

# Subsídios para a história das penas de substituição no ordenamento jurídico português <sup>[\*][1]</sup>

André Lamas Leite

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

[\*] Corresponde, com algumas alterações, a parte da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais defendida pelo autor, na FDUP, em 7/3/2016.

[1] É hoje essencial a obra de MIGUEL LOPES ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2015, *passim*, mas em esp., pp. 44-48, 58-59, 65-71, 76-87, 92-105 e 705-717, para as questões que tocam mais de perto as problemáticas por nós abordadas. No estudo encontra-se, entre o mais, uma exposição muito

---

---

SUMÁRIO: I. As Ordenações do Reino. II. O percurso durante o séc. XIX. III. Excurso: o regime aplicável aos indígenas durante o Estado Novo. IV. A versão originária do actual Código Penal.

---

---

completa da pena de prisão no nosso país, remontando os seus antecedentes ao séc. XIII, mas só no séc. XIX assumindo uma feição «moderna», como veremos em texto, de verdadeira sanção e não simples meio de contenção ou coacção processual.

## I. AS ORDENAÇÕES DO REINO

Focando-nos apenas nos mecanismos que hoje apelidaríamos «de substituição», antes das Ordenações Afonsinas, as penas pecuniárias, para além de serem sanções hoje tidas como principais, poderiam funcionar como «subsidiárias da perda da paz», tal como acontecia com as penas corporais em face das sanções em *pecunia* que não fossem liquidadas.

Tal era particularmente visível nos forais, em que a pena de multa não isentava os delinquentes do cumprimento das sanções afitivas, mas, mesmo assim, até certo ponto, ao menos segundo alguns autores, podia ser encarada como uma «substituição», ao menos parcial, de alguns dos danos causados à sociedade por via do crime, algo que,

antes, já havia sido previsto, embora não em moldes completamente iguais, no Código Visigótico adoptado na Península. Bem se pode dizer que as instituições penais nacionais, nos séculos XI e XII resultavam de uma mescla da normaçaõ romana e visigótica<sup>[2]</sup>.

D. Afonso III reforçou a applicação das penas pecuniárias, em uma altura em que as finanças reais necessitavam de receita, sem preocupações de proporcionalidade entre a gravidade do delicto e da sanção e, sobretudo, com grandes desigualdades na sua applicação, consoante a classe social do agente<sup>[3]</sup>.

O panorama, para este efeito, não muda consideravelmente com a entrada em vigor das nossas primeiras Ordenações, registando-se sim, em geral, quanto às penas pecuniárias, uma diminuição considerável da sua previsão legal, ao invés do que depois se passa com a codificação Manuelina<sup>[4]</sup>. Note-se que estamos em face de penas applicadas quando aquelas a que o agente fora condenado não eram cumpridas — *subsidiárias* — e não verdadeiras sanções *substitutivas, i. e.*, applicadas em vez da pena principal<sup>[5]</sup>.

Subsiste, porém, neste ponto, uma dúvida no período das Ordenações: era comum, sobretudo nas penas mais graves ou perpetradas por agentes de mais elevada condição social, que as ditas sanções fossem presentes ao monarca para confirmação ou «substituição por uma pena mais branda»<sup>[6]</sup>. Tendo em conta os princípios

[2] ANTONIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Notice sur l'évolution du Droit Pénal Portugais*, Lisbonne: Imprimerie Nationale, 1888, pp. 4-5.

[3] FRANCISCO FREIRE DE MELLO, *Discurso sobre delictos e penas*, Londres: T. C. Hansard, 1816, p. 16, a que acrescia o problema da desvalorização da moeda (*ibidem*, p. 17).

[4] EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas e sua gradação no*

*Direito Criminal português (evolução e estado actual)*, Coimbra: Mário da Silva e Sousa (dactilografado), 1953, pp. 14-15, 27-29 e 41-42.

[5] A este propósito cabe referir o Decreto de 4/9/1867 que, no seu artigo 78.º, estabelecia que a prisão subsidiária por incumprimento da pena de multa fosse calculada à razão de 300 réis por dia de prisão, desde que inexistissem bens no respectivo património (ANTONIO LUIZ DE SOUSA HENRI-

QUES SECCO, *Código Penal Portuguez anotado*, 6.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1881, p. 25), o que demonstra já a preocupação — ainda hoje consagrada na lei — de que a privação de liberdade fosse, quanto a esta sanção principal, *de facto*, a *ultima ratio*.

[6] PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, «Instituições de Direito Criminal português», *BMJ*, 155 (1966), p. 149.

jurídico-penais à época vigentes<sup>[7]</sup>, e mesmo aceitando que não teria existido ainda o «trânsito em julgado» aquando dessa intervenção régia, temos por mais fundamentada a ideia de que se trataria de uma manifestação de um verdadeiro «direito de graça» e não, tecnicamente, de uma «pena de substituição». Tal não importa que se não conclua no sentido de que as penas em estudo terão surgido, *rectius*, o pensamento basilar que lhes subjaz, por via dessa intervenção *in extremis* do rei, típica de uma magnificência do monarca, temperadora da severidade punitiva e instrumento político de largo alcance. Não se estranhará também, por isso, que ainda hoje as penas de substituição se entendam, em alguns círculos e por alguns autores, como «benesses», fruto de um lastro histórico que bebe nessas manifestações do «direito de graça».

## II. O PERCURSO DURANTE O SÉC. XIX

No séc. XIX, em linha com o que ia sucedendo pela Europa, as penas de prisão vão tomando o lugar das corporais, não sendo demais sublinhar a reforma de BARJONA DE FREITAS, de entre a qual avulta a abolição da pena de morte para os crimes comuns e a sua substituição por prisão maior celular perpétua, bem como a consagração do «sistema de Filadélfia corrigido» (isolamento em regime celular, mas com possibilidade de o recluso receber visitas). Existem ainda dois projectos em matéria sancionatória, da autoria de REBELO DA SILVA (somente para as colónias), outro de MANUEL DA VEIGA, de 1837, e um outro de JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, em 1870, mas que não chegaram a ver a luz do dia<sup>[8]</sup>.

[7] Sobre o tema, cf. o nosso «Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações», *RFDUP*, III (2006), pp. 79-104.

[8] JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua História», *Análise Social*, XVI (63), 3.º (1980), pp. 593-594. Como informa

MANUEL MARIA CARDOSO LEAL, *José Luciano de Castro, na construção e na defesa da monarquia parlamentar*, dissertação de Mestrado em História Contemporânea, Lisboa: Faculdade

O Projecto de 1837 previa uma noção legal de «penas», as quais seriam «aquelles males que a lei fulmína contra o malfeitor que a transgredio, para obstar a novas transgressões, e para que os outros Cidadãos, tocados do espectáculo do seu sofrimento, detestem os maleficios» (artigo VI). Daqui se retira a concepção da pena como um «mal» e é visível a concepção geral e especial-preventiva, com vantagem para a primeira, reforçada por um sistema executivo público. Seguindo o Código Napoleónico de 1810<sup>[9]</sup>, propendia-se para a consagração dos crimes, delitos e contravenções, aos quais correspondiam diversas penas (artigo VII). Para os primeiros, ainda se distinguiam as sanções «aflictivas e degradantes» das «somente degradantes»; ao primeiro grupo correspondiam a morte, os trabalhos públicos, a reclusão e o degredo, e ao segundo

de Letras da Universidade de Lisboa, 2010, aquele político e jurisconsulto notabilizou-se por uma importante contribuição também na área do Direito, sendo considerado pelos seus contemporâneos como dos grandes jurisconsultos do seu tempo. No que ao Penal diz mais directamente respeito, o Projecto de Código de 1870, seja Penal, seja de Processo Criminal, não vingou devido ao golpe militar do duque de Saldanha e dele fazia parte uma diminuição das penas, após a abolição da pena capital (artigo 1.º) e dos trabalhos públicos (artigo 2.º), em 1867, por via de Lei de 1/7 desse ano, sob o importante impulso de BARJONA DE FREITAS (*ult. loc. cit.*, pp. 21 e 90-91). No debate da reforma na nossa área do Direito, em 1884, JOSÉ LUCIANO foi um defensor do tribunal do júri e da liberdade de imprensa (*ibidem*, p. 78). Aliás, quando regressa à Presidência do Conselho de Ministros, em 1896, reintroduz o júri, acaba com as suspensões e supressões de jornais,

sujeitando-as, em alguns casos, a prévia e fundamentada autorização judicial (*ibidem*, p. 79). O «espírito da época» ia no sentido da abolição dos trabalhos públicos, como se pode ler em BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições de Direito Criminal portuguez*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861, p. 117, com o argumento de que fazer do trabalho uma pena seria aviltá-lo e importaria uma desmoralização do condenado perante a comunidade. Do mesmo passo, o último autor citado pronuncia-se contra o degredo, por ser «anti-político e immoral» (*ibidem*, p. 122).

[9] O Código Napoleónico, que chegou a vigorar também na Bélgica e no Luxemburgo, previa penas muito severas, incluindo a pena capital, com uma filosofia de base utilitarista, preventiva-geral, inspirada nos ensinamentos de BECCARIA, entre outros. Não primava por uma dogmática apurada (mesmo ao nível sistemático, antes da infrac-

ção aparece a sanção e as construções jurídicas harmoniosas são raras) e o abandono das penas fixas constantes do Código de 1791 e a existência de um catálogo de circunstâncias atenuantes é tido por um regresso ao Direito antigo (JEAN PRADEL, *Droit Pénal général*, 18.ème éd., Paris: Éditions Cujas, 2010, pp. 76-78). Como também é salientado por este autor, parte-se da ideia de um Homem abstracto, o *homo delinquens*, pelo que o relevante é o facto e não a sua personalidade. «O CP julga mais o crime que o criminoso» (*ibidem*, p. 93). Já no período pós-napoleónico, através de Lei de 28/4/1832, há uma suavização das penas, eliminando-se as corporais, aumentando-se o número das circunstâncias atenuantes e a Constituição de 4/11/1848 abole a pena de morte para crimes políticos (*ibidem*, pp. 97-98).

o exílio e a degradação cívica (artigo VIII). Note-se a utilização, em linha com o *esprit du temps*, da privação de liberdade como verdadeira sanção e não já como simples forma de contenção. Os delitos e contravenções eram punidos com prisão e suspensão de «alguns direitos políticos, civis, e de família», bem como o degredo «para fora da vila e termo» (artigo IX). A multa podia ser aplicada a qualquer uma das formas de infracção criminal, assim como a perda de objectos e a «vigilância da polícia» (artigo X). A pena pecuniária surgia em quantitativos diversos, consoante a maior ou menor gravidade da infracção, entre um valor mínimo e máximo (artigos XLIV e XLVI). A sujeição à vigilância da polícia era uma medida a aplicar, em regra, já depois de a decisão ter sido proferida e, na verdade, aparentava-se com uma medida de segurança, pois tal como o nome indica, consistia em colocar o indivíduo sob o especial dever de guarda policial, para que não reincidisse e sempre que, não se tendo logrado a condenação por falta de provas, mesmo assim houvesse motivos para crer na sua perigosidade genérica ou específica para a segurança interna ou externa do Estado.

São conhecidas as vicissitudes que conduziram à entrada em vigor do Código Penal de 1852, o primeiro Código em sentido moderno do nosso ramo de Direito, em linha com o movimento codificador que, iniciado nos finais do séc. XVIII, na centúria seguinte conhece todo o seu esplendor<sup>[10]</sup>. Aí se previa, no que diz respeito à matéria em estudo — o que viria a suceder no Código Penal seguinte, de igual modo —, no seu artigo 69.º, que «nenhuma pena poderá ser substituída por outra, salvo nos casos em que a lei o auctorisar». Tal como se verá *infra* a propósito da codificação de

[10] Com interesse, veja-se MARIA JOSÉ MOUTINHO SANTOS, «Liberalismo, legislação criminal e codificação. O Código Penal de 1852. Cento e cinquenta anos da sua publicação»,

*Revista da Faculdade de Letras do Porto*, III, 3 (2002), pp. 97-102. O Projecto de Manuel da Veiga, p. ex., chegou a ser sancionado por Passos Manuel por Decreto de 4/1/1837, após oferta ao

Governo de então, em 1833. O Setembrismo procurou adoptá-lo, mas tal acabou por nunca suceder.

1886, não se tratava do problema das penas de substituição, mas sim de afirmar o princípio da legalidade criminal no tocante às sanções e não apenas aos crimes. A inserção sistemática logo a seguir ao artigo 68.º, sede do *nullum crimen...*, bem como os comentários mais importantes da época<sup>[11]</sup>, no-lo permitem concluir com segurança. Donde, não se tratava de nenhuma posição de princípio contra a aplicação de uma pena em vez de uma sanção principal.

JÚLIO VILHENA, em 1883, é autor de um projecto em que propõe a substituição da pena de prisão celular perpétua por prisão celular por 15 anos, a que se seguiria o degredo perpétuo. A Nova Reforma Penal (de 14/6/1884) elimina algumas penas tidas por caídas em desuso ou desproporcionadas, *v. g.*, perda de direitos políticos, pena de degredo, de trabalhos públicos, prisão perpétua. Assume ainda uma feição retributiva em reacção ao utilitarismo geral-preventivo do CP de 1852<sup>[12]</sup>. Mais importante que isto, prevê-se que, de modo extraordinário, os juízes possam proceder à *substituição* de penas mais graves por menos graves «ou ainda pelas penas maiores temporárias de prisão e de degredo» (artigo 65.º, 1.º), tendo em conta o número e a importância das circunstâncias atenuantes, o que é de relevo, por apontar, desde logo, para a ideia de que as penas de substituição se acham, no séc. XIX, ligadas a uma *diminuição da gravidade da imagem global do facto*.

No nosso país, os ensinamentos de autores como v. LISZT, BONNEVILLE DE MARSANGY ou BÉRENGER eram perfeitamente conhecidos, não apenas em virtude da rápida difusão que as suas obras tiveram um pouco por toda a Europa, mas também devido

[11] Por todos, LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Código Penal português*, t. I, Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1853, pp. 168-169.

[12] Cf. o artigo 46.º do diploma, que abole a «prisão celular perpetua», as

«penas perpetuas de trabalhos publicos» (artigo 7.º), as deste último tipo, mas temporárias (artigo 48.º). Os crimes puníveis com pena de morte passam a sê-lo com «pena de prisão maior cellular por oito annos seguida de degredo por vinte annos, com prisão

no logar do degredo até dois annos, ou sem ella, conforme parecer ao juiz.» (artigo 49.º). A eliminação da perda de direitos políticos substitui-se pela pena «fixa da suspensão dos direitos politicos por tempo de vinte annos.» (artigo 56.º).

ao facto de o primeiro, p. ex., ter sido convidado por LEVY MARIA JORDÃO, relator do Projecto de Código Penal apresentado em 1861, a pronunciar-se sobre esse mesmo Projecto, aliás, como os mais ilustres jurisconsultos da época<sup>[13]</sup>. Já antes disso, BENTHAM chegou mesmo a oferecer um projecto de Código Penal às Cortes Constituintes, em 1821<sup>[14]</sup>.

Assim, os ventos da mudança que sopravam em França e na Alemanha a partir, sensivelmente, do primeiro quartel do séc. XIX, foram recebidos em Portugal, o que teve reflexos legislativos. Não é de estranhar, por isso, que em relatório apresentado à Câmara dos Pares, em 1893, se escreva que «[n]inguém desconhece que a pena de prisão correccional, pelo modo como se cumpre, nem reprime, nem educa, nem intimida, mas perverte, degrada e macula. É um verdadeiro estágio de corrupção moral.». É interessante notar, para além da evidente admissão dos efeitos nocivos da prisão, que é o modo como a mesma se executa que é objecto da mais viva condenação, mas não a instituição em si considerada.

Depois do Luxemburgo (1892), Portugal adopta o mecanismo da suspensão da pena em 1893 (Lei de 6/7 desse ano), bastante influenciado pela escola correccionalista de KRAUSE e RÖDER, entre nós cultivada, *inter alia*, por LEVY MARIA JORDÃO<sup>[15]</sup>, limitada às penas de prisão correccional e indicando como factores a ter em conta pelos magistrados judiciais «as circunstancias do delito e o comportamento moral do delinquente», a que acrescia

[13] LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal portuguez. Relatório*, t. I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864, pp. 20-21.

[14] LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal...*, p. 16.

[15] AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal — P.G. Questões funda-*

*mentais Teoria geral do crime*, 2.<sup>a</sup> ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 35-37. Mais de perto, do mesmo autor, já antes, em *Condiçionalidade sócio-cultural do Direito Penal. Análise histórica. Sentido e limites*, sep. do BFD, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1985, pp. 64, ss. Com inteira razão afirma que os pressupostos de base do correccionalismo, em uma

«dimensão filantrópica e humanitarista» não mais deixaram «até aos nossos dias, de estar presente[s] em várias das reformas legislativas levadas a cabo no nosso país, neste século [séc. XX].» (*ibidem*, p. 67).

a inexistência de antecedentes criminais<sup>[16]</sup>; o prazo de suspensão variava entre 2 e 5 anos, contados da data da prolação da decisão e não do respectivo trânsito (artigo 8.º da lei). A consequência jurídica derivada do cumprimento das condições impostas ao agente era a consideração da decisão como «de nenhum efeito», e sem que o facto fosse levado ao registo (artigo 11.º). Admitia-se a reincidência ou a acumulação de crimes quanto ao delito cuja execução da prisão tivesse sido suspensa, se sobreviesse inadimplemento da pena substitutiva (artigo 9.º). E, muito acertadamente, acrescentava-se que a suspensão se não tratava de «um favor concedido aos réos por mera filantropia, mas uma providencia adoptada contra a repetição de crimes»<sup>[17]</sup>. Chegou mesmo a ser apresentada uma proposta, por BARBOSA DE MAGALHÃES, a qual visava transformar em regra a suspensão da pena de prisão de duração igual ou inferior a um ano, o que não vingou<sup>[18]</sup>.

O Código Penal de 1886 previa uma interessante medida<sup>[19]</sup> que apelidava de «especial vigilância da polícia» (artigos 69.º e 70.º)<sup>[20]</sup>,

[16] Apesar de o artigo 12.º da Lei autorizar o Governo a regulamentar o diploma, o mesmo não sucedeu, o que terá motivado que, por Portaria do Ministro da Justiça da altura (ANTONIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO), em 22/7/1893, publicada no *Diário do Governo*, n.º 163, de 24/7, tenham sido comunicados aos magistrados do Ministério Público (dado que se pretendeu através deste diploma indicar quando deveria ser interposto recurso das decisões judiciais), com maior pormenor, os elementos a considerar aquando do juízo suspensivo: «os sentimentos morais do delinquente, o seu procedimento anterior, as condições de existencia, os seus hábitos, as causas e circunstancias do delito, (...) os efeitos prováveis da suspensão». Sobre ela,

também, PALMA CARLOS, *Os novos aspectos do Direito Penal. (Ensaio sobre a organização dum Código e Defesa Social)*, Lisboa: ed. de autor, 1934, pp. 336-337 e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «As instituições criminais em Portugal...», p. 605. Referindo-se à Lei em texto como merecendo, por certo, o aplauso de v. LISZT, EDUARDO CORREIA, «A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa», *BFD*, vol. XLVI (1970), p. 2.

[17] «[N]ão só pela coacção moral resultante da ameaça do cumprimento da pena e da sua acumulação com aquella em que porventura incorram perpetrando novo delicto, como pelo afastamento da nociva influencia que a pena de prisão pôde exercer sobre

alguns condemnados.» (Portaria de 22/7/1893).

[18] PALMA CARLOS, *Os novos aspectos...*, pp. 337-338.

[19] LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal...*, p. 103, escrevendo embora à luz do projecto que relatou, entendia-a como efeito da condenação penal e defendia claramente a respectiva abolição. Também propendendo para a sua eliminação do catálogo punitivo, ENRICO FERRI (relator), *Relatório sobre o Projecto Preliminar do Código Penal italiano*, livro I, Lisboa: Livraria Moraes, 1925, p. 141.

[20] À qual também se refere G. ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*,



a qual, até certo ponto, parece aproximar-se de algumas regras de conduta impostas através da suspensão da execução da pena privativa de liberdade (não frequentar certos locais), mas que, por outro lado, se prolongava para além dela, mesmo após a libertação do condenado. Aí, este teria de informar do local onde residiria, sendo-lhe fornecida uma «guia» em que estariam indicados os lugares que não poderia frequentar<sup>[21]</sup>. Estávamos perante uma forma de impedir a reincidência através de mecanismos de prevenção especial negativa, retirando-lhe algumas das condições de facto para voltar a perpetrar crimes, assim mais se aproximando de verdadeiros efeitos das penas, mau grado não serem, do prisma sistémico, tratados como tal. Este mecanismo, herdeiro do Código Penal napoleónico, viria a ser fortemente criticado em França e também no nosso país, dele se dizendo potenciar a continuação do anátema impendente sobre o condenado que, sujeito à vigilância policial, permanecia olhado pelos demais cidadãos como um delinquente perigoso, tanto mais que carecia de uma especial atenção daqueles cuja função era zelar pela paz pública<sup>[22]</sup>.

Importante na matéria de que tratamos é, ainda, uma referência ao artigo 85.º daquela codificação, de acordo com o qual «[n]enhuma pena poderá ser substituída por outra, salvo nos casos em que a lei o auctorisar». Todavia, nos termos do artigo 98.º, § único, se a lei permitisse a redução das então penas correccionais, elas poderiam ser substituídas por multa «e bem assim poder[ia]

Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1904, p. 249 («especial vigilancia da policia») em termos elogiosos e fazendo depender a respectiva aplicação da concreta personalidade do arguido.

[21] Era a seguinte a redacção do preceito: «[p]ela sujeição á especial

vigilancia da policia é o condemnado obrigado a não comparecer nos logares que o governo lhe designar, e igualmente é obrigado, antes da sua soltura, a declarar o logar em que pretende fixar a sua residencia, afim de receber uma guia que regule o itinerario, a qual apresentará logo á auctoridade administrativa d'esse logar, fazendo

perante esta auctoridade igual declaração, e observando-se o mesmo que fica determinado no caso em que pretenda mudar de residencia.».

[22] Cf. LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal...*, pp. 105-106.

aplicar-se somente a pena de multa quando fo[sse] decretada conjuntamente com outra». Não se tratava, assim, de uma verdadeira pena substitutiva, mas da faculdade de aplicar uma sanção correcional de gravidade inferior.

Como atrás se adiantou, o artigo 85.º do Código Penal de 1886 configura um inciso directamente relacionado com a legalidade das penas, como aliás se retira da respectiva inserção sistemática, logo após o artigo 84.º em que esse princípio da *nulla pœna sine lege* é proclamado<sup>[23]</sup>. Donde, mais do que uma referência àquilo que tecnicamente designaríamos por «pena de substituição», está em causa garantir que as sanções prescritas no Código são de facto aplicadas.

Por Decreto de 15/9/1892 (artigo 22.º) previa-se que, existindo um dado número de circunstâncias atenuantes, o juiz estava autorizado a substituir a pena correcional pela de multa ou de desterro. Através de Decreto de 18/6/1945, em linha com o Código de Processo Penal da época, um outro passo é dado no mesmo sentido, ao admitir-se a substituição da multa por trabalho, fosse nos casos em que a primeira se aplicara como sanção principal, fosse nas hipóteses em que a mesma resultara da «conversão da pena de prisão». Como EDUARDO CORREIA assinala, indirectamente, esta regulação participa do movimento de luta contra as penas curtas de prisão, por evitar, ao máximo, o ingresso do condenado em estabelecimento prisional. É-o particularmente importante nas hipóteses de multa não paga, em que o trabalho como «resgate» de cumprimento participa do argumentário usado para combater as críticas

[23] Assim, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*. PG, t. II, Lisboa/São Paulo: Verbo, 1989, p. 66. E que já se previa no projecto de CP de JORDÃO (artigo 114.º). Os artigos 114.º a 118.º dedicavam-se expressamente à substituição das penas, prevendo que se não aplicasse

a sanção de degredo aos maiores de 50 anos e a doentes cuja enfermidade se agravasse com a deslocação, sendo-lhes determinada, ao invés, prisão ou reclusão. As penas por crimes políticos poderiam ser substituídas por expulsão do território nacional e a reclusão por multa ou «termo de bem viver».

BÁSILIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições...*, pp. 118-119 chama a atenção para a «suavização» que o degredo trouxe por referência à pena de morte, indicando que a sua utilização remonta a D. AFONSO V.

de desigualdade da sanção pecuniária<sup>[24]</sup>. Todavia, esta não é, para nós, uma verdadeira «pena de substituição», mas, à semelhança de FIGUEIREDO DIAS<sup>[25]</sup>, uma forma de constranger o condenado ao adimplemento ou, se quisermos, o oferecimento de distintas possibilidades de cumprir uma pena em que, desde cedo, atentas as críticas quanto à forma como atinge diferentemente o património do condenado, houve que prever modalidades de cumprimento, à escolha (relativa) do apenado.

Neste inciso vê EDUARDO CORREIA<sup>[26]</sup> «a primeira reacção contra as penas curtas de prisão» no nosso país. Idêntica ideia subjaz ao Decreto n.º 13.343, de 26/3/1927, o qual ia mais longe, ao prever a substituição das penas de prisão correcional até seis meses por multa (de 10\$00 a 50\$00 por dia) obrigatória, em regra, salvaguardando, todavia, nas hipóteses em que o agente fosse reincidente, em que havia praticado um concurso de delitos ou a condenação fosse por furto, burla ou abuso de confiança (uma vez mais uma manifestação da centralidade do património no programa de tutela criminal pátrio), que a substituição fosse opcional para o juiz<sup>[27]</sup>, tendo esta possibilidade sido objecto de uma interpretação restritiva pela jurisprudência.

Já o Decreto-Lei n.º 39.688, de 5/6/1954, alterando o Código Penal vigente, estabelecia, no seu artigo 86.º, que «a pena de prisão

[24] EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas...*, pp. 314-315 e, do mesmo autor (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, pp. 394-395. Cf., também, LUIZ LOPES NAVARRO, *Direito Penal*, Torres Vedras: Sociedade Progresso Industrial, 1932, pp. 260-262.

[25] *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 146-148.

[26] *Apontamentos sobre as penas...*, p. 314 e, do mesmo autor (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, reimp., Coimbra: Almedina, 1996, p. 393. Na sua senda, 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.

[27] Aí se escrevia que «as penas curtas de prisão contêm um grande perigo de contágio, não aproveitando ao criminoso, não o intimidando, nem o melhorando moral e profissionalmente» (ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Critério de escolha...» p. 15). Nota-se uma grande similitude de pensamento com o defendido por VON LISZT, sensivelmente na mesma época. Sobre o tema, também, EDUARDO CORREIA, «A influência de Franz v. Liszt...», p. 2.

aplicada<sup>[28]</sup> em medida não superior a seis meses poder[ia] sempre ser substituída por multa correspondente». Estamos em face de um inciso que abre caminho à consagração do que se acharia na versão originária de 1982 do actual Código Penal e que justifica a circunstância de, na respectiva exposição de motivos, se ter escrito que «é nas medidas não detentivas que se depositam as melhores esperanças»<sup>[29]</sup>. Ademais, sublinhe-se tratar-se de uma norma que transforma a substituição numa faculdade ao dispor do juiz e não em um dever que lhe é imposto, embora se entendesse que somente necessidades de intimidação geral e especial justificariam que a pena principal se não substituísse<sup>[30]</sup>.

### III. EXCURSO: O REGIME APLICÁVEL AOS INDÍGENAS DURANTE O ESTADO NOVO

Cumprе referir que, durante o Estado Novo, alguns dos indígenas das ex-colónias portuguesas dispunham de um regime criminal próprio em alguns aspectos. A justificação oficial era a de proteger as suas especificidades e o respectivo estado de desen-

[28] E não *aplicável*, como sucedia antes, o que evidentemente alarga o respectivo campo aplicativo, como é sublinhado por EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, p. 393.

[29] Expressão repetida na 17.<sup>a</sup> sessão da Comissão Revisora, realizada em 22/2/1964, de acordo com as suas actas, a p. 266 (vol. I). O então artigo 58.º do ProjPG expressamente referia que se tratava de seguir a tradição jurídica até aí existente no nosso país (cf. *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal*. PG, vol. II, Lisboa: AAFDL, s/d., p. 36). Expectativas que pare-

ciam claramente defraudadas logo nos primeiros anos de vigência do Código Penal, com o aumento de reclusos, só em parte justificável pelo crescimento dos presos preventivos, muito devido aos ditos «crimes incaucionáveis» que persistiram até à entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, mas também ao período de adaptação a um regime democrático que então se vivia — sobre o tema, ELIANA GERSÃO, «Política criminal e prisão», *Revista de Investigação Criminal*, 23 (1987), pp. 19-20. A mesma autora informa que, no período de 1982 a 1985, se assistia a uma estabilização do número de condenações em pena de prisão em

medida até seis meses, as quais não eram substituídas por multa e a uma diminuição da aplicação da pena suspensa (pp. 21-22).

[30] EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, p. 394. Não é de estranhar a natureza dos limites impostos pelo autor, atenta a sua concepção de base ético-retributiva neo-kantiana. Antes deste trabalho, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «El Código Penal português (16 de septiembre de 1886)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2-3 (1968), p. 614.

volvimento social, cultural e moral, o que reclamava a adaptação de um sistema sancionatório pensado para os cidadãos «civilizados» da então Metrópole ou de outras colónias que não dispunham de nativos.

É evidente que este tratamento diferenciado sempre existiu desde a gesta dos Descobrimentos e não foi único no Estado Novo. Aliás, os processos de imposição normativa faziam parte das conquistas dos sécs. XV e XVI em que Portugal e Espanha dominaram o mundo. Como é bem de ver, este processo, embora quase só unilateral, também não deixou, aqui e além, de permitir a adopção de costumes dos povos «conquistados» ou «descobertos», em uma «miscigenação jurídica» que, ao menos em Portugal, cremos estar por estudar<sup>[31]</sup>.

É neste contexto que surgem «Estatutos dos Indígenas Portugueses» das províncias da Guiné, Angola e Moçambique. O artigo 1.º do diploma estabelecia o respectivo âmbito pessoal e espacial de aplicação, opondo os estatutos de «cidadão» e de «indígena», afirmando-se também que este último não sofria de qualquer incapacidade, sendo nacional português que não integrava o conceito de Nação. Na definição oferecida pelo artigo 2.º do Estatuto, «[c]onsideram-se indígenas das referidas províncias os indivíduos de raça negra ou seus descendentes que, tendo nascido ou vivendo habitualmente nelas, não possuam ainda a ilustração e os hábitos individuais e sociais pressupostos para a integral aplicação do direito público e privado dos cidadãos portugueses», assim como «os indivíduos nascidos de pai e mãe indígena em local estranho àquelas províncias para onde os pais se tenham, temporariamente

[31] Daí o interesse da obra de RICARDO MATA Y MARTÍN, «Delitos y penas en el Nuevo Mundo», *Revista de Estudios Colombinos*, 6 (2010), pp. 65-81, onde se verifica que, tal como aconteceu séculos mais tarde no nosso

país, de igual modo se substituíam algumas sanções consideradas demasiado severas para os indígenas, como ASÚA apontou quanto à admoestação (*ibidem*, p. 72; sobre o relevo do Direito autóctone, *ibidem*, em esp. p. 73).

O autor é também claro no sentido de salientar a considerada normal evolução da prisão de meio de contenção e custódia para forma de cumprimento efectivo de pena (*ibidem*, pp. 77-78).

deslocado»<sup>[32]</sup>. As «leis penais comuns» eram consideradas Direito subsidiário em tal matéria (artigo 25.º do Estatuto), determinando-se que o juiz deveria apreciar «as condutas e comin[ar] as penas, considerando a influência que sobre o delinquente e os actos deste exercerem as circunstâncias da vida social dos indígenas» (§ único do mesmo artigo) — o chamado «princípio da assimilação penal»<sup>[33]</sup>. Aplicar-se-iam, portanto, os seus costumes, com os limites da «moral», os «ditames da humanidade» e os «superiores interesses do livre exercício da soberania portuguesa», sendo que os juízes deveriam procurar, quando possível, uma harmonização destes com os dos colonizadores, «buscando promover a evolução cautelosa das instituições nativas»<sup>[34]</sup>. Central para a matéria que nos ocupa, o artigo 26.º — em função dos costumes dos indígenas, por considerar que a prisão seria demasiado severa para povos que sempre haviam vivido em liberdade e que a valorizavam de modo distinto dos colonizadores, bem como seria favorecedora da «ociosidade que tanto lhes compraz»<sup>[35]</sup> — o qual determinava a sua substituição por «trabalho obrigatório»<sup>[36]</sup>. Do mesmo passo, o Decreto-Lei n.º 39.997, de 29/12/1954 estabelecia a separação prisional entre indígenas e não indígenas, não acolhendo para os primeiros

[32] JOSÉ CARLOS NEY FERREIRA/VASCO SOARES DA VEIGA, *Estatuto dos indígenas portugueses das Províncias da Guiné, Angola e Moçambique anotado*, 2.ª ed., Lisboa: s/ed., 1957, pp. 11-14.

[33] JOSÉ FERREIRA/VASCO DA VEIGA, *Estatuto dos indígenas...*, p. 41. Entre 1820 e 1910 inexistia este princípio na nossa legislação, ou seja, a mesma era aplicada indistintamente a todos aqueles que habitassem possessões nacionais. Com os Estatutos de 1926 e 1929, passou a reconhecer-se estas especificidades (*idem*). «O estado de civilização dos indígenas» era considerado circunstância da infracção (artigo 25.º, n.º 3), devendo aqui o termo ser

entendido de modo técnico-jurídico (*ibidem*, p. 42).

[34] Cf. artigo 3.º do Estatuto que vimos referindo.

[35] JOSÉ CARLOS NEY FERREIRA/VASCO SOARES DA VEIGA, *Estatuto dos indígenas...*, p. 43.

[36] Era uma solução aplaudida unanimemente pela doutrina coeva, sublinhando-se que se tratava de uma mera faculdade judicial (na sua última redacção, pois em ac. do STJ de 8/3/1967, Proc. n.º 031911, H. DIAS FREIRE, a norma surge com uma literalidade que tornava a substituição obri-

gatória: «[p]ara os indígenas, as penas maiores serão sempre substituídas pela pena de trabalhos públicos pelo período correspondente, acrescido de um terço.». Ter-se-á dado forma de lei ao pensamento expresso por ANTÓNIO ENES: «a prisão sem trabalho e sem escola não beneficia o africano» (JOSÉ FERREIRA/VASCO DA VEIGA, *Estatuto dos indígenas...*, pp. 43-44). A medida terá surgido pela primeira vez com o Decreto de 20/2/1894, para Timor, São Tomé «e costas oriental e ocidental de África» (*idem*). Sobre a organização do trabalho indígena nas colónias, vide o Decreto n.º 951, de 14/10/1914.

o regime celular, devido à já assinalada extrema severidade, em face dos respectivos costumes. Entendia-se, como se retira do preâmbulo, que «[o] trabalho e a instrução religiosa são os dois principais instrumentos que se consagram para actuar sobre os delinquentes indígenas, aceitando que a privação da liberdade física e a localização dos estabelecimentos prisionais em locais afastados da sua sede habitual de vida realizam uma intimidação suficiente». Os indígenas tidos por perigosos seriam «agrupados em colónias penais especiais. Assim, para as colónias, existiam estabelecimentos de detenção para o cumprimento da prisão preventiva e estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas que, por sua vez, se dividiam em colónias penais, correcionais e granjas correcionais. As primeiras visavam o cumprimento das penas de trabalhos públicos e trabalho correcional, as segundas somente deste último e as granjas o trabalho correcional não superior a três meses (artigo 9.º). O trabalho era sobretudo agrícola (artigo 12.º), sendo obrigatório o ensino da religião e da língua (artigo 13.º).

Uma derradeira palavra, neste ponto, para assinalar que, em matéria de progressiva jurisdicionalização da execução das reacções criminais, com mais ou menos *décalage*, Portugal foi acompanhando a tendência europeia, aliás na senda do acatamento das recomendações que iam sendo tomadas pelas organizações internacionais de Direito Criminal (embora com diferenças em face do «juiz de vigilância» do Direito italiano da época, p. ex.). Assim, a Lei n.º 2.000, de 16/5/1944, criou os Tribunais de Execução de Penas (TEP), os quais foram instituídos na prática pelo Decreto n.º 34.540, de 27/4/1945. Sem dúvida que coube a BELEZA DOS SANTOS o papel propulsor na sua criação e reflexão quando à sua natureza e finalidades. Por certo as actuais não são as mesmas das da década de Quarenta do passado século, tendo-se, em regra, assistido a um incremento das suas competências. Desde logo a designação de TEP foi posta em causa por aquele

Professor<sup>[37]</sup>, na certeza de que dificilmente se encontraria uma designação apta a fazer transparecer, *uno acto*, o conjunto das funções que lhes cabem. Diríamos que, embora não isenta de críticas, melhor quadraria a estes tribunais a designação de «tribunais de execução das reacções criminais», no que ainda se homenageia a posição de BELEZA DOS SANTOS que logo chamou a atenção para a necessidade de não deixar na sombra que estes órgãos judiciais também se ocupam das medidas de segurança, por definição aquele território punitivo onde as derivas ideológico-políticas do Estado mais têm contribuído para desumanas atrocidades. O autor preferia designá-los, todavia, por «juízos complementares»<sup>[38]</sup>, o que hoje se não adequa ao conjunto de competências de um juízo de execução das penas.

Do brevíssimo esquiço oferecido pode concluir-se que, em Portugal, «de substituição serão todas as penas a cuja origem histórica está ligado um significado de reacção contra a prisão»<sup>[39]</sup>.

#### IV. A VERSÃO ORIGINÁRIA DO ACTUAL CÓDIGO PENAL

Esta incursão pelo percurso histórico das penas de substituição não ficaria completa sem uma referência, necessariamente sincopada, ao sistema sancionatório em termos de substituição inaugurada pelo Código da Democracia<sup>[40]</sup>.

Como se sabe, repousou essa inicial versão no ProjPG de EDUARDO CORREIA, de 1966, o qual é imbuído da orientação

[37] JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», in: *Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis*, vol. I, sup. XV do BFD (1961), pp. 288-296.

[38] JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «Os tribunais de execução das penas...», p. 296.

[39] ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Critério de escolha...», p. 15.

[40] Para um conspecto da evolução penal e processual penal desde 1974, em um texto essencialmente de divulgação, veja-se o nosso *40 anos de sistema penal: do autoritarismo à democracia*, 2014, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/74947/2/99488.pdf>.



político-criminal de luta contra as penas de prisão, sobretudo de curta duração, admitindo os seus efeitos nefastos, mas ciente de que para a criminalidade grave ela não pode ser dispensada. Prova desse empenho foi, desde logo, a previsão, para além da privação da liberdade e da multa, de um sistema muito próximo da *probation* e da «sentença condicionada» como penas principais (artigo 47.º). No seio da Comissão<sup>[41]</sup> foi, aliás, opinião consensual, a aceitação dos efeitos criminógenos da prisão e a autonomização daquelas duas novas penas principais no nosso ordenamento jurídico, sendo certo que, como se sabe, a «condenação condicional» (como acabaria por se designar no final dos trabalhos da Comissão) deu origem à suspensão executiva da pena e foi degradada a sanção substitutiva.

Veja-se que o *regime de prova* constante do Projecto importava a característica basilar da *probation*, i. é, a não condenação do arguido em uma medida, mas a suspensão do processo durante um lapso temporal em que o mesmo seria submetido a um «plano individual de recuperação»<sup>[42]</sup>, findo o qual, se bem sucedido, nem sequer se pronunciaria qualquer pena. O agente cometera um delito e esse período de prova era, em si, a sanção. Note-se que se não estabelecia qualquer limite formal para o recurso àquilo que na altura era uma pena principal e que o mesmo se afirmava como um instituto de aplicação subsidiária em face da sentença condicionada. O critério material apresentava-se diverso, mais em linha com as orientações ético-retributivas do autor do Projecto<sup>[43]</sup>, o que nada nos diz quanto ao problema do relevo ou não do juízo

[41] *Actas das sessões...*, vol. I, pp. 264-271.

[42] «Pedra angular do regime de prova», nas palavras de VÍCTOR SÁ PEREIRA, *Código Penal*, Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 105, a qual poderia logo ser determinada na sentença condenatória, para além de em momento

posterior, pelo técnico de reinserção social, carecendo de homologação judicial. Segundo informa o autor, a não previsão de o condenado se apresentar em posto policial no decurso da pena foi intencional, de modo a colocar de manifesto «a índole e o escopo pedagógicos, assistenciais e ressocializadores» da medida.

[43] Dizia-se: «quando este regime possa considerar-se adequado para o reprovador [ao agente] e o afastar no futuro da criminalidade, se a gravidade do crime ou outras circunstâncias ético-jurídicas a isso se não opuserem de modo prevalente».

de culpa na decisão de substituição<sup>[44]</sup>, pela cristalina razão de que, aqui, estamos em face de uma pena principal. Algo que, como se sabe, com as sucessivas reformas do Código Penal, deixou de existir *qua tale* e encontra como sucedâneo aproximado o regime de prova dos artigos 53.º e 54.º

Na redacção aprovada em 1982 detecta-se, *ab initio*, uma preocupação em regular com minúcia essa pena, então constante dos artigos 53.º a 58.º. O âmbito aplicativo era aferido em termos de moldura penal abstracta até três anos (prisão com ou sem multa) e o regime de prova só se aplicaria se a suspensão executiva não se mostrasse «adequada para a sua [do condenado] recuperação social», o que importa uma preferência pela *sursis*, quando comparada com a *probation* (por certo devido ao cariz mais gravoso desta última, pelo que estamos no estrito domínio de aplicação do princípio da proporcionalidade). De idêntica forma se apontava para a necessidade de cumprimento de exigências de culpa e de prevenção geral e especial para a sua determinação (artigo 53.º, n.º 1), podendo o regime durar de um a três anos, contados desde o trânsito em jugado da sentença (n.º 2). Tal como hoje sucede na modalidade da suspensão executiva da prisão, o regime de prova assentava em um «plano individual de readaptação social do delinquente» e os «deveres», na altura previstos no n.º 2 do artigo 54.º, são hoje regras de conduta de cariz positivo e negativo (artigo 52.º, n.ºs 1 e 2). Note-se que mesmo a cláusula aberta da alínea g), do n.º 2, do artigo 54.º se acha actualmente, no essencial, recolhida no artigo 54.º, n.º 3, proémio, sendo, depois, de jeito exemplificativo elucidada, em mais perfeito cumprimento do mandato de determinabilidade penal. O internamento hoje previsto no artigo 52.º, n.º 3 (e *ex vi* do artigo 54.º, n.º 3, proémio, também para o regime de prova) era-o com prazo de dois meses (ao invés do que

[44] Sobre o tema, veja-se o nosso «O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição», in: *Revista do CEJ*, II (2018), pp. 115-141.

ora sucede) e a lei não exigia o consentimento do condenado, o que levantava sérias dúvidas de constitucionalidade. A prestação de caução de boa conduta não se acha hoje prevenida (era o artigo 54.º, n.º 3) e a obrigação de comparência perante o tribunal ou outras entidades não policiais recebe previsão parcial em sede dos artigos 52.º, n.º 1, alínea c) e 54.º, n.º 3, alínea a). Tal como sucedia com a pena suspensa (artigo 50.º), também se visava obstar à revogação do regime de prova como pena principal, por via de injunções acrescidas, sendo a mais gravosa a prorrogação do regime até cinco anos (alínea b) do artigo 56.º), dado que a revogação (alínea c)), em si mesma, não era um «remédio» para o incumprimento, mas a sua consequência mais gravosa, cujo regime, no essencial, seguia o previsto para a suspensão da execução da pena privativa de liberdade (cf. o artigo 57.º, n.º 1). Havendo revogação do regime de prova (por incumprimento culposos dos deveres ou do plano de readaptação social, ou por comissão de um delito doloso por que viesse a ser punido com prisão — artigos 56.º, alínea c), e 57.º, n.º 1), determinava o n.º 2 deste artigo que se fixaria a pena que ao delito coubesse, em linha com as características basilares da *probation*, não se procedendo a qualquer desconto do tempo cumprido sem incidentes.

Tal como ainda hoje sucede, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) e a admoestação surgiam em uma mesma secção, apenas com a ordem de previsão invertida: primeiro a admoestação (artigo 59.º) e depois o trabalho comunitário no artigo 60.º Ao invés do que sucede a partir de 1995<sup>[45]</sup>, a primeira aplicava-se a penas de prisão, com ou sem multa, até três meses, ou só multa até ao mesmo *quantum*. Exigia-se, para além da reparação do dano — que permanece: artigo 60.º, n.º 2 —, que tal pena facilitasse «a recuperação do delinquentes» e não houvesse «necessidade de utilizar outras medidas penais previstas na lei». Hoje, o artigo

[45] Altura em que o artigo 60.º, n.º 1 a aplica a pena de multa até 120 dias.

60.º, n.º 2, de modo mais perfeito, remete para o cumprimento das finalidades punitivas como requisito material, libertando-se assim o instituto de algum conteúdo moralista que se encontrava na ideia de «recuperação» do agente. Por outro lado, a previsão da admoestação como forma subsidiária da punição parece reforçar o seu cariz simbólico, talvez mais do que (ainda) sucede hodiernamente. Realce-se, por fim, que a censura em audiência, para além de «solene», tinha de ser «adequada», o que se deixou de exigir em 1995, por se ter entendido que se tratava não somente de uma exigência redundante, mas também por poder conduzir a excessos por parte do juiz, de impossível controlabilidade recursória. A pena de PTFC achava-se prevenida também para a pena de multa (sempre até três meses), entre 9<sup>[46]</sup> e 180 horas<sup>[47]</sup>. Por último, neste ponto, o inadimplemento da prestação de trabalho através da pré-ordenação do agente a essa impossibilidade era punido como crime de desobediência simples (o então artigo 388.º, n.º 3, *ex vi* do artigo 60.º, n.º 6).

Quanto à *sentença condicionada*, ela correspondia, em larga medida, à *sursis* que já tinha larga tradição entre nós (artigo 62.º do ProjPG). Todavia, dela se apartava em significativos pontos: de acordo com o artigo 63.º do mesmo Projecto, em função do que o juiz considerasse mais adequado, podia suspender-se desde logo a própria determinação da medida concreta da pena (no que se aproximava da *probation*), ou somente a sua execução, pelo que era, na prática, um instrumento que aglutinava características da *sursis* e

[46] Hoje não há um limite mínimo de horas, dado que cada dia de privação de liberdade corresponde a uma hora de pena de PTFC — artigo 58.º, n.ºs 1 e 3.

[47] Uma vez mais inexistente uma relação de estrita proporcionalidade entre o aumento do âmbito aplicativo da

pena em 1982 e na actualidade. Se o máximo era de 180 horas para três meses de pena concreta, o máximo para a actual previsão de dois anos seria de 1.440 horas, quando o artigo 58.º, n.º 3 prevê um limite de 480 horas. E também aqui se verifica que o legislador tem sido benevolente ao não fazer

acompanhar o aumento da aplicação da pena de um conteúdo proporcional de afitividade da mesma. Em 1995, para uma medida concreta que passa de três meses para um ano, o máximo fixado era de 380 horas (artigo 58.º, n.ºs 1 e 3), também se não observando a proporcionalidade linear de que se fala.

da *probation*, com as expectáveis dificuldades na sua concreta aplicação e que, segundo cremos, terão determinado que não tenha vingado na versão originária do actual Código Penal.

Logo na Comissão Revisora<sup>[48]</sup> foram muitas as vezes que se pronunciaram contra a solução do Projecto, advertindo para as dificuldades processuais na sua aplicação e, sobretudo, para o facto de, em caso de incumprimento das injunções quando a pena não ficasse logo determinada na decisão condenatória, se estaria a elaborar um novo juízo valorativo sobre o condenado, tendo em conta não o facto do crime, mas as circunstâncias posteriores a este. A expressão não foi usada, mas, segundo cremos, o que estava em causa seria uma eventual concessão a um «Direito Penal do agente» e não do «facto», o que acaba por não ser de estranhar se relacionarmos a posição do autor do ProjPG com a teoria fundamentadora da culpa pela «não formação da personalidade». Mais, EDUARDO CORREIA retorquiu, na Comissão, que o crime ao qual se aplicava sentença condicional não era um delito «de conserva», mas que estava «vivo» e «quente», pelo que o posterior comportamento do condenado seria um dos factores de medida da pena a ter em conta, razão pela qual não compreendia as objecções apontadas. O que porventura teria escapado ao autor do Projecto é que se estaria a valorar uma realidade fáctica vertida no acto criminoso e que motivara a condenação, embora condicionada, e, depois, não se tratando tecnicamente de uma violação da proibição da dupla valoração, estaríamos a avaliar uma conduta posterior, não já quando inexistia ainda qualquer intervenção judicativa, como sucede com o actual artigo 71.º, n.º 2, mas uma em que o tribunal já se pronunciou, pelo que, ao menos facticamente, se não trata da mesma realidade. Note-se ainda que, em conformidade com o artigo 64.º do ProjPG, a sentença condicional era acompanhada de um conjunto

[48] *Actas das sessões...*, vol. II, pp. 53-65.

de injunções destinadas «a reparar a ilicitude» e que, no essencial, se acham hoje contidas no artigo 51.º, à excepção de um dos deveres ser o pagamento de dias de multa e o algo enigmático «praticar certas acções que vão além ou tenham natureza diferente do dever jurídico de indemnizar». É na sequência de uma divergência entre MAIA GONÇALVES e EDUARDO CORREIA que JOSÉ OSÓRIO propõe a expressão que ainda hoje fundamenta a imposição de deveres em sede da pena suspensa: «reparar o mal do crime»<sup>[49]</sup>.

Note-se, uma vez mais, que ambas eram previstas como *penas principais*, o que nunca mais voltou a acontecer no nosso ordenamento jurídico. Este facto, *de per se*, é bem demonstrativo de uma vontade — diríamos sem precedentes na nossa História — de fazer recuar as penas curtas de prisão ao mínimo. Mais ainda, o artigo 56.º do ProjPG estabelecia que as penas detentivas se convertessem, como regra, em multa, quando em medida até seis meses, o que, se não é uma tomada de posição sobre o que EDUARDO CORREIA entendia como «pena curta», não deixa de ser um importante ponto de referência. Junte-se a isto a prisão em dias livres<sup>[50]</sup> e em fins-de-semana (artigo 50.º, § único).

Por fim, o artigo 84.º foi o antecedente mais próximo do vigente artigo 70.º<sup>[51]</sup>, assim se completando o congruente programa gizado e em que haverá que reconhecer «uma ideia profundamente "optimista" do homem»<sup>[52]</sup>. Outro facto que não pode deixar de

[49] *Actas das sessões...*, vol. II, p. 66.

[50] Estranhamente, não a considerando como uma verdadeira pena de substituição, ao invés do que cremos foi logo na versão originária do Código, mas uma mera forma de execução da mesma, ADELINO ROBALO CORREIA, «Medida da pena no Código Penal de 1982», in: AA. VV., *Textos de apoio de Direito Penal*, t. II, Lisboa: AAFDL, 1999, p. 394.

[51] Na versão do ProjPG, votada em sessão da Comissão Revisora de 3/4/1964, aprovou-se uma versão do então artigo 84.º em que o sentido geral era o mesmo, mas ressaltando que quando a necessidade de reprovação do mal do crime, em linha com as orientações ético-retributivas, fosse prevalecente, se aplicaria pena detentiva (*Actas das sessões...*, vol. II, pp. 120-122). No espaço lusófono, importante, ainda, o artigo 58.º do Código Penal

moçambicano: «[n]a execução das penas privativas de liberdade ter-se-á em vista, sem prejuízo da sua natureza repressiva, a regeneração dos condenados e a sua readaptação social.»

[52] JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *A reforma do Direito Penal português. Princípios e orientações fundamentais*, sep. do vol. XLVIII do BFD, p. 36.

sublinhar-se contende com a inexistência de qualquer limite à sentença condicional, como constava do artigo 62.º do ProjPG que, apesar de ter contado com algumas dúvidas em sede da perda de eficácia preventiva-geral da sanção, foi aprovado por maioria no seio da Comissão<sup>[53]</sup>. Argumentou-se que caberia ao juiz afeiçoar os requisitos à gravidade do delito, concedendo-a ou não, tendo-se ainda lembrado a *praxis* judiciária de baixar a medida concreta da pena até um limite tal em que seria de aplicar essa sanção. Onde, tratar-se-ia de eliminar um limite formal que, *na prática*, quando existia vontade judicial para tal, parecia poder ser alterado.

Logo no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23/9, se refere a tradição «marcadamente humanista» do nosso Direito Penal, assumindo-se que a nova codificação a consagra, «[n]ão se abando[nando] o delincente à pura expiação em situação de isolamento», antes visando uma «desdramatização do ritual», obrigando-se «as instâncias de execução da pena privativa de liberdade a serem co-responsáveis no êxito ou fracasso reeducativo e ressocializador.». Assume-se um claro sentido «pedagógico e ressocializador» das penas<sup>[54]</sup>, onde entroncam as de substituição, as quais «não podem ser vistas como formas de clemência legislativa, mas como autênticas medidas de tratamento bem definido, com uma

[53] *Actas das sessões...*, vol. II, pp. 53-57.

[54] Foi-se formando um conjunto de correntes jurisprudenciais que, como regra, impediam a aplicação de penas substitutivas a dados tipos legais de crime ou sempre que se verificassem certas condições de maior gravidade em sede da personalidade do agente ou no modo de execução do facto. Tal foi (e porventura ainda será) visível no tocante ao homicídio por negligência e sempre que se tratasse de «arguido não primário, na ausência de confissão aberta onde possam ser encontradas

razões da sua conduta e sem arrependimento sincero em que ele pode demonstrar que rejeita o mal praticado por forma a convencer que não voltará a delinquir se vier a ser confrontado com situação idêntica.» (vide o sumário do ac. do STJ de 29/4/2003, Proc. n.º 03P516, SIMAS SANTOS). Em sentido diverso e realista, já TERESA PIZARRO BELEZA («A “reinserção social dos delinquentes”: recuperação da utopia ou utopia da recuperação?», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delincente. Reinserção social?*, Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 165).

Na Alemanha, de idêntico modo, se detecta alguma doutrina que defende, *v. g.*, para os multi-reincidentes por delitos estradais, a proibição de princípio de aplicar o § 47 do *Strafgesetzbuch* (StGB: Código Penal alemão), que prevê uma *substituição-regra* para as penas de prisão de medida inferior a seis meses (vide WERNER THEUNE, «Anotação ao § 47 do StGB», in: HEINRICH WILHELM LAUFHÜTTE *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006, Rn 10, p. 1197).

variedade de regimes aptos a dar adequada resposta a problemas específicos de certas zonas da delinquência.»<sup>[55]</sup>. Tal é igualmente perseguido por via do então artigo 71.º<sup>[56]</sup> (hoje artigo 70.º), em que se afirma o princípio geral da preferência das sanções não detentivas sobre as privativas de liberdade. O legislador não hesita em falar no «carácter criminógeno das penas» e confessa que é «nas medidas detentivas que se depositam as melhores esperanças», erigindo a multa como «medida substitutiva por excelência da prisão». Quanto ao regime de prova, em 1982 verdadeira pena principal, é assumido no preâmbulo que visava fazer entrar «as estruturas de control[o] social não formal» na sua execução, visando a «recuperação do delinquente». A admoestação é configurada como uma pena nova no ordenamento jurídico, salientando-se a experiência da então Jugoslávia, onde a medida existiria desde 1959. Quanto à pena de PTFC, desde logo se advertia para os efeitos positivos que a mesma vinha merecendo em outras latitudes, desde logo em termos de aceitação comunitária. Por fim, no que aqui importa, resulta claríssimo do preâmbulo que o recluso é visto como um sujeito de direitos, advertindo-se para algo que ainda hoje é uma miragem: «a sua realização [da ressocialização] requer, desde logo, meios e pessoal competente e adequados.».

[55] A Reforma de 1995, operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/3, reforça esta linha orientadora, podendo ler-se no seu preâmbulo que se buscou «um adequado recurso às medidas alternativas às penas curtas de prisão, cujos efeitos criminógenos são pacificamente reconhecidos», tendo-se visado «dinamizar o recurso à vasta panóplia de medidas alternativas consagradas, dotando os mecanismos já consagrados de maior eficácia e eliminando algumas limitações intrínsecas, de modo a ultrapassar as resistências

que se têm verificado no âmbito da sua aplicação». Sublinha-o, também, JOSÉ DE FÁRIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 162.

[56] Embora os critérios a ter em conta apontassem para exigências de *culpa* e de prevenção. Do mesmo passo, embora não seja matéria líquida, na medida em que o então artigo 72.º, n.º 1, já se referia à prevenção (mas somente geral, ao menos *expressis*

*verbis* — «prevenção de futuros crimes»), parece que, até atendendo aos ensinamentos de EDUARDO CORREIA, defensor da «teoria da margem da liberdade» em sede de determinação da pena, mais propenderia o legislador para esta (neste sentido, VÍCTOR SÁ PEREIRA, *Código Penal*, pp. 118-120). A actual redacção do artigo 71.º, n.º 1, refere-se a ambas as formas de prevenção e não resolve directamente — como não deveria fazê-lo, aliás — esta magna *questio*.



Entrando agora mais especificamente em cada uma das penas de substituição, com o objectivo de salientar os traços mais salientes das diferenças então existentes, denota-se, a abrir, a falta de uma norma — introduzida com a Reforma de 1995 — quanto às finalidades punitivas, justificada pelo legislador não com o sentido de invadir um espaço reservado à doutrina, mas com o desiderato de «oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria». Não se percebe, neste contexto, a crítica de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO<sup>[57]</sup>, de que um dos grandes problemas do nosso Direito Penal seria «a falta de uma clara e coerente concepção ética do Direito Penal e da pena.». Não apenas a CRP é das mais extensas e ricas em matéria do chamado «Direito Constitucional Penal», como a codificação ordinária, desde logo no artigo 40.º, é prenhe de sentido. Nas palavras de MARIA FERNANDA PALMA<sup>[58]</sup>, a expressão deve ser entendida como «uma combinação entre intenções normativas explícitas e respostas construídas a partir de problemas de interpretação-decisão do Direito Penal». Já se não entende como a autora pode afirmar que «saber se valores meramente morais ou religiosos podem ser objecto de protecção penal através da criação de crimes não constitui um problema para o qual a Constituição Penal contenha resposta explícita»<sup>[59]</sup>. Pensamos exactamente o oposto, a partir do momento em que se opera uma distinção entre Direito, Moral e Religião e que a organização do Estado em Estado de Direito democrático (artigos 1.º e 2.º da CRP) é a forma que os legítimos representantes do Povo, eleitos para exercerem o poder constituinte primário, decidiram em liberdade. Veja-se, aliás, que no espaço dos países da Lusofonia, p. ex., em Moçambique,

[57] «Pena criminal», in: Polis — Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, vol 4, Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000, p. 559.

[58] *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

[59] *Idem*.

o respectivo Código Penal usa formulação similar à nossa<sup>[60]</sup>, bem como a codificação de 2012 de São Tomé e Príncipe<sup>[61]</sup>.

Apesar disto, autores como JOSÉ DE SOUSA E BRITO<sup>[62]</sup> criticam a introdução do artigo, o qual, como se sabe, é inspirado no *AE-StGB*, com o argumento de que existe «algo de quixotesco em levantar a bandeira do § 2 do *Alternativ-Entwurf* de 1966, com uma interpretação contrária à dos seus autores, quando a proposta destes não vingou no [D]ireito alemão»<sup>[63]</sup>. Apesar de não se ignorar que o ponto de partida dos Professores que estiveram na génese do *AE-StGB* não é exactamente o mesmo que aquele para que propendem FIGUEIREDO DIAS e ANABELA RODRIGUES, p. ex., a plasticidade do inciso em causa acomoda várias interpretações doutrinárias quanto aos fins das penas e, ao menos, introduz um elemento de assinalável segurança aplicativa do nosso ramo de Direito, com particular realce atentas as sanções de que o mesmo se reveste. Destarte, não cremos que ele seja um «espartilho», porquanto a protecção de bens jurídicos e a reintegração social do condenado apresentam-se como dados com indiscutível reflexo jusconstitucional, que todos os autores deverão aceitar e a partir dos quais, mesmo os mais exasperados penalistas de filiação ético-retributiva poderão laborar. Assim, já AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO<sup>[64]</sup>, em perspectiva que temos por correcta, defende que a

[60] Artigo 58.º: «1.º A responsabilidade criminal consiste na obrigação de reparar o dano causado na ordem jurídica e moral da sociedade. 2.º A aplicação de penas tem por finalidade a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.». Sublinha-se a importância conferida à reparação, em linha com os mais recentes movimentos da *restorative justice*. Ainda, o artigo 54.º: «1.º Para prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança.».

[61] Onde, no seu artigo 41.º, n.º 1 se diz que: «[a] aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.». Veja-se, ainda, o artigo 47.º do Código Penal de Cabo Verde, o qual se pronuncia em sentido muito próximo do Código português: «[a] aplicação de penas e de medidas de segurança tem por finalidade a protecção de bens jurídicos essenciais à subsistência da comunidade social e a reintegração do agente na vida comu-

nitária.». Na mesma linha, cf. o artigo 61.º do Código Penal de Timor-Leste.

[62] «Os fins das penas no Código Penal», in: MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA (coord.), *Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2002, pp. 160-163.

[63] *Ibidem*, p. 163.

[64] *Direito Penal...*, pp. 64-65.

norma em causa não resolve, por via legislativa, o problema dos fins das penas, autorizando sim a conclusão de um trânsito de uma concepção «ético-preventiva» para «preventivo-ética».

Do mesmo passo, é com a Reforma de 1995 que se introduz norma paralela ao actual artigo 42.º, n.º 1<sup>[65]</sup>.

Como se sabe, as medidas concretas das particulares sanções substitutivas eram todas inferiores ao que hoje se prevê, verificando-se também que a fórmula então prevista no artigo 43.º, n.º 1 (hoje, artigo 45.º, n.º 1) em sede das finalidades a atender para não operar a *substituição-regra*<sup>[66]</sup> quanto a penas à época até seis meses de prisão, é a mesma que actualmente. Por outro lado, o então artigo 44.º (o artigo 45.º antes de, em 2017, esta pena ter sido revogada) previa como requisitos a ter em conta pelo julgador para aplicar a prisão por dias livres aqueles que se acham prevenidos no artigo 50.º, n.º 1, como regra, para a pena suspensa. Ainda no concernente à prisão por dias livres, não se manteve a proporção entre o seu âmbito aplicativo e o número de períodos a cumprir<sup>[67]</sup>, num sentido mais gravoso para o agente, ao invés do que sucede com a correspondência entre cada um dos períodos e os dias de prisão contínua (inicialmente de quatro e até ao fim da vigência desta pena, fixados em cinco<sup>[68]</sup>) — cf. o então artigo 44.º, n.º 2, e o artigo 45.º, n.º 3, antes da alteração de 2017. Quanto à pena suspensa, o então artigo 48.º, n.º 1, admitia a sua aplicação à multa, apontando-se como requisitos materiais para a sua determinação (n.º 2) que a mesma bastasse «para afastar o

[65] Era, à época, o artigo 43.º, n.º 1, com igual redacção à actual.

[66] Assim a apelidava, de entre outros, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português...*, p. 362.

[67] Em 1982, para um máximo de medida concreta da pena de três meses, o máximo de períodos era de 15. Como

o então artigo 45.º, n.º 1, que admitia, antes de 2017, medidas concretas até um ano, se a relação fosse proporcional, a mesma seria de 60 períodos, quando era de 72 (artigo 45.º, n.º 2). A Reforma de 1995 mantém inalterada a medida concreta da pena até à qual a substituição era possível, mas aumenta o número de períodos para 18 (artigo 45.º, n.º 2). Mesmo com esta mudança, uma

proporcionalidade linear implicaria que para a hodierna medida até dois anos, o número de períodos fosse de 144. Isto tudo, claro está, antes da alteração de 2017, a qual revogou a prisão por dias livres e o regime de semidetenção.

[68] Foi a Reforma de 1995 que o operou (cf. o então (antes de 2017) artigo 45.º, n.º 3).

delinquente da criminalidade e satisfazer as necessidades de repressão e prevenção do crime», ou seja, fundamentos de raiz preventiva-especial, e de culpa e prevenção geral, por outro. Inexistia uma separação entre a suspensão com deveres e regras de conduta, sendo ambas previstas no mesmo artigo 49.º, com a dupla finalidade que ainda hoje lhes preside: a reparação do mal do crime e a facilitação da readaptação social do condenado (hoje, «reintegração»: artigo 52.º, n.º 1). Por outro lado, só se previam, a título também exemplificativo, na verdade, deveres e não regras de conduta no dito artigo 49.º, n.º 1, hoje correspondendo, com adaptações, ao artigo 51.º, n.º 1. A reserva da dignidade da pessoa em termos destas duas injunções diversas em sede de suspensão da execução da privação de liberdade era, em 1982, referida por via de uma fórmula onde se sentem ainda os traços de uma certa «moralidade» que só viriam a ser esbatidos em 1995: não se podia impor «nenhuma acção vexatória, nem impor-lhe [ao condenado] qualquer dever contrário aos bons costumes ou susceptível de ofender a sua dignidade pessoal» (cf. a formulação hoje prevenida no artigo 51.º, n.º 2, aplicável ao artigo 52.º *ex vi* do n.º 4 deste último inciso). Em sede da revogação da pena suspensa, da conjugação dos então artigos 50.º e 51.º resultava uma menor exigência do comportamento do agente, *rectius*, era mais fácil operar a revogação. Assim, quanto às obrigações impostas ao condenado, bastaria que existisse culpa no seu inadimplemento<sup>[69]</sup>, ao passo que hoje, para além desse requisito, a revogação só opera se as mesmas forem infringidas «grosseira ou repetidamente» (artigo 56.º, n.º 1, alínea a)). No tocante à prática de um novo crime durante o período de suspensão, era suficiente que o condenado cometesse «crime doloso por que venha a ser punido com pena de multa» (artigo 51.º, n.º 1), ao invés do que

[69] Assim, VÍCTOR SÁ PEREIRA, a «execuções sucessivas» entre a execução da pena suspensa e a da pena que a autor, em hipótese de incumprimento, determina.

hoje sucede, ao não se distinguir entre delito doloso ou negligente, mas exigindo-se que essa comissão revele «que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas» (artigo 56.º, n.º 1, alínea b)). Trata-se de um requisito que, em regra, dificulta mais a revogação que o regime de 1982.

CAVALEIRO DE FERREIRA<sup>[70]</sup> demonstrou-se bastante crítico em relação ao quadro sancionatório inaugurado em 1982, em vários aspectos propendendo para as soluções anteriormente vigentes. Começa por referir que a política criminal saída do novo Código se baseia na prisão como seu eixo estrutural, mas o que encerra uma contradição, porquanto o legislador dela desconfia em vários momentos, sendo a amplitude das penas de substituição uma prova disso mesmo. Chega a afirmar que a única pena principal verdadeira é a detentiva, na medida em que os tipos legais só muito raramente prevêem multas autónomas e a multa como pena principal não cumprida se converte em prisão subsidiária. Acrescenta que, ao contrário do que sucedia com o Código Penal de 1886, a pena no Código Penal de 1982 não é um meio para se cumprirem as finalidades sancionatórias. Não podíamos estar mais em desacordo com tais opiniões. O legislador de 1982 limitou-se a consagrar o entendimento que ainda hoje é o único que julgamos de sufragar: a pena de prisão, de momento, é tão indesejável quanto necessária para determinados sectores da criminalidade. Não existe, até hoje, meio de contenção melhor para os delinquentes mais graves e que representem um maior perigo para a sociedade e para eles mesmos. Exactamente porque se conhecem os efeitos criminógenos da privação de liberdade é que se previu um amplo leque de penas de

[70] *Lições...*, t. II, pp. 55-56. Também se não julga útil a distinção operada entre *pena* e *penalidade* (*ibidem*, p. 66). A primeira seria «a pena na sua espécie» e a segunda «a pena aplicável a cada infracção», como prevista na PE

do CP. O conceito de «pena» é mais que adequado e apto a conter ambos os sentidos. Aliás, parece mesmo existir alguma confusão quanto ao *iter* determinativo da pena, o qual começa pela pena aplicável (moldura penal

abstracta), passa depois para a moldura penal concreta e termina com a pena aplicada, *quantum* exacto de sanção finalmente determinada pelo juiz (ou juízes).

substituição, o que não significa, em nosso entendimento, qualquer paradoxo, mas uma correcta verificação da realidade e a procura de formas de minorar os seus efeitos negativos. Do mesmo modo se não alcança como a legislação anterior, bastante desactualizada e menos empenhada na «regeneração» do agente que tanto preocupava CAVALEIRO DE FERREIRA, fosse uma mais-valia.

Por outro lado, não é verdade que a multa não seja uma verdadeira pena principal. Bastará analisar a Parte Especial do Código Penal que, sendo exacto que foi sendo melhorada em sucessivas reformas, desde 1982 que previa já um amplo conjunto de tipos legais puníveis com multa alternativa, o que prova a crença na mesma eficácia punitiva quando comparada com a prisão. A circunstância de a multa principal não paga ser convertida em privação de liberdade subsidiária é, como se sabe, uma estrita necessidade de a dotar de efectividade — o que reforça a sua previsão como efectiva sanção principal —, sendo o nosso Código Penal, logo na versão originária, dos mais permissivos do nosso entorno jurídico quanto a formas alternativas de liquidação da multa que não o estrito pagamento, salientando-se a medida do actual artigo 49.º, n.º 3<sup>[71]</sup>, logo constante da versão de 1982. Por fim, não alcançamos a crítica do ilustre penalista no que diz respeito à circunstância de a pena de

[71] Sobre ela, veja-se o nosso «Alguas considerações em torno do artigo 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», *RMP*, 142 (2015), pp. 171-191. A recente Reforma espanhola introduzida pela *Ley Orgánica 1/2015* veio, no artigo 35 do Código Penal daquele Estado, expressamente referir que a prisão subsidiária é uma das modalidades da sanção privativa de liberdade, o que, como bem nota PATRICIA FARALDO CABANA («Novidades en la pena de responsabilidad personal

subsidiaria por impago de multa (arts. 35 *in fine* y 53.1)», in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 259) é uma redundância desnecessária. O artigo 53, 1 determina que a conversão se faz à razão de um dia de prisão por dois dias de multa que, sendo considerados «delitos leves», pode cumprir-se através da pena de *localización permanente*. Em aditamento, e com interesse, cf. o ac. do STJ de 28/6/1979, Proc. n.º 035205, BOTELHO DE SOUSA, no qual se fixou jurisprudência no

sentido de que «[a] pena de prisão em alternativa da de multa é de aplicar a todas as penas de multa, inclusive a resultante da substituição de prisão.», no que mais não significa, adaptado à realidade inaugurada pelo Código Penal de 1982, que a multa de substituição incumprida gera sempre a aplicação da sanção principal constante da decisão judicial, sob pena de ineficácia da multa principal, o que demonstra, logo nessa altura, a preocupação com a *efectividade* das sanções substitutivas que é, para nós, pedra de toque nesta específica temática.

prisão não cumprir as finalidades punitivas por não se entender correctamente o seu conteúdo e sentido. Se é exacto que em 1982 não existia o actual artigo 40.º, introduzido em 1995, já se retirava que a prisão era uma das formas pelas quais o sancionamento criminal se faria, pelo que, por decorrência lógica, as finalidades que se lhe apontassem — mesmo retributivas como defendia CAVALEIRO DE FERREIRA que, aqui, no essencial, não distava muito da concepção do «mentor» do Código Penal de 1982, EDUARDO CORREIA — sê-lo-iam atingidas de idêntica forma.