

Revisita Portuguesa de  
**CIENCIA CRIMINAL**

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 30 N.º 2 | Quadrimestral | maio - agosto 2020

SEPARATA

  
idpee  
INSTITUTO DE DIREITO PENAL  
ECONÓMICO E EUROPEU

GESTLEGAL



# As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos \*

**André Lamas Leite**

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade do Porto e da  
Universidade Lusíada Norte (Porto)  
Investigador do CIJE/FDUP

## 1. Razão de ordem

Propomo-nos, tal como o título inculca, traçar as características fundamentais do que corre sob a designação de “penas de substituição” das principais — prisão e multa —, aplicáveis, portanto, em sua vez e no seu lugar. Para tal, essencial se torna, ainda, aferir das características comuns a outras figuras jurídicas, de entre as quais destacamos os processos de jurisdição voluntária e o incidente de execução da pena privativa de liberdade. As alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2017, de 23/8, revogando, para além de outros aspectos, as sanções substitutivas detentivas da prisão por dias livres e do regime de semidetenção, foram igualmente analisadas.

## 2. Pena principal e pena substitutiva

Apesar de a pena substitutiva ser uma pena em si mesma, ela surge na sequência lógica e judicial de uma pena principal. Donde, existe uma *relação umbilical* entre ambas, porquanto a primeira inexistente sem a

---

\* Corresponde a uma parte inédita da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais defendida em provas públicas, em 7/3/2016, na Faculdade de Direito do Porto. Por expressa vontade do autor, não se seguem as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

segunda. Por certo se não trata do mesmo tipo de relacionamento que intercede entre a sanção principal e a acessória, desde logo na medida em que esta última é aplicada ao lado da primeira, para além dela, assim reforçando os seus efeitos. Aqui, na pena de substituição, é esta mesma — e só ela — que deve ser adimplida, sem que, não obstante, a sanção principal desapareça. Ela encontra-se em estado que poderíamos qualificar de «reserva», de «quiescência», aguardando pelo modo como o condenado se comportará em face da pena de substituição.

Nos casos de incumprimento, a pena principal não *renasce* propriamente, pois ela nunca deixou de existir do prisma jurídico, mas pura e simplesmente *aplica-se* com toda a legitimidade político-criminal e dogmática de que estava investida desde o início <sup>2</sup>. Há, assim, um mecanismo similar ao de uma *condição* aposta à pena principal quando objecto de substituição: ela só produz os seus efeitos *se e na medida em que* a sanção substitutiva for inadimplida. Aproxima-se, pois, a *pena principal*, da *condição suspensiva* e a *pena de substituição* da *condição resolutive* (começa desde logo a produzir efeitos, os quais cessam na hipótese de superveniência de um evento futuro e incerto — o respectivo incumprimento).

Assiste-se a alguma diversidade de opiniões no que contende com a caracterização da condição como sendo *suspensiva* ou *resolutive*. Em conformidade com os ensinamentos da Teoria Geral do Direito, tudo depende do factor que estivermos a qualificar. Assim, quando atendemos à pena principal determinada na sentença ou acórdão, a

---

<sup>2</sup> Daí que, em sede de perdão de penas como «direito de graça», a mesma se aplique somente nas hipóteses de incumprimento da pena substitutiva, porquanto aquela manifestação da vontade de não punir pelo Estado se dirige apenas e tão-só às sanções principais — sejam elas imediatamente aplicadas na decisão judicial ou encontrem-se sujeitas a uma condição, como sucede nas penas que aqui estudamos. Neste sentido, correctamente, cf. o ac. do TRL de 5/12/2002, Proc. n.º 8095/02 (Góis Pinheiro), disponível em <http://www.datajuris.pt>, acedido em Abril de 2019, também publicado em *Colectânea de Jurisprudência*, XXVII, V (2002), p. 140:

«I — [o] perdão estabelecido no art. 1.º da Lei n.º 29/99, de 12/5, incide sobre penas de prisão, efectiva e concretamente, aplicadas. II — No caso de pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, só quando revogada, e se tornar exequível a pena de prisão aplicada, é que pode ter lugar o perdão concedido no art. 1.º da Lei n.º 29/99.».

mesma vê a sua execução *suspensa*, porquanto se não inicia logo o respectivo cumprimento, mas apenas se e na medida em que se verifique o evento (prática de novo crime ou inadimplemento qualificado do específico conteúdo sancionatório). Se, ao invés, tivermos por referência a pena substitutiva, então a condição já se dirá *resolutiva*<sup>3</sup>, visto que a suspensão da execução enquanto pena se aplica logo após o trânsito em julgado da decisão judicial, somente não produzindo efeitos se, durante o período estabelecido, ocorrer o evento (de novo, o incumprimento das condições acima indicadas). Não andamos longe do pensamento de autores como TREPPOZ, que entendia ser possível considerar que a condenação estava sujeita a uma condição resolutiva e a execução a uma condição suspensiva<sup>4</sup>.

Apesar de, assim vistas, qualquer uma das perspectivas ser judicialmente admissível, e de não ser matéria de grande interesse prático<sup>5</sup>, a mais relevante parece ser a classificação como *condição suspensiva* por ser aquela que, de jeito mais directo, reproduz o sentido último das penas de substituição, qual seja, o de não se executar a sanção principal.

### 3. Aproximação ao pensamento ínsito às resoluções em sede de jurisdição voluntária?

1. Adentrando no conceito de «pena de substituição», cumpre agora sublinhar que o *efeito de coisa julgada* abarca a pena principal e a

---

<sup>3</sup> O sentido que parece mais tradicional no nosso ordenamento, se tivermos em conta o posicionamento de BELEZA DOS SANTOS e EDUARDO CORREIA (cf. EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, Coimbra: reimp., Coimbra: Almedina, 1996, pp. 410-411). Se fizermos um paralelo com as hipóteses em que ao condenado é aplicada uma «medida de graça» como, p. ex., o perdão, assim tem sido caracterizado o sistema segundo o qual ela é concedida sob condição de, durante um certo lapso temporal, o agente não cometer novos delitos — cf., v. g., o ac. do TC n.º 298/2005, de 7/6, Proc. n.º 842/04, MÁRIO TORRES (disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) e acedido em Abril de 2019, como todas as decisões citadas deste Tribunal).

<sup>4</sup> *Étude théorique et pratique sur les condamnations conditionnelles (Loi Béren-ger)*, Paris: Chevalier-Marescq, 1894, p. 31. Embora, a p. 194, o autor propenda para a caracterização como *resolutiva*.

<sup>5</sup> Já assim, *Étude théorique...*, p. 32.

substitutiva, havendo, logo na decisão, um *sistema de vasos comunicantes* entre ambas, pois todos os sujeitos e intervenientes processuais (e a comunidade em geral, por certo) sabem que a segunda se aplicará uma vez falhado o cumprimento da primeira. Donde, existe, como aliás já tivemos ocasião de referir em outro local <sup>6</sup>, uma cláusula *rebus sic stantibus* aposta em todos os processos em que o juiz decide pela aplicação de uma pena substitutiva. Dito de outro modo: a sanção determinada em vez da principal mantém-se se tudo o mais se mantiver constante, o que, aqui, vale por dizer, se a substituição for bem-sucedida. Não o sendo, sem qualquer escolha do prisma do efeito de caso julgado, é a pena principal que se aplica, realizado que seja o juízo de que os desideratos da sanção substitutiva não foram cumpridos pelo condenado, atenta a circunstância de que — e bem — o nosso sistema não estabelece uma revogação *imediate e obrigatoria* da pena substitutiva.

É de sublinhar uma *aproximação conceptual*, a que também já nos referimos em outro local <sup>7</sup>, entre as penas substitutivas e a *jurisdição voluntária*. Na verdade, o cumprimento da sanção de substituição é requisito *sine qua non* para que a pena principal se não aplique, no que parece ser uma observação redundante. Não o será, todavia, cremos, se se assinalar que aquilo que pretendemos dizer é que a prisão ou a multa não são tecnicamente *cumpridas através da pena substitutiva*, pois isso seria negar a esta última a autonomia conceptual, dogmática e político-criminal de que se encontra revestida. A pena de substituição cumpre-se ou não *a si e em si mesma*, na exacta medida

---

<sup>6</sup> “A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal”, in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2009, pp. 601-602 e 616. E que também se dirige no sentido de mesmo a pena substitutiva aplicada admitir que o respectivo conteúdo seja modificado por superveniência objectiva e/ou subjectiva, de modo a adequar a sanção aos interesses do condenado, como sucede, em regra, com o fio condutor que perpassa pelo art. 59.º ou, já na pena suspensa, p. ex., no art. 51.º, n.º 3 (ainda, a remissão do art. 52.º, n.º 4 para este inciso). Do mesmo passo, podem ser finalidades atinentes à própria execução que justifiquem a alterabilidade de um caso julgado fixado «nas estritas circunstâncias da decisão», como sucede, *v. g.*, com todo o art. 55.º

<sup>7</sup> «A suspensão da execução...», pp. 601-602.

em que todos (ou a grande maioria deles, tidos pelo legislador como suficientes <sup>8</sup>) os comportamentos activos ou omissivos constituintes da respectiva natureza forem observados pelo condenado. Não é, pois, tecnicamente exacto afirmar que a pena principal se cumpre *através* da pena substitutiva, já que isso importaria uma espécie de unificação sancionatória entre elas e a assinalada negação da autonomia dogmática e político-criminal desta última.

Donde, a similitude existente entre elas e os mecanismos de jurisdição voluntária tange ao efeito do trânsito em julgado da decisão. Completando o que atrás se anunciou, à semelhança das penas de substituição, após o decurso do prazo para a interposição de recurso ordinário, tal não importa que se não volte a ter de alterar o conteúdo da decisão condenatória. Ou melhor, como vimos de explanar, a decisão judicial é, digamos assim, *bifrontal*, porquanto ela opta pela aplicação, em primeira linha, de uma pena substitutiva, mantendo, contudo, a principal. Assim, inexistente propriamente uma mudança no conteúdo da decisão condenatória, mas tão-só a verificação do falhanço jurídico da opção que melhor cumpriria as finalidades punitivas para se aplicar aquela que, repita-se, também observa, entre nós, as prescrições a que alude o art. 40.º do Código Penal <sup>9</sup>.

A «alteração» de que falamos tem de ser entendida em *sentido estrito*, ou seja, do que se trata é apenas de tornar o cumprimento da pena principal dependente do não preenchimento de uma condição que se traduz no respeito pelas determinações constitutivas da pena de substituição. Não estamos perante qualquer necessidade de modificar a decisão central, a qual é a da pena principal, essa recoberta *in totum* pelo efeito do caso julgado. O que parece não estar por ele abrangido é a outra via aberta para o cumprimento — a da substituição. Esta, porquanto é colocada na dependência da sua estrita observância, admite uma reversão em todo compatível com a sua natureza condicional <sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Assim ocorre com a pena de PTFC — cf. art. 59.º, n.º 5.

<sup>9</sup> Doravante, qualquer referência a uma norma desacompanhada do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o Código Penal (CP).

<sup>10</sup> Note-se que não estamos a falar na possibilidade de a pena de substituição deixar de ser executada na medida em que os seus desideratos foram já atingidos, ou

Donde, a aproximação é, de facto, *mais aparente que real*, porquanto, nos processos de jurisdição voluntária, devido a um facto ou conjunto de factos *supervenientes*, torna-se necessário modificar o conteúdo da própria resolução judicial. Nas penas de substituição, ao invés, a decisão judicial (e já não tecnicamente *resolução*) é imutável a partir do trânsito em julgado; a pena principal não mais se altera. Aquilo que se verifica é que o efeito de caso julgado comporta uma característica típica de qualquer processo sujeito a uma condição. O facto futuro e incerto do cumprimento da pena substitutiva é *parte integrante* do conteúdo decisório sobre o qual recairá o efeito de caso julgado. Assim, e em conclusão, a aproximação à figura da jurisdição voluntária só existe por via de um aumento do conjunto de pressupostos fácticos sobre os quais se produz o aludido efeito. Mas, sublinhe-se, nunca no sentido da modificação dos seus pressupostos constitutivos basilares que se traduzem na sanção principal, ao contrário do que sucede com a jurisdição voluntária (em sentido próprio) em que, em obediência aos fins que serve, o legislador admite uma abertura ao entendimento do efeito de caso julgado que, *prima*

---

seja, tirando o regime especial do art. 59.º, n.º 5, relativo à pena de PTFC, as sanções aplicadas em vez da pena principal têm de ser cumpridas até final, tal como sucede, como regra, com estas últimas. Assim não será, todavia, através do funcionamento da liberdade condicional que, por ser um incidente executivo, pode, nas condições do art. 61.º, implicar um encurtamento da pena privativa de liberdade, se bem que tal não signifique uma total ausência de qualquer limitação a direitos fundamentais, porquanto a libertação condicional também os implica. Só assim não ocorrerá nas hipóteses em que o tempo que falte cumprir de prisão seja superior a cinco anos (art. 61.º, n.º 5), período máximo em que o legislador, por considerações de proporcionalidade e do próprio cumprimento das finalidades da liberdade condicional, entendeu ser razoável manter um condenado em tal regime. Já as penas substitutivas, o que não deixa de ser um critério a favor da sua eficácia, ressaltando o caso já apontado do trabalho comunitário, não consentem qualquer instituto executivo próximo da libertação condicional ou, aqui aplicado de modo mais directo, de uma extinção da pena substitutiva por outro motivo que não seja o cumprimento. Por certo, o legislador teve em conta a circunstância de, por regra, as penas de que curamos serem menos gravosas para a esfera jurídica do condenado, correndo-se o risco de perda dos efeitos gerais e especiais-preventivos se se previsse um instituto deste jaez. Todavia, as chamadas «Regras de Tóquio» (ponto 11.2), consideram que a extinção de uma medida substitutiva pode ocorrer «quando o delinquente reage favoravelmente à sua aplicação.».



*facie* conflituando com a certeza e segurança, visa a adequação, *pari passu*, ao caso concreto; numa palavra, a considerações de justiça material. Nada mais que as habituais *antinomias entre justiça e segurança*. *Per summa capita*, a probabilidade (muitas vezes qualificada) de incumprimento aconselha o legislador a não dispensar a tutela conferida pela pena principal que se mantém para as hipóteses de inadimplemento da sanção substitutiva.

Ora, apesar de a pena de substituição dever observar uma série de características que lhe permitam arvorar-se em satisfação das necessidades punitivas do Estado *em vez da pena principal*, isso não importa que ambas sejam realidades iguais. Não o são nos respectivos conteúdos, na forma como surgem na sequência de uma decisão judicial, no percurso histórico e nas preocupações político-criminais a que cada uma delas teve e tem de dar resposta. De jeito necessariamente resumido: o conteúdo de uma pena substitutiva, podendo embora importar a privação de liberdade (pense-se no art. 43.º), não o faz da mesma forma que a pena de prisão, já que assegura a manutenção do máximo de laços sociais, familiares, laborais e económicos que sempre se partem em uma reclusão e o seu núcleo por excelência são as cumpridas na comunidade; as penas substitutivas surgem logo determinadas na decisão judicial e são de aplicação imediata, apenas sendo revogadas aberto um incidente processual de incumprimento, ao passo que a sanção principal, também ela fixada pelo tribunal, importa que o juiz (ou juízes), quando legalmente admissível, ponderaram a sua substituição por outras penas, em regra menos gravosas para o agente, mas entenderam que elas não cumpririam as finalidades punitivas; a história das sanções em análise e a sua intencionalidade político-criminal ancoram-se nos efeitos criminógenos da pena de prisão e na luta contra as de curta duração, exactamente por se considerar que as substitutivas correspondem a um «ponto óptimo» mais conseguido face ao que, entre nós, determina o art. 40.º.

2. Analisando, agora, alguns dos instrumentos de Direito Internacional Público e de Direito da UE que definem as penas de substituição, a Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 19/10/1992, modificada pela Rec (2000) 22, de 29/11/2000 (melhora a implementação das Regras Europeias sobre sanções e medidas cumpridas na comunidade) refere-se às «sanções e

medidas comunitárias» como aquelas «que mantêm o agente na comunidade e que implicam alguma restrição da sua liberdade através da imposição de condições e/ou obrigações e que são implementadas por instituições para o efeito designadas por lei. O termo designa qualquer sanção imposta por um tribunal ou juiz e qualquer medida tomada antes ou em vez de uma decisão sobre uma sanção, assim como os meios para implementar uma decisão judicial privativa de liberdade a ser cumprida fora de um estabelecimento prisional. Apesar de as sanções pecuniárias não estarem recobertas por esta definição, toda a actividade de supervisão ou controlo empreendida para garantir a sua implementação está abrangida no escopo destas regras»<sup>11</sup>.

Salientamos, em primeiro lugar, o facto de a noção apontar para «alguma restrição da liberdade», o que está em linha com o conceito que subscrevemos de que as penas de substituição contêm sempre um *quantum* de sofrimento, em regra inferior, todavia, ao das penas principais. Em segundo lugar, da noção acabada de expor resulta que as sanções sobre que nos debruçamos só o serão quando não importam uma privação de liberdade, o que depõe no sentido de que penas como a do nosso art. 43.º não serão verdadeiras sanções substitutivas. Em terceiro lugar, existe uma tomada de posição sobre uma matéria importante no nosso tema, qual seja, a de saber até que ponto é admissível ou não que uma pena de substituição se determine antes mesmo da fixação judicial de uma concreta medida da pena. Trata-se da questão de saber se, como já aconteceu entre nós na versão originária de 1982 do CP, é ou não de admitir que, p. ex. na pena suspensa, ela se aplique no final do procedimento judicativo do preenchimento dos requisitos do conceito material de crime, mas sem a determinação de um *quantum* exacto de pena e que esse momento exista ou não em função do cumprimento das condições estabelecidas. Dito por outras palavras, aquilo que é deixado em aberto — e bem — na noção agora sob escarpelização consiste numa

---

<sup>11</sup> A mesma aceção é usada na Rec (97) 12, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 10/9/1997, relativa ao pessoal adstrito à implementação de sanções e medidas, onde se chama a atenção para a necessidade de formação inicial e ao longo da vida de todos os técnicos que trabalham no domínio das sanções cumpridas em meio prisional ou na comunidade, para além de se proporem *guidelines* em temas de ética e responsabilidade desses trabalhadores.

aproximação ao regime tradicional da *probation*. Dirigindo-se a Rec do Conselho da Europa a Estados com diversas tradições jurídico-culturais, bem se entende que esta possibilidade integre o núcleo definitório. Finalmente, as nossas observações já revestem um entono crítico no que tange ao afastamento das penas de cariz pecuniário do conjunto das sanções de substituição. Desde logo por considerações históricas que apontam para que a *pecunia* tenha sido, desde o início do instituto, vista como uma forma privilegiada de substituição punitiva. Por outro lado, na medida em que se trata de uma forma de sancionamento particularmente apta a essa finalidade, não apenas porque atinge um bem jurídico cada vez mais importante na vida do agente, mas ainda pela sua plasticidade e relativa facilidade aplicativa. As sanções pecuniárias, pela sua própria natureza (e em particular adoptando-se, como entre nós, o sistema dos dias-de-multa), são bastante adaptáveis às capacidades económicas de cada um dos agentes e às exigências preventivas e de culpa, afigurando-se, portanto, como muito adequadas ao cumprimento das finalidades punitivas em medida proporcionada ao evitamento das desvantagens de uma limitação do *ius ambulandi*. Um último aspecto crítico na noção avançada pelo Conselho da Europa contende com a circunstância de se abrangerem os meios devotados a garantir o adimplemento da pena de multa (prestação de trabalho, pagamento fraccionado, eventuais meios próximos das condições impostas em sede de suspensão da execução da pena), mas não a pena em si mesma. Trata-se de uma falta de sintonia considerável, parecendo que quem abrange a que está a jusante também deveria prever o que se acha a montante. Não se percebe como se patrocina um entendimento segundo o qual, *v. g.*, a prestação de trabalho como modo de cumprimento substitutivo da multa deve ser tido como pena de substituição, mas não já a realidade que lhe subjaz. E não se diga que aquilo a que o legislador do Conselho da Europa se refere é à sanção pecuniária como pena principal, pois aí, como sucede entre nós no art. 48.º, não nos encontramos perante uma verdadeira pena de substituição, mas uma *forma de execução da pena de multa* <sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Entre tantos, ADELINO ROBALO CORDEIRO, “A determinação da pena”, *in*: AA. VV., *Jornadas de Direito Criminal: revisão do Código Penal*, vol. II, Lisboa: Centro

São vários os instrumentos legislativos que, reconhecendo as vantagens das sanções cumpridas na comunidade, instam os Estados a reforçarem a sua aplicação, como sucede, *v. g.*, com a Rec 92 (17) <sup>13</sup> (ponto A.6), aí se reconhecendo que a reabilitação do agente deve ser uma finalidade punitiva (ponto A.8) numa política criminal que erija a prisão como *ultima ratio*, em especial nas de curta duração (ponto B.5 *a*) e *b*)), propondo-se mesmo a indicação, para certos delitos, de uma medida não detentiva de liberdade como referente substitutivo (ponto B.5 *c*). Acresce a necessidade de elaborar uma escala de gravidade nas penas de substituição, a qual possa ser tida em conta no processo de individualização da própria escolha sancionatória, de preferência obtendo-se o consentimento do condenado na respectiva aplicação (ponto B.6). De grande relevo é ainda a chamada de atenção para a necessidade de o incumprimento da sanção de substituição apenas determinar o adimplemento da prisão quando outros instrumentos não surtam efeitos, salientando-se que as multas devem ser estabelecidas em montantes tais que não sejam impossíveis de cumprir pelos condenados e que, na hipótese da pena suspensa, a sanção que fica reservada só seja efectivamente aplicada por intermédio de decisão judicial (pontos B.7 e 8). Por fim, resulta ainda claro que a anterior inscrição de condenações no registo não deve determinar, por si só, um efeito automático desfavorável ao arguido, o que depõe no sentido de que tal não seja, *de per se*, impeditivo da fixação de uma pena substitutiva (ponto D.1) <sup>14</sup>.

Por seu turno, a Decisão-Quadro 2008/947/JAI do Conselho, de 27/11/2008, respeitante à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas <sup>15</sup>,

---

de Estudos Judiciários, 1998, p. 54. A redacção do art. 61.º do ProjPG inculcava de modo mais directo o que vai dito em texto, ao referir-se à faculdade de requerer o trabalho como forma de «resgatar» a pena de multa.

<sup>13</sup> Adoptada pelo Comité de Ministros em 19/10/1992, relativa à consistência dos critérios de punição (*sentencing*).

<sup>14</sup> Ao invés do que sucede em vários ordenamentos jurídicos e que, felizmente, não foi opção seguida entre nós.

<sup>15</sup> Alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26/2/2009.

apesar de preferir a designação de «sanção substitutiva», define-as como «sanç[ões] que, não sendo uma pena de prisão, uma medida privativa de liberdade ou uma sanção pecuniária, impõe[m] deveres ou regras de conduta» (art. 2.º, n.º 4). Fácil é concluir que estamos em face de uma noção pela negativa, que pouco ou nada adianta quanto ao fundamento da matéria em estudo e à sua específica intencionalidade. Acresce que o único conteúdo útil que dela se retira contende com dois dos regimes que entre nós assume a suspensão da execução da pena privativa da liberdade.

3. Temo-nos referido, até aqui, a um dado momento em que o problema da escolha da pena se coloca, qual seja o da prolação da decisão condenatória. Todavia, tal não tem necessariamente de ser assim.

Na verdade, é equacionável que, ao longo da execução da pena — e o problema, na prática, levanta-se somente no que tange à prisão —, em função do modo como o condenado se vá comportando e como esse comportamento seja um reflexo dos efeitos da prevenção especial de ressocialização que se visam, possa ser determinado o cumprimento de uma pena não privativa (como regra), *em vez* da pena principal. Por exemplo, alguém que foi condenado a dois anos de prisão efectiva e que ao fim de um ano de cumprimento pode ver o remanescente da mesma substituída por outra pena, *maxime* levada a efeito na comunidade.

A proximidade entre o que vem de dizer-se e a liberdade condicional é grande. De facto, *prima facie*, tudo depõe no sentido de que estaremos perante um incidente de execução da pena de prisão e não, tecnicamente, em face de uma sanção substitutiva. Aqui, será o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória que marcará a diferença essencial entre as duas figuras. Mas, eventualmente não só. Poder-se-ia dizer que se o juiz não aplicou logo, aquando da escolha da pena em sede de decisão condenatória, uma pena substitutiva, tal efeito preclusivo que se acha contido no efeito de caso julgado que recobre a dita decisão é argumento central para se não admitir, *no decurso do cumprimento da pena principal*, uma verdadeira substituição.

Vejam, porém, se assim é. Qualquer juízo é sempre aferido em função do momento processual em que o mesmo ocorreu e em face

das circunstâncias que o motivaram. Aquando da decisão condenatória, o magistrado trabalha com os factos dados como provados em audiência de julgamento, ao passo que, no decurso do cumprimento da pena, o juiz de execução das penas afere uma realidade temporalmente posterior e em que o circunstancialismo pode ter-se modificado, algumas vezes de jeito radical. Assim, pense-se num homicídio qualificado que gerou grave perturbação da ordem pública e comoção pelas circunstâncias particularmente censuráveis em que ocorreu. É equacionável que, em função de novos dados conhecidos *a posteriori* que, apesar de não serem aptos a suportar um recurso extraordinário de revisão, diminuem a indignação pública contra o condenado (*v. g.*, por via de comportamentos da vítima tidos por censuráveis), as necessidades preventivas-gerais desçam de modo considerável, do mesmo passo que o percurso penitenciário do recluso seja excelente e o plano individual de ressocialização esteja a ser irrepreensivelmente cumprido.

*De iure constituto*, não há dúvidas que o único instituto pensável para tais hipóteses é a liberdade condicional, após 2007 até com a eliminação da obrigatoriedade do cumprimento de 2/3 da pena em casos como aquele que nos serve de exemplo. Donde, a meio da pena renova-se a instância e pode haver lugar à concessão da liberdade condicional, incidente de execução e não pena substitutiva. É exacto, também, que, por via do respectivo regime, algumas das medidas consideradas como penas de substituição podem encontrar alguma consagração na liberdade condicional, embora não se trate da mesma realidade (cf. art. 64.º).

Podemos equacionar, ainda, até que ponto, também do prisma do Direito a constituir, as penas substitutivas não deveriam aplicar-se *para além* do momento do trânsito em julgado. De alguma forma, embora tal não seja assumido, ao menos *expressis verbis*, pelo legislador, o regime da antecipação da liberdade condicional (art. 62.º) acaba por ser uma aproximação ao art. 43.º<sup>16</sup>. Em ambas

---

<sup>16</sup> Embora com diversa natureza dogmática, como a seguir se verá em texto, e não como pena substitutiva, como é concebido o art. 62.º por CARLOS PINTO DE ABREU, “Execução de penas e medidas com vigilância electrónica”, *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 71 (2011), p. 54. Registe-se que, por via da Lei n.º 21/2013,

as hipóteses, na prática, o condenado é confinado ao espaço da residência e monitorizado através de vigilância electrónica. É óbvio que o título a que aí se encontra é distinto: no primeiro, após um tempo de reclusão e como *preparação para a preparação* da liberdade plena; no segundo, sem ter recolhido a qualquer estabelecimento prisional e logo como consequência da escolha da pena ter recaído, de jeito directo, sobre uma sanção que, segundo o julgador, pode e deve ser aplicada em vez da pena principal. Incidente de execução um, pena de substituição, a outra.

Se admitíssemos por boa a ideia de alargar o tempo e o modo do instituto sobre que debruçamos a nossa investigação, tal importaria que tivéssemos de repensar o efeito de caso julgado, pois, na verdade, tal opção traduzir-se-ia em uma clara aproximação das decisões judiciais em matéria penal das resoluções típicas dos processos de jurisdição voluntária atrás analisado. Até ao final do cumprimento da sanção principal, o condenado poderia ver alterada a pena que lhe tinha sido aplicada mesmo após o decurso do prazo de interposição de recurso ordinário, logo que as exigências gerais e especiais-preventivas o reclamassem. Perder-se-ia em segurança jurídica o que, eventualmente, se ganharia em maleabilidade da punição. Por outras palavras, a pena estaria ao serviço do condenado (e reflexamente da sociedade) e não estes últimos ao serviço da pena.

Mesmo *de iure condendo*, não nos convencem os defensores da solução que vem de analisar-se<sup>17</sup>. Em primeiro lugar, na prática, deixaria de existir distinção entre «pena de substituição» e «incidente de execução da pena». Em si mesmos, os conceitos estão ao serviço das

---

de 21/2, foi aditado ao CEPMPL um art. 188.º-A, o qual admite também que a antecipação da expulsão se aplique à pena acessória de expulsão de estrangeiros, podendo a mesma ser determinada logo ao fim de apenas um terço da medida concreta da pena, se esta for igual ou inferior a cinco anos, o que bem demonstra a «vontade legislativa» em afastar esses estrangeiros, logo que possível, do território nacional, ainda que as finalidades punitivas possam não estar cumpridas no lugar da *lex loci*, como acontecerá em regra.

<sup>17</sup> Veja-se o ponto 7 de AA. VV., *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005.

finalidades de todo o Direito e, por isso, não são dados *a se*, realidades petrificadas. Todavia, também se não pode deixar de delas lançar mão para obtermos uma dogmática cada vez mais precisa, exactamente para estar ao serviço dos direitos fundamentais de toda a comunidade. Principalmente quando não estamos — como aqui sucede — perante meras questões de *nomen iuris*, mas em face de classificações com relevantes consequências práticas. Por outro lado, a segurança jurídica, no confronto com uma certa ideia de «justiça», deve ter primazia. A palavra «justiça» foi escrita com aspas por considerarmos que o momento solene da pronúncia da pena pelo tribunal e do posterior trânsito em julgado da decisão comporta relevo indiscutível ao nível das finalidades a que alude o art. 40.º. É nesse momento — e não em outro — que esses objectivos que o Estado dá ao Direito Penal devem afirmar-se, perdendo-se muito do efeito geral-preventivo se as condenações fossem verdadeiras *resoluções* de jurisdição voluntária. Acresce que os mecanismos existentes em fase pós-sentencial, como a possibilidade de transitar de regime de execução, a liberdade condicional e as saídas administrativas e jurisdicionais previstas no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) se nos afiguram suficientes para modelar a pena fixada na decisão ao decurso do tempo e à sua influência nas exigências preventivas. Um eficaz e humano sistema jurídico-penal é sempre uma luta de equilíbrios periclitantes e transformar as tecnicamente designadas «penas de substituição» em instrumentos que extravasam o momento do trânsito em julgado comprometeria as finalidades punitivas que, repita-se, devem ser afirmadas aquando da prolação da decisão judicial firme no ordenamento.

Daí que, como se verá de seguida, e como vem sendo unanimemente reconhecido pela jurisprudência, não há aplicação de uma pena substitutiva depois do trânsito em julgado da decisão judicial, podendo sim existir um *incidente de execução*.

#### 4. Distinção de figuras afins

Assim enquadrados, importa, agora, que distingamos as penas de substituição de outros institutos jurídicos que lhe possam estar dogmática ou



político-criminalmente próximos mas que, apesar disso, constituem outras realidades *a se*.

1. Antes, porém, refira-se que vai fazendo curso, na doutrina e em documentos de *soft law*, o termo «sanções ambulatorias», cuja definição acaba por resultar pela negativa, por oposição a «sanções estacionárias» (*stationären Sanktionen*), estas últimas importando sempre, de um modo ou de outro, a privação ou restrição da liberdade de movimentos. Logo, a única vantagem heurística que vemos em tal conceito é somente a de afivelar, *ab initio*, às penas de substituição, a sua característica mais marcante até em termos de evolução histórica, qual seja, a de o respectivo cumprimento se operar extramuros, em meio aberto, na comunidade. Digamos, por rectas contas, tratar-se de uma noção usada pela doutrina germânica<sup>18</sup> e que acaba por ser, no essencial, sobreponível à de *community sanctions* do mundo anglo-saxónico, sendo exacto, todavia, que as ditas «sanções estacionárias» abrangem não apenas a prisão contínua como pena principal, mas também as ditas «sanções substitutivas detentivas».

*Sensu latissimo*, a *despenalização* poderia ser considerada, *prima facie*, como pena de substituição, na medida em que consiste na aplicação de uma sanção *em vez de outra* — uma menos grave em detrimento de uma mais grave. Já não a *descriminalização*, pelo motivo simples e óbvio de que, em qualquer das suas modalidades — simples e especial (conversão de crime em contra-ordenação) —, não se aplica qualquer sanção de natureza especificamente penal. Ora, a consideração da *despenalização* como fazendo parte das sanções substitutivas não tem apoio técnico-dogmático, nem tão-pouco encerra virtualidades político-criminais. O que nela existe é uma intervenção legislativa no sentido de as finalidades punitivas se atingirem com um *quantum* de pena mais leve. Nada tem que ver, por isso, com a criação de institutos específicos de que o juiz possa lançar mão quando, no momento da escolha da pena, se lhe afigure que essas finalidades podem, com vantagens, ser desempenhadas

---

<sup>18</sup> Veja-se, por todos, neste ponto, STEFAN LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002, pp. 17-18.

por distintas sanções. Acresce, por outro lado, que se não pode afirmar que as penas substitutivas sejam *sempre* menos gravosas para os condenados que as sanções principais. É um dado que, como regra, o serão, mas não sempre. Assim, p. ex., uma pena de suspensão executiva da pena de prisão acompanhada de regime de prova que importa, *v. g.*, a frequência de cursos de formação ou assistência psicológica para um condenado que trabalhe como administrador de uma empresa e que tenha inúmeros compromissos diários que se ressentirão com o grau de dispêndio de tempo desta pena de substituição.

2. Do mesmo passo, as manifestações processuais penais do *princípio da oportunidade* como as prevenidas nos artigos 280.º e 281.º do Código de Processo Penal (CPP), o processo sumaríssimo, o mecanismo de determinação concreta da competência dos Tribunais (art. 16.º, n.º 3 do CPP) ou o regime da mediação penal apresentam, tal como as penas substitutivas, um desiderato ao menos parcialmente comum. Assim, por via de uma intervenção processual — note-se —, o arquivamento em caso de dispensa de pena ou a suspensão provisória do processo visam evitar a aplicação de uma pena principal, *maxime* de prisão. Todavia, operam em momento anterior à conclusão da fase de julgamento, sobretudo em sede de inquérito, pelo que, ao invés das sanções de substituição, inexistente um verdadeiro momento de determinação concreta e efectiva da responsabilidade penal através de uma decisão judicial proferida na sequência da produção de prova em audiência de julgamento, sujeita aos conditionalismos, desde logo, do art. 355.º do CPP. É certo, por outro lado, que as injunções impostas ao arguido são compressões de direitos fundamentais e que, muitas delas se aproximam do conteúdo de algumas penas substitutivas como, p. ex., da pena suspensa. Por outro lado, também é exacto que o processo só finda com o cumprimento dessas mesmas injunções, do mesmo jeito que a pena principal substituída só é declarada extinta pelo adimplemento se e na medida em que o conteúdo da pena de substituição for cumprido. Porém, a intervenção dos mecanismos de oportunidade opera *antes* da determinação da medida concreta da pena, e, até, da própria moldura penal concreta, trabalhando — isso sim — com a moldura legal. Mais ainda (e por via disto mesmo), em hipótese de incumprimento, a consequência é a prossecução do processo criminal. O *iter* cognoscitivo do tribunal

acha-se completo, havendo somente que cumprir a determinação judicial vazada na fixação da concreta medida sancionatória. Acresce que, nos afloramentos de oportunidade, é a dita prossecução da actividade processual aquela que funciona como impulsionadora do cumprimento das injunções acordadas, ao passo que nas penas de substituição se pode dizer ser muito mais forte o estímulo a cumprir, porquanto ele redundará na aplicação da sanção principal, já determinada.

Donde, é não apenas o momento processual em que intervém cada um dos institutos que os aparta, mas também, por decorrência, o «estímulo» (chamemos-lhe assim) ao adimplemento. Por outro lado, as menores exigências preventivas-gerais e especiais são pontos comuns aos dois regimes. No caso das manifestações de oportunidade (não em todas) pode mesmo dizer-se que a anuência do ofendido é uma forma claramente demonstrativa de que os requisitos gerais-preventivos se acham diminuídos, actuando esse ofendido enquanto representante de si mesmo e não da comunidade como um todo, essa representada pelo MP e pelo juiz. É evidente que a diversa fase em que cada uma delas intervém torna sem sentido a exigência ao condenado de acordo para aplicação da pena (na hipótese das sanções de substituição), o que faz do magistrado judicial um intérprete mais exigente na hermenêutica da necessidade comunitária de reafirmar a norma, na medida em que carece de uma espécie de «respaldo» que lhe poderia ser dado por via da intervenção mais directa do ofendido.

3. O Decreto-Lei n.º 401/82, de 23/9, prevê um regime penal especial para os ditos «jovens adultos», ou seja, os arguidos que, à data dos factos, tenham 16 anos e menos de 21 (art. 1.º, n.º 2), em geral consagrando um conjunto de medidas todas elas destinadas a suavizar o efeito das sanções criminais, ciente de que, atendendo à idade, mais fácil se torna, via de regra, a ressocialização do indivíduo. Dito de outra forma, entendeu-se existir como que um *continuum* entre o regime das medidas tutelares educativas e os primeiros anos de imputabilidade penal, de forma que, estando, todavia, perante duas realidades dogmáticamente distintas, a interiorização dos valores do ordenamento jurídico e a «fidelidade ao Direito» serão, em geral, mais fáceis. Trata-se sempre de um juízo mediado pelo prudente arbítrio do julgador, de tal modo que, p. ex., a atenuação especial a que alude o art. 4.º daquele diploma é meramente

*facultativa*. Ora, o art. 6.º prevê — apenas para os jovens maiores de 18 e com menos de 21 anos — um conjunto de «medidas de correcção» que, tal como as penas de substituição previstas no CP, se aplicam uma vez fixado o *quantum* exacto de pena (em medida não superior a dois anos), constando do catálogo a admoestação, a imposição de determinadas obrigações, a multa, ou o internamento em centros de detenção. Para tal, terá de existir, de idêntico modo, um juízo prognóstico favorável alicerçado nas «circunstâncias do caso e considerada a personalidade do jovem», desde que se conclua que a aplicação da pena «não é necessária nem conveniente à sua reinserção social». Registe-se a proximidade de alguns dos caracteres a que alude o art. 50.º, n.º 1, do CP para a concessão da pena suspensa, bem como a centralidade do juízo de desnecessidade de pena, por via de uma ausência de exigências preventivas-especiais, mas também caldeadas por preocupações de prevenção geral, ao referir-se o legislador às «circunstâncias do caso». Quando analisada cada uma das «medidas de correcção» *de per se*, verificamos uma preocupação acrescida com os efeitos psicológicos que a admoestação possa provocar no jovem adulto (art. 7.º do Decreto-Lei). Por outro lado, denota-se uma elasticidade na imposição de obrigações, nem sequer sujeitas a uma tipificação exemplificativa, mas sempre orientadas para o desiderato especial-preventivo positivo, sendo certo que o seu incumprimento culposo não determina a aplicação da pena fixada na sentença — como é típico das sanções substitutivas —, mas «o internamento em centros de detenção, pelo tempo que for considerado necessário» (art. 8.º, n.º 2). A multa a que alude o art. 9.º remete para «os princípios gerais», i. é, em nossa opinião, para o art. 45.º do CP, com as necessárias adaptações, uma vez que, incumprida, também se não aplica a pena constante da decisão judicial, mas uma das obrigações do art. 8.º do Decreto-Lei, quando tal se deve a falta de condições económicas, ficando sem se saber, ao certo, o que sucede nas hipóteses em que o incumprimento é por outro motivo e doloso — não se pode aplicar a pena de prisão e o n.º 3, do art. 9.º só veda o «internamento em centro de detenção» aos casos em que se inadimple por falta de condições económicas, o que, *a contrario*, admite, nas hipóteses agora configuradas, que tal internamento opere. O art. 10.º do Decreto-Lei n.º 401/82 regula o internamento em centros de detenção, não se estabelecendo qualquer critério de conversão em face da pena principal (veja-se que, no máximo, o mesmo dura seis meses, a

que pode acrescer a medida do n.º 2 por um período de mais um ano, o que perfaz um ano e meio, sendo que só a primeira parte é cumprida em privação de liberdade). O n.º 3 prevê, ainda, um sistema de vasos comunicantes com o regime do então art. 45.º do CP — prisão por dias livres, entretanto revogado pela Lei n.º 94/2017 —, tudo isto «consoante for considerado mais conveniente, tendo em conta a situação pessoal do jovem», o que bem demonstra, uma vez mais, a enorme plasticidade e maleabilidade desta medida, sem critérios precisos de conversão e admitindo a aplicação do regime do já citado ex-art. 45.º do CP, com as necessárias adaptações, porquanto o mais relevante é, sempre, a orientação do condenado para a interiorização jusaxiológica. Uma vez que deixa de existir, no regime dos jovens adultos e no CP, uma referência legal expressa ao que é o «regime de detenção de fim-de-semana», é nossa convicção que esta possibilidade foi revogada com a entrada em vigor da já mencionada Lei n.º 94/2017, pelo que operou esta forma de cessação de vigência normativa de jeito tácito. Veja-se, ainda, que resulta do art. 11.º que o incumprimento do regime do art. 10.º importa que o juiz aplique «a pena correspondente ao crime», o que só poderá significar a sanção já determinada na sentença, em medida concreta no máximo até dois anos — e não uma sua nova fixação, como uma primeira leitura do preceito inculca —, com possibilidade de desconto do tempo cumprido em detenção de modo contínuo, que, para nós, deveria ser impositivo, ou seja, o desconto em tais circunstâncias devia *sempre* operar-se.

Do exposto, tendo em conta os critérios acima definidos, entendemos que somente a *admoestação* e o *internamento em centro detentivo* configuram verdadeiras penas de substituição do regime especial para jovens adultos <sup>19</sup>, mesmo assim com algumas especificidades, mas que não as afastam, no essencial de:

- a) determinação de uma medida concreta de pena principal que se substitui por outra, logo no pronunciamento judicial condenatório — detentiva ou não;

---

<sup>19</sup> Parecendo aplicar o qualificativo a todas as medidas de correção previstas, cf. o ac. do TRP de 29/5/2002, Proc. n.º 0240328, ISABEL PAIS MARTINS (consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), como os demais arestos citados sem indicação em contrário).

- b) aplicação da pena pré-determinada na decisão condenatória, com ou sem desconto, em função da natureza da sanção substitutiva.

4. Vejamos, agora, o que distingue as *penas de substituição* dos *incidentes de execução da pena*.

Em primeiro lugar, o momento no *iter* decisório e no processo penal em que ambas surgem. As penas substitutivas integram o momento da escolha da pena, uma vez determinada a sua medida concreta — ou, antes disso, logo ao nível do tipo, nas hipóteses de multa alternativa —, ao passo que o incidente de execução, como desde logo a designação inculca, importa que se esteja já em fase pós-sentencial, havendo necessidade de modificar algo aos exactos termos em que a sanção foi judicialmente determinada. Como *incidente*, trata-se de um conjunto de actos processuais com uma finalidade própria, que pode ou não ocorrer e que, não contendendo directamente com a medida concreta da pena, afecta o respectivo cumprimento.

Por outro lado, e relacionado com o que vem de dizer-se, dogmaticamente, as penas substitutivas constituem uma categoria autónoma, com uma intencionalidade político-criminal específica, ao passo que o incidente de execução não é dotado dessa mesma autonomia, desenrolando-se na dependência de uma sanção principal ou acessória. Donde, se às penas substitutivas se apontam finalidades preventivas, no incidente de execução da pena não são esses objectivos directamente chamados à colação. Do que se trata, ao menos de jeito imediato, é de resolver um problema que surge na fase pós-sentencial, determinado ou pelo inadimplemento do condenado das obrigações que a pena principal ou acessória sobre si fazia impender, ou de, à luz de finalidades preventivas — gerais e especiais, embora com maior relevo para estas últimas —, modificar o modo de cumprimento da pena, quase sempre no que diz respeito ao *locus* da execução e ao catálogo de obrigações que o condenado deverá adimplir.

Nas palavras de BELEZA DOS SANTOS<sup>20</sup>, incidente de execução contende com «todas as dúvidas de carácter contencioso acerca da

---

<sup>20</sup> “Os tribunais de execução das penas em Portugal”, in: *Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis*, vol. I, sup. XV do *Boletim da Faculdade de Direito* (1961), p. 292.

interpretação, aplicação ou eficácia da sentença condenatória», o que nos parece uma noção demasiado sintética e condensada para nos habilitar hoje a compreender o que está em causa.

Por certo existem também semelhanças entre as realidades em estudo. O incidente pode ocorrer tendo por base uma situação de cumprimento ou de incumprimento da pena principal ou acessória. A sanção de substituição *de per se*, sendo determinada em vez da principal, é fixada pelo juiz sob condição do respectivo cumprimento, sob pena de se aplicar aquela que ela substitui. No que contende com as hipóteses de adimplemento, o incidente de execução visa uma forma de cumprimento sancionatório mais favorável ao condenado, *i. e.*, implicando um menor *quantum* de sofrimento, tal como, em regra, nas penas substitutivas, isso também sucede para o condenado. Nos casos de incumprimento, em sede de incidente, a consequência desfavorável é o retorno ao modelo executivo anterior, com outras eventuais desvantagens. Nas penas de substituição, o inadimplemento conduz à aplicação da pena que se visava substituir. Donde, bem se pode dizer que quando o incidente de execução ou a sanção substitutiva são determinados, a intencionalidade que lhes preside é a de um regime mais favorável em sede de prevenção especial, desde que tal não contenda com a função de asseguramento do limiar de protecção do ordenamento jurídico.

Assim, p. ex., não se duvida que a liberdade condicional seja um incidente de execução da pena de prisão, assim como as formas de liquidação da sanção pecuniária ou o incumprimento das obrigações derivadas da falta de entrega do título habilitador de condução na pena acessória do art. 69.º Em todos eles estamos já em fase pós-sentencial, havendo, em vários, uma mudança de lugar de cumprimento da pena — que deixa de ser a prisão para passar a ser o domicílio do condenado ou outro local adequado, ou até mesmo a sua restituição à liberdade, embora onerada com deveres, regras de conduta e/ou regime de prova.

Existem consequências práticas na caracterização de uma dada realidade como pena de substituição ou incidente de execução. De facto, quando uma pena de substituição não é cumprida, deveria aplicar-se *in totum* a sanção principal, sem que houvesse qualquer tipo de desconto ou de uma circunstância favorável ao agente pelo tempo em que

os ditames da pena substitutiva foram observados. Já nos casos de incidente de execução, de que é exemplo a liberdade condicional, é ainda hoje discutido se se opera ou não tal desconto, exactamente porque a pena continuou a ser cumprida, mas através de uma outra modalidade <sup>21</sup>. Nas penas substitutivas, atento o seu regime condicional, a

---

<sup>21</sup> É nosso entendimento que, exactamente por estarmos em face de um incidente executivo da pena de prisão, tal significa que se trata de *uma outra forma do seu cumprimento*, agora em liberdade «vigiaada». Assim, o tempo que o condenado estiver em liberdade condicional sem incidentes deve ser descontado, *por inteiro*, na pena a cumprir, podendo, nos termos legais, se os requisitos estiverem preenchidos, voltar a conceder-se nova libertação condicional em relação a esse tempo de reclusão em falta. Aqui, ao invés, julgamos que a Lei foi longe demais e permitiu que a prevenção geral baixasse a cotas em geral insuportáveis pela comunidade, em regra não se afirmando, por isso, o «ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico». Donde, *de iure condendo*, propendemos para uma alteração legislativa no sentido de que, se ao condenado for revogada a liberdade condicional de que vinha beneficiando, não mais este incidente deve poder ser concedido no futuro, sem prejuízo da dita «liberdade condicional obrigatória» a cinco sextos do respectivo cumprimento, a que alude o art. 61.º, n.º 4. Nestes casos, há boas razões criminológicas e político-criminais para, mesmo tendo ocorrido uma anterior revogação, ao agente não deixar de se aplicar tal libertação, em especial se o sistema dispuser de *halfway houses*, como também defendemos. Ainda pelo que vai dito se densifica a destriça entre «pena de substituição» e «incidente executivo», na medida que em medidas substitutivas como a pena suspensa, p. ex., o incumprimento do seu regime faz com que a pena principal se aplique *in totum*, ao invés do que aqui se advoga para o tempo de reclusão que falta cumprir em hipótese de revogação da liberdade condicional. Exactamente pela sua diversa natureza jurídico-dogmática, diferente intencionalidade político-criminal e momento em que, no processo criminal, os dois institutos se apresentam.

O problema central que discutimos — repita-se, o de saber se deve ou não ser descontado na pena a cumprir o tempo em que o condenado esteve, em liberdade condicional, sem qualquer incidente, numa palavra, como interpretar o art. 64.º, n.º 2, *in fine* — exige uma intervenção legislativa que já peca por tardia, tendo em conta, desde logo, a circunstância de o TC já ter julgado conforme ao art. 27.º da CRP a hermenêutica contrária àquela que aqui se defende. Assim, no seu ac. n.º 181/2010, de 12/5/2010, Proc. n.º 537/2009, CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA, a maioria dos Conselheiros, lembrando que não compete àquele Tribunal estabelecer qual a melhor interpretação a dar a um certo segmento normativo, mas a decidir sobre se a que foi efectiva *ratio decidendi* no processo sob apreciação é ainda ou não conforme ao *mögliches Wortsinn* (acrescentaríamos nós) que o texto fundamental contempla. Tendo em conta o sistema de fiscalização da constitucionalidade português, muito embora, como se assinalou, não a tenhamos como a melhor interpretação, é nosso entender que o TC não poderia ter decidido de forma diversa. O que estranhámos — isso sim — é que,



pena principal não está a ser cumprida no momento em que a substitutiva o está a ser. Um mês de adimplemento das injunções impostas em sede de pena suspensa que, entretanto, é revogada por incumprimento, não significa que a pena principal de prisão tenha sido já cumprida em um mês e que haja, por isso, de proceder-se ao respectivo desconto. Muito pelo contrário, atento o regime condicional a que está sujeita — repita-se —, a sanção substitutiva só se acha cumprida no final quando, *ponto por ponto*, a mesma não tenha conhecido incumprimentos ou, pelo menos, inadimplementos que o juiz entenda poderem comprometer os desideratos que animaram a sua determinação. Donde, em apertada síntese, para além do *momento do trânsito em julgado*, indagar sobre *se a pena principal está ou não a ser cumprida de uma outra forma e se esse período de tempo equivale, por isso, a tempo efectivo de cumprimento*, é, nas situações de maior dúvida, o *critério operativo* que julgamos essencial para distinguir a pena substitutiva do incidente executivo.

Se o critério distintivo fosse o que vem de propor-se, *prima facie*, então, para sermos congruentes, não deveria existir, *de iure condendo*, qualquer desconto quando apenas uma parte da pena de substituição fosse cumprida. Nem se diga, p. ex., que, em hipóteses como a da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC), o

---

até à data, se não conheça um recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência sobre a matéria, esse, por certo, o *locus* e o meio processual adequado para dilucidar esta dúvida cuja manutenção traz graves desvantagens em sede de certeza e segurança jurídicas e cria hipóteses de real e injustificada desigualdade entre condenados. De facto, em função da posição que o juízo de execução das penas patrocine, tal é a diferença entre estar mais ou menos tempo privado de liberdade. Daí, sem necessidade de ulteriores justificações, a urgência da intervenção do STJ em sede de uniformização do Direito que, como se sabe, na prática, é cada vez mais dificultada, entre outros, pela criação (para nós inconstitucional) de requisitos que não constam *expressis verbis* da Lei, como sucede com a «mesmidade de factos», que aquele Alto Tribunal, de modo quase unânime, vem retirando do art. 437.º do CPP (sobre o tema, cf. 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*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 169-192). Pelo exposto, não partilhámos, na específica sede jusconstitucional, mau grado concordemos com a autora no tangente à hermenêutica a dar ao art. 64.º, n.º 2, *in fine*, da linha argumentativa de MARIA JOÃO ANTUNES, exarada no seu voto de vencida no já citado ac. n.º 181/2010.

envolvimento do condenado é mais forte que nas demais, o que justificaria um tratamento mais favorável. Por um lado, *em abstracto*, a afirmação não é exacta, porquanto casos existem (pena suspensa com regime de prova, a penas de substituição detentiva do art. 43.º) em que outras sanções substitutivas podem ser tão ou mais gravosas para quem a cumpre.

Por outro lado, há uma linha de argumentação excogitável que parece não convencer. Diz-se: se a pena de substituição equivale à pena principal, nesta última, um cumprimento parcial é tido em conta, nomeadamente para efeitos de desconto. Assim, se, p. ex., um condenado em prisão se evade, o tempo que já cumpriu não deixa de ser considerado como de adimplemento, acrescentando a pena pelo delito de evasão; uma multa paga em parte extingue essa mesma parte. Todavia, este raciocínio que temos por mais simplista e de pura transposição para as penas substitutivas encontra objecções. *Primo*, tal obnubila a autonomia das sanções substitutivas em face das principais. *Secundo*, não respeita o funcionamento próprio das penas em estudo: todas elas são aplicadas condicionalmente, *i. e.*, não se determina a execução das principais quando o cumprimento das substitutivas se der em toda a linha. Se tal não suceder, não vemos razão para considerar juridicamente o adimplemento parcial. De igual modo, as pretensas razões de justiça material que deporiam no sentido de considerar que essa parcialidade de cumprimento determinaria o desconto podem ser afastadas. Não se trata, como se deixou analisado, de um incidente de execução da pena e, por outro lado, como regra, o *quantum* de sofrimento da substituição é inferior ao da sanção principal, pelo que aqui não haveria motivos de igualdade a considerar. Nem pareceria existir qualquer tipo de intervenção desleal para com o condenado, porquanto o mesmo conhece — ou deve conhecer —, à partida, as condições da pena substitutiva e que a mesma se acha plenamente cumprida apenas e tão-só com o adimplemento da totalidade das condições que são o conteúdo da pena.

#### *Quid inde?*

Estamos em face de um problema que não comporta uma resposta directa e unívoca. De facto, somos muito permeáveis à valorização das penas substitutivas como verdadeiras sanções e à sua distinção face aos incidentes de execução, o que deporiam, por congruência pura,

a sustentar que somente o cumprimento total e efectivo das mesmas extinguiria a pena e que se não atribuisse relevância jurídica a um adimplemento parcial, por via do desconto ou até da consideração da pena como extinta quando uma parte considerável da mesma se acha executada, como aliás hoje sucede na pena de PTFC — cf. art. 59.º, n.º 5. Seria, aliás, mais fácil sustentar esta hipótese.

Todavia, não podemos esquecer que toda a intervenção penal é perpassada pelo princípio da *proporcionalidade*, no qual também entronca que se erija a pena de prisão como *ultima ratio*. Ora, numa pena de PTFC, *v. g.*, em que de um total de 400 horas, *p. ex.*, o agente se limitasse a não cumprir uma, conduziria, a patrocinar-se a tese mais congruente do prisma dogmático, a não operar qualquer desconto, pelo que o agente cumpriria a pena principal. É certo que se ganharia em termos de respeito pela sanção substitutiva que seria ainda percebida pelo agente e pela sociedade como uma pena condicionada. Todavia, de que tipo de «respeito» se estaria a falar? Como compatibilizar esta posição com as exigências preventivas-gerais e especiais (*maxime* estas últimas)?

Se dizemos que as sanções de substituição devem cumprir as finalidades das penas principais, então compreende-se que a reintegração social do agente se opere mais facilmente, em algumas das primeiras sanções, pela relevância jurídica de certas hipóteses de adimplemento parcial. E a protecção de bens jurídicos? Esta é mais problemática, mas desde que exista uma ponderação entre o que não foi cumprido da pena substitutiva e o que deveria tê-lo sido, compreendida essa protecção nos quadros de uma prevenção positiva integradora, os escolhos diminuem.

Por outro lado, a posição que vem de patrocinar-se implica, outrossim, uma resposta a uma magna questão, qual seja a de saber até que ponto é ou não possível uma *teoria geral das penas de substituição*<sup>22</sup>. A resposta só pode ser *negativa*, se estivermos a referir-nos a uma teoria geral em puro conceito técnico-jurídico<sup>23</sup>. A partir do momento

---

<sup>22</sup> Sobre o tema, em pormenor, o nosso “Em direcção a uma «teoria geral das penas de substituição?»”, *ROA*, 2018, *p.* 581 e ss.

<sup>23</sup> Desde logo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 329-330,

em que admitimos que algumas das penas de substituição possam relevar por via do desconto na pena principal quando somente houve um cumprimento parcial da mesma, estamos a aceitar a existência de diferenças substanciais entre cada uma delas. O mesmo é dizer, a sustentar a ideia de que umas são mais gravosas do que outras para o condenado e que, atentos *critérios de proporcionalidade e de justiça material*, diverso deve ser também o tratamento jurídico-penal a dar a cada uma delas. Assim, p. ex., na multa de substituição e na pena suspensa (respectivamente, artigos 45.º, n.º 2, e 56.º, n.º 2 e 57.º, n.º 1, *a contrario*), um cumprimento parcial não releva, ao passo que, em outras, como as hipóteses da pena prevista no art. 46.º (*vide* n.os 5 e 6) e da pena de PTFC — cf. artigos 59.º, n.º 4, o qual remete para o 58.º, n.º 3, para além do regime específico do art. 59.º, n.º 5 —, o regime legal manda operar um desconto na pena principal a cumprir em hipótese de inadimplemento da pena de substituição. Donde, não há como obnubilá-lo: a existência de uma verdadeira «teoria geral» fica comprometida. Tal não importa, por outra banda, que se não possa — e não deva — assentar em princípios gerais da intervenção das penas substitutivas que conduzam o intérprete e aplicador, como defendemos já <sup>24</sup>.

Conexionado com isto, aceitar que em algumas sanções de substituição e não em outras releve o (in)cumprimento parcial é a verificação, afinal, do diferente conteúdo material de cada uma delas, fruto de uma evolução histórica que, baseada no mesmo lastro político-criminal, foi encontrando, todavia, uma resposta particularizada para cada uma das situações a que as penas substitutivas se aplicam. Mais ainda, esta matéria não é despicienda na tomada de posição sobre a questão de saber se existe ou não uma *hierarquia real e material* entre

---

apontando, com inteira justeza, que tal se fica a dever ao regime em larga medida específico de cada uma das penas de substituição e, a montante, ao problema de saber se elas são verdadeiras e autónomas penas. Tal como o autor reconhece, em Portugal, desde cedo a resposta é positiva, o que não aconteceu em países que nos são juridicamente próximos, como a Alemanha. Pelo que vai dito em texto, a maior dificuldade prende-se, hoje, com o âmbito aplicativo e o regime diversos de cada uma das penas em estudo.

<sup>24</sup> Veja-se, de novo, o nosso “Em direcção a uma...”.

as penas em estudo (*que não formal*, note-se, que desde já se rejeita <sup>25</sup>). E sublinhe-se que esta orientação foi ainda reforçada pela Revisão de 2007 do CP, de particular relevo no tema sob escrutínio.

É certo que, para salvaguardar a proporcionalidade e a justiça material, o legislador criou problemas de não pequena monta. A opção descrita introduz no regime das penas de substituição uma *desigualdade clara*, pois um condenado em multa do art. 45.º, n.º 1, p. ex., sabe que se pagar apenas uma parte, terá de cumprir a prisão fixada na decisão judicial *in totum*, ao invés do que sucede nas hipóteses em que essa multa é pena principal <sup>26</sup>. Justificava-se tal diferença de regimes pela circunstância de a multa de substituição ser já uma segunda oportunidade conferida ao condenado — que se não confunde com qualquer ideia de «benesse» —, pelo que só através desta exigência a pena de substituição ganhava efectividade, ou seja, é percebida pelo condenado e pela comunidade como uma verdadeira pena e não como uma qualquer medida de graça «encapotada» <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português...*, p. 333 defende a inexistência de uma «hierarquia legal das penas de substituição». Todavia, mais à frente (p. 378), escreve que «se o tribunal tiver à sua disposição, no caso, várias penas de substituição (...), ele deverá escolher a PTFC sempre que ela se revele preferível do ponto de vista da socialização e ainda compatível com a tutela do ordenamento jurídico». Não deixa, ao que cremos, embora de modo avisado e fundamentado de, a final, acabar por reconhecer aquilo que defendemos: *na prática*, existe uma hierarquia *tendencial* das penas em estudo, bem se percebendo, pela própria natureza da prestação de trabalho, um certo regime mais favorável que se lhe atribua. Na jurisprudência, negando qualquer escala de preferência legislativa, entre outros, cf. o ac. do TRP de 22/5/2013, Proc. n.º 163/06.1SFPRT.P1, ERNESTO NASCIMENTO, bem como, da mesma Relação, o ac. de 22/5/2002, Proc. n.º 0210302, NAZARÉ SARAIVA, advertindo para a imprescindibilidade de uma averiguação *in concreto*. Ainda o ac. do TRE de 24/4/2012, Proc. n.º 53/03.0IDFARA.E1, ANA BACELAR CRUZ, afirmando, com inteira justeza, que a circunstância de inexistir uma hierarquia não impede uma clara preferência das penas de substituição em sentido próprio sobre as em sentido impróprio.

<sup>26</sup> Por isto e pelo que escrevemos no local próprio, somos frontalmente contra o sentido do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 7/2016, DR, I série, de 21/3/2016 — cf. “Efectividade e credibilidade da pena de multa de substituição”, *Ab Instantia*, IV, 6 (2017), pp. 293-344.

<sup>27</sup> Contrário a concepções deste tipo, entre tantos, LUIGI DAGA, “Il sistema delle pene. Promozione delle misure alternative alla prigione”, *in*: LUIGI DAGA, *Scritti e*

Refira-se ainda, como traço distintivo, que nas penas de substituição *qua tale*, ou seja, no seu cumprimento — problema que obviamente só se colocaria na detentiva —, não se levanta a possibilidade de concessão de liberdade condicional prevista nos artigos 61.º, ss., dado estarmos em face de penas autónomas e diversas das principais. Coisa diferente sucede com a sanção principal que acaba por se aplicar se e na medida em que a pena substitutiva for revogada. Aí, se os pressupostos estiverem preenchidos, nada impede que o magistrado competente se pronuncie pela concessão daquele incidente executivo, visto que estamos em face de uma pena de prisão de cumprimento contínuo. Simplesmente, nesta última hipótese, já se não fala em «pena de substituição», mas em sanção principal, razão pela qual se poderá afirmar, sem hesitações, a inexistência de liberdade condicional nas penas de substituição, o que ajuda mais ainda na destrição entre este instituto e o de incidente executivo da pena.

Pelo exposto, resulta que *as diferenças práticas se esbatem cada vez mais entre os incidentes de execução da pena e a sanção substitutiva*, ao ponto de julgarmos poder afirmar que a diferença central entre ambos é, para além de o incidente ser pós-sentencial, a *existência prévia ou não da determinação judicial de uma sanção* que se prevê seja

---

*Discorsi (1980-1993)*, Roma: Ministero della Giustizia, 2008, p. 499, salientando a necessidade de as mesmas terem um fim reeducativo. Acresce que, se tal for percebido pelos juízes, poderá haver a tendência para aplicar penas mais elevadas, acima do limiar máximo de substituição, para que as sanções em estudo não logrem efectividade prática, o que é contraproducente e pode contribuir para um aumento da punitividade do sistema. Do mesmo modo, medidas como a multa de substituição têm de ser aplicadas em *quantum* realístico e adaptado à situação económico-financeira do condenado, como aliás resulta da regra 14.1 das chamadas «Regras de Tóquio» — assim, UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook of basic principles and promising practices on alternatives to imprisonment*, New York: United Nations, 2007, pp. 43-44. Esta preocupação com a efectividade das penas substitutiva, que assumimos como um *Leitmotiv*, tem conhecido eco relevante na jurisprudência que, de modo diríamos unânime, tem negado provimento a recursos em que uma reacção de substituição incumprida se deseja, depois, substituir uma vez mais, furtando-se o agente à pena principal. Entre muitos, cf. o ac. do TRP (sobre a pena suspensa) de 28/1/2015, Proc. n.º 7/12.5PTVNG.P1 (JORGE CARRETO) ou, do mesmo Tribunal, não autorizando a substituição por outra reacção da pena de multa do art. 45.º, n.º 1, liquidadas, ademais, em prestações, o ac. de 7/1/2015, Proc. n.º 166/12.7GAVLC-A.P1 (ERNESTO NASCIMENTO).

cumprida totalmente através de uma outra pena (de substituição), ao passo que nos incidentes de execução a pena (principal ou acessória) não é substituída <sup>28</sup>. Mais tarde, por via de norma legal, de um incumprimento ou de outro motivo, tem de se abrir uma tramitação com uma intencionalidade própria, mas que decorre no âmbito da pena principal ou acessória e na sua estrita dependência.

5. Assim enquadrados, no que diz respeito à pena introduzida pelo então art. 44.º com a Revisão do CP de 2007 <sup>29</sup>, assistiu-se a uma discussão quanto a saber se todo o inciso prevê uma verdadeira pena

---

<sup>28</sup> Não obstante, existe doutrina na Alemanha que considera o equivalente à nossa pena suspensa como «Modifikation der Freiheitsstrafvollstreckung», fundada, no essencial, em objectivos especiais-preventivos (UDO EBERT, *Strafrecht*. AT, 3. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 239).

<sup>29</sup> Nos EUA, a pena remonta a 1983, usando-se habitualmente a expressão «a man's home is his prison» e realçando-se as vantagens económicas do respectivo uso — STÄNDIGEN DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES, *Verhandlungen des neunundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Band I, Teil C, München: Beck, 1992. Não se ignora, também, que havia quem defendesse, em Portugal, a elevação do âmbito de aplicação da pena para medidas até dois anos e, nos casos do então n.º 2, do art. 44.º, para cinco anos (CARLOS PINTO DE ABREU, «Execução de penas...», pp. 68-69). Se a primeira parte da proposta merecia a nossa concordância, é nosso juízo que a segunda era exagerada, não conciliando as finalidades punitivas em presença. Igualmente não subscrevemos a ligação entre esse número e o instituto da atenuação especial que o autor propunha, apesar de entendermos existir uma aproximação entre o pensamento ínsito a este instituto e o das penas substitutivas (*vide* o nosso “O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição”, *Revista do CEJ*, II (2018), pp. 115-141), visto que tal importaria abrir a um largo espectro esta pena, em hipóteses onde a sua bondade poderia ser duvidosa, para além de que a redacção do art. 72.º dificultaria, na prática, pela largueza de alguns conceitos usados, a respectiva aplicação judicial, em uma matéria em que certeza e segurança devem ser uma preocupação. Do mesmo modo, a defesa da inclusão nesse catálogo da «imputabilidade diminuída» não nos convence, desde logo porque não se enquadrava no «princípio da humanidade» que unificava os demais motivos aí prevenidos e, sobretudo, porquanto o seu tratamento é-o já de modo adequado no art. 20.º, n.ºs 2 e 3, não se alcançando reais vantagens nesta proposta. Princípio esse que, por variadas vezes, tem sido reconhecido pelo TC, desde 1984, a par de outros como o da culpa, da necessidade de pena e da subsidiariedade (*inter alia*, ac. n.º 102/2015, de 11/2/2015, Proc. n.º 197/2014, MARIA LÚCIA AMARAL).

de substituição ou se apenas o seu n.º 1, al. a) o fazia <sup>30</sup>. A questão continua a colocar-se após a entrada em vigor da Lei n.º 94/2017, de 23/8, agora atinente ao art. 43.º, n.º 1, que, de entre o mais, alarga o âmbito daquela que passa a ser a única pena de substituição detentiva de um para dois anos (embora tal já pudesse suceder nas hipóteses «humanitárias» do então n.º 2, do art. 44.º <sup>31</sup>), sendo que a referência no n.º 1, al. a), a prisão efectiva, é absolutamente redundante. Parecia predominante na jurisprudência a orientação segundo a qual estávamos sempre em face de uma verdadeira pena de substituição, embora também fosse comum uma sua consideração diferenciada do n.º 1 para o n.º 2 do artigo <sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Por comodidade do leitor, era esta a redacção à época vigente:

«1. Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição:

- a) A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano;
- b) O remanescente não superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação.».

<sup>31</sup>

«2. O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para dois anos quando se verificarem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselham a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:

- a) Gravidez;
- b) Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;
- c) Doença ou deficiência graves;
- d) Existência de menor a seu cargo;
- e) Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.».

<sup>32</sup> Assim, desde logo, MARIA JOÃO ANTUNES, “Alterações ao sistema sancionatório”, *Revista do CEJ*, VIII (2008), p. 9, referindo-se ao n.º 2 como «uma regra de execução da pena de prisão» e, no mesmo sentido, em *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 23. Também, FERNANDO FERNANDES, “Vigilância electrónica — um olhar do Direito e dos tribunais sobre este mecanismo de controlo de medidas e penas. Pena de permanência na habitação e adaptação à liberdade



Seguindo o critério operativo atrás desenhado no Direito constituído, qual seja o da *prévia determinação judicial de uma pena* que, depois, é cumprida através de uma outra sanção <sup>33</sup>, então dúvidas

---

condicional”, in: *Ousar Integrar — Revista de Reinserção Social e Prova*, 3 (2009), pp. 86-91. Já CARLOS PINTO DE ABREU, “Execução de penas...”, pp. 54-55 não distinguia as hipóteses dos dois números, considerando-as sempre uma pena substitutiva.

Importante na jurisprudência tem sido também a questão de saber se a pena em estudo pode ser somente aplicada na decisão condenatória ou em momento ulterior. Muito correctamente, os tribunais têm concluído no sentido de que só a primeira hipótese tem cabimento legal, o que importa o reconhecimento de que estamos em face de uma verdadeira pena de substituição e não de um incidente de execução, no que é um ponto de relevo na caracterização dogmática da sanção — neste sentido, *inter alia*, cf. o ac. do TRP de 7/3/2012, Proc. n.º 403/10.2GAVLC-A.P1 (ALVES DUARTE); na fundamentação, aliás, chama-se à colação a exposição de princípios da Proposta de Lei n.º 98/X, DAR, II série A, n.º 10/X/2, 2.º suplemento, de 18/10/2006, onde tal é assumido *expressis verbis*. No mesmo sentido, também da Relação do Porto, cf. o ac. de 19/5/2010, Proc. n.º 117/07.0GAPFR-A.P1 (DONAS BOTTO): «o regime de permanência na habitação não é uma pena de substituição de segunda linha, a que se recorre depois do fracasso de outras penas de substituição.»; da mesma Relação, ac. de 3/12/2014, Proc. n.º 148/13.1PGDM (COELHO VIEIRA). Do TRC, ac. de 27/6/2012, Proc. n.º 81/10.9GBILH.C1, JOSÉ EDUARDO MARTINS, e do TRL, o ac. de 30/6/2010, Proc. n.º 1441/06.5PSLSB-B.L1-3, CONCEIÇÃO GONÇALVES.

No sentido da distinção entre o então art. 44.º (hoje, art. 43.º) como pena de substituição ou como incidente executivo, cf., p. ex., o ac. do TRP de 18/9/2013, Proc. n.º 1781/10.9JAPRT-C.P1, FÁTIMA FURTADO, disponível em *Sumário de acórdãos do TRP*, Boletim de circulação interna n.º 46, Setembro a Dezembro de 2013, p. 73, accedido em 3/8/2014; também, embora sem dizer como estabelece a diferença, veja-se a fundamentação do ac. do mesmo TRP de 19/11/2014, Proc. n.º 179/14.4PFVNG.P1 (FÁTIMA FURTADO). Este último aresto é ainda interessante quanto ao seguinte trecho: «não só a sanção, mas também a sua forma de cumprimento [devem ser] suficientemente expressivas para causar no arguido um verdadeiro confronto existencial, que o leve a ponderar na condenação, dar um novo rumo à sua vida e não voltar a delinquir.». Donde, não podemos patrocinar o entendimento segundo o qual a prisão subsidiária por incumprimento da multa principal, o inadimplemento do regime da pena de PTFC ou a revogação da pena suspensa possam ser «substituídas» pela pena do art. 44.º (é a posição de CARLOS PINTO DE ABREU, “Execução de penas...”, pp. 55-57). Não só a lei o não prevê, como se não concebe aplicação sucessiva de penas de substituição, capazes de fazer perigar a eficácia das sanções de que curamos.

<sup>33</sup> Não é este, porém, o critério seguido por MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*. PG, t. II, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989, p. 185, onde, a propósito do antigo regime de semidetenção, admitia que o mesmo fosse determinado já após a prolação da decisão condenatória, em função do modo como a pena vai sendo cumprida, *rectius*, como o condenado vai reagindo à sanção. Registe-se

inexistem que só a pena prevista na então al. a), do n.º 1, do art. 44.º (hoje, art. 43.º, n.º 1, al. a)) é de substituição e a da al. b) seria um mero incidente de execução da pena privativa de liberdade. Veja-se, ainda, que o art. 120.º, n.º 3 do CEPMPL (inalterado com a revisão de 2017), equipara o tempo em cumprimento da pena do actual art. 43.º a efectivo tempo de prisão, nomeadamente para efeitos de concessão de liberdade condicional. Na segunda modalidade do então art. 44.º havia a aplicação ao agente de uma medida cautelar (em sentido amplo, por forma a abranger a detenção e as medidas de coacção processual detentivas) que, quando cessava e se iniciava o cumprimento da pena de prisão efectiva, se verificava que o tempo a cumprir, realizado o desconto do art. 80.º, não era superior a um ano. Nesta hipótese, portanto, não existira, *ab initio*, na decisão judicial, a fixação de uma medida concreta da pena que se tivesse entendido dever ser substituída por outra sanção. Houvera, isso sim, a aplicação de medidas às quais a lei atribuíra um efeito semelhante ao da privação da liberdade, pelo *quantum* de sofrimento ser equiparável, e em que, operado o respectivo desconto, se concluía por uma pena a cumprir de duração tida por curta, a qual poderia ser benéfico, *maxime* em sede preventiva-especial, vir a ser cumprida *de uma outra forma* que não a encarceração. Donde: na pena do actual art. 43.º, n.º 1, al. a) (anterior art. 44.º, n.º 1, al. a)), a sua totalidade é cumprida através de uma

---

que concordamos com PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 214 ao defender a aplicação analógica, para a totalidade do regime do ex-art. 44.º, do prevenido no art. 57.º, n.º 2, só assim se dando efectividade à necessidade de condenação pela prática de outro crime durante o período em que cumpre a pena de substituição para que se opere a revogação da mesma. Estamos ainda ao lado de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal português*, vol. III, 2.ª ed., Lisboa: Verbo, 2008, p. 91 quanto à não aplicação, em caso de fuga do domicílio estabelecido para o cumprimento, do delito de evasão do art. 352.º, por não ser este o seu escopo aplicativo ao nível do tipo-de-ilícito objectivo, podendo-se mesmo alargar tal conclusão para as outras duas penas substitutivas que privam de liberdade (os antigos artigos 45.º e 46.º), visto tratarem-se de sanções às quais já se encontra associado um específico regime de incumprimento — a aplicação da pena principal que fica condicionada na decisão judicial —, o que é mais um elemento sistemático a depor no sentido da autonomia das penas de substituição.

outra pena, ao passo que na anterior al. *b*) do então art. 44.º, n.º 1, a totalidade da pena judicialmente determinada já o fora, em parte, por via de uma privação de liberdade de natureza cautelar, processual, equacionando-se, mais tarde, se esse remanescente deveria ou não ser cumprido, *não através de uma outra pena, mas de uma outra forma, em outras condições.*

E o que dizer quanto ao então n.º 2 do artigo? Aí admitia-se que, em razão de motivos especiais atinentes ao agente («circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado») que tornassem «desaconselhável» a privação de liberdade, o limite da substituição passasse para o dobro (de um para dois anos). Tal introduzia um elemento específico que alargava o âmbito de aplicação sancionatório, sendo ainda uma manifestação de um «princípio de humanidade». Sendo aplicada logo na decisão e para a totalidade da prisão principal, não tínhamos dúvidas em continuar a caracterizá-la como pena substitutiva em sentido estrito, o que já não sucederia, pelas razões acima invocadas, para os remanescentes a que aludia a al. *b*), do n.º 1. É exacto, todavia, que, aqui, para além dos critérios gerais de prognose favorável, existia um conjunto de aspectos verificáveis no momento e que, em rigor, já não entravam em um juízo prognóstico (necessariamente futuro), bem como se introduzia o já citado aspecto de «humanidade» que, mesmo assim, não habilitava o intérprete a ter da matéria a concepção de se tratar de um «benefício» ou de algo próximo de um «direito de graça»<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Entre muitos, no sentido do texto, MIGUEZ GARCIA/CASTELA RIO, *Código Penal. Parte Geral e Especial*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 367. A questão que se podia legitimamente colocar era a de saber se não teria sido preferível configurar as hipóteses do então art. 44.º, n.º 2 como verdadeiros incidentes executivos, o que faria revestir as penas substitutivas de uma maior congruência e linearidade aplicativas. E isto tanto mais quanto existe alguma coincidência entre a norma e o art. 118.º do CEPML. É certo que esta última é mais exigente que a primeira e que não abrange as situações de gravidez ou de idade inferior a 21 anos e as aludidas nas als. *d*) e *e*), do n.º 1, do ex-art. 44.º O configurável seria alargar o âmbito de aplicação da norma do CEPML também a esses casos, de tal modo que, findo um ano (prazo geral) do cumprimento da pena de permanência na habitação, se colocasse perante o juízo de execução das penas a alteração da modalidade de execução. Esta seria, *na pureza dos princípios*, porventura a solução ideal para não fazer passar a noção de «penas de substituição» da referida ideia de «benesse». Todavia,

Testando o critério apresentado para o que seja uma pena de substituição por relação com o estatuído no art. 48.º, *também neste último não nos encontramos perante uma sanção substitutiva*, desde logo na medida em que a pena principal fixada na decisão é de multa e não é, logo aí, ordenado o seu cumprimento por intermédio da prestação de trabalho. Não se nega que o n.º 2 do artigo, ao remeter para disposições dos artigos 58.º e 59.º<sup>35</sup>, consagra a pena de PTFC como uma espécie de «direito subsidiário», mas tal justifica-se porque, materialmente, em ambas as hipóteses, existe uma prestação gratuita de trabalho. Todavia, aqui, como FIGUEIREDO DIAS desde sempre defendeu, estamos em face de uma «sanção de constrangimento», destinada a que o condenado liquide a multa e que a prisão subsidiária seja, de facto, uma *ultima ratio*<sup>36</sup>. Veja-se, por outra banda,

---

tal importaria perdas de celeridade processual, pois se os pressupostos para a sua concessão já se acham preenchidos no momento de prolação da sentença e pela sua própria natureza tudo indica que se manterão até ao termo dos dois anos de medida concreta da pena, voltar a apreciar a questão de modo incidental configuraria introduzir uma complexidade acrescida sem reais ganhos para os condenados. A «pureza do sistema» não é um fim em si, mas um meio ao serviço, neste caso, dos agentes de crimes, sem que se detectem perdas de eficácia preventiva-geral na solução que acabou por ser adoptada pelo legislador. Note-se, por fim, que não estamos em face de instituto desconhecido do Direito pátrio: nas Ordenações, sobretudo nas hipóteses de gravidez ou de padecimento de doença grave, a comutação ou mesmo a libertação antecipada do condenado era prática instituída — cf. PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, “Instituições de Direito Criminal português”, *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, 155 (1966), p. 150.

<sup>35</sup> Apenas algumas delas, note-se, o que também por esta via depõe no sentido de que se trata de duas realidades dogmáticamente divergidas.

<sup>36</sup> O que importa, para além do mais, que a prisão sucedânea não altere a natureza jurídica da multa principal não liquidada. Neste sentido, é correcta a decisão do ac. do TRC de 25/3/2015, Proc. n.º 95/11.1GATBU, LUÍS TEIXEIRA, disponível em <http://jusjournal.wolterskluwer.pt/> e acedida em 5/5/2015, no sentido de, para efeitos de declaração de contumácia, se não considerar tal conversão como pena de prisão, à luz do disposto no art. 97.º, n.º 2, do CEPML. Por outro lado, é sabido que o regime legal alemão é bem mais gravoso que o português, desde logo na medida em que a conversão se opera à razão de um dia de multa principal por um dia de prisão, o que é tido — e bem — por excessivo, por grande parte da doutrina. Veja-se, p. ex., TILMANN SCHOTT, “Abkehr von der 1:1 — Umrechnung von Geld- und Freiheitsstrafe?”, *Juristische Rundschau*, 8 (2003), pp. 315-320, advogando o cariz paradoxal da previsão de uma tão severa *Ersatzfreiheitsstrafe*, por um lado, e a luta contra as penas

que o art. 48.º, ao lado do pagamento diferido ou fraccionado, da nomeação de bens à penhora, para além do óbvio pagamento total ou parcial, é somente uma forma de adimplir a multa principal. Donde, há aqui um leque de escolhas ao dispor do condenado que não sucede em uma verdadeira pena substitutiva. Nesta última, além do mais, reforçando o critério distintivo a que chegámos, é o juiz que, na sentença, determina que a pena principal está em condições de se cumprir por intermédio de uma outra, *aplicada em vez dela*, realidade diversa da do art. 48.º Por fim, tinha sido indicado, em face da redacção originária do CP de 1982 mas, entretanto modificada <sup>37</sup>, que a possibilidade de o juiz escolher entidades privadas como beneficiárias da pena de PTFC é um sinal distintivo desta pena de substituição quanto à que se acha prevista no art. 48.º, uma vez que aí não se faz esta referência. Daqui se retira que a sanção de dias de trabalho daquele último normativo é ainda uma sanção destinada a cumprir interesses ligados fundamentalmente ao Estado e não tanto à comunidade no seu conjunto, uma vez que ela surge na sequência de uma pena de multa que vê o seu quantitativo reverter para o Estado. Já na pena de PTFC, como há sobretudo interesses da comunidade em causa, admite-se que as entidades privadas de interesse societário sejam beneficiárias dessa prestação de trabalho. Donde, em conclusão quanto a este ponto <sup>38</sup>, não se negando embora a existência de aproximações em sede do fundamento

---

curtas de prisão em que o *StGB* se diz empenhado. Para um conspecto, naquele país, escrevendo em uma época em que a prisão sucedânea era relativamente elevada, cf. THOMAS WEIGEND, “In Germany, fines often imposed in lieu of prosecution”, in: Michael Tonry/Kate Hamilton (eds.) *Intermediate sanctions in overcrowded times*, Boston: Northeastern University Press, 1995, pp. 50-55. Algo de similar acontece na Suíça (art. 36, 1, do CP daquele país). Sobre a matéria, *vide* o nosso “Algumas considerações em torno do art. 49.º, n.º 3, do CP. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7/1/2015, Proc. n.º 55/13.8PDPRT-B.P1”, *Revista do Ministério Público (RMP)*, 142 (2015), pp. 184-186.

<sup>37</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Pena de prisão substituída por pena de prestação de trabalho a favor da comunidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 9, 4 (1999), p. 669.

<sup>38</sup> Na conclusão, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A fase de execução das penas e medidas de segurança no Direito português”, *separata do BMJ*, 380 (1988), p. 44, n. 94.

político-criminal, a natureza dogmática é diferente entre o art. 48.º e a pena de PTFC <sup>39</sup>.

Acresce, agora em termos processuais, a circunstância de na pena de substituição esta ser aplicada *antes* do trânsito em julgado da decisão, ao passo que em um incidente de execução da pena privativa de liberdade, pela sua própria natureza, tal modificação ocorrer, *após* o trânsito em julgado. Ora, este momento processual marca um distinto conteúdo de sentido a cada uma das figuras. Ele não comporta somente uma finalidade prática, diríamos, quase praxística, mas detém um conteúdo de valor, assinalando que o instituto que se encontra a montante dele (penas de substituição) ainda comparticipa dos mesmos desideratos atribuídos à pena principal, enquanto aquele que se encontra a jusante (os incidentes executivos) reflecte outro tipo de preocupações. É certo que estas são, do mesmo modo, determinadas por considerações especiais-preventivas (como regra), mas já não as mesmas que se colocam, desde logo em termos temporais, em relação à sanção substitutiva.

Com a redacção ora contida no art. 43.º, na medida em que a pena da al. b), do n.º 1, operado o desconto, resulta logo da decisão condenatória, tudo aponta no sentido de se tratar de uma verdadeira sanção substitutiva, tanto mais que só assim se respeita o fundamento material da forma especial de determinação da pena que é o desconto,

---

<sup>39</sup> Daí que, para além de inexistir, nos n.ºs 1 e 2, do art. 45.º, norma legal habilitante, não podemos concordar com a seguinte passagem de MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências jurídicas do crime*, p. 95: «a execução da pena da multa de substituição pode ocorrer por duas formas: por pagamento voluntário (...) ou por prestação de dias de trabalho, nos termos previstos nos artigos 48.º do CP e 490.º do CPP». A referência ao art. 15.º do Decreto-Lei n.º 375/97, de 24/12, não tem, neste contexto, qualquer sentido, porquanto o que o artigo diz é que, nas condições do art. 48.º, as regras previstas naquele diploma são também aplicáveis, o que bem se entende, mesmo sendo institutos de natureza dogmática distinta, atenta a circunstância de ele e o art. 58.º envolverem ambos uma prestação gratuita de trabalho. O que já não refere o inciso — nem poderia, sob pena de contradição com o já assinalado regime do art. 45.º, n.ºs 1 e 2 — é que à multa de substituição se aplica a possibilidade de o respectivo cumprimento ocorrer por via de prestação laboral. Também pelo exposto se discorda de SÓNIA FIDALGO, “Pena de multa de substituição. Anotação ao ac. do STJ de 21/7/2009”, *RPCC*, 20, 1 (2010), p. 159, que segue o entendimento de MARIA JOÃO ANTUNES.

baseado em considerações de justiça material e de respeito pela proibição do *ne bis in idem*. Já a al. c), na sua primeira parte, por se referir a uma «sanção de constrangimento», nas hipóteses da conversão da multa principal não liquidada em prisão (cf. art. 49.º, n.º 1), não é, pelo visto, uma verdadeira pena de substituição, mau grado aí se achar sistematicamente prevista. Do mesmo modo, se uma pena suspensa ou de PTFC forem revogadas, e o tribunal determinar o cumprimento da pena de prisão principal, seja em singelo — no caso da suspensão executiva, por não haver desconto —, seja após desconto (cf. art. 59.º, n.ºs 2 e 4, para o trabalho comunitário), estaremos perante uma segunda substituição legitimada pela lei, uma vez que o resultado «normal» seria aplicar a pena que ficou sob condição do cumprimento. Todavia, a uma luz que se julga não pôr em causa, ao menos de forma insuportável, a defesa mínima do ordenamento jurídico — e também por inegáveis razões económicas —, com prováveis ganhos preventivo-especiais, por se evitar o contacto com o meio prisional. Simplesmente, não se trata de verdadeira penas de substituição, a da al. c), do n.º 1, do art. 43.º, por não haver sequer a sua cogitação aquando da prolação da decisão condenatória. Trata-se, isso sim — repete-se — de uma segunda substituição, de um incidente de execução da pena principal de prisão, à luz de considerações preventivas que vimos de assinalar.

6. Outro problema conceptual diz respeito a uma classificação entre nós habitual entre as *penas de substituição detentivas* (hoje, somente o regime de permanência na habitação do art. 43.º, mas antes da vigência da Lei n.º 94/2017, o então art. 44.º, que previa a mesma figura, embora em moldes não totalmente coincidentes, a prisão por dias livres e o regime de semidetenção — os à época artigos 45.º e 46.º) e as *não detentivas* (todas as demais) <sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Desde logo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Problemas de igualdade na estruturação e aplicação da pena de multa”, in: SEMINARIO DE DERECHO PENAL E INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA (coord.), *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 292, n. 12.

É evidente que estas últimas estão mais próximas do fundamento histórico e político-criminal da matéria em estudo, por não importarem restrição da liberdade de movimentos, assim contribuindo para que o agente não entre em contacto com o meio prisional ou, mesmo na pena do art. 43.º, não veja a sua liberdade de movimentos restringida <sup>41</sup>. Mais ainda, assinala-se às penas substitutivas uma ligação directa com as sanções *cumpridas na comunidade*, onde, para além de tal poder ser somente, à primeira vista, o contrário da inexistência de limitação do *ius ambulandi* — o que retiraria ao conceito grande do seu valor heurístico —, deve ser visto numa perspectiva mais ampla, em que a sociedade interage de algum modo com o condenado no decurso da fase executiva da pena, assim reforçando as exigências gerais-preventivas e a concepção segundo a qual o agente de um delito não é um *alienus*, com as vantagens ressocializadoras daí derivadas. Donde, *prima facie*, pareceria que a existência de penas substitutivas detentivas da liberdade seria uma *contradição nos termos* ( <sup>42</sup>). Assim o não é, contudo.

---

<sup>41</sup> Daí que vários autores nem as considerem penas de substituição em sentido próprio — assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e eficácia — uma opção político-criminal”, in: AA. VV., *Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 48. Ao invés, MARIA JOÃO ANTUNES, “Alterações ao sistema sancionatório”, p. 7 usa a classificação de penas «em sentido próprio, detentivas da liberdade e admoestação».

<sup>42</sup> A que se poderia acrescentar, *em tese*, um elemento do regime legal. Como se sabe, havendo julgamento em processo sumaríssimo, pode o juiz aplicar qualquer uma das sanções substitutivas cabíveis ao caso, excepto as então previstas nos artigos 45.º e 46.º (com pertinência, chama a atenção para isto mesmo ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e eficácia...”, p. 48), assim reforçando que as mesmas, *prima facie*, não parecem fazer parte da mesma categoria dogmática. Registe-se, em outra direcção, o acerto da decisão legislativa que, mesmo numa manifestação do princípio da oportunidade, não deixou de colocar ao dispor do julgador o catálogo punitivo de substituição, o que reforça a diferença entre oportunidade e substituição de pena, mas também não deixa de ressaltar um traço comum, qual seja o de erigir, em qualquer deles, a prisão como tutela de *ultima ratio*. A mesma autora refere-se a estas penas como «formas descontínuas da execução da prisão», o que deixa algumas dúvidas quanto a saber se as considera ou não verdadeiras sanções substitutivas (ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, *Sub Iudice*, 11 (1996), p. 33).



Pode bem suceder que o juiz considere que as finalidades punitivas não exigem a aplicação de uma pena principal, mas que, por critérios preventivos, não se possa elaborar um juízo prognóstico favorável a um cumprimento comunitário, dado existirem fundadas razões para crer que, se tal sucedesse, o agente não estaria preparado (ou a comunidade) para pontualmente levar a cabo o conteúdo sancionatório respectivo. Nessas hipóteses, ainda como manifestação de que a prisão (cumprida de modo contínuo, como pena principal) deve ser um mecanismo de último recurso, por paradoxal que possa ser, devem existir no ordenamento jurídico sanções que admitam uma limitação da «liberdade de ir e vir» com várias graduações, as quais podem ir desde o confinamento na residência ou em outro local judicialmente fixado, ou até mesmo em estabelecimento prisional, desde que não em regime contínuo. Na verdade, como em todos os conceitos jurídicos, também este se encontra sujeito às características de *polaridade e hierarquização*, pelo que as penas em estudo conhecem *gradações* que quadram bem à sua existência na comunidade e mesmo em contexto prisional (ao menos em abstracto considerado, como sucedia entre nós antes da Lei de 2017). A elasticidade aplicativa deste instrumento jurídico sai fortalecida.

De um prisma de Direito positivo, a circunstância de elas também obstarem ao funcionamento da reincidência, como é entendimento unânime entre nós <sup>43</sup>, mesmo as anteriormente existentes e que eram cumpridas em estabelecimento prisional, depõe a favor de ter sido *intentio* legislativa submetê-las a um mesmo programa dogmático, não as apartando das não detentivas.

Reforce-se, todavia, que o seu fundamento não é exactamente o mesmo, pois aqui se não tratava de evitar, de todo em todo, o ingresso na prisão, mas sim limitar esse contacto o mais possível, seja por períodos mais curtos mas contínuos (prisão por dias livres), seja de forma descontínua, ainda que mais prolongada (regime de semidetenção). Este aspecto conduzia a que houvesse autores que as não configuravam como verdadeiras penas de substituição, mas como formas

---

<sup>43</sup> Por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português...*, pp. 264-265.

de atenuar a prisão <sup>44</sup> ou, até, como modalidades de execução da sanção privativa de liberdade <sup>45</sup>.

Todavia, patrocinar esta concepção importava assumir determinadas consequências. O *critério definitório de pena substitutiva* parece modificar-se, porquanto passaria a ser, no fundamental, o *cumprimento na comunidade*, em «meio aberto». Se é exacto que este é mais consentâneo com as origens históricas do instituto, ainda assim surge-nos indisputado concluir que o desiderato primevo é evitar o contacto com um meio tido por deletério. As penas prevenidas nos então artigos 45.º a 46.º (antes da Lei n.º 94/2017), embora cumpridas em meio prisional, pelo seu próprio modo executivo, diminuían ao máximo esse contacto, sobretudo se existir — como devia — uma separação entre esses reclusos e os que cumprissem prisão efectiva. Por outro lado — e é um ponto central para nós —, julgamos que a impropriamente designada «prisão domiciliária» (hoje, art. 43.º), nas últimas décadas potenciada pelas garantias de bom cumprimento oferecidas pela vigilância electrónica, é porventura paradigmática no que vem de dizer-se. De facto, apesar de não cumprida na comunidade, a ausência de contacto com o meio prisional consegue-se por via da transformação da habitação em *locus* de reclusão, com as evidentes vantagens de não haver quebra dos laços familiares e, em alguns casos, até mesmo laborais. Os avanços tecnológicos vieram fornecer às penas substitutivas detentivas um mais largo e fiável campo de aplicação e contribuem para que o fundamento histórico de evitar o contacto com

---

<sup>44</sup> Assim, *v. g.*, NIEVES SANZ MULAS, “Penas alternativas a la prisión”, *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, 15, 21 (2003), p. 39. Logo nas *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. PG, vol. I*, Lisboa: AAFDL, s/d., p. 280, as vantagens assinaladas em texto foram identificadas, mais se acrescentando que para os «ricos ou os socialmente bem instalados» esta pena poderia ter «uma eficácia intimidativa infinitamente superior à da multa». Também se verificaram dúvidas quanto a saber se se trataria de uma pena autónoma ou de um modo de execução da pena de prisão. A primeira posição foi mais vivamente defendida por GUARDADO LOPES e a segunda por JOSÉ OSÓRIO (cf. *Actas das sessões...*, pp. 283-285).

<sup>45</sup> Como JESCHECK as parece encarar (“Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 8 (1983-1984), p. 16), embora de modo contraditório, pois criticando o contacto com o meio prisional e o seu efeito estigmatizante, conclui pela sua justificabilidade e pela propriedade em as mesmas serem consideradas «alternativas à prisão» (*ibidem*, p. 18).

o meio prisional seja mais facilmente conseguido. Em especial em um país como o nosso, em que as penas de substituição importaram sempre uma reacção contra os efeitos nefastos da prisão <sup>46</sup>.

Não nos parecia, assim, à luz do quadro anterior à Lei n.º 94/2017, que se distinguisse, nas penas substitutivas, as dos então artigos 45.º e 46.º <sup>47</sup>, cumpridas na prisão — prisão por dias livres e regime de semidetenção —, e a do então art. 44.º (hoje, art. 43.º), cumprida numa habitação adequada, em regra o domicílio do condenado, pois se é exacto que tal se torna mais visível em relação a esta última, também as primeiras contribuía para um contacto menos próximo com o meio prisional. Se se pretender, somente com a finalidade de assinalar a diferença de não cumprimento na comunidade, é tecnicamente correcto, em nossa opinião, designar todas elas como «penas detentivas», como se começou por assinalar. Já o designativo «em sentido impróprio», surge-nos como menos feliz, atento o objectivo histórico do instituto em estudo e que hoje se mantém.

Pelo exposto, e em súmula, embora com as diferenças assinaladas, importando as penas previstas, antes da Lei de 2017, nos então artigos 44.º a 46.º, hoje, apenas o regime de permanência na habitação (art. 43.º) uma prévia determinação do *quantum* sancionatório que, depois, em face dos critérios e do juízo de substituição, apontavam para uma diversa pena da principal, não temos dúvidas em afirmar que se tratavam — e se trata, hoje, a única que permaneceu, a do art. 43.º — de verdadeiras sanções substitutivas, tanto mais que bebem

---

<sup>46</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português”, separata do número especial do BFD, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988, p. 15.

<sup>47</sup> Ou, como parece defender MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências jurídicas...*, p. 74, distinguir os então artigos 44.º, n.º 1, al. a), e 46.º das demais penas detentivas, entendendo que estas últimas configuravam «formas de execução da pena de prisão» e que a prisão por dias livres era uma verdadeira sanção substitutiva. Todavia, em aparente contradição, a p. 81, só a al. b), do n.º 1, do ex-art. 44.º era classificada como uma das «formas diversificadas de execução da pena de prisão» quando, para manter a coerência que defendera, *todo* o então art. 44.º deveria estar aqui indicado. Todavia, na página seguinte (p. 82), a autora já se refere ao inciso *in totum*, o que faz sobrar dúvidas ao intérprete.

do mesmo substrato histórico e político-criminal. Não são, por isso, do prisma técnico, modos de executar a pena privativa de liberdade.

7. Um dos pontos habitualmente referenciados como característicos das penas em estudo contende com a *participação da comunidade* na sua efectiva aplicação, entendido este último como um dos traços fundamentais da hodierna política criminal <sup>48</sup>.

Já em momentos históricos como os vividos nos regimes comunistas de Leste, a «suspensão condicional da pena» era confiada a organizações de trabalhadores ou organizações sociais que, verdadeiramente, se responsabilizavam pelos condenados, procurando reeducá-los para o Direito <sup>49</sup>. Nos nossos dias, veja-se, p. ex., a pena de PTFC, a qual, podendo ser cumprida em entidades privadas cujo objecto social o tribunal reconheça serem aptas a satisfazer as necessidades preventivas, implica uma participação da dita «sociedade civil». Algo de semelhante, embora de jeito menos plástico, também se surpreende no regime de prova, em que o poder modelador do juiz admite formas de intervenção nas quais a comunidade pode ter uma palavra a dizer. Em uma certa perspectiva, enquanto representante do Povo, em nome de quem administra a Justiça (art. 202.º, n.º 1 da Constituição), na admoestação é ainda a sociedade quem, reflexamente, está presente no momento sancionatório executivo. No que contende com

---

<sup>48</sup> Para uma caracterização do princípio, entre nós, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português...*, pp. 68-70. De modo crítico, em relação a um seu dado entendimento, veja-se o nosso *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. 15-16.

<sup>49</sup> Na actualidade, os países que pertenciam ao «Pacto de Varsóvia» vêm fazendo um percurso de rápida aproximação a um modelo mais ocidental, como se pode verificar, v. g., com a República Checa onde, a partir da década de Noventa da passada centúria, se assiste a uma diminuição da aplicação da prisão como pena principal, a um incremento da multa e a um aumento da paleta das soluções substitutivas, com particular destaque para o trabalho comunitário, introduzido em 1995. Neste país, somente em 2001 entrou em funcionamento um verdadeiro serviço de *probation*, com resultados bastante animadores (cf. HELENA VÁLKOVÁ/JANA HULMÁKOVÁ, “La République tchèque: des sanctions pénales aux peines de substitution”, in: AA. VV., *Politique pénale en Europe*, Strasbourg: Éditions du Conseil de l’Europe, 2005, pp. 111-122).

esta última, não podemos dizer mais que isto, sob pena de, em sentido *translato*, termos de admitir que, por via do princípio da judicialidade, em todas as penas de substituição existe uma participação da comunidade, pela voz da Lei e do Direito que (embora certamente não ao estilo do velho e inicial ideário iluminista) é o magistrado judicial. E tal seria, sem necessidade de ulteriores explicações, uma perspectiva pouco útil para os nossos propósitos.

A grande dificuldade na consideração do dito princípio reside em saber o que se entende por tal, assim como as desvantagens práticas que podem advir de uma sua concepção. «O termo “participação da comunidade” refere-se a todas aquelas formas de ajuda, remunerada ou não, levada a cabo a tempo inteiro, parcial ou de modo intermitente, que estão ao dispor da autoridade de implementação, através de organizações públicas ou privadas e por indivíduos pertencentes à comunidade»<sup>50</sup>.

Acresce, na definição oferecida de «participação da comunidade», que o conceito de «ajuda» não é a forma mais adequada de colocar o problema. Deve o acompanhamento da execução das sanções substitutivas ser fundamentalmente levado a cabo por entidades públicas, atentos os perigos conhecidos de uma cada vez mais frequente «privatização» da justiça penal e, por outro lado, pela necessidade de conhecimentos técnico-científicos de reinserção social que, por isso, não pode, no essencial, ser deixado a associações de particulares que, bem-intencionados, visem exercitar um qualquer sentimento de solidariedade para com o criminoso. Não somente se trataria de uma demissão inadmissível do Estado, como o serviço prestado ao agente do crime não adquiriria, em regra, a qualidade exigida. Sublinhe-se que não nos manifestamos contrários a uma intervenção da dita «sociedade civil» neste movimento, desde logo prevista legalmente, p. ex., na pena de PTFC, em que os tomadores de trabalho podem ser, *v. g.*, instituições particulares de solidariedade social, ou na suspensão da execução, em que os beneficiários de uma indemnização do delincente podem ser pessoas colectivas de Direito privado.

---

<sup>50</sup> Ponto 12 do apêndice-glossário da Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 19/10/1992.

Aquilo que rejeitamos é que essas entidades assumam o *papel fulcral* na execução das penas substitutivas.

Estamos a analisar, em esboço, a participação da comunidade na execução da pena substitutiva e não a *participação do agente* do crime, a qual convoca distintos problemas. Nesta última, o que está em causa é a forma mais ou menos pró-activa como o delinvente intervém no processo de cumprimento da sanção, i. é, como é ou não participe das finalidades do art. 40.º, n.º 1. Aquilo que o ordenamento jurídico lhe pode exigir é somente que não obste aos traços fundamentais da pena, ou seja, p. ex., na PTFC, que ofereça o seu trabalho nos períodos estabelecidos e de modo diligente, mas já não que trabalhe para além deles ou que demonstre que o faz convicto das vantagens da pena e com a satisfação de a sua prestação reverter para o bem-comum. Tais exigências transcenderiam o *núcleo fundamental* que pode e deve ser exigido ao agente e seriam mesmo aptas a fazer perigar os princípios que se retiram do Estado de Direito social, segundo os quais a ressocialização é *oferecida pelo sistema judicial e proposta ao agente*, sob pena de consequências jurídicas desfavoráveis<sup>51</sup>. Há um dever de adimplir, mas que se não confunde com uma adesão à norma e, muito menos com qualquer metanóia interior.

---

<sup>51</sup> Veja-se o nosso “Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade”, *RMP*, 156 (2018), pp. 75-119.



**GESTLEGAL**

[www.gestlegal.pt](http://www.gestlegal.pt) • [editora@gestlegal.pt](mailto:editora@gestlegal.pt)