma legislação progressivamente mais conforme aos postulados iluministas faria com que o «direito de graça» fosse cada vez menos necessário, era claro ao defender que esta é uma competência exclusiva do legislador e que, de modo algum, pode ser transferida para a esfera de actuação do julgador.

¹⁶ Sobre o tema, *ex professo*, o nosso “Legalidade processual penal e admissibilidade de recurso: a CRP como garante de justiça e segurança jurídica”, in: AA. VV., *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 169-192.

¹⁷ Ac. n.º 595/2018, de 13/11, *DR*, I série, de 11/12/2018.

Ora, não se estranha, por isso, que, fruto de numerosas causas, tal entendimento se propague à comunidade e mesmo ao condenado. Esta *vox populi* deve-se, desde logo, ao facto de se entender a pena como um sofrimento que conduz a uma privação de liberdade, pelo que tudo o que não a importe será encarado como uma realidade jurídica autónoma e menos grave. Mesmo no que tange à multa como pena principal, idêntica concepção se encontra. Na versão anterior à revisão de 2013 do CPP e do CP, em que o arguido era obrigado a responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, era mais ou menos vulgar que quem, p. ex., tivesse sido condenado a uma pena suspensa na sua execução, respondesse convictamente que «não tinha registo criminal». A centralidade da prisão, fruto de mais de dois séculos em que foi considerada como «pena-rainha», aponta para esta consequência. Mas não só. A sensação de que as demais penas são brandas está em linha com os pressupostos do neo-retribucionismo e que nos permitem aludir a um *punitive turn*¹⁸, embora não com todo o seu esplendor no nosso país e nos ordenamentos do *civil law*, por regra. Acresce que, com a reforma de 2007 do CP, o alargamento do âmbito aplicativo e a criação de novas penas substitutivas até certo ponto passou a mensagem à comunidade de que o preocupante são as condenações em medida superior a cinco anos de prisão, já que estas não admitem qualquer substituição.

Carecemos de estudos empíricos no nosso país mas, em 2004, nos Açores, realizou-se uma investigação¹⁹ que concluiu que a pena suspensa tende a ser dificilmente caracterizada como verdadeira sanção pelos sujeitos, ao invés da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC), sendo difícil aos condenados, em todas as medidas de substituição, alcançar o respectivo carácter coactivo. Mesmo quanto à pena de PTFC, mais do que qualquer valor acrescido ligado a um trabalho que beneficia a comunidade, os condenados apreenderam-na como uma forma de «pagar uma multa», salientando ainda que esta foi uma hipótese de contactar com o mercado de trabalho e de ser nele conhecido, com consequências vantajosas para quem se encontrava desempregado²⁰.

¹⁸ Cf. o nosso ««Nova penologia», *punitive turn* e direito criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», in: AA. VV., *Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 395-376.

¹⁹ MOURA, Fernando, «Medidas alternativas à pena de prisão. Percepções e representações sociais de condenados sobre medidas e intervenções penais», *Ousar Integrar. Revista de Reinserção Social e Prova*, 2 (2009), pp. 19-30.

²⁰ Assim, não andará longe do que sucede na prática, a assumpção do preâmbulo do DL n.º 375/97, de 24/12, de acordo com o qual a pena de PTFC desempenha as seguintes finalidades: «a) Reprovar o crime através de acções positivas de prestação de trabalho; b) Reparar simbolicamente a comunidade, promovendo a utilidade social do trabalho prestado; c) Facilitar a reintegração social do delinquente.»

Relacionado com o que vem de dizer-se, sobretudo no que tange à necessidade de encarar as penas de substituição como verdadeiras sanções e não como qualquer «favor» do sistema, é essencial que elas sejam vistas como «respostas normais à comissão de um crime», como tal sendo apresentadas em vários instrumentos legislativos do Conselho da Europa. Assim, as mesmas são capazes de satisfazer as finalidades punitivas: a proporcionalidade entre a gravidade do crime e da sanção e o seu reflexo ao nível da prevenção geral, as exigências de reinserção social – permitindo-nos acrescentar que, como regra, em maior medida que a das penas principais –, com isto reforçando a responsabilidade do agente em relação à comunidade e à vítima²¹.

O que já se não pode perder de vista – e constitui grave erro dogmático – é, *de lege data*, dizer-se que uma pena de substituição como a pena de PTFC é uma pena principal, como sucede na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 375/97, de 24/12²².

3. Do até aqui exposto, compreende-se que nos surjam como indefensáveis posições como as de CAVALEIRO DE FERREIRA²³, que propendia para o tratamento das sanções substitutivas no capítulo da «modificação das penas», onde também incluía a liberdade condicional. É exacto que a pena principal vai ser cumprida por via de outra sanção, mas, no seguimento da sistematização adoptada pelo autor, o termo «modificação» aparece associado à «teoria das circunstâncias modificativas». O autor distinguia modificação da pena (relacionada com as ditas circunstâncias modificativas) de modificação da execução, onde se enquadraria o tema em estudo. Ora, em nosso juízo, tal importa uma confusão terminológica entre o conceito de «pena de substituição» e de «incidente de execução da pena».

²¹ Veja-se CID MOLINÉ, José, «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse», *Estudios Penales y Criminológicos*, 30 (2010), p. 62.

²² «Estabelece os procedimentos e regras técnicas destinados a facilitar e promover a organização das condições práticas de aplicação e execução da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, doravante designada por pena de PTFC, clarificando as funções dos diversos intervenientes» (art. 1.º). Assim, expressamente: «[e]ste instituto penal – que pode ser pronunciado a título de pena principal». Itálicos acrescentados. Veja-se, ainda, que o art. 16.º daquele DL impunha uma revisão do mesmo após três anos do início da sua vigência (22/2/1997), recolhendo necessidades de alteração entretanto sentidas, o que até à data não aconteceu. O erro técnico-dogmático a que vem de aludir-se em texto também se surpreende em GOMES CANOTILHO, J. J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 502, onde se indica que as penas principais existentes entre nós são a prisão, a multa, a pena de PTFC, o regime de prova e a admoestação.

²³ *Lições de Direito Penal. PG*, t. II, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989, t. II, pp. 181-194.

Somente neste último se pode falar, com propriedade, em modificação na/da execução, ao contrário da primeira, em que o momento de escolha sancionatória se coloca ou logo ao nível da moldura penal abstracta, ou após a determinação da pena concreta que, por via de um juízo prognóstico favorável, se substitui. Donde, propender para caracterizar o instituto em estudo como modificação na execução da pena principal é desrespeitar o cariz autónomo e de verdadeira sanção criminal da matéria.

4. Voltemos agora a nossa atenção para uma questão que ajuda a caracterizar as penas em estudo como autónomos modos sancionatórios e que, na prática, ainda vai levantando dificuldades hermenêuticas. Referimo-nos ao *topos* de saber se uma pena acessória aplicada ao lado de uma pena de substituição pode – ou deve – ser também ela objecto de algum mecanismo substitutivo. Adiante-se, desde já, que nos pronunciamos contra qualquer substituição de uma pena acessória, por uma série de argumentos²⁴: *primo*, a falta de previsão legal nesse sentido;

²⁴ Depois de algumas tergiversações iniciais, após a entrada em vigor do actual CP, em que se argumentava – erradamente – com uma pretensa comunicabilidade entre as penas principal e acessória, entendendo-se que se tinha existido um juízo favorável à substituição quanto à primeira, *a fortiori* o mesmo se estenderia à segunda, é hoje pacífico que, fruto da autonomia do juízo de ilicitude, da ausência de norma habilitante e de incumprimento das finalidades das penas acessórias, estas – excepto expressa previsão legislativa em contrário – nunca são objecto de qualquer substituição, devendo ser cumpridas mesmo que em vez da sanção principal se cumpra diferente pena. Ainda na vigência do CP de 1886 era este o entendimento maioritário da jurisprudência. Veja-se, p. ex., o ac. uniformizador do STJ de 11/7/1980, Proc. n.º 035531, ALVES PEIXOTO: «[a] suspensão da pena principal, por infracção à disciplina da caça, acarreta sempre a interdição do direito de caçar que acessoriamente também haja sido decretada.». Ainda com interesse, na medida em que, implicitamente, afirma a autonomia das penas acessórias, pois se assim não fosse, a decisão quanto ao instituto da perda de instrumentos, produtos e vantagens derivados da prática de um facto ilícito-típico deveria ser oposta, cf. o ac. uniformizador do STJ de 28/6/1979, Proc. n.º 035155, BOTELHO DE SOUSA, o qual determinava que «[a] suspensão da execução da pena abrange a perda dos instrumentos do ilícito contravençional de caça em tempo de defeso.». Como se sabe, a categoria das «contravenções», tal como as «transgressões» eram parte integrante da matéria criminal e não administrativa. Estabilizou-se, assim, não só nesta fonte mediata de Direito, mas também na doutrina, o entendimento de que a suspensão da pena principal não importava o mesmo destino para as sanções acessórias. O âmbito material aplicativo de cada uma delas é distinto, bem como os respectivos fins. Esta concepção valoriza a suspensão da execução da pena privativa de liberdade e as penas acessórias, no sentido em que, de jeito mais claro, as autonomiza. O que importa que uma pena de prisão suspensa na sua execução e a que se aplique, também, uma pena acessória, p. ex., do art. 69.º, não possa ser suspensa, mas também que o mesmo suceda em relação a outras penas de substituição de base quanto à sanção principal. *V. g.*, se a prisão for substituída por multa ou por pena de PTFC e se verificar qualquer das alíneas do n.º 1, do art. 69.º, inadmissível será qualquer sua suspensão ou mesmo substituição por outra medida. Neste sentido, bem se pode dizer que ao menos esta pena acessória, pela sua natureza, é insubstituível, inderrogável. É esta, aliás, a perspectiva claramente maioritária na jurisprudência pátria. Entre tantos, e na medida em que elabora uma boa síntese dos argumentos expendidos, cf. o ac. do TRG de 15/4/2008, Proc. n.º 589/08-1, CRUZ BUCHO. Em Itália,

secondo, a distinta natureza e finalidade das sanções principais e acessórias; *tertio*, a perda, quase sempre irreparável, do efeito preventivo-geral e especial que se assinala a estas últimas se se admitisse um mecanismo de substituição; por fim, o argumento segundo o qual a pena acessória segue o destino da principal deve ser encarado, em nossa perspectiva, de jeito minimalista e no sentido de que, existindo um obstáculo legal à aplicação desta última (*v. g.*, prescrição da pena ou do procedimento criminal), então aí a pena acessória também se não aplicará. Mas, quanto a este último argumento, nada mais do que isto. Aliás, os nossos tribunais vêm reconhecendo que, ainda que a pena principal tenha sido objecto de uma das manifestações do «direito de graça», a pena acessória mantém-se aplicável, excepto se o legislador se manifestar em sentido contrário. Aqui temos, também, um obstáculo negativo à punição, a contraface do *ius puniendi* que, de idêntico modo ao que defendemos, não impede que a sanção acessória continue a aplicar-se.

Assim estribados, tal importa uma autonomia entre as penas principais e as acessórias e, do mesmo passo, uma autonomia quanto a um eventual juízo substitutivo em relação a cada uma delas. Todavia, poder-se-ia perguntar qual o sentido lógico de admitir a substituição de uma pena principal e não já de uma acessória, na medida em que a primeira é, em princípio, mais grave que a segunda. Ora, é exactamente esse modo de entender estas duas categorias sancionatórias que, em nossa opinião, está errado. As penas principais e acessórias não estão entre si ligadas por relações de mais e de menos. Não se pode afirmar que uma

ao invés, a lei é expressa no sentido de que na pena suspensa, tal suspensão se comunica igualmente às sanções acessórias – cf. art. 166, § 1, do CP daquele país. Por seu turno, a lei francesa de 1891 que deu forma legal à *sursis* previu que a suspensão da pena principal não abrangia as penas acessórias que, assim, continuavam a dever ser cumpridas (art. 2.º). Donde, o elemento histórico depõe no sentido da autonomia entre os dois problemas. O nosso legislador, na introdução do instituto, em 1893, não deu guarida ao inciso francês que tal previa, o que foi interpretado pela doutrina da época como uma vontade clara no sentido de que as penas acessórias acompanhavam o destino da sanção principal (CORREIA, Eduardo, *Apointamentos sobre as penas e sua graduação no Direito Criminal português (evolução e estado actual)*, Coimbra: Mário da Silva e Sousa (dactilografado), 1953, pp. 323-324, em esp., n. 1 da última página citada). Em Espanha, há ainda intensa discussão doutrinal no sentido de saber se as penas acessórias (em especial as que interditam o exercício de profissão) são ou não passíveis de substituição, parecendo que a jurisprudência se tem pronunciado em sentido negativo, ao invés de amplos sectores da doutrina. Também se discute a aplicação analógica da pena suspensa a outras sanções que não a privativa de liberdade, desde logo a pecuniária (compulsem-se as referências em CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, “Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y su sustitución”, in: *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal Español de 1995*, (dirs. Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo), Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 31-32, em esp., n. 41. Este autor manifesta-se favorável à aplicação da suspensão da execução a todas as penas (*ibidem*, pp. 34-35)).

dada pena de multa, p. ex., aplicada como sanção principal de um crime, seja mais grave que uma pena do art. 69.º Aliás, para o condenado, esta última pode ter consequências mais onerosas que a primeira, o que é, de entre outros, um dos motivos que leva uma parte da doutrina a sustentar que ela deveria ser erigida em pena principal. Estamos, em conclusão, perante duas formas sancionatórias diversas, perante um *quid* diferente. Mais correcto será falar de uma solução de relativa continuidade entre as duas penas, complementando a acessória a primeira, mas sem que isso a torne *in totum* dependente da primeira, existindo, talvez melhor, uma relação de especificidade da pena acessória quanto à principal.

Donde, não há obstáculo lógico a que se substitua uma pena principal e não uma sanção acessória. Mesmo a evolução histórica da matéria sobre a qual nos debruçamos e as preocupações que lhe deram vida foram sempre orientadas para aquelas sanções que, de forma directa e imediata, respondem às finalidades do sancionamento. Mais: o juízo hipotético favorável a empreender pelo magistrado judicial na substituição não se confundiria com um hipotético juízo de prognose substitutivo da pena acessória, desde logo na medida em que os desideratos de cada uma delas são diferenciados.

5. Também essencial é sublinhar que uma verdadeira pena de substituição não pode ser um complemento de uma sanção principal²⁵, nem tão-pouco deve produzir resultados paradoxais em relação a uma das suas finalidades mais marcadas, ou seja, não deve transformar-se num mecanismo de *net-widening*. Em especial em um tempo em que assistimos a uma *nova hipertrofia do Direito Penal*²⁶ e, com isso, a neocriminalizações que podem, *em abstracto*, justificar que se lance mão das penas substitutivas, em especial na medida em que muitos desses fenómenos estão ancorados em bens jurídicos de duvidosa constitucionalidade ou, pelo menos, de uma ressonância axiológica que levanta muitas interrogações. E isto tem sido posto em relevo por muitos autores, com destaque para a «Escola de Frankfurt», opositora a todas as manifestações de um «Direito Penal simbólico». O nosso ramo de Direito aparece como «um instrumento de solução dos conflitos sociais», o que importa que aquele que mais graves sanções comporta se acabe por transformar numa espécie de *soft law*, «um meio de manobra (*Steuerung*) social»²⁷. De jeito mais claro: todo o sistema de administração da justiça criminal,

²⁵ Com acerto, LARRAURI, Elena, “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la democracia*, 25 (1996), p. 53.

²⁶ O diagnóstico parece ser unânime. Entre tantos, na Alemanha, ROTSCH, Thomas, “Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no Direito Penal”, in: *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências* (org. de Fabio Roberto d’Avila), Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011, p. 80.

²⁷ HASSEMER, Winfried, “Características e crises do moderno Direito Penal”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, 18 (2003), p. 149.

sabendo da possibilidade de, na prática, até determinado limite da medida concreta da pena, se não aplicar sanção principal, pode tender a abranger no próprio sistema factos com relevo criminal que, a inexistirem esses mecanismos, acabariam por não entrar na forma típica de administrar a justiça, assim se expandindo a «rede» do Direito Penal. Do mesmo modo, também do prisma processual criminal, pode suceder que factos que, inexistindo – ou havendo um catálogo menos desenvolvido – penas de substituição, não seriam dados como provados e que, mercê do que muitos entendem como um «enfraquecimento» da resposta do nosso ramo de Direito, passam a ser tidos como factos sem adequada comprovação.

É óbvio que esta possível consequência não podia estar mais em desacordo com o pensamento que subjaz a todas as penas de substituição, bastando atentar no seu surgimento histórico. Todavia, numa política criminal global que é cada vez mais de gestão de riscos e dominada pelo «actuarialismo» e pelo «managerialismo», não é de estranhar que, mesmo através do *punitive turn*, as neocriminalizações e a maior punitividade do sistema como um todo não conduzam a um alargamento das próprias penas substitutivas, vistas elas como formas de mitigar esse mesmo endurecimento. Como há mais factos criminalmente relevantes e como, a partir de dada altura, pode surgir na própria comunidade a sensação de que se está a ultrapassar os limites da proporcionalidade punitiva, gerando-se movimentos contrários ao *punitive turn*, uma forma de os juízes, ainda que inconscientemente, darem resposta a esses anseios, pode passar pelo aumento da aplicação das penas em estudo, pela circunstância de as mesmas, por regra, não importarem uma privação de liberdade. Ora, como vem sendo assinalado por muitos autores²⁸, em matéria de vigilância electrónica²⁹, este mecanismo fiscalizador, pelas virtualidades que concita, pode arvorar-se ainda em maior facilitador desse *net-widening* associado às penas substitutivas. Trata-se, de facto, de uma consequência perversa da própria tecnologia, capturada por um endurecimento punitivo totalmente contrário aos fins primevos das sanções substitutivas.

Estamos em face de uma realidade possível, mas que não surge em consequência das penas substitutivas *per se*. Nasce, isso sim, tantas vezes, da inexistência de vontade política em descriminalizar certas condutas, as quais se mantêm na «esperança» de que, na quase generalidade dos casos, se não aplique privação

²⁸ De entre tantos, cf. ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo, “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, in: *Penas alternativas a la prisión* (coords. José Cid Moliné/Elena Larrauri Pijoan), Barcelona: Bosch, 1997, p. 200.

²⁹ Compulse-se o nosso “Algumas observações e propostas sobre a vigilância electrónica em Portugal”, in: *Vigilância electrónica* (coord. Nuno Franco Caiado), Lisboa: Labirinto de Letras, 2017, pp. 53-76.

efectiva de liberdade. Trata-se, aliás, de um fenómeno comum às formas de *diversion* a que já aludimos em outro trabalho³⁰. Mais ainda: sendo exacto que se não advoga qualquer forma de «Direito Penal simbólico», e apesar de a matéria em estudo não ter sido minimamente pensada para dar resposta a esse desiderato, também é um facto que, *na prática*, as penas substitutivas podem ser uma modalidade de contrariar esse simbolismo criminal, na medida em que, de certo modo de jeito perverso, pode o julgador aplicar uma destas sanções exactamente para não sublinhar esse momento simbólico com o qual até pode estar em profundo desacordo. As sanções substitutivas podem ser, assim, *ao menos em abstracto*, uma espécie de instrumento de luta enviesada contra um «Direito Penal simbólico» que vai pululando nos ordenamentos jurídicos³¹. Não deve ser esta a sua função, todavia, o problema está a montante e não é adequado a que as penas substitutivas sejam encaradas como verdadeiras sanções eficazes transformá-las em *arremedos de solução atamancada para a falta de coragem político-criminal*³². Sobrecarrega-se o sistema penal com tipos que, provavelmente, nunca deveriam existir e, depois, procura-se controlar o *output* por intermédio de sanções penais, o que é paradoxal. Simplesmente, como se mantém ainda uma ideia enraizada que estas não são verdadeiras penas e como não importam, como regra, a privação de liberdade, julga-se ter-se atingido algum tipo de «equilíbrio». Tais pensamento e acção só prejudicam as próprias penas de substituição e demonstram a insustentabilidade a que, em certos domínios, se tem assistido no nosso ramo de Direito. Caminhamos, assim, na síntese de HASSEMER³³, para um «direccionismo estatal».

³⁰ Cf. *A mediação penal de adultos: um novo «paradigma» da justiça criminal? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 55-57. Para uma perspectiva da *diversion* como *dritte Spur* no Direito Penal austríaco, em dimensão substantiva e adjectiva, vide KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht. AT*, 14. Auflage, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012, pp. 308-320.

³¹ Com a consequência já assinalada de que ele «é, a curto prazo, um paliativo, mas a longo prazo, destrutivo» (HASSEMER, Winfried, «Características e crises...», p. 153). Crítico, no Brasil, por todos, REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de Direito Penal. PG*, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 25-26, alertando para uma «administrativização do Direito Penal».

³² A expressão «arremedo», a propósito da pena de admoestação, para cuja eliminação também propendemos, foi desde logo usada aquando da entrada em vigor do nosso actual CP por SEABRA, Augusto de, «Breves notas sobre a punição do crime segundo o novo Código Penal», in: *Cidadão delinquente. Reinserção social?* (coord. João Figueiredo), Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 141.

³³ «El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal eficaz», *Estudios Penales y Criminológicos*, 15 (1990-1991), p. 198.

III. Penas «alternativas»?

CID MOLINÉ³⁴ entende existirem quatro grandes grupos de «alternativas à prisão»: *a)* as alternativas à prisão preventiva; *b)* «sanções extrajudiciais aplicadas a pessoas que admitem o cometimento de um crime (incluindo aqui os mecanismos de justiça restaurativa)»; *c)* penas impostas judicialmente, e *d)* mecanismos que gravitam em torno da liberdade condicional.

Antes de mais, não nos mostramos favoráveis ao epíteto de «alternativas à prisão»³⁵, na medida em que o mesmo aponta para uma sanção que substitua, de todo, a pena privativa de liberdade, mais se aproximando dos movimentos abolicionistas que não perfilhamos³⁶ ou de sanções que se anunciam como *dritte Spur* ou, ainda, manifestações processuais de oportunidade e consenso. Certamente não se pretende conceber, por outro lado, a pena de substituição no sentido da reacção a aplicar, p. ex., em vez da pena de morte, como parece decorrer de alguns escritos.

Falamos de sanções que, uma vez julgado o arguido, possam ser aplicadas em vez da pena de prisão ou multa, mas mantendo-a como sanção *se e na medida em que* o condenado não cumprir o conteúdo da *pena substitutiva*. Daí que, por exigências de precisão técnico-jurídica, nos apareça esta última como a designação mais correcta³⁷, embora não deixemos de admitir que a de «alternativas à prisão», *maxime* em instrumentos de Direito Internacional, se tem vulgarizado e que, na generalidade das hipóteses, se reconduz à realidade que nos ocupa. Do mesmo modo, também por essa via, sabemos que a expressão em causa tem entrado no vocabulário, mesmo jurídico.

³⁴ «La política criminal...», p. 60.

³⁵ Utiliza-o, contudo, aparentemente de jeito indiferente, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal português...*, pp. 331 ou 334, p. ex., embora nesta última página reserve a designação de «pena alternativa» à pena de prisão e multa, enquanto previstas no tipo legal. Ainda, MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal português*, vol. III, 1.ª ed., Lisboa/São Paulo: Verbo, 1999, p. 79, referindo-se a «penas alternativas» quanto às que cominam prisão ou multa como penas principais logo ao nível do tipo legal, bem como OLIVEIRA, Odete Maria de, «Penas de substituição», AA. VV., *Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal*, vol. II, Lisboa: CEJ, 1998, p. 57, LOURENÇO MARTINS, A., *Medida da pena – finalidades, escolha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 523-524 e GONÇALVES, Pedro Correia, *A pena privativa da liberdade. Evolução histórica e doutrinal*, Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 144. No sentido que temos por mais correcto, advertindo para que «pena alternativa» é a multa alternativa, ao nível do tipo legal de delito, entre muitos, PACHECO, Fernando Bessa/ PACHECO, Mário Bessa, «As reacções criminais do Direito Penal português na perspectiva de reintegração social», *Análise Psicológica*, 3, XX (2002), p. 333.

³⁶ Cf. o nosso «Crise da pena de prisão e os abolicionismos – roteiro de análise», *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5, 2 (2019), pp. 949-989.

³⁷ Entre tantos, NUVOLONE, Pietro, «Le misure alternative alla pena detentiva», in: Pietro Nuvolone, *Il Diritto Penale degli anni Settanta. Studi*, Padova: CEDAM, 1982, p. 144.

Desenvolvendo o que vem de dizer-se, reserva-se a expressão «alternativa» para todas as formas de sancionamento que se apresentam, em face de uma dada factualidade da vida social carente de intervenção jurídica, como podendo ser aplicada *uma em vez de outra, sem que se tenha de proceder a qualquer determinação prévia da medida concreta da pena (principal)*. Neste sentido, apenas o conteúdo sancionatório do acordo decorrente de um processo de mediação penal de adultos, introduzida pela Lei n.º 21/2007, de 12/6, a que acrescem as injunções e regras de conduta resultantes das outras formas de diversão processual (artigos 280.º e 281.º do CPP e forma especial de processo sumaríssimo), se qualificam como «penas alternativas». Objectar-se-á, todavia, que em qualquer uma destas manifestações do princípio da oportunidade há, também, a ligação a uma determinada moldura penal. Assim é, por certo, mas a uma moldura penal abstracta e não já a uma medida concreta da pena, como sucede nas sanções substitutivas. Dito de outro modo, nas *penas alternativas* inexistente uma total conclusão do processo de determinação da medida concreta da pena, ficando-se o legislador e o intérprete por uma margem geral de *quantum* punitivo dentro do qual se entendeu que o dito princípio da oportunidade traria vantagens. Pelo contrário, as penas de suspensão de execução da pena privativa de liberdade, a pena de PTFC, a multa de substituição, p. ex., exigem a determinação anterior da medida concreta da sanção principal e, só num segundo momento – de escolha da espécie de pena –, é que intervém a valoração judicativa tendente a aplicar-se uma delas em vez da pena principal. Ademais, ao contrário do que sucede com as penas ditas «alternativas», nas de substituição, as sanções principais não deixam de constituir um último reduto sempre salvaguardado para as hipóteses de incumprimento das penas substitutivas. É certo, também, que quer na mediação, quer nos demais afloramentos do princípio da oportunidade, havendo inadimplemento, o processo criminal segue os seus termos, podendo redundar na aplicação de uma pena (principal) de prisão ou multa. Porém, nestes últimos casos, inexistente, aquando do incumprimento, uma determinação dessa sanção principal, que ainda terá de ser fixada, ao contrário do que sucede com as penas de substituição.

Tudo isto encontra-se relacionado com uma tendência a que se vem assistindo nas últimas décadas e de acordo com a qual o processo penal tem sido porventura o instrumento privilegiado para descongestionar os tribunais de crimes de pequena e média gravidade, ligado a um alargamento do princípio da oportunidade. Veja-se que esta intervenção não nos ocupa, não somente por se tratar de Direito adjectivo, mas sobretudo porquanto o respectivo *modus operandi* é distinto do das penas de substituição. Do que se trata, no primeiro caso, é, por via de regras como

as da suspensão provisória do processo, do arquivamento em caso de dispensa de pena, de institutos orientados para a desistência de queixa (como o nosso regime de mediação de adultos), de obviar a que um determinado facto chegue à fase de julgamento ou, se tal suceder, existirem ainda mecanismos de, até à prolação da decisão final, o evitar. Em nenhum deles há um pronunciamento judicial sobre a verificação de todos os elementos constitutivos do conceito material de delito e, por via disso, a aplicação da sanção respectiva, a qual, *a posteriori*, é substituída por outra. Destarte, logo do prisma dogmático, a intervenção destes instrumentos processuais é distinta das penas que nos ocupam, aproximando-se somente delas na medida em que em ambas se visa evitar ao máximo a aplicação da pena de prisão e, em especial, das de pequena (e média) duração.

A história legislativa, em sede criminal, no nosso país, depõe, também, no sentido exposto. Assim, antes da Reforma de 1995 do CP, a pena suspensa com regime de prova era vista – e bem – como uma verdadeira «pena alternativa», exactamente na medida em que o juiz se poderia abster de determinar, desde logo, a respectiva medida concreta, a qual só se operaria se o condenado incumprisse as injunções que lhe fossem opostas. Tratava-se de um regime muito mais próximo da *probation* e que, à época, era caracterizado como «pena alternativa». Parece, pois, que *a existência ou não de uma prévia fixação de uma medida concreta da sanção* é o ponto nodal no *distinguo* entre as penas *alternativas* e as *de substituição*.

Resta ainda questionar, neste particular, se as intencionalidades político-criminais são as mesmas nas «penas de substituição» e nas «penas alternativas». Nestas últimas, o desiderato consiste em afastar do «tradicional» sistema de justiça dados conflitos criminais, por razões de economia processual, de menor potencial ofensivo de certos delitos e das consequências deles advenientes, por motivos de que assim melhor se pode aspirar à ressocialização do agente e – não o escamoteemos – por razões de *pura racionalidade económica*. Nas penas substitutivas, mantemo-nos sempre no sistema de justiça público, administrado pelos tribunais e com o concurso dos serviços de reinserção social, por certo também apostados num mecanismo que o juiz entende mais respeitador das finalidades ínsitas ao art. 40.º. Donde, a circunstância de as penas substitutivas serem *intra-sistemáticas*, ao contrário das «penas alternativas». E isto sem prejuízo, claro está, de se afivelar a ambos os institutos o afastamento da privação de liberdade, excepto nas circunstâncias em que tal seja absolutamente imprescindível.

Em sede de Direito da UE, por certo tendo em conta outras tradições jurídicas distintas das portuguesas, o termo «sanções alternativas» aparece referido,

p. ex., na Decisão-Quadro 2008/947/JAI do Conselho, de 27/11/2008³⁸, nelas se englobando uma série de medidas que, entre nós, se acham consagradas como deveres, regras de conduta e regime de prova ao nível da pena suspensa, assim como certas obrigações processuais decorrentes de medidas de coacção como o termo de identidade e residência, e ainda a pena de PTFC.

Uma outra orientação se detecta, ainda neste domínio atinente à designação tecnicamente mais correcta. Autores existem que, tendo por base os dois momentos diferentes em que a escolha da pena se pode colocar – logo ao nível do tipo legal de crime, nas hipóteses de multa alternativa, ou no final do procedimento determinativo da medida da pena –, consideram que o mais adequado será designar as penas em estudo como «alternativas»³⁹. Em nosso juízo, também este entendimento não colhe. É certo que a escolha da pena se coloca em ambos, mas o juízo exigido ao magistrado é distinto. Quando o tipo legal prevê prisão ou multa como penas principais, será já ao nível da moldura concreta que o juízo, por certo com base nos factores de medida da pena exemplificativamente enunciados no art. 71.º, n.º 2, conclui, à *outrance*, pela desnecessidade de privar de liberdade o agente, o que não implica que, mais tarde, quando chega ao final de tal procedimento, lhe esteja vedado aplicar ou não uma pena substitutiva⁴⁰. Se as realidades fossem as mesmas – empírica e normativamente –, tal não seria possível. Ora, pode suceder que o juiz, numa primeira fase, considere que as finalidades punitivas reclamam uma pena de prisão e, a final, toda a matéria dada como provada, em especial a personalidade do agente, o seu comportamento anterior e posterior e a execução do facto, aponte para a desnecessidade de a prisão ser determinada, assim cumprindo o mandamento político-criminal insito no art. 70.º A escolha entre prisão e multa como penas principais corresponde a um primeiro degrau valorativo, ainda sem a «imagem global do facto», ao passo que a escolha após determinada a medida concreta da pena (privativa de liberdade ou pecuniária) corresponde a um momento posterior, *lógica e cronologicamente*

³⁸ JOUE, L 337, de 16/12/2008.

³⁹ CONDE MONTEIRO, Fernando/SANTOS, Margarida/CARNEIRO, Ana Teresa, “A pena de multa de substituição no actual Código Penal português – algumas considerações de natureza política e jurídico-criminal”, in: Mário Ferreira Monte et al. (orgs.), *Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 249-251.

⁴⁰ Para nós, ao contrário do que é posição largamente maioritária, não tem sentido dogmático e político-criminal, em caso de crime punível com multa alternativa, optar pela prisão como pena principal, ao invés da multa, como resulta do princípio-regra do art. 70.º, para abrir um mais largo leque de penas de substituição. Também por isso, é essencial que a multa principal conheça mais medidas substitutivas que não a actual única pena de admoestação (art. 60.º), desde logo a suspensão executiva, assim se regressando ao modelo inicial de 1982.

dependente do anterior e em que o decisor tem já ao seu dispor a totalidade de factos e considerações preventivas com que encerra o conflito penal (ao menos naquela instância). Outro aspecto com que não podemos concordar é o de pretender que, a coberto de similitudes existentes, se retire dos artigos 74.º, 280.º a 282.º, estes últimos do CPP e da Lei n.º 21/2007, de 12/6, o «lugar paralelo» em termos hermenêuticos para se propender no sentido de a culpa desempenhar um óbvio papel na substituição. As diferenças dogmáticas, não se negando, todavia, algum pólo aglutinador em termos político-criminais, não autorizam semelhante linha argumentativa.

Esclarecida esta questão terminológica, no que tange ao primeiro grupo atrás indicado e a que se refere CID MOLINÉ, de todo nos merecerá atenção, para além de o entendermos como dotado de grande falta de precisão jurídica. Na verdade, a prisão preventiva é uma medida de coacção processual e as nossas preocupações não se dirigem a medidas cautelares, mas somente a verdadeiras penas. De igual sorte, medidas de justiça consensualizada como a justiça restaurativa não se inserem no conceito de penas de substituição, pelo menos considerado este em perspectiva estrita. As sanções determinadas por um juiz em vez da prisão são o fundamento do nosso estudo e o último grupo referido por CID MOLINÉ, porquanto contende com a liberdade condicional, instituto díspar das penas de substituição, não ocupará a nossa reflexão. Pelo exposto, a concepção do autor, *rectius*, a categorização por ele empreendida, não merece o nosso acolhimento, por não ser tecnicamente precisa. É evidente que se percebe que CID MOLINÉ trata de todas as formas em que uma privação de liberdade é aplicada, desde que existe inquérito até à fase executiva da sanção, mas não é este o conceito de pena de substituição. Por outro lado, se se procura dar resposta a todas as matérias em que ocorre essa privação do *ius ambulandi*, partindo do princípio aceite pela generalidade de que a prisão deve ser a *ultima ratio*, corre-se o risco metodológico de se não apreenderem os traços distintivos de cada um dos específicos momentos processuais que envolvem diferentes preocupações.

Seguindo a classificação proposta por DE LA CUESTA ARZAMENDI⁴¹, as alternativas à privação de liberdade dividem-se em três grandes grupos: *a)* «mecanismos de execução atenuada ou mais suave da privação de liberdade», onde se incluem os institutos correspondentes à nossa antiga prisão por dias livres e regime de semidetenção; *b)* modalidades relacionadas com a suspensão

⁴¹ “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal Español de 1995”, in: ECHANO BASALDÚA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, pp. 125-152.

de execução da pena privativa de liberdade; c) substituição da pena de prisão por outras sanções. Apenas as duas últimas modalidades correspondem a verdadeiras reacções substitutivas, na medida em que o primeiro grupo é configurado pelo autor como uma forma de execução da pena de prisão, *i. e.*, ao que julgamos, como um verdadeiro incidente de execução. Também ao nível do *soft law*, *maxime* em instrumentos da ONU, somente a privação de direitos, a admoestação, a dispensa de pena, a pena de PTFC⁴² e a reparação são encaradas como verdadeiras penas substitutivas, ao passo que mecanismos como a semidetenção, a prisão por dias livres ou a suspensão de execução com regime de prova tendem a ser vistos como incidentes de execução ou, em outras palavras, como modalidades de cumprimento da sanção principal⁴³.

Por seu turno, JESCHECK⁴⁴, referindo-se às alternativas à privação de liberdade – conceito diverso daquele que aqui nos ocupa –, distingue quatro grupos: «I. Formas especiais de penas privativas de liberdade de curta ou média duração que, pelo modo e forma do seu desenvolvimento ou aplicação, não afectam os condenados no contendente com a sua situação social ou somente o fazem em escassa medida; II. Suspensão condicional da pena e formas similares de sanção (...); III. Formas diversas de pena de multa; IV. Outros substitutivos da pena privativa de liberdade, em especial o trabalho a favor da comunidade».

O primeiro grupo diz respeito às habitualmente designadas «penas de substituição detentivas»: aquelas que, bebendo embora de um substrato comum (a luta contra os efeitos criminógenos da privação de liberdade de curta duração), importam que o agente recolha ao estabelecimento prisional ou à sua residência, como hoje ocorre entre nós (art. 43.º). JESCHECK, de seguida, refere-se à suspensão da execução da pena de prisão e às medidas que se lhe acham próximas, por implicarem uma condição suspensiva quanto ao cumprimento da pena, sujeita a dadas condições. Apesar de algumas particularidades de regime, não vemos razão suficiente para as autonomizar enquanto específico grupo de penas de substituição.

⁴² E em Direito Comparado. Em Espanha, assim o foi desde a sua introdução. Veja-se a respectiva noção no art. 2, 1, do *Real Decreto* 840/2011, de 17/6, atinente às condições de cumprimento da pena de PTFC, da *localización permanente en centro penitenciario* e outras penas. Da mesma se depreende o objectivo de o legislador fazer corresponder a prestação de trabalho gratuito a entidades beneficiárias que se achem directa ou indirectamente relacionadas com o ilícito ou ilícitos cometidos.

⁴³ HUBER, Barbara, “Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLVII, 3 (1994), p. 159.

⁴⁴ “Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 8 (1983-1984), p. 16.

Algo de semelhante se diga do terceiro grupo, ou seja, a multa substitutiva da prisão e sanções que lhe possam estar próximas, na medida em que se trata de valores pecuniários entregues a favor do Estado em vez da privação de liberdade. O último grupo apresenta-se como uma entidade sem características distintas próprias, destinado a referir-se a «outras formas» de sanções substitutivas, de entre as quais o autor destaca a pena de PTFC.

É evidente que da proposta classificatória de JESCHECK se poderá retirar uma ideia central, qual seja a de qual o bem jurídico limitado ou restringido por via da aplicação de uma sanção de substituição. Assim, na pena suspensa, o que estaria em causa seria a liberdade do agente (de movimentos, de empreender os comportamentos que deseje), na multa de substituição o património e na pena de PTFC o trabalho do condenado, graciosamente prestado a favor do Estado ou de uma pessoa colectiva à qual o primeiro reconheça interesse público. Apesar do que vem de dizer-se, não cremos que a específica natureza diversa dos bens jurídicos em causa determine, ao menos *de per se*, significativas diferenças de regime, mais importante se nos afigurando a determinação de qual o desiderato político-criminal de cada uma delas, o qual é o mesmo.

Memória

O que se expendeu serviu o propósito técnico-jurídico de fornecer aos eventuais leitores uma primeira aproximação ao conceito de penas substitutivas, com a preocupação que nos vem movendo neste domínio de as dotar de *efectividade* e *credibilidade*, por forma a que não ostentem somente o *nomen iuris* de sanções, mas que, *na verdade*, o sejam. Foi essa a mensagem central que procurámos passar na nossa dissertação de doutoramento sobre o tema, entregue em Agosto de 2015 e defendida em Março de 2016, de onde o essencial deste artigo inédito foi retirado. É muito singela, mas sentida, a modestíssima homenagem a um penalista de excepção, que, infelizmente, não tive a fortuna de conhecer em vida, mas que muito me ensinou pelos seus escritos. Na medida em que acredito, sei que nos veremos em outra dimensão e ficam já marcadas animadas conversas sobre o Direito e a Vida com o Sr. Professor CURADO NEVES. *In memoriam*.