

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL
REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

*Alterações ao Sistema Sancionatório
e
Parte Especial*

VOLUME II

JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL

REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

Alterações ao Sistema Sancionatório

e

Parte Especial

VOLUME II

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL

REVISÃO DO CÓDIGO PENAL

Alterações ao Sistema Sancionatório

e

Parte Especial

Conferências proferidas no Porto, em 30 e 31 de Outubro de 1995, em Lisboa, de 23 a 25 de Novembro de 1995; e no Funchal, em 2 de Maio de 1996, quando das *Jornadas de Direito Criminal*.

G-80-7-21

LISBOA, 1998.

Coimbra EDITORA



ÍNDICE

*As Penas no Direito Português
após a Revisão de 1995* 13

AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO
Professor de Direito Criminal da Universidade Católica (Porto)

A Determinação da Pena 31

ADELINO ROBALO CORDEIRO
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Jubilado

Penas de Substituição 55

ODETE MARIA DE OLIVEIRA
Procuradora-Geral Adjunta

*Alterações ao Sistema Sancionatório
As Medidas de Segurança* 119

MARIA JOÃO ANTUNES
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Homicídios em Série 137

TERESA SERRA
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa
Advogada

Título: Jornadas de Direito Criminal — Revisão do Código Penal
Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial

Editor: Centro de Estudos Judiciários
Largo do Limoeiro
Tel.: (01) 887 4713 / 887 6762
Fax: (01) 887 5543
1100 Lisboa

Capa e Composição: Odete Maria de Oliveira

Impressão: Escola Tipográfica do Colégio Padre António de Oliveira

ISBN: 972-9122-15-6

Depósito Legal nº 103 098/96

Estupro e Violação — Ontem e Hoje 181

FERNANDO JOÃO FERREIRA RAMOS
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Crimes Contra a Liberdade Sexual
Crimes Contra a Autodeterminação Sexual 199

J. CARMONA DA MOTA
Juiz Desembargador

A Dirimente da Realização de Interesses Legítimos
nos Crimes Contra a Honra 227

MARIA DA CONCEIÇÃO S. VALDÁGUA
Mestre em Ciências Jurídicas
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa
Professora da Universidade Lusíada

✓ *Crimes de Perigo Comum e Contra a Segurança*
das Comunicações em face da Revisão do Código Penal 253

PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE
Juiz de Direito

Crimes Contra o Ambiente — Porquê e Como 317

JOSÉ SOUTO DE MOURA
Procurador-Geral Adjunto

Crimes Contra o Ambiente no Código Penal 351

A. LEONES DANTAS
Procurador da República
Docente do Centro de Estudos Judiciários

✓ *Crimes Cometidos no Exercício*
de Funções Públicas 385

A. HENRIQUES GASPAR
Procurador-Geral Adjunto

Crimes Contra a Autoridade Pública 409

JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA
Procurador da República

Aspectos da Tutela Penal do Património
após a Revisão do Código Penal 463

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa
Assistente da Universidade Autónoma de Lisboa
Assessor do Conselho Directivo da C.M.V.M.

A Revisão do Código Penal
e os Crimes Patrimoniais 501

A. LEONES DANTAS
Procurador da República
Docente do Centro de Estudos Judiciários

O presente Volume II completa a publicação de várias das intervenções proferidas nas *Jornadas de Direito Criminal*, organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários a propósito das alterações ao Código Penal introduzidas em 1995.

A homenagem e o obrigado do Centro de Estudos Judiciários aos Distintos Autores e a todos os que tornaram possíveis a organização das Jornadas e esta publicação.

Armando Gomes Leandro

Lisboa, Junho de 1998

*AS PENAS NO DIREITO PORTUGUÊS
APÓS A REVISÃO DE 1995*

AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO

A minha primeira palavra é de agradecimento ao Centro de Estudos Judiciários, na pessoa do seu ilustre Director, Senhor Dr. Armando Leandro, pelo honroso convite, que me fez, para intervir nestas Jornadas de Direito Criminal, dedicadas às Alterações do Sistema Sancionatório.

I

FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E FINS DAS PENAS

O CP de 1886, após a revisão de 1954 (Dec.-Lei nº 39688, de 5 de Junho), proclamava no seu art. 54º: *Para prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança;* mais à frente, o art. 84º do mesmo CP estabelecia, também através da redacção introduzida em 1954, que: *A aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do delinquente, tendo-se em atenção a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos do crime e a personalidade do delinquente.*

Posteriormente, o CP de 1982 estabeleceu no seu art. 72º, nº 1: *A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes.*

A revisão do CP de 1982, operada pelo Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, introduziu o art. 40º, onde se indicam as finalidades das penas e se estabelece a função da culpa como limite máximo da pena. Eis o teor do citado artigo:

1. *A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.*

2. *Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.*

.....

Mais à frente, o art. 71º, nº 1, do vigente CP revisto refere: *A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.*

Do confronto das disposições do CP de 1886 revisto em 1954, do CP de 1982 e do CP de 1982 revisto em 1995 podemos tirar as seguintes conclusões:

Primeira: embora em todos eles apareça a referência à culpa do agente, não deixa de se assistir a uma evolução legislativa, em que, ao lado da culpa, aparecem também como progressivamente mais decisivos os critérios da prevenção. Na verdade, se a revisão penal, ocorrida em 1954, apenas fazia depender a medida concreta da pena da **culpabilidade do delincente**, já o CP de 1982, embora também a fizesse depender fundamentalmente da **culpa do agente**, não deixava de acrescentar que o julgador devia ter *ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes*, culminando o vigente CP revisto por, no art. 71º, nº 1, atribuir **igual relevância à culpa e à prevenção**.

Tendo, porém, em atenção o art. 40º, nº 2, parece que o legislador de 1995 reserva para a culpa, não o papel de factor de co-determinação da medida da pena, mas simplesmente a função de impedir que a medida da pena possa, por conjunturais necessidades preventivas, ultrapassar a medida da culpa, o que, a acontecer, se traduziria numa instrumentalização da pessoa do infractor e, portanto, seria inconstitucional.

Parece, portanto, que este cuidado em esclarecer aquilo que, desde há muito, nunca tinha sido posto em dúvida — a medida da pena não pode ser superior à medida da culpa — só se torna compreensível a partir do pressuposto de que, agora, são, fundamentalmente, as necessidades preventivas a determinar a pena concreta; a culpa funcionará apenas como limite à referida instrumentalização.

Sintetizando, poder-se-á afirmar que o CP de 1886, revisto em 1954, consagrou uma **concepção ético-retributiva** da pena, passando o CP de 1982 a consagrar uma **concepção ético-preventiva**, concluindo-se esta evolução, no sentido de uma relevância cada vez maior atribuída à prevenção (com a correlativa redução do papel da culpa na determinação da pena), com a revisão operada em 1995, de que resultou uma **concepção preventivo-ética** da pena.

É meu entendimento que, apesar de possível uma interpretação do vigente art. 40º, nºs 1 e 2, no sentido de que a culpa do infractor apenas desempenha o papel de *conditio sine qua non* e de limite máximo da pena, a solução mais justa e adequada deverá ser a de continuar a considerar a culpa material do infractor como o factor mais decisivo na determinação da medida da pena, embora se devam tomar também em consideração as exigências de prevenção. Assim, nesta questão da determinação concreta da pena, parece-me aconselhável não atribuir relevância material à alteração do teor literal do art. 72º, nº 1, do CP de 1982, operada pelo art. 71º, nº 1, do CP revisto. É que, deixar a determinação concreta da pena entregue às hipotéticas maiores ou menores necessidades preventivo-gerais positivas (a necessidade de manutenção da confiança da comunidade na vigência do direito, a necessidade de pacificar o alarme social, etc.) abrirá o caminho a uma instrumentalização, posto que relativa (dado o limite máximo da pena não poder ultrapassar o limite máximo da culpa concreta), do infractor.

A este perigo acresce, ainda, o risco de injustiças relativas na punição de casos criminais semelhantes, mas julgados em contextos sociais diferentes. É de não esquecer que, muitas vezes, o alarme social provocado por um crime praticado por um determinado delinquente pode ter na sua origem reacções emotivas irracionais das populações, das massas.

Finalmente, penso que não haverá grande contradição entre as exigências éticas da culpa e as necessidades preventivas gerais. Quanto maior for a gravidade do ilícito e da culpa também maior será a exigência social da punição, de modo que não haverá contradição entre a determinação da pena em função da culpa e a sua determinação em função das necessidades preventivas.

Segunda conclusão: o art. 40º, nº 1, do CP revisto vem dizer que *A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*. Ora, em minha opinião, a primeira parte desta disposição é desnecessária, pois, desde há muito, é evidente que a função do direito penal é proteger os bens jurídicos. Com efeito, se pode haver divergências entre a concepção ético-retributiva, a concepção ético-preventiva e a concepção preventivo-ética, o certo é que é comum a todas elas que o objectivo último, a função da pena é a protecção dos bens jurídicos; as divergências apenas existem nos critérios de determinar concretamente a pena, em ordem a que esta cumpra a sua função que é, sempre e necessariamente, a tutela dos bens jurídicos. Portanto, esta primeira parte do art. 40º, nº 1, dedicada à função do direito penal, era desnecessária por ser evidente, nos tempos modernos, o seu conteúdo.

Se esta primeira parte do art. 40º, nº 1, era desnecessária, já, relativamente à segunda parte (*a aplicação das penas visa a reintegração do agente na sociedade*), parece legítimo considerá-la incoerente, na medida em que, sendo a reinserção social do delinquente um dos **meios** de realizar a **função** do direito penal de protecção dos bens jurídicos (ao contribuir esta reinserção social para evitar a reincidência), então não deveria o legislador associar e parificar função e meio (ou: fim último e fins meios),

para além de que os meios (ou fins-meios) de proteger os bens jurídicos não se reduzem à reinserção social do agente, mas abrangem também a prevenção especial de intimidação e a prevenção geral, seja de dissuasão seja de reforço da confiança da sociedade na efectiva vigência da norma violada.

II

AS PENAS NO CÓDIGO PENAL REVISTO COMO EXPRESSÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL HUMANISTA

Penas Principais

Parece evidente que a grande diversidade e heterogeneidade das penas (prisão, multa, prestação de trabalho a favor da comunidade, suspensão da execução da pena de prisão, admoestação, e a prisão por dias livres ou a prisão em regime de semidetenção como modos de cumprimento das penas curtas de prisão) que o juiz criminal há-de aplicar, bem como a preferência pelas penas não detentivas face às detentivas, resultam de uma determinada concepção político-criminal do legislador.

Os três elementos estruturais e pólos dinamizadores de toda e qualquer política criminal são o infractor, a vítima e a sociedade. Cabe ao Estado, nas sociedades modernas, estabelecer as directrizes da política criminal, isto é, indicar os modos de resolução do conflito social em que se traduz o crime, e de evitar, na medida do possível, que o fenómeno criminal ultrapasse determinados limites.

As coordenadas fundamentais de uma política criminal estão conexas e dependentes da concepção político-social defendida e consagrada, nos seus traços gerais, na Constituição.

Uma concepção da vida social, que parta do princípio da **liberdade individual** (posto que existencialmente condicionada), mas também do princípio da **co-responsabilidade social** (reconhecimento de disfuncionalidades e injustiças nas estruturas

económicas, educacionais, sociais), se não nos pode levar à permissividade, há-de, porém, conduzir à adopção de uma **política criminal humanista**.

Uma política criminal humanista implicará, no campo das sanções penais, o reconhecimento das seguintes ideias:

Primeira: a negatividade *in se* da pena de prisão não pode deixar de levar a que se veja nesta um mal, posto que necessário.

Segunda: a co-responsabilidade social, resultante das estruturas sociais geradoras de desintegração e de exclusão social e, portanto, criminógenas, se é certo que não pode levar à irresponsabilização do delinquente, também é verdade que impede uma concepção absoluta da pena como expiação ou sequer como retribuição. Uma tal concepção da pena pressuporia duas realidades absolutas inexistentes: de um lado, a liberdade absoluta e uma culpa absoluta do infractor; do outro, uma sociedade perfeita que veria na aplicação de uma pena uma espécie de autopurificação.

Terceira: é necessário vencer a tentação (tão irracional e demagogicamente frequente em muitos políticos, especialmente em momentos eleitorais) de considerar o direito penal e o agravamento indiscriminado das penas como o caminho normal de solucionar as tensões e conflitos resultantes, em parte, de políticas sociais inexistentes, inadequadas ou injustas.

O direito penal deve continuar a ser visto como a *ultima ratio* da política social, devendo a prisão ser o último recurso da política criminal. Curiosa infelicidade e hipocrisia não inocente é o facto de muitos dos paladinos das penas duras a todo o custo serem, por vezes, aqueles que menos se preocupam com as estruturas económico-sociais criminógenas. Estes esquecem ou relegam para segundo plano a necessidade de uma inevitável e cada vez mais urgente reordenação substancial das sociedades actuais. Estas, devido à inovação tecnológica, ameaçam lançar uma cada vez maior percentagem da população activa no desemprego e, conseqüentemente, na exclusão social, com todos os efeitos no aumento dos comportamentos anti-sociais e mesmo criminosos.

Quarta: o direito penal não é um código de (aperfeiçoamento) moral, mas sim e apenas um instrumento de defesa do mínimo das condições indispensáveis à possibilidade da vivência em sociedade. Não lhe cabe, pois, promover a criação da consciência individual e social da indispensabilidade do respeito de certos e fundamentais valores sociais, mas, pelo contrário, o direito penal pressupõe já existente essa consciência social.

Quinta: rejeitadas as penas de morte e de prisão perpétua, uma filosofia político-criminal humanista — que, de forma alguma, esquece que o objectivo último das penas é o da protecção, o mais eficaz possível, dos bens jurídicos fundamentais — tenderá a estabelecer um limite máximo da pena de prisão, o qual não torne, irremediavelmente, irrecuperável o recluso para o regresso à vida em sociedade. Neste ponto, é de ter presente o ensinamento de BECCARIA: a eficácia do sistema penal não depende tanto da grandeza das penas de prisão, mas sobretudo da convicção social da certeza e da celeridade da sua efectivação.

Assim, parece razoável que a revisão do CP de 1982 tenha estabelecido como regra o limite máximo da pena de prisão em 20 anos (art. 41º, nº 1) e como excepcional e inultrapassável o limite dos 25 anos de prisão (art. 41º, nº 2). Já merece discordância o nº 3 do art. 41º, ao não ressaltar a possibilidade de a pena do concurso de crimes puníveis com um limite máximo de 25 anos (p. ex.: homicídio qualificado, art. 132º, nº 1; genocídio, art. 239º, nº 1) poder ser superior a 25 anos (cfr. art. 77º, nº 2). Não parece razoável nem político-criminalmente aceitável que o limite máximo da prisão aplicável ao autor de vários homicídios qualificados seja igual ao limite máximo da prisão que pode ser aplicada ao autor de um homicídio qualificado.

Refira-se que a doutrina e a jurisprudência pareciam partilhar da crítica acabada de fazer, apenas considerando que, *de lege lata*, o art. 40º do CP de 1982 impedia uma tal solução; isto é, consideravam que o limite máximo da pena aplicável ao concurso de crimes era o referido no nº 1 (20 anos de prisão) e não o estabelecido no nº 3 (25 anos).

Sexta: quanto ao reforçado empenho do CP revisto contra as penas curtas de prisão, a razoabilidade político-criminal desta posição deriva da constatação de que o isolamento físico conduz ao isolamento psico-sociológico, conduz à auto e heteroexclusão social, e que a consequente desintegração social é criminógena.

Desta constatação resultam duas consequências: por um lado, a pena de prisão deve, efectivamente, ser o último recurso do sistema penal sancionatório; por outro lado, nos muitos casos em que a gravidade do ilícito e da culpa do infractor tornem a pena de privação da liberdade indispensável à prevenção individual e geral — tomada esta prevenção geral quer como intimidação ou dissuasão dos potenciais infractores (que todos e cada um dos membros da comunidade o é, em maior ou menor medida) quer como garantia dada à sociedade de que pode confiar na efectiva vigência das normas jurídico-criminais —, é tarefa das estruturas e dos serviços prisionais criarem as condições que permitam evitar a dessocialização ou o agravamento da dessocialização do recluso. É certo que o ideal seria promover a socialização ou reinserção social do recluso, mas a verdade é que já seria muito bom que a realidade prisional não constituísse, como infelizmente acontece, mais um acentuado factor de dessocialização ou de agravamento desta.

O CP revisto reforçou a tendência, já consagrada no CP de 1982, de **substituição das penas curtas de prisão por penas não detentivas** (multa, prestação de trabalho a favor da comunidade, suspensão da execução da pena de prisão — sendo certo que a suspensão de execução, simples ou condicionada, já pode ser alternativa mesmo a penas de prisão de média duração).

Assim, o art. 44º, nº 1, estabelece que *A pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses é substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes....* O disposto neste art. 44º, nº 1, é, globalmente, a continuação do que já estabelecia o art. 43º, nº 1, do CP de 1982.

É, contudo, de registar que a revisão de 1995 pretendeu tornar claro que o limite dos 6 meses se refere à pena concreta, e que pode haver outras alternativas, além da multa (p. ex., prestação de trabalho a favor da comunidade). Saliente-se, ainda, que esta substituição da pena concreta de prisão não superior a 6 meses por multa constitui a regra, sendo excepção a não substituição. Daqui resulta o dever jurídico de o juiz fundamentar a sua decisão, nos casos em que não proceda à referida substituição.

Quanto à **prestação de trabalho a favor da comunidade** — trabalho gratuito e que está condicionado à aceitação do condenado —, o CP revisto alargou, no seu art. 58º, nº 1, o âmbito da possível aplicação desta pena em substituição da pena de prisão. Com efeito, enquanto o art. 60º, nº 1, do CP 1982 só permitia a substituição, quando a pena concreta de prisão não fosse superior a 3 meses, o vigente art. 58º, nº 1, elevou o limite de 3 meses para um ano.

A reacção contra as penas curtas de prisão não se limitou à substituição destas por penas não detentivas, mas estendeu-se também ao próprio modo (descontínuo) de cumprimento das penas curtas de prisão. Assim, para os casos em que a pena de prisão não superior a três meses não possa ou não deva, por exigências preventivas, ser substituída por pena não detentiva, poderá ser cumprida **por dias livres ou em regime de semidetenção** (CP revisto, arts. 45º e 46º).

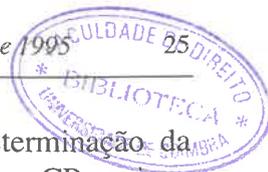
A revisão do CP de 1982 manteve, pois, o essencial das disposições (arts. 44º e 45º) já consagradas na redacção primitiva do CP de 1982. Praticamente, apenas houve, no caso de prisão por dias livres, um aumento do limite máximo dos *períodos correspondentes a fins-de-semana*, que passou de 15 para 18, mas, em compensação, passou cada período de fim-de-semana (que pode oscilar entre 36 e 48 horas) a equivaler a 5 dias de prisão contínua, e não apenas a 4 dias de prisão contínua, como estabelecia a versão originária do CP de 1982.

Sétima: relativamente à **pena de multa**, o Decreto-Lei de revisão tornou mais vinculados dois princípios político-criminais que não podem deixar de configurar a multa enquanto sanção penal. Em primeiro lugar, o princípio de que a multa, enquanto sanção penal, não pode deixar de ter um efeito preventivo e, portanto, não pode deixar de ter uma natureza de pena ou sofrimento, isto é e por outras palavras, não pode o condenado a multa deixar de a “sentir na pele”. Em segundo lugar, o princípio da igualdade material ou relativa, princípio este que exige que o quantitativo monetário correspondente a cada dia-de-multa deva ter uma grande amplitude entre o seu mínimo e o seu máximo, de modo que haja uma certa proporção entre a quantia concretamente fixada para cada dia e a *situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais* (CP revisto, art. 47º, nº 2). Este princípio da igualdade material ou relativa, além de valer por si mesmo, é ainda uma exigência do primeiro princípio, ou seja do carácter de pena que a multa deve ter, mesmo em relação aos condenados com grandes possibilidades económicas.

Tornam-se, assim, político-criminalmente razoáveis as alterações que foram introduzidas na pena de multa: quanto aos limites, manteve-se o limite mínimo de 10 dias, mas o limite máximo passou de 300 para 360 dias (CP de 1982, art. 46, nº 1; CP revisto, art. 47º, nº 1); relativamente à quantia correspondente a cada dia, também se manteve o limite mínimo de 200\$00, elevando-se o limite máximo de 10 000\$00 para 100 000\$00 (CP de 1982, art. 46º, nº 2; CP revisto, art. 47º, nº 2).

Inequivocamente que o legislador de 1995 quis acabar com a difundida (judicial e socialmente) ideia de que a pena de multa de pena só tinha o nome, pois que, na realidade, não passaria de uma forma de absolvição, isto é, de irresponsabilização penal do infractor.

Este saudável objectivo de afirmação ou elevação da multa à categoria de verdadeira sanção criminal (conquanto aplicável somente à pequena e média criminalidade) concretizou-se, nomeadamente, por uma trílice via. Em primeiro lugar, consagrando, de forma clara, que os critérios da determinação concreta dos di-



as-multa são os mesmos que os critérios de determinação da pena de prisão (CP 1982, art. 46º, nº 1, 1ª parte, e CP revisto, art. 47º, nº 1, 1ª parte). Em segundo lugar, eliminando o regime punitivo da acumulação da pena de prisão e da pena de multa, de modo que, após a revisão de 1995, não há, na parte especial do Código Penal (e também é de esperar que o mesmo venha a acontecer em leis penais extravagantes), nenhum tipo legal de crime punível com prisão e multa. Em terceiro lugar, a elevação do limite máximo de 10 000\$00 para 100 000\$00 também deve ser entendido como fruto da decisão legislativa de dignificar a multa como verdadeira pena, e não como correcção monetária (que não foi esta a intenção do legislador, eis o que resulta do facto de o limite mínimo de 200\$00 se ter mantido, além de que a decuplicação do limite máximo seria um aumento manifestamente exorbitante face à real desvalorização do escudo entre 1982 e 1995).

Como última nota, parece-nos ajustado que o legislador tenha mantido, no caso da **conversão da multa não paga em prisão subsidiária**, a razão de dois terços, isto é, a correspondência entre três dias de multa e dois dias de prisão (CP 1982, art. 46º, nº 3; CP 1982 revisto, art. 49º, nº 1).

Já, porém, é de considerar não só incoerente, mas também injusto que a mesma proporção entre um dia de prisão e um dia e meio de multa não tenha sido imposta, no caso do **desconto da prisão preventiva (detenção ou obrigação de permanência na habitação) na pena de multa** em que o arguido venha a ser condenado. Se era recusável o art. 80º, nº 2, 1ª parte, do CP 1982 (*se for aplicada pena de multa, a prisão preventiva será descontada à razão de 1 dia de multa por 1 dia de prisão*), também deve considerar-se, político-criminalmente, insuficiente a alteração introduzida pela revisão de 1995 e que se resumiu à mera faculdade de o juiz poder fazer corresponder a 1 dia de prisão preventiva mais que 1 dia de multa (CP revisto, art. 80º, nº 2: *Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação, são descontadas à*

razão de 1 dia de privação de liberdade por, pelo menos, 1 dia de multa).

Uma vez que o legislador não terá ponderado que a prisão preventiva não é menos penosa que a prisão-pena, é de esperar que o julgador faça corresponder a cada dia de prisão preventiva dia e meio de multa. Esta proporção deverá ser considerada, não como uma mera faculdade, mas como um dever jurídico.

Seja-me permitido, por último, dizer que, se deve ser este o tratamento para os casos dos presos preventivos que acabaram por ser punidos somente com multa, haveria ainda o Estado de reconhecer, legalmente, o direito do preso preventivo, que veio a ser absolvido, a uma indemnização razoável pelos danos sofridos com a privação da liberdade. É que, embora o preso preventivamente não possa, na quase totalidade dos casos, ser considerado como vítima de um crime, nem por isso deixou de ser lesado em nome do interesse estadual na investigação criminal. Assim, o facto de a prisão preventiva estar justificada juridicamente em nada obsta à justiça da responsabilização civil do Estado pelos danos sofridos por aquele que foi objectivamente vítima de uma prisão preventiva que veio a revelar-se como “objectivamente injusta”.

Oitava: uma breve palavra sobre a **pena de admoestação**. Do confronto da versão originária do CP de 1982 (art. 59º) e da versão revista em 1995 (art. 60º), verifica-se uma restrição do âmbito de aplicação desta pena.

Assim, após a revisão, a admoestação (que *consiste numa solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo tribunal* — art. 60º, nº 4) não pode ser aplicada ao agente condenado em pena de prisão, mesmo que esta seja substituída por pena de multa, mas apenas ao arguido condenado em multa não superior a 120 dias (CP revisto, art. 60º, nº 1). Donde poder dizer-se que, diferentemente do que se passava antes da revisão (em que a admoestação podia substituir a pena de prisão não superior a três meses, desde que tivesse sido reparado o dano e a uma tal substituição não se opusessem as exigências preventivas — CP de

1982, art. 59º, nºs 1 e 2), agora, a admoestação nunca pode ter aplicação quando o tipo legal de crime em causa for punível exclusivamente com prisão.

Observe-se, no entanto, que esta impossibilidade do juiz poder substituir a pena de prisão, por mais curta que ela seja, pela pena de admoestação tem pouca relevância prática. É que, referindo-se embora a **dispensa da pena** (CP revisto, art. 74º, nº 1) à pena legal, cujo limite máximo não pode ultrapassar 6 meses de prisão, o certo é que os seus pressupostos são, praticamente, coincidentes com os da admoestação, e, assim, poderá o juiz recorrer, como alternativa à impossibilidade da admoestação, à figura da dispensa da pena. Não se está a esquecer que a admoestação é uma pena, e que a dispensa de pena evidentemente que não o é; simplesmente, na prática, os efeitos não são muito divergentes, pois que, pressupondo a dispensa de pena a declaração do arguido como culpado, tal não deixa de trazer em si uma censura, posto que não solene ou formal.

Penas Acessórias

Pode afirmar-se que a pena de prisão é a mais estigmatizante de todas as sanções jurídicas. Mas as penas acessórias, enquanto afectam, gravemente, a capacidade jurídica civil, profissional ou política do condenado, serão, socialmente, mais estigmatizantes do que as penas principais, excepção feita à prisão.

As penas acessórias (proibição do exercício de funções) constituem um sofrimento directo para o condenado, e indirecto para os familiares, especialmente para os dele dependentes.

Desta sua natureza e efeito penais derivam as seguintes consequências:

Primeira: a sua aplicação nunca pode ser *ope legis*, isto é, automática, mas sim objecto de um decisão ponderada do juiz, atendendo às circunstâncias concretas da infracção, à personali-

dade do agente e aos interesses públicos a preservar com a aplicação da respectiva pena acessória.

Neste sentido vão as disposições do CP revisto, arts. 66º, nºs 1 e 2, 68º, nºs 2 e 3. Adequadamente, esclarece o art. 68º, nº 2: *A proibição do exercício de função pública não impossibilita o titular, funcionário ou agente de ser nomeado para cargo ou para função que possam ser exercidos, sem as condições de dignidade e confiança que o cargo ou a função de cujo exercício foi proibido exigem.*

Segunda: a aplicação de uma pena acessória só poderá justificar-se, quando a pena principal aplicada for de prisão de relativamente longa duração. Assim, o entendeu o legislador da revisão, quando estabeleceu, como *conditio sine qua non* da proibição do exercício de funções, a condenação numa pena de prisão superior a 3 anos (CP, art. 66º, nº 1).

Já, em relação à proibição de conduzir veículos motorizados, compreender-se-á que, na qualidade de pena acessória, baste que a pena principal seja de prisão mesmo que inferior a 3 anos (CP, art. 69º, nº 1), uma vez que a proibição também não pode ir além de um ano.

Terceira: como penas que o são, a sua duração, dentro dos limites mínimo e máximo legais, há-de ser determinada de acordo com os critérios legais estabelecidos no art. 71º do CP revisto, ou seja em função da gravidade do ilícito e da culpa, e da exigência de prevenção especial e da necessidade geral de manutenção da confiança da comunidade na função ou cargo público ou na segurança rodoviária.

Deve, assim, considerar-se, político-criminalmente, adequada a inovação de estabelecer, para a pena acessória de proibição do exercício de função, os limites, mínimo e máximo, de, respectivamente, 2 e 5 anos (CP, art. 66º, nº 1), e, para a proibição de conduzir veículos motorizados, os limites de 1 mês e 1 ano (CP, art. 69º, nº 1).

Observe-se que, em função desta exigência de determinação concreta da pena acessória, deixou de ter sentido o art. 70º do CP 1982 sobre a reabilitação.

Quarta: relativamente à contagem do tempo das proibições, é compreensível que não deva ser descontado, na pena acessória de proibição da função ou de proibição de conduzir, *o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força de medida de coacção processual, pena ou medida de segurança* (CP, art. 66º, nº 3; art. 69º, nº 4).

Já é de entender que o tempo em que o condenado estiver em liberdade condicional deverá contar para o tempo da proibição.

A DETERMINAÇÃO DA PENA

ADELINO ROBALO CORDEIRO

A determinação da pena é susceptível de ser analisada em três perspectivas, correspondentes a outras tantas fases ou operações em que se desdobra a aplicação judicial de uma pena: a determinação da respectiva medida ou moldura legal (também chamada pena abstracta), da sua medida judicial ou individualizada (pena concreta) e da espécie de pena a aplicar (escolha da pena) ^{1,2}.

1 Este texto constitui o esquema da intervenção — que não chegou a ser levada a efeito — projectada para o dia 31 de Outubro de 1995, nas *Jornadas de Direito Criminal* sobre a revisão do Código Penal — Alterações ao sistema sancionatório, realizadas pelo Centro de Estudos Judiciários na Fundação Eng.º António de Almeida, no Porto, nos dias 30 e 31 de Outubro de 1996.

Corresponde, no essencial, ao trabalho que, sob o título *Moldura Penal Abstracta, Pena Concreta, Escolha da Pena*, foi publicado a fls. 161 do Volume I (1990-91) de *Textos*, do Centro de Estudos Judiciários, agora corrigido e actualizado de acordo com a Revisão do Código Penal aprovada pelo Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março.

2 Tal como o que o precedeu, o presente texto assenta fundamentalmente nas lições do Prof. Doutor FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal 2, Parte Geral — As Consequências Jurídicas do Crime*, 1988), publicadas através da Secção de Textos da Faculdade de Direito de Coimbra, e no nosso trabalho sobre a *Escolha e Medida da Pena*, publicado nas *Jornadas de Direito Criminal — O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar — Fase I*, Edição do Centro de Estudos Judiciários de 1983.

I

MEDIDA LEGAL DA PENA

A sua determinação parte da pena cominada no tipo legal de crime, reavaliada à luz das circunstâncias, presentes no caso concreto, que nela se repercutam.

1. No que respeita a estas circunstâncias — modificativas da pena — pode haver interesse em acentuar umas tantas ideias:

a) São atendíveis, naturalmente, tão só as que o legislador não considerou ao configurar o tipo de crime e não revestem, em consequência, a natureza de seus elementos típicos — do tipo de ilícito ou de culpa: circunstâncias a se, que se limitam a modificar a pena sem que modifiquem os contornos do crime, não dando lugar à formação de tipos qualificados ou privilegiados. Será, p. ex., o caso das circunstâncias enumeradas no art. 177º, nºs 1 a 4, face aos crimes dos arts. 163º a 165º e 167º a 176º, mas já não o da compreensível emoção violenta, da compaixão ou do desespero (art. 133º) nas suas relações com o tipo fundamental de homicídio³.

b) Por outro lado, quando a mesma circunstância — refiro-me de novo, como na alínea anterior, a circunstâncias com vida e autonomia próprias — seja valorável à luz de várias normas, uma só será dentre estas aplicável, justamente a que lhe imprima maior grau de valoração.

Não se vê, aliás, que esta situação possa hoje suscitar-se com especial relevo quanto às modificativas atenuantes. Na verdade, se as comuns continuam depois da Revisão, como antes dela, a repercutir-se na pena abstracta pela via do art. 73º (antigo art. 74º), já no que respeita às especiais, a Revisão, ou eliminou

3 As disposições legais citadas sem mais indicação pertencem ao Código Penal revisto.

as que gozavam de efeito próprio (caso, p. ex., do anterior art. 210º: erro sobre a idade em crimes sexuais), ou substituiu esse efeito também pelo da atenuação-regra do citado art. 73º (confronte-se a redacção do anterior art. 301º com a do actual art. 206º: restituição do furto ou reparação do dano).

Ao contrário, como adiante se verá, a Revisão manteve as agravantes modificativas especiais com efeito próprio⁴.

c) Nunca a mesma circunstância — entenda-se: com previsão unitária, numa só norma —, qualquer que seja a sua força ou intensidade, legitimará mais do que uma atenuação especial da pena por recurso ao art. 73º, à revelia do entendimento que neste domínio se tinha face ao art. 94º do Código anterior (cujo nº 1 permitiria uma descida até dois escalões na pena abstracta, sendo por outro lado, a faculdade de atenuação conferida pelo seu nº 2 compatível com a do nº 4⁵).

Reconduzindo à força vinculativa de uma regra quanto se expôs nesta alínea e na anterior, dir-se-á, com o Prof. FIGUEIREDO DIAS, que o funcionamento das circunstâncias relevantes para a determinação da medida abstracta da pena está sujeito ao princípio da proibição da dupla valoração⁶. Princípio que a Revisão viria a consagrar no art. 72º, nº 3, nomeadamente na faceta exposta na alínea anterior. A ele voltaremos mais adiante, a propósito das circunstâncias atendíveis na fixação da pena concreta⁷.

d) No domínio das modificativas agravantes pode ocorrer um outro fenómeno de proibição de valoração, embora só verificável quando estejam presentes diversas circunstâncias da mesma infracção. É o que sucede quando a lei, num concurso de agravantes, manda atender apenas à de efeito mais intenso para a

4 V., *infra*, Agravantes Especiais, p. 38.

5 Assento do STJ de 23.7.1957, D.G., I Série, de 6.8.1957.

6 Ob. cit., p. 244.

7 V., *infra*, Pena Concreta, p. 43.

determinação da pena aplicável, sendo as restantes valoradas na medida concreta da pena.

Veja-se, a este propósito, o disposto no nº 5 do art. 177º para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, no nº 3 do art. 204º quanto ao furto qualificado e no nº 3 do art. 213º (por remissão para o nº 3 do art. 204º) relativamente ao dano qualificado, todos consagrando o mesmo efeito preclusivo da agravante ou requisito mais oneroso sobre os restantes.

O quadro das circunstâncias modificativas pode ser traçado da seguinte forma, embora em termos necessariamente esquemáticos:

2. Agravantes:

a) Comuns: Reincidência (arts. 75º e 76º)

De acordo com a Revisão, as penas que constituem pressuposto da reincidência — a constante da condenação anterior e a que venha a ser decretada — não deverão ser, como antes, apenas de prisão efectiva, senão de prisão efectiva superior a 6 meses (art. 75º, nº 1). Afasta-se, em consequência, o instituto da área da pequena criminalidade, que não lhe quadra.

Por outro lado, não se exige mais o cumprimento, total ou parcial, da pena anterior, colocando-se agora o acento tónico da **advertência** (termo este pelo qual o legislador substituiu o anterior, de **prevenção**) na condenação e não na sua execução, retirando-se com esta medida o prémio que antes se concedia aos condenados relapsos (art. 75º, nº 1).

À semelhança do que acontece com as penas e medidas de segurança privativas de liberdade, também as medidas de coacção processual privativas de liberdade deixam, e por igual razão, de contar para o prazo excludente da reincidência (art. 75º, nº 2).

No elenco dos institutos que não constituem obstáculo à verificação da reincidência incluiu-se expressamente o perdão genérico (art. 75º, nº 4; cf. arts. 127º e 128º, nº 3).

Como apontamento final, acrescentar-se-á que ao eliminar a regra, constante dos arts. 126º, nº 4, e 127º, nº 3, do texto anterior, de que a amnistia e o indulto não beneficiavam, em princípio, os reincidentes, a Revisão reconheceu acertadamente a primazia do princípio oposto — o de que tais institutos lhes aproveitam, salvo disposição em contrário.

No que respeita aos efeitos da reincidência, a Revisão deixou quase inalterado o art. 77º do texto anterior, actual art. 76º. O que significa, quanto a nós, que a interpretação da segunda parte do nº 1 desta última disposição legal continua a não ser isenta de dúvidas:

Na verdade, pode entender-se — como julgamos ser a posição majoritária da jurisprudência — que a *agravação* a que aí se alude equivale à expressão quantitativa que assume o terço do limite mínimo da pena aplicável ao crime (e a pena concreta seria então fixada, uma vez por todas, dentro da nova moldura penal, com o seu limite mínimo corrigido para a medida da pena anterior mais grave, se a ultrapassasse); ou — como cremos preferir a doutrina⁸ — que a mesma *agravação* corresponda à diferença, também eventualmente a rever, entre duas penas concretas (a fixar dentro de duas correspondentes molduras penais: a anterior e a posterior à elevação do limite mínimo da pena aplicável). Em qualquer dos casos, o instituto toma compreensivelmente como referência a pena concreta anterior, a cuja falta de eficácia preventiva vai buscar legitimidade e razão de ser. E o silêncio do legislador perante a dúvida, se há que atribui-lhe um sentido, pode significar não ter querido fazer doutrina em questão controversa.

Não deixará, finalmente, de registar-se que em boa hora a Revisão eliminou a expressão final do nº 1 do antigo art. 77º (*a pena aplicável não pode ir além do máximo previsto no tipo le-*

8 FIGUEIREDO DIAS, *ib.*, pp. 351 e ss.

gal de crime), de sentido equívoco, se não contraditório com o sistema consagrado.

Não serão aqui abordados o concurso e a pena relativamente indeterminada, que só muito discutivelmente — pelo menos — podem ser qualificadas como circunstâncias modificativas (agravantes).

b) Especiais

As agravantes especiais — como tal descritas na Parte Especial do Código nos seus pressupostos e efeitos — dão em geral lugar à agravação de um terço nos limites mínimo e máximo das penas em que se repercutem. É o que acontece, p. ex., com as constantes dos arts. 158º, nº 4, 160º, nº 3, 161º, nº 2, al. b), 177º, nºs 1, 2 e 4, 183º, nº 1, 185º, nº 2, al. b), 187º, nº 2, al. a), 197º, 199º, nº 3, 294º, 300º, nº 4, 343º e 361º.

Ao arrepio daquela regra de agravação encontrámos tão-só as circunstâncias contempladas nos arts. 177º, nº 3, 184º e 241º, nº 2, que elevam aqueles limites de metade, as duas primeiras, e de um quarto, a última.

3. Atenuantes:

a) Comuns

Comissão por omissão (art. 10º, nº 3), erro censurável sobre a ilicitude (art. 17º, nº 2), tentativa (art. 23º, nº 2), cumplicidade (art. 27º, nº 2), excesso de legítima defesa (art. 33º, nº 1), estado de necessidade desculpante (art. 35º, nº 2), consentimento não conhecido do agente (art. 38º, nº 4), e bem assim todas quantas devam considerar-se abrangidas pelo art. 72º⁹.

⁹ São ainda circunstâncias atenuantes modificativas, previstas em diplomas avulsos, a qualidade de jovem imputável (art. 4º do Dec.-Lei nº 401/82, de 23 de Setembro) e de titular de cargo político (art. 6º da Lei nº 34/87, de 16 de Julho).

Todas estas circunstâncias atenuam a pena pela via do art. 73º (anterior art. 74º).

Como diferença mais relevante em relação ao texto anterior, introduzida pela Revisão, assinale-se que a tentativa passa a ser em princípio punível tão-só quando ao crime consumado respectivo corresponda pena superior a 3 — e não já apenas 2 — anos de prisão (art. 23º, nº 1). Esta regra não obstou a que o legislador, em numerosos preceitos, tivesse consagrado a punibilidade da tentativa relativamente a crimes a que correspondem penas até três, dois e mesmo um ano de prisão¹⁰, afastando dessa forma a sua impunidade em situações que já eram sancionadas no texto anterior à Revisão. Em contrapartida, registam-se inúmeros casos de tentativa punível face àquele texto agora descriminalizados por força do novo regime¹¹.

b) Especiais

Tínhamos por norma distribuí-las por três grupos¹²:

¹⁰ Arts. 134º, nº 2, 154º, nº 2, 193º, nº 2, 203º, nº 2, 205º, nº 2, 208º, nº 2, 212º, nº 2, 217º, nº 2, 219º, nº 2, 221º, nº 2, 224º, nº 2, 225º, nº 2, 226º, nº 2, 234º, nº 2, 254º, nº 2, 256º, nº 2, 258º, nº 3, 259º, nº 2, 263º, nº 3, 264º, nº 2, 270º, nº 2, 336º, nº 3, 337º, nº 2, 338º, nº 3, 339º, nº 2, 341º, nº 2, 367º, nº 4.

¹¹ Arts. 135º, nº 1 (135º, nº 1), 140º, nºs 2 e 3 (140º, nºs 1 e 2), 156º, nº 1 (158º, nº 1), 236º (186º), 249º (196º), 175º (207º), 265º, nº 1, als. b) e c) [241º, al. b)], 268º, nº 2 (245º, nº 2), 269º, nº 2 (247º, nº 2), 275º, nº 1 (260º), 281º, nº 1 (271º, nºs 1 e 2), 297º, nº 1 (285º, nº 1), 304º, nº 2 (292º, nº 2), 318º, nº 2 (345º, nº 2), 321º (350º), 328º (362º), 333º, nº 4, al. b) (368º, nº 4), 334º (369º), 338º, nº 1 (374º), 344º (380º), 352º, nº 1 (392º, nºs 2, 3 e 4), 359º, nºs 1 e 2 (402º, nºs 1 e 2), 365º, nº 3, al. b) (408º, nº 2), 370º (418º), 375º, nºs 2 e 3 (424º, nº 2), 382º (432º), 384º (434º). Entre parêntesis indicam-se os preceitos correspondentes, no texto anterior à Revisão, aos artigos referidos em primeiro lugar.

¹² Os artigos citados, sem outra indicação, nos três parágrafos que seguem pertencem ao texto anterior à Revisão.

As que, previstas na parte especial do Código, conduziam *expressis verbis* à atenuação especial da pena, fazendo inequívoco apelo à aplicação do art. 74º: arts. 135º, nº 2, última parte, e 201º, nº 3;

as referidas na parte especial do Código, e até em diplomas avulsos, como dando lugar à *atenuação livre* da pena (p. ex.: arts. 268º, 269º, nº 5, 273º, nº 6, 275º, nº 5, 276º, nº 3, 277º, nº 8, 278º, nº 4, 279º, nº 5, 287º, nº 4, 303º, nº 5, 382º, nºs 1 e 2, 403º, nº 2, e 423º, nº 2; cf., ainda, o art. 31º, nº 2 do Dec.-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro), que se entendia como remetendo igualmente para os termos da atenuação especial do art. 74º; e ainda

as que, consagradas na parte especial do Código — eventualmente também noutros diplomas — com medida própria de atenuação, excluíam naturalmente o recurso ao art. 74º (p. ex.: arts. 210º e 301º, nº 1).

Pois bem. Face ao texto da parte especial do Código posterior à Revisão aquela classificação perdeu razão de ser. Na verdade, por um lado foi eliminada toda e qualquer alusão à atenuação livre da pena, substituída, sem excepção, pela referência à atenuação especial. Por outro, desapareceram as atenuantes com medida própria, todas elas reportando-se agora, da mesma forma, àquela atenuação^{13,14}.

Será, assim, também pela via e nos termos dos arts. 72º e 73º (antigos 73º e 74º anteriores à Revisão) que as atenuantes especiais — tal como as comuns — hão-de repercutir-se hoje na pena prevista em abstracto para o crime. O que suscita umas

13 V. *al. b)*, p. 34.

14 V. arts. 162º; 206º, nºs 1 e 2; 209º, nº 3, 212º, nº 4, 213º, nº 3, 216º, nº 3, 217º, nº 4, 218º, nº 3, 219º, nº 5, 220º, nº 3, 221º, nº 5, 224º, nº 4, 225º, nºs 4 e 6, 231º, nº 3, *al. a)*, 232º, nº 2; 226º, nº 5, 227º, nº 3, 286º, 294º; 299º, nº 4, 300º, nº 6; 309º, nº 2, 325º, nº 3, 345º, 352º, nº 2; 364º, 373º, nº 2, 374º, nº 3; 372º, nº 4.

tantas considerações, embora muito breves, acerca daquelas duas disposições legais.

No art. 72º (pressupostos da atenuação especial) deparamos com duas inovações introduzidas pela Revisão:

- A referência, na parte final do seu nº 1, a circunstâncias que diminuam por forma acentuada a **necessidade da pena**.

Na verdade, definidas, pela Revisão, a culpa como pressuposto e limite da pena, e a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade como seus fins (art. 40º, nºs 1 e 2); perfilhado, em consequência, um sistema que ajusta a pena às necessidades de reintegração social do delincente, ponderadas a dentro da moldura penal exigida pela tutela dos bens jurídicos violados mas intralimitada à culpa; a pena legitimar-se-á tão-só enquanto **necessária** para a realização dos seus fins, e a medida dessa necessidade, corporizada nas circunstâncias que envolvem o crime, há-de reflectir-se na sua própria medida, desde logo pela via da atenuação especial.

- A consagração, no seu nº 3, do princípio da proibição da dupla valoração no que toca às circunstâncias modificativas atenuantes, a que atrás já se fez referência¹⁵.

No que respeita ao art. 73º (termos da atenuação especial), a Revisão consagrou um sistema sem dúvida mais simples, claro e consequente do que o anterior, isento das dificuldades que este apresentava, nomeadamente na interpretação das *als. c)* e *d)* do então art. 74º. A atenuação especial reconduz-se, agora, ao seguinte esquema:

- O limite superior das penas**, de prisão ou de multa, é reduzido de um terço.

15 V. *al. c)*, p. 35.

b) Quanto ao **limite inferior**:

1. o de prisão é reduzido a um quinto, se igual ou superior a 3 anos, e ao mínimo legal se inferior;
2. o da multa é reduzido ao mínimo legal.

Se o **limite superior da pena de prisão** não exceder 3 anos, a pena pode ser substituída por multa, dentro dos limites gerais desta, ou seja, entre 10 e 360 dias (art. 47^o).

Traçado o quadro geral das circunstâncias modificativas, como proceder em caso de concurso destas, quando coexistam no caso concreto diversas atenuantes e/ou agravantes susceptíveis de reflectir-se na moldura legal da pena?

Tratando-se de **atenuantes**:

Não há razões que deponham — bem pelo contrário — contra o sistema, tradicional no nosso direito, de cumular sucessivamente os respectivos efeitos. Antes da Revisão, as circunstâncias especiais com medida própria de atenuação deveriam, naturalmente, ser as primeiras a repercutir-se na pena (com primazia para as relativas ao facto, seguidas das relativas ao agente), e só depois as restantes — comuns ou especiais — então por uma ordem praticamente indiferente, já que os seus efeitos atenuativos (decorrentes do art. 74^o) eram idênticos.

Porém, eliminadas, pela Revisão, as atenuantes especiais com efeito próprio, e reconduzidas que foram ao art. 73^o, é hoje irrelevante a ordem por que todas as atenuantes — especiais ou comuns — intervêm na cumulação sucessiva, dada a identidade de efeitos que produzem.

Relativamente às **agravantes**:

À minguia de um preceito correspondente ao § único do art. 96^o do Código anterior, também os efeitos das agravantes são hoje em princípio cumuláveis, segundo uma ordem que há-de iniciar-se pelas agravantes especiais (as relativas ao facto primei-

ro, depois as concernentes ao agente — se os seus efeitos forem diferentes) e atender em última linha ao efeito agravante da reincidência. No que respeita às primeiras, a acumulação só não terá lugar quando — para além, naturalmente, das situações de dupla valoração¹⁶ — o efeito de alguma delas for preclusivo do das restantes, por determinação da lei ou sua própria configuração.

Consiste este efeito preclusivo, como atrás se escreveu¹⁷, em, face a um concurso de circunstâncias, atender-se apenas à de efeito mais forte ou intenso para a determinação da pena aplicável, sendo as restantes valoradas, como se gerais, na medida concreta da pena. São exemplos legais, como então se disse, os constantes dos arts. 177^o, n^o 5, 204^o, n^o 3 e 213^o, n^o 5.

Finalmente, concorrendo simultaneamente circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, é sabido — e consequente — que comece por determinar-se a medida legal da pena em função das primeiras; sobre a moldura assim obtida incidirão depois os efeitos das atenuantes.

II

*PENA CONCRETA*¹⁸

Definida em abstracto a moldura da pena, será altura de fixar-lhe a sua concreta medida, nos termos genericamente equacionados no art. 71^o, n^o 1, vale dizer, *em função da culpa do agente e das exigências de prevenção* de futuros crimes.

Culpa aquela entendida no seu sentido comum, como elemento do conceito de crime: o juízo de censura que é possível dirigir ao agente por não se ter comportado, como podia, de acordo com a norma; e olhada em concreto, como culpa pelo

16 V. *als. b) e c)*, respectivamente, pp. 34 e 35.

17 V. *al. d)*, p. 35.

18 Segue-se, de muito perto, a obra citada do Prof. FIGUEIREDO DIAS.

concreto ilícito praticado — sem deixar de configurar uma culpa pela personalidade quanto às facetas desta que, através dela, devam reflectir-se na pena (outras o farão pela via da prevenção). Prevenção, por seu turno, no sentido utilizado no domínio dos fins das penas (prevenção geral positiva ou de integração, e especial de socialização).

A culpa, enquanto pressuposto da pena, definirá o seu limite máximo, o pano de fundo, a moldura dentro, e só dentro, da qual as exigências da prevenção, como fins da pena, lhe fixarão a medida. Não há razões de prevenção que possam situar a pena fora da dimensão da culpa (*nulla pena sine culpa*), não porque aquela deva retribuir esta — sem embargo de tal retribuição poder constituir um seu efeito —, mas porque a punição sem culpa se volveria em ofensa à dignidade do delinquente — e a dignidade da pessoa humana é fundamento essencial do Estado de Direito que somos (arts. 1º e 9º, al. b), C.R.P.; v., ainda, arts. 25º, nº 1 e 26º, nº 2).

Adentro da moldura da culpa, serão razões de prevenção geral positiva que hão-de permitir delinear uma submoldura cujos limites coincidirão, o superior com a medida óptima de tutela dos valores ofendidos pelo crime, no sentido de tutela das expectativas da comunidade quanto à manutenção (ou reforço) da norma violada, o inferior com a pena ainda suportável pela comunidade com vista a essa tutela¹⁹: limites correspondentes, portanto, ao máximo e mínimo admissíveis para a medida concreta da pena, inultrapassável aquele (não obstante intralimitado à culpa) porque a reacção penal, a pena, só se legitima enquanto necessária para a tutela a que aspira (art. 18º, nº 2, C.R.P.), inultrapassável

19 ... mais do que a moldura penal abstractamente cominada na lei, é a concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, funcionando, assim, como referência para a comunidade (Preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, nº 1).

o segundo porque nele se joga a própria *defesa do ordenamento jurídico*²⁰.

As exigências de prevenção especial de socialização vão determinar, no quadro da submoldura da prevenção geral, a medida exacta da pena concreta, susceptível de descer até ao limite inferior daquela moldura²¹ quando o agente do crime não careça de ser socializado mas tão só advertido.

Em síntese e à guisa de conclusão:

A culpa posiciona-se como pressuposto e limite (não fim) da pena, cuja medida (e forma de execução ou cumprimento²²) há-de ser fixada em função das exigências de prevenção, concebidas como finalidades da punição; e a necessidade da pena (para realizar os fins que visa) assume-se como fundamento da sua legitimidade, a sobrepor-se à concepção retributiva da pena (arts. 40º, nºs 1 e 2 e 71º, nº 1; v., ainda, embora directamente relativos à aplicação das penas de substituição e, portanto, à escolha da pena, arts. 45º, nº 1, 48º, nº 1, 50º, nº 1, 58º, nº 1, 59º, nº 6, 60º, nº 2, 70º).

A *quantificação* da culpa e bem assim da intensidade ou grau de exigência das razões de prevenção, em função das quais se vão dimensionar as correspondentes molduras, faz-se através da ponderação das circunstâncias gerais presentes no caso con-

20 FIGUEIREDO DIAS, *ib.*, p. 306, n. 70, citando ANABELA RODRIGUES.

21 ROXIN, citado por FIGUEIREDO DIAS, admite mesmo que por razões de prevenção especial a pena possa baixar aquém do limite mínimo da moldura da culpa, até ao limite mínimo legal — orientação hoje claramente contrariada pela redacção do actual art. 40º, nºs 1 e 2, que da mesma forma, e reforçado pelo art. 71º, nº 1, afasta as teorias que apelam para a culpa na determinação da medida concreta da pena.

22 A execução da pena revelará a capacidade ressocializadora do sistema com vista a prevenir a prática de novos crimes (Preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, nº 1). V. art. 43º, nº 1.

creto (... *circunstâncias que... depuserem a favor do agente ou contra ele...* — art. 71º, nº 2).

Estas circunstâncias — sob pena de sair maltratada a proibição da dupla valoração, também aqui relevante (... *circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime...* — art. 71º, nº 2) — não hão-de ter sido já levadas em conta na determinação da medida abstracta da pena, seja através da sua contribuição para a formação do tipo de crime, de que seriam então elementos típicos (p. ex., o pedido da vítima ou a qualidade de funcionário, face aos crimes previstos no art. 134º e nos arts. 372º e ss., respectivamente), seja porque já antes funcionaram como circunstâncias modificativas estranhas ao tipo (p. ex., a tentativa ou a cumplicidade), e até na medida em que já utilizadas para a escolha da pena. O que não significa que algumas delas não possam ser reavaliadas, embora numa perspectiva diferente, sem ofensa do *ne bis in idem* (p. ex., numa visão global ou conjunta, para efeito de aplicação da pena relativamente indeterminada ou da pena única no concurso — arts. 77º, nº 1 e 83º, nº 1; ou para a determinação da pena a aplicar ao agente de um crime de ofensas corporais, face à gravidade das lesões produzidas na vítima, muito embora estas já tenham sido ponderadas para a qualificação da conduta, ou da pena a aplicar a um furto qualificado pela al. g) do nº 2 do art. 204º, quando o número de participantes seja superior a dois; etc.). Não fora algum receio de entrar em domínios pouco explorados e de não fácil transposição para o concreto e acrescentaria mesmo que não estaria vedado o recurso, na fixação da pena, àquelas circunstâncias que, muito embora já consideradas pelo legislador para a formulação do tipo, o foram em grau ou intensidade manifestamente inferiores àqueles que revestem no caso concreto: o *excesso* sobre a previsão legislativa configuraria, então, uma circunstância atendível na graduação da pena, e porventura mesmo inspiradora da atenuação especial do art. 72º (seria, p. ex., o caso da emoção violenta prevista no art. 133º, quando excedesse a intensidade necessária para o preenchimento do tipo legal).

Uma vez identificadas, com recurso aos exemplos-padrão do art. 71º, nº 2 (e até do art. 72º, nº 2, desde que fora da previsão do seu nº 1), as circunstâncias que relevam para a pena concreta, impõe-se classificá-las enquanto se repercutam nesta através da culpa ou da prevenção — ou mesmo por ambas as vias, já que podem ser ambivalentes²³ (p. ex., a utilização de um instrumento de trabalho — digamos, uma foice — como arma do homicídio, se agrava a ilicitude do facto, é igualmente susceptível de suscitar, nomeadamente se tal uso se mostra frequente, uma determinada postura ou expectativa da comunidade quanto aos termos da reacção penal, e ainda de traduzir uma certa atitude ou modo de ser desajustados do agente, havendo então de reflectir-se na pena concreta respectivamente através da culpa e da prevenção, geral e especial).

III ESCOLHA DA PENA PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

O problema da escolha da sanção a aplicar pode suscitar-se logo na fase de determinação em abstracto da pena: assim acontece, por imposição do art. 70º, sempre que a pena for cominada no tipo legal em alternativa (prisão ou multa). Na mesma fase pode, aliás, colocar-se uma outra questão, que não deixa de ser igualmente de escolha — só que agora entre a aplicação, ou não, de uma pena ao agente do crime: é o que acontece quando reunidos os requisitos que presidem à dispensa de pena, nos termos do art. 74º.

Se já concretamente *determinada* na sentença a pena que *deve ser aplicada* ao agente, mas ainda sem efectiva aplicação, pode aquela, presente que seja o condicionalismo previsto na lei, ser substituída por prestação de trabalho a favor da comunidade

23 FIGUEIREDO DIAS, *ib.*, pp. 265 e ss.

(arts. 58º e 59º) ou por uma admoestação (art. 60º), conforme seja de prisão ou de multa. Quando não só determinada como igualmente *aplicada*, ou seja, objecto de efectiva condenação, será eventualmente passível de ser substituída, conforme os casos, por multa ou outra pena não privativa de liberdade (art. 44º), cumprida por dias livres (art. 45º) ou em regime de semidetenção (art. 46º), substituída por dias de trabalho (art. 48º), ou ver suspensão a sua execução (arts. 50º a 57º).

O critério geral que preside à escolha da pena (art. 70º) e bem assim os critérios particulares a que obedece a aplicação (escolha) das penas de substituição, assentam no pressuposto comum, clara e repetidamente explicitado na redacção introduzida pela Revisão, de que a pena escolhida há-de realizar *de forma adequada e suficiente as finalidades da punição*, tal como agora definidas no art. 40º, nº 1: *a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*, vale dizer, as exigências da prevenção geral positiva e da prevenção especial de socialização. São, portanto, puras razões ou exigências de prevenção que dominam a operação de escolha da pena, portanto a aplicação das penas de substituição²⁴: a culpa esgotou as suas virtualidades na determinação da pena principal.

Ao substituir as penas mistas de prisão e multa — cujos componentes, atenta a sua distinta natureza, dificilmente se ajustam na realização dos fins da punição — pelas penas, em alternativa, de prisão ou multa, a Revisão apostou numa mais frequente operação de escolha da pena por parte do julgador.

Na verdade, as penas de prisão e de multa, quando previstas na parte especial do Código para um mesmo tipo legal, não são mais aplicáveis cumulativamente senão em termos de alternatividade, combinando-se os dois componentes da pena, como

24 V., além do cit. art. 70º, os arts. 44º, nº 1, 45º, nº 1, 48º, nº 1, 50º, nº 1, 58º, nº 1, 59º, nº 6, 60º, nº 2.

regra, na proporção de três para um, respectivamente. Esta proporção-regra encontra a sua expressão paradigmática nas penas-padrão de prisão até 3 anos ou multa (até 360 dias)²⁵, prisão até 2 anos ou multa até 240 dias²⁶ e prisão até 1 ano ou multa até 120 dias²⁷, mantendo-se, outrossim, em duas penalidades distintas daquelas: a de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias — em princípio prevista para a pequena e média criminalidade patrimonial, embora igualmente aplicável a alguns tipos legais esparsos²⁸ — e a de prisão até 6 meses ou multa até 60 dias²⁹.

Para além das referidas penas e ao arrepio da correspondência (de 3 para 1) em que a prisão e a multa nelas se articulam, o legislador, por razões nem sempre claras, acabou por prever

25 Arts. 137º, nº 1, 143º, 154º, 156º, nº 1, 158º, nº 1, 190º, nº 3, 203º, nº 1, 205º, nº 1, 212º, 217º, 219º, nº 1, 221º, nº 1, 224º, nº 1, 225º, nº 1, 227º, nºs 1 e 4, 256º, nº 1, 258º, nº 1, 259º, nº 1, 266º, 268º, nº 2, 269º, nº 2, 274º, 275º, nº 1, 277º, nº 3, 282º, nº 3, 283º, nº 3, 291º, nº 1, 297º, nº 1, 302º, nº 2, 328º, nº 1, 336º, nº 2, 338º, nº 1, 328º, nº 2, 359º, nºs 1 e 2, 360º, nºs 1 e 2, 365º, nºs 1 e 3, *al. b*), 367º, nºs 1 e 2, 370º, nºs 1 e 2, 372º, nº 2, 375º, nºs 2 e 3, 378º, 382º, 383º, nº 1, 384º.

26 Arts. 139º, 148º, nº 3, 151º, 153º, nº 2, 174º, 175º, 193º, 200º, nº 2, 208º, 215º, nºs 1 e 2, 223º, 226º, nº 1, 229º, *al. a*), 230º, 232º, nº 1, 247º, 248º, 249º, 250º, 254º, 260º, nºs 1, 2 e 3, 263º, nºs 1 e 2, 264º, 269º, nº 3, 270º, nº 1, 275º, nº 2, 276º, 291º, nº 2, 304º, nº 2, 305º, 330º, nºs 1 e 2, 332º, nº 1, 339º, 348º, nº 2, 351º, 353º, 356º, 358º, 363º, 371º, nº 1, 373º, nº 1, 379º, nº 1, 380º.

27 Arts. 148º, nº 1, 153º, nº 1, 171º, 200º, nº 1, 209º, nºs 1 e 2, 228º, 229º, *al. b*), 251º, nºs 1 e 2, 252º, 253º, 260º, nº 4, 265º, nº 1, 271º, nºs 1 e 2, 275º, nº 3, 291º, nº 3, 292º, 302º, nº 1, 304º, nº 1, 306º, 307º, nº 2, 323º, 332º, nº 2, 336º, nº 1, 337º, 338º, nº 2, 341º, 342º, 348º, nº 1, 357º, 365º, nº 2, 366º, nº 1, 376º, nºs 1 e 2, 381º, 385º.

28 Arts. 204º, nº 1, 205º, nº 4, *al. a*), 213º, nº 1, 218º, nº 1, 219º, nº 4, *al. a*), 221º, nº 4, *al. a*), 225º, nº 5, *al. a*), 226º, nº 4, 227º, nº 2, 231º, nº 1, 235º, 256º, nº 3, 295º, nº 1, 360º, nº 3.

29 Arts. 156º, nº 3, 216º, 220º, 261º, 266º, 293º, 298º, nº 1, 307º, nº 1, 371º, nº 2, 374º, nº 2, 377º, nºs 2 e 3.

inúmeras outras em que aqueles componentes, continuando embora a relacionar-se de forma alternativa, o fazem, porém, em termos proporcionalmente diferentes dos apontados. É o que acontece com as penas de prisão até 3 meses ou multa até 120 dias³⁰, prisão até 6 meses ou multa até 120 dias³¹, prisão até 6 meses ou multa até 240 dias³², prisão até 1 ano ou multa até 240 dias³³, prisão até 1 ano ou multa (até 360 dias)³⁴, prisão até 2 anos ou multa até 120 dias³⁵, prisão até 2 anos ou multa (até 360 dias)³⁶, prisão até 3 anos ou multa até 60 dias³⁷ e prisão até 3 anos ou multa até 600 dias³⁸.

Mostra-se do exposto que a Revisão adoptou em geral o critério de prever a alternativa de multa (até um máximo de 360 dias) para a pena de prisão (até ao limite de 3 anos), constituindo únicas excepções — quanto ao tempo da prisão e da multa — as penas de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias. Já a correspondência-regra de 3 para 1 entre a prisão e a multa, também em princípio consagrada pelo legislador para as situações de alternativa, soçobra com maior frequência, como se constatou.

Assinale-se, no entanto, que nem sempre a pena de prisão até 3 anos é acompanhada de multa em alternativa³⁹, como nem sempre a multa se limita a desempenhar a função de sucedânea

30 Art. 181º.

31 Arts. 231º, nº 2, e 281º, nº 3.

32 Arts. 180º, 185º, 187º.

33 Arts. 190º, nº 1, 192º, 194º, nºs 1, 2 e 3, 195º, 196º, 199º, nºs 1 e 2, 281º, nº 2.

34 Arts. 278º, nº 3, e 279º, nº 2.

35 Arts. 183º, nº 2, e 369º, nº 1.

36 Arts. 281º, nº 1, 290º, nº 3, 322º, nº 2, e 369º, nº 5.

37 Art. 191º.

38 Arts. 278º, nº 1, e 279º, nº 1.

39 Arts. 134º, 135º, nº 1, 140º, nºs 2 e 3, 167º, 172º, nº 3, 173º, nºs 2 e 3, 236º, 245º, 290º, nº 2, 296º, 311º, nº 2, 316º, nº 4, 318º, nº 2, 321º, 333º, nºs 3 e 4, als. b) e c), 334º, 344º, 352º, nº 1, 374º, nº 1.

da prisão, antes assumindo-se, embora a título excepcional, como pena única para uns quantos crimes^{40,41}.

Registam-se a seguir algumas das alterações que se julgam de maior interesse, introduzidas pela Revisão no estatuto das várias penas de substituição:

— O tribunal pode não aplicar a pena quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses **ou** só com multa não superior a 120 dias (art. 74º, nº 1): o instituto da **dispensa de pena** vale agora, igualmente, para a multa dissociada da prisão (embora com ligeira descida da sua medida relativamente ao anterior art. 75º). Consigna-se expressamente (art. 74º, nº 3) que a dispensa de pena, qualquer que seja a norma que a preveja⁴², só terá lugar se preenchidos os requisitos do art. 74º, nº 1. Por seu turno, o art. 9º do Dec.-Lei nº 48/95 ressalva a aplicação do novo regime às penas cumulativas de prisão até 6 meses e multa ainda previstas em legislação avulsa.

— *Se dever ser aplicada* (pena concretamente correspondente ao crime, já determinada mas ainda sem aplicação efectiva) pena de prisão em medida não superior a 1 ano ou pena de multa em medida não superior a 120 dias, a primeira é passível de ser substituída por **prestação de trabalho a favor da comunidade** (art. 58º) e a segunda por **admoestação** (art. 60º): reserva-se, assim, a prestação de trabalho para a substituição da prisão e a admoestação para a da multa, em qualquer dos casos alargando-se, agora, os pressupostos da respectiva aplicação.

40 Arts. 265º, nº 2, als. a) e b), 268º, nºs 3 e 4, 366º, nº 2.

41 O Dec.-Lei nº 48/95 contém normas transitórias (arts. 6º, 7º e 9º) aplicáveis às penas cumulativas de prisão e multa que subsistirem após a sua entrada em vigor e a do Código revisto.

42 P. ex., arts. 35º, nº 2, 186º, 286º, 294º, 364º, 372º, nº 3, 373º, nº 2, 374º, nº 3.

— À semelhança do texto anterior à Revisão (arts. 43º e 44º) poderá recorrer-se à **substituição da prisão por multa** (ou outra medida não privativa de liberdade) e à **prisão por dias livres** quando as penas aplicadas sejam as de prisão não superior a 6 e a 3 meses, respectivamente (arts. 44º e 45º).

O art. 44º não preceitua agora expressamente, como o anterior art. 43º, que a prisão seja *substituída pelo número de dias de multa correspondente*, antes remetendo-nos para o art. 47º e, por via deste, para o art. 71º. Fica, assim, claro — uma vez por todas — que a *correspondência* entre as duas penas não se obtém necessariamente pela igualação das respectivas medidas, senão pela determinação destas por recurso a igual critério.

Caso, digamos, atípico de substituição da prisão por multa é o previsto no art. 59º, nº 6, al. a): a pena de prisão fixada na sentença em medida superior a 1 ano, e ali substituída por trabalho a favor da comunidade que o agente não possa prestar por causa que não lhe seja imputável, pode ser substituída por multa até 120 dias.

— De assinalar, ainda, que enquanto no texto anterior à Revisão o não pagamento, voluntário ou coercivo, quer da multa que substituísse a prisão, quer da que houvesse sido directamente aplicada como tal, desencadeava o mesmo efeito (a sua substituição, total ou parcial, pelo número correspondente de dias de trabalho, ou — a não ter lugar esta substituição — o cumprimento da prisão fixada em alternativa na sentença) ⁴³, são agora distintos os regimes introduzidos pela Revisão: se não pagas, a multa que substituiu a prisão resolve-se no cumprimento da pena de prisão aplicada na sentença, enquanto a que foi aplicada como tal é convertida em prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços ⁴⁴.

43 Arts. 43º, nº 3, 46º, nºs 3 e 4, 47º, nºs 2 e 3, do texto anterior.

44 Arts. 44º, nº 2; 49º, nº 1.

— No que respeita à **prisão por dias livres**, a circunstância de a Revisão ter alargado de 15 para 18 o número máximo de períodos de fins-de-semana e aumentado de 4 para 5 a razão de equivalência entre a prisão contínua e a intermitente ⁴⁵ — ou seja, correspondendo hoje os 18 períodos rigorosamente a 90 dias de prisão contínua — pode levar o intérprete a interrogar-se sobre se a conversão da prisão contínua em descontínua não deve passar a obedecer a um mero critério aritmético (cada 5 dias de prisão contínua reconduzidos, por seu turno, a um período); dúvida esta reforçada pelo facto de o legislador ter deixado de falar, no caso, em *substituição* da prisão contínua por uma pena de prisão por dias livres, para se referir a *forma de cumprimento* da prisão ⁴⁶.

— A **suspensão da execução** (arts. 50º a 57º) continua a ter como pressuposto uma pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos mas deixou de abranger a pena de multa. Tal como no sistema anterior (art. 49º) pode ser subordinada ao cumprimento de certos deveres, e agora ainda à observância de determinadas regras de conduta — que transpõem para o instituto deveres que antes se inseriam no regime de prova (art. 54º, nº 2, do texto primitivo) — ou ser também acompanhada deste último regime, se adequado e suficiente para a reintegração social do condenado (art. 53º, nº 1). O **regime de prova** perdeu, em consequência, autonomia como pena de substituição, aplicável a partir de uma pena abstracta, ganhando os contornos de complemento eventual da suspensão e dependendo, através desta, da aplicação de uma concreta pena de prisão até 3 anos.

— Finalmente, a requerimento do condenado, a pena de multa — que *deixa de poder ser objecto de suspensão, reforçando-se assim a sua credibilidade e eficácia* ⁴⁷ — passa, em

45 Art. 45º, nºs 2 e 3.

46 Art. 45º, nº 1; v. art. 44º, nº 1, do texto anterior.

47 Preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, nº 4.

contrapartida, a ser substituível, total ou parcialmente, por **trabalho**, desde que este realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. O incumprimento dos dias de trabalho dá lugar à conversão da multa em prisão (subsidiária) pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, a qual será cumprida ou verá a sua execução suspensa sob certas condições conforme aquele incumprimento for ou não imputável ao condenado (arts. 48º, nºs 1 e 2 e 49º, nº 4).

Trata-se, em rigor, mais de uma *forma de cumprimento* do que de substituição da pena de multa (muito embora o art. 48º, nº 1, na sua redacção, navegue equivocadamente nas duas águas) inspirada na solução do art. 47º, nº 2, do texto anterior, que vai encontrar a sua justificação, nos planos ético e jurídico (tal como a prestação de trabalho a favor da comunidade: art. 58º, nº 5), na própria vontade do condenado. Em contrapartida, como já ficou dito, a multa não substituída por trabalho que não tenha sido paga voluntária ou coercivamente será logo convertida em prisão subsidiária nos termos acima expostos, a cumprir ou suspender consoante o não pagamento seja ou não imputável ao condenado (art. 49º).

PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

ODETE MARIA DE OLIVEIRA

No preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março ¹, de entre os vários propósitos que justificam a revisão, o legislador destaca, pela sua importância, o de *reorganizar o sistema global de penas para a pequena e média criminalidade com vista a permitir, por um lado, um adequado recurso às medidas alternativas às penas curtas de prisão, cujos efeitos crimínógenos são pacificamente reconhecidos, e, por outro, concentrar esforços no combate à grande criminalidade.*

Face ao reconhecimento da necessidade de aumentar a eficácia das *penas alternativas* ², acentua-se, também, que as alterações agora introduzidas nesta área procuram, fundamentalmente, fazer actuar o leque das medidas já consagradas, *eliminando algumas limitações intrínsecas, de modo a ultrapassar as resistências que se têm verificado no âmbito da sua aplicação.*

1 Aprovou o Código Penal revisto, Diário da República, I Série-A, Nº 63, de 15 de Março.

2 A expressão *penas alternativas* não só acentua que a pena de prisão é a sanção por defeito, como, indirectamente, traz consigo o reconhecimento de que as penas não privativas da liberdade justificam a sua existência por referência à pena de prisão. Preferimos, por isso, utilizar antes a expressão *penas não privativas da liberdade*, menos sugestiva da ideia da pena de prisão como a única pena, a pena de referência. Sobre estas implicações, M. KEN PEASE, *L'Avenir de l'Emprisonnement et de ses Alternatives*, Cinquième Conférence de Politique Criminelle, Strasbourg, 27-29 novembre 1995.

Afirma-se, ainda, no aludido preâmbulo, que *a pena de prisão — reacção criminal por excelência — apenas deve lograr aplicação quando todas as restantes medidas se revelem inadequadas, face às necessidades de repressão e prevenção* ³.

Assim, o Código Penal revisto, reafirmando o já adquirido princípio da *ultima ratio* da pena de prisão e a sua adesão às penas de substituição, veio conferir particular destaque àquelas penas cuja execução interpela a própria comunidade. Nesta área, verifica-se a existência de modificações significativas na regulamentação da **pena de prestação de trabalho a favor da comunidade** e da **pena de suspensão da execução da pena de prisão**.

Quanto à **pena de multa** prevista no art. 43^o do Código Penal de 1982 ⁴, acentuou-se o seu carácter de **pena de substituição**, conferindo-se-lhe, deste modo, maior credibilidade.

Na minha exposição, limitar-me-ei a tecer algumas considerações e outra tantas interrogações sobre as alterações do regime jurídico ⁵ destes três tipos de sanções substitutivas da pena de prisão — **pena de multa de substituição, pena de suspensão da execução da pena de prisão e pena de prestação de trabalho a favor da comunidade**.

Privilegiarei apenas alguns aspectos que me parecem merecer maior destaque.

3 Cf. o preâmbulo do Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, pontos 2 e 3.

4 Antes da revisão de 1995. Ao longo do texto, os artigos indicados sem outra referência pertencem todos ao Código Penal revisto. Os artigos do Código Penal de 1982, na redacção anterior à revisão de 1995, serão como tal assinalados.

5 Na preparação desta abordagem — que constitui a intervenção apresentada quando das *Jornadas de Direito Criminal - Revisão do Código Penal - Alterações ao Sistema Sancionatório*, à qual foram, posteriormente, aditadas algumas actualizações — parti da lição de FIGUEIREDO DIAS, que segui de perto.

Neste trabalho procurei, também, surpreender expressões de algumas das orientações consagradas nas Regras Europeias relativas às medidas e sanções aplicadas na comunidade ⁶, plasmadas na *Recomendação do Conselho da Europa* nº R (92) 16.

I

O CRITÉRIO GERAL DA ESCOLHA DA PENA NÃO PRIVATIVA DA LIBERDADE

Uma das críticas de que era objecto o Código Penal de 1982 relacionava-se com a variedade de critérios individualizados de substituição da pena.

FIGUEIREDO DIAS, ao analisar o nosso sistema — e tendo sempre presente as razões históricas e político-criminais que se

6 Ciente de que as sanções não privativas da liberdade evitam a exclusão social, facilitam a reinserção social do agressor e salvaguardam melhor os direitos e interesses das vítimas, no esforço para humanizar as sanções penais e procurando que estas alcancem, também, o objectivo da reconciliação social, através, nomeadamente, da atenção aos direitos e interesses da vítima e na consideração do condenado como um ser respeitável e responsável, o **Conselho da Europa** pretendeu definir um corpo de regras de Direito, em consonância com o espírito e os valores por si defendidos, que pudesse constituir uma referência para os Estados membros, quer ao nível da legislação, quer ao nível da acção, relativamente à aplicação de medidas e sanções não privativas da liberdade. É este corpo de regras que constitui o objecto da *Recomendação nº R (92) 16*, adoptada pelo Comité de Ministros em 19 de Outubro de 1992.

Nos termos do Anexo, o qual faz parte integrante das Regras da *Recomendação*:

La notion de «sanctions et mesures appliquées dans la communauté» se réfère à des sanctions et mesures qui maintiennent le délinquant dans la communauté et impliquent une certaine restriction de sa liberté par l'imposition de conditions et/ou d'obligations, et qui sont mises à exécution par des organismes prévus par les dispositions légales en vigueur.

encontram na origem do movimento de luta contra as penas de prisão de curta duração e a pena de prisão enquanto resposta à pequena e média criminalidade — demonstrava que nele se podia surpreender um *critério geral de escolha ou de substituição da pena*, integrado exclusivamente por exigências de prevenção, uma vez que a função da culpa se manifestava apenas no momento de **determinação da medida** da pena alternativa, da pena de prisão ou da pena de substituição.

Segundo aquele Professor, estaríamos, assim, perante um critério geral fundado em exigências de prevenção especial de socialização, com as limitações decorrentes da exigência da salvaguarda do conteúdo mínimo da prevenção geral de integração indispensável à defesa do ordenamento jurídico.

O Código Penal revisto, afirmando no art. 40º que *a aplicação das penas visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade* e adoptando, em várias disposições⁷, terminologia uniforme — *finalidades da punição* — não deixa agora margem para dúvidas de que o critério geral de escolha e de substituição da pena **radica-se exclusivamente em exigências de prevenção**: sempre que a pena não privativa da liberdade realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, é por esta que o Tribunal deverá optar, esteja a pena não privativa da liberdade prevista, em alternativa, no tipo, seja enquanto pena de substituição.

7 Cf. os arts. 45º, 48º, 50º, 58º e 71º.

II

PENA DE MULTA DE SUBSTITUIÇÃO

Parece-me interessante começar por recordar que a pena de multa de substituição continua a ser a sanção mais frequentemente aplicada pelos nossos Tribunais⁸.

Assim e relativamente ao ano de 1994, a pena de **multa de substituição** foi aplicada em cerca de 28% do total das condenações⁹. Por outro lado, de entre as penas de substituição da pena de prisão, a pena de multa continua também a ser aquela a que os tribunais mais frequentemente recorreram — 38%¹⁰.

No ano de 1993, a pena de multa de substituição atingiu valores superiores — 33% do total das condenações e 44% do total das penas de prisão.¹¹

8 Posteriormente à realização das Jornadas, esta situação tem vindo a alterar-se; assim, as Estatísticas da Justiça revelam que no ano de 1995 a pena de multa de substituição foi aplicada em cerca de 25% do total das condenações, enquanto que a pena de suspensão da execução da pena de prisão foi aplicada em cerca de 26% do total das condenações. Já quanto ao ano de 1996, a pena de multa de substituição foi aplicada em cerca de 13% do total das condenações, enquanto que a penas de suspensão da execução da pena de prisão foi aplicada em cerca de 20% do total das condenações.

9 Segundo os dados provisórios do Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, relativamente ao ano de 1994. De acordo com os mesmos dados e no extremo oposto, a **pena de prestação de trabalho a favor da comunidade** e o **regime de prova** continuam a situar-se na ínfima percentagem de 2% do total das condenações.

10 Em segundo lugar surge a pena de substituição suspensão da execução da pena de prisão — 32%.

11 É interessante também verificar que continua a aumentar significativamente a percentagem das penas de multa aplicadas (pena principal + pena de substituição), tendo atingido 43% do total das condenações no ano de 1991 e 52% em 1994. Em 1993 atingiu o valor mais elevado — 57%.

O REGIME DA PENA DE MULTA DE SUBSTITUIÇÃO NO CÓDIGO PENAL DE 1982

Antes da revisão de 1995, era o seguinte o regime da pena de multa de substituição:

Sob a epígrafe *Substituição da prisão por multa*, dispunha o art. 43º, nº 1, do Código Penal de 1982:

1. *A pena de prisão não superior a 6 meses será substituída pelo número de dias de multa correspondente, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir a prática de futuros crimes.*

No seu nº 3, determinava-se a aplicação à pena de multa de substituição do regime constante dos artigos 46º e 47º, ambos do Código Penal de 1982. Nestes, regulamentava o legislador o regime da pena pecuniária, não enquanto pena de substituição, mas como pena principal — **multa autónoma, alternativa ou complementar**.

No então art. 46º, o legislador afirmava a sua opção pelo modelo dos dias de multa, fixava o respectivo limite mínimo em 10 dias e o máximo em 300 dias e, na determinação do quantitativo de cada dia de multa, mandava atender à situação económica ou financeira do condenado, estabelecendo o mínimo de 200\$00 e o máximo de 10.000\$00.

Procurando acautelar a desejável credibilidade e eficácia da pena de multa, o legislador impunha que fosse fixada **prisão em alternativa**¹² pelo tempo correspondente, embora reduzido a dois terços.

Na busca da indispensável individualização da sanção, em ordem a permitir que fosse levada em conta a situação económica ou financeira do condenado, o legislador acautelava ainda, no mesmo art. 46º, a possibilidade de pagamento da multa a prazo ou em prestações.

12 Ainda que a condenação fosse em pena de multa *complementar*.

No aludido art. 47º, o legislador estabelecia as consequências do não pagamento da pena de multa. Assim, se não se verificasse o pagamento voluntário, haveria lugar ao **pagamento coercivo**. Se, mesmo assim, a multa não fosse paga, haveria ainda lugar à sua substituição, total ou parcial, pelo número correspondente de **dias de trabalho** em obras ou oficinas do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público. Só no caso de a multa não ser paga, voluntária ou coercivamente, nem ocorrer a sua substituição por dias de trabalho, é que o condenado cumpriria a **pena de prisão em alternativa, fixada na sentença**, pelo tempo correspondente reduzido a dois terços.

Em caso de não pagamento **não culposo**, o referido art. 47º previa ainda a possibilidade de a prisão em alternativa ser reduzida até 6 dias ou decretar-se a isenção da pena.

Por último, procurando acautelar a situação de colocação **intencional** do condenado em condições de não pagar a multa ou de não poder ela ser substituída por dias de trabalho, previa-se a punição do agente com a pena prevista, no art. 388º do Código Penal de 1982, para a desobediência qualificada — pena de prisão até 2 anos e multa até 100 dias.

Na vigência do art. 43º do Código Penal de 1982, ao apreciar-se do regime da pena de multa de substituição, críticas surgiram no sentido de que, afinal, era o próprio legislador que acabava por “roubar” campo de aplicação às outras sanções substitutivas da pena de prisão que tinham como pressuposto formal a aplicação de pena de prisão em medida não superior a seis meses, em particular a medida inovadora da prestação de trabalho a favor da comunidade, na qual se depositavam, na altura, muitas esperanças.

Contudo, já então para FIGUEIREDO DIAS, o que estaria em causa no referido art. 43º do Código Penal de 1982 não era uma regra de preferência pela pena de multa, quando esta concorresse com outras penas substitutivas. Salientava que, pelo contrário, importaria sempre apurar, face ao caso concreto, qual das penas

não privativas da liberdade aplicáveis — pena de multa ou outra — melhor realizaria as finalidades da punição, concluindo que só no caso de haver *mais do que uma espécie de pena que satisfaça igualmente aquelas exigências, e sendo uma delas a de multa, deve esta ser preferida* ¹³.

Por outro lado, negando a existência de contradição e defendendo a possibilidade de aplicação cumulativa dos arts. 71º e 43º, ambos do Código Penal de 1982, criticava a orientação que recusava a possibilidade de substituição da pena de prisão, nos termos do aludido art. 43º, quando ao crime fosse aplicável em alternativa pena privativa e pena não privativa da liberdade, orientação fundada no argumento de que a opção pela pena de prisão já revelava que a pena não privativa da liberdade não satisfazia, com suficiência, as exigências de prevenção geral e especial ¹⁴.

Segundo o Autor, num primeiro momento o Tribunal estava obrigado a dar preferência a uma pena não privativa da liberdade; num segundo momento, se a pena aplicada não fosse superior a 6 meses de prisão, o Tribunal teria de substituir a pena de prisão, **excepto se a execução desta fosse imposta por exigências de prevenção especial ou geral** ¹⁵.

Defendia, ainda, serem também considerações de prevenção especial de socialização que decidiriam da espécie de pena de substituição, quando fossem aplicáveis mais do que uma. Não existiria, assim, entre elas qualquer *hierarquia legal*, havendo

13 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, § 560, p. 365.

14 Era o seguinte o texto do art. 71º do Código Penal de 1982:

Se ao crime forem aplicáveis pena privativa ou pena não privativa da liberdade, deve o tribunal dar preferência fundamentada à segunda sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime.

15 *Ob. cit.*, § 556, p. 363.

sempre que atender ao caso concreto e à forma mais adequada de responder às exigências de prevenção.

O REGIME DA PENA DE MULTA DE SUBSTITUIÇÃO NO CÓDIGO PENAL REVISTO

O Código Penal revisto vem agora, no art. 44º — artigo correspondente ao art. 43º, na redacção anterior à revisão de 1995 — introduzir algumas alterações, regulamentando de forma diversa as consequências do não pagamento da **multa de substituição**.

É o seguinte o seu teor:

Artigo 44º

(Substituição da pena curta de prisão)

1. *A pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses é substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 47º.*

2. *Se a multa não for paga, o condenado cumpre a pena de prisão aplicada na sentença. É correspondentemente aplicável o disposto no nº 3 do artigo 49º.*

O legislador não só reafirma a sua adesão ao movimento de luta contra as penas privativas da liberdade de curta duração, admitindo só a título excepcional a sua execução efectiva — uma pena de prisão não superior a 6 meses nunca deverá ser executada excepto se tal for exigido pela *necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes* — como coloca agora claramente no mesmo plano a **pena de multa** de substituição e as restantes ¹⁶ **penas de substituição aplicáveis**.

16 Restantes penas de substituição que, actualmente, se encontram limitadas a duas: **pena de suspensão da execução da pena de prisão** e **pena de prestação trabalho a favor da comunidade**, uma vez que a pena de admo-

Parece, assim, que a revisão de 1995 procurou obviar às críticas que a letra do art. 43º do Código Penal de 1982 então justificava, constando agora, expressamente, do art. 44º que a pena de prisão será substituída por **multa ou por outra pena não privativa da liberdade**, alterando-se também, em consonância, a epígrafe do referido artigo — onde outrora se acentuava o tipo de substituição (*Substituição da prisão por multa*) salienta-se hoje a duração da pena de prisão a substituir (*Substituição da pena curta de prisão*).

Contudo, sempre se dirá que, pese embora o teor da epígrafe actual — *Substituição da pena curta de prisão* — e a referida alteração textual, o art. 44º continua, no fundo, a ser um artigo vocacionado primordialmente a regulamentar a **pena de multa de substituição** decorrente da substituição de uma pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses.

É o que parece resultar não só do facto de as outras penas de substituição terem regulamentação própria — aliás bem compreensível e desejável face à especificidade de cada tipo de sanção e à existência de âmbitos de aplicação diversos¹⁷ — mas também da circunstância de, logo na 2ª parte do nº 1 do referido art. 44º, o legislador optar por colocar aí a regulamentação do regime da pena de multa de substituição: *É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 47º*.

Ao que acresce ainda o próprio teor do nº 2 do referido art. 44º, que apenas vem regulamentar as consequências decorrentes do não pagamento da **pena de multa de substituição** e

estação — no Código Penal de 1982 pena de substituição da pena de multa, mas também da pena de prisão não superior a 3 meses — deixa agora no Código Penal revisto de ser uma pena de substituição da pena de prisão; nos termos do seu art. 60º, funciona, agora, somente como pena de substituição da pena de multa que deva ser aplicada em medida não superior a 120 dias.

¹⁷ Cada pena de substituição tem um regime individualizado em consonância com o seu campo de aplicação, definido em razão de um determinado objectivo político-criminal.

não as resultantes do incumprimento da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade ou da falta de cumprimento das condições da pena de suspensão da execução da pena de prisão.

Parece-me, contudo, que o regime decorrente do não pagamento da pena de multa de substituição deveria — à semelhança do que ocorre quanto ao incumprimento das penas de substituição **suspensão da execução da pena de prisão** (arts. 56º e 57º) e **prestação de trabalho a favor da comunidade** (art. 59º) — estar previsto noutra disposição e não no mesmo preceito onde se estabelece o princípio de substituição da pena de prisão de curta duração.

Tanto mais que o **princípio geral de substituição da pena de prisão de curta duração por uma pena não privativa da liberdade** merecia, pela sua importância e implicações, constar de preceito autónomo, à semelhança da técnica seguida pelo legislador para a consagração do princípio basilar da preferência pelas penas não privativas da liberdade quando, em alternativa, previstas no tipo — art. 70º.

Fechado este parêntese, como decidir, face ao teor do art. 44º, nº 1, da aplicação da pena de substituição — pena de **prestação de trabalho a favor da comunidade**, pena de **suspensão da execução da pena de prisão**, pena de **multa** — quando tenha sido aplicada pena de prisão em medida não superior a 6 meses e a execução da pena de prisão não se mostre necessária? É o que abordarei de seguida.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO POR MULTA OU POR OUTRA PENA NÃO PRIVATIVA DA LIBERDADE

No domínio do Código Penal de 1982, como já se deixou acentuado, entendia a doutrina que, no caso de ao crime ser aplicável pena privativa da liberdade ou pena não privativa da liberdade, ainda que o Tribunal, atento o disposto no art. 71º do Código Penal de 1982, optasse pela aplicação da pena privativa da

liberdade por esta se mostrar *preferível* à pena de prisão, sempre teria de substituir por multa a pena de prisão **aplicada em medida não superior a 6 meses**, excepto se o aplicador concluísse no sentido de a execução da pena de prisão ser exigida por razões de prevenção¹⁸.

A revisão de 1995 não veio pôr em causa a bondade desta solução. Quando o legislador — que reafirma, no art. 70º, a sua preferência pela pena não privativa da liberdade sempre que esta realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição — impõe, no art. 44º, nº1, a aplicação de **pena de multa ou outra pena não privativa da liberdade aplicável, excepto se a execução da pena de prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes**, está indirectamente a dizer que, considerando o carácter criminógeno da **execução da pena de prisão em medida não superior a 6 meses** e a sua problemática eficácia preventiva, já não há que exigir agora que as penas de substituição alcancem necessariamente **em plenitude as finalidades da punição**.

Como são distintos os planos, compreende-se que, após operações diversas, o tribunal, que optara pela imposição de uma pena privativa da liberdade (art. 70º), venha a aplicar uma pena de substituição em vez da pena de prisão, imposta em medida não superior a 6 meses.

Deste modo, se por exemplo ao crime forem aplicáveis pena de prisão ou pena de multa, ainda que a pena de multa alternativa não alcance necessariamente em plenitude as finalidades da punição — leia-se prevenção especial de socialização limitada pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, prevenção geral de integração — o tribunal **deverá substituir a**

18 Assim, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 557, p. 364. No mesmo sentido, cf. LEAL HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982*, Vol. I, pp. 265 e 266.

pena de prisão de curta duração. Só não o fará se a **execução da prisão** for exigida para prevenir o *cometimento de futuros crimes*.

Em 1963, quando das *Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal*¹⁹, EDUARDO CORREIA defendeu que a ressalva constante da parte final do art. 58º do Projecto²⁰ reportava-se às finalidades de prevenção geral²¹.

Diverso tem sido o entendimento de FIGUEIREDO DIAS, acentuando que *o critério de «necessidade» de execução da pena de prisão é, exclusivamente, a profilaxia criminal, na dupla vertente da influência concreta sobre o agente (prevenção especial de socialização) e da influência sobre a comunidade (prevenção geral de tutela do ordenamento)*. Só quando, pelo menos, uma destas finalidades da pena o exigir, pode o tribunal ordenar a execução de uma pena de prisão não superior a 6 meses²².

19 Cf. Acta da 21ª Sessão.

20 Era o seguinte o texto do art. 58º do Projecto:

A pena de prisão — quando não tenha lugar a condenação condicional ou o regime de prova — aplicada em medida não superior a seis meses será substituída pelo número de dias de multa correspondentes, salvo quando a execução da prisão seja exigida pela necessidade de prevenir a prática de futuros crimes.

21 No início da discussão sobre o art. 58º, o Autor do Projecto, ao salientar a importância de se reagir contra as penas de prisão de curta duração, acrescentou: *Não deve, porém, esquecer-se que casos há em que se justifica a aplicação efectiva da pena de prisão, em virtude de razões imperiosas de prevenção geral*. No decurso da discussão e face às dúvidas suscitadas sobre a interpretação da ressalva da parte final — *salvo quando a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir a prática de futuros crimes* — EDUARDO CORREIA afirmou que *a ressalva da parte final do artigo 58º não podia de forma nenhuma dirigir-se (...) às finalidades de prevenção especial, uma vez que estas são sempre contrariadas pela aplicação de uma pena curta de prisão: parece, assim, que são os fins de prevenção geral que devem ser tomados em consideração pelo juiz*.

22 *Ob. cit.*, § 559, p. 364.

Poderemos nós hoje defender um alcance diverso da ressalva constante do art. 44º — *excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes?*

Parece-me que a resposta não poderá deixar de ser afirmativa.

Efectivamente, o Código Penal revisto salienta, no art. 40º, que a aplicação de uma pena visa a **protecção de bens jurídicos** e a **reintegração do agente na sociedade**.

E no art. 43º, sob a epígrafe *execução da pena de prisão*, afirma-se que a **execução** da pena de prisão serve a **defesa da sociedade e previne a prática de crimes**, assim acentuando a dupla vertente — prevenção geral e prevenção especial.

Logo, porém, no artigo seguinte — o art. 44º — o legislador impõe a substituição da pena de prisão de curta duração, *excepto se a execução da pena de prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes*.

Por outras palavras: enquanto nos arts. 40º e 43º o legislador procura salvaguardar quer a prevenção geral, quer a prevenção especial, no art. 44º, diversamente, ao ressaltar-se apenas a vertente da ressocialização, omitindo-se qualquer referência à vertente prevenção geral, o legislador revela que pretende apenas acautelar a **prevenção especial**.

Por tudo isto, estou em crer que o legislador, ao não ter-se socorrido da expressão uniformizadora *finalidades da punição*, quis deixar transparecer — em perfeita consonância, aliás, com a política criminal de intenção ressocializadora a que claramente aderiu — que **só finalidades exclusivas de prevenção especial de socialização**²³ — que não já de defesa da sociedade — poderão impor a execução de uma pena de prisão até 6 meses.

23 Já face ao Código Penal de 1982, COSTA ANDRADE afirmava ter o legislador consagrado no art. 43º um amplo princípio de substituição por multa das penas de prisão não superiores a 6 meses, apenas condicionando a con-

(Cont.)

Conforme já foi referido, nos termos do mesmo art. 44º, nº 1, a pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses será substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade **aplicável**. Mas quando é que poderemos dizer que são **aplicáveis** essas outras penas?

Quando se verificam os **pressuposto de aplicação** da pena de substituição suspensão da execução da pena de prisão ou da pena de substituição prestação de trabalho a favor da comunidade? Ou seja, quando, para além do pressuposto formal²⁴ do limite da pena aplicada, se verifique, igualmente, o pressuposto material previsto, respectivamente, nos arts. 50º, nº 1 e 58º, nº 1 — *responder de forma adequada e suficiente às finalidades da punição?*

Creio que a resposta não pode deixar de ser negativa.

Efectivamente, tudo indica que a **exigência cumulativa da verificação dos pressupostos formal e material** só se verifica quando tenha sido imposta uma pena de prisão de duração **superior a seis meses**.

Na verdade, se, como vimos, apesar de a pena de multa alternativa não realizar no caso concreto de forma adequada e suficiente as finalidades da punição — pois que a opção pela pena de prisão já evidencia que a pena de multa não responde **em plenitude** àquelas finalidades — o aplicador deverá substituir a

cessão deste benefício a razões de **prevenção especial**, salientando que se tratava de uma solução mais progressista do que a preconizada para a lei alemã, pois não fazia intervir a chamada defesa da ordem jurídica. Cf., *O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia*, in *Jornadas de Direito Criminal — O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, pp. 212 e 213.

24 Cujá verificação está acautelada não só quanto à pena de suspensão da execução da pena de prisão, como já o era face ao direito anterior, mas também agora no que concerne à pena de prestação de trabalho a favor da comunidade — *se ao agente dever ser aplicada pena de prisão em medida não superior a 1 ano* (art. 58º).

pena de prisão de curta duração por pena de multa de substituição, desde que salvaguardadas fiquem as exigências de **prevenção especial de socialização**, igual entendimento deverá seguir-se relativamente às restantes penas de substituição, hoje expressamente abrangidas pela previsão do art. 44º.

Em conclusão, sempre que o Tribunal aplique uma pena de prisão não superior a 6 meses e desde que a execução da pena de prisão não seja exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes, as penas de substituição suspensão da execução da pena de prisão e prestação de trabalho a favor da comunidade integram o conceito *outra pena não privativa da liberdade aplicável*, constante do art. 44º, nº1, **e ainda que através delas se não alcancem em plenitude as finalidades da punição.**

Como escolher, então, entre as **penas de substituição aplicáveis?**

Na senda da solução proposta pelo Prof. FIGUEIREDO DIAS para a interpretação do correspondente artigo do Código Penal de 1982, parece-me que o Tribunal terá de apurar, entre as penas de substituição, **a que melhor realiza as finalidades da punição ou a que mais se aproxima dessa realização.** E isto apurado, é por ela que o aplicador deverá optar.

Pode, porém, colocar-se ainda a questão de saber como decidir quando haja penas que realizem as finalidades da punição, ou dessa realização se aproximem, em **igual grau.**

Nesta hipótese, o aplicador deverá optar pela imposição da pena de substituição que, face às circunstâncias do caso concreto, se mostre menos gravosa para o condenado.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO POR MULTA E A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA PENA DE MULTA

Quanto à questão da determinação concreta da pena de multa de substituição, o artigo art. 43º do Código penal de 1982 — ao preceituar que a pena de prisão seria substituída pelo número de dias de multa correspondente e ao estabelecer que se aplicaria à pena de multa de substituição o regime constante dos arts. 46º e 47º relativos à pena pecuniária principal — levantava algumas dúvidas sobre a natureza, aritmética ou normativa, daquela correspondência.

E se é verdade que o critério da correspondência directa — um dia de prisão substituído por um dia de multa — tinha a seu favor a simplicidade de utilização, o facto é que, ao longo de todo o Código, não existia disposição donde resultasse a referida correspondência.

O Professor FIGUEIREDO DIAS interpretava a aludida correspondência como não aritmética, mas normativa, defendendo a tese segundo a qual, nos casos em que o tipo legal previsse uma pena de multa em alternativa, seria dentro dessa moldura legal que o Tribunal determinaria a pena de multa de substituição; se, pelo contrário, o tipo legal cominasse apenas pena de prisão, o Tribunal partiria então do limite geral da pena de multa — 10 a 300 dias — previsto no art. 46º do Código Penal de 1982²⁵.

O art. 44º, nº 1, já não alude à *substituição pelo número de dias de multa correspondente.*

Como já vimos, determina-se agora, na parte final desse número, ser *correspondentemente aplicável o disposto no art. 47º.*

25 *Ob. cit.*, § 564, p. 367.

Assim, na fixação da medida concreta da pena de multa de substituição, o Tribunal deverá mover-se dentro da moldura legal prevista no art. 47º, nº 1 — *em regra o limite mínimo de 10 dias e o máximo de 360 dias* — de acordo com os critérios constantes do nº 1 do art. 71.

E nos casos em que o tipo legal preveja uma punição em pena de multa alternativa?

Tudo indica que o Código Penal revisto terá acolhido a referida solução propugnada por FIGUEIREDO DIAS.

Na verdade, uma vez que o art. 44º, nº 1, remete para o art. 47º e que no nº 1 deste artigo o legislador manda fixar a pena de multa de acordo com os critérios estabelecidos no nº 1 do art. 71º, sendo que a moldura abstracta nele indicada — mínimo de 10 dias e máximo de 360 dias — é referenciada como sendo a **moldura regra**, nada obsta a que, quando o limite máximo cominado no tipo legal seja superior a 360 dias — situação hoje prevista, por exemplo, para os casos de pequena/média criminalidade patrimonial — o Tribunal possa mover-se, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 71, nº 1, dentro desses limites que excedem em muito o limite regra. Tanto mais que foi o próprio legislador que nesses tipos admitiu a necessidade de um alargamento da moldura legal da pena de multa, por forma a que pudesse representar, em cada caso, uma censura suficiente do facto e garantisse a validade e vigência da norma violada.

A solução inversa — a pena de multa de substituição ser fixada entre o mínimo de 10 dias e o máximo de 360 dias — é que, naqueles casos, seria incompreensível.

O que poderemos é questionar da bondade da opção do legislador quando afasta o recurso automático a qualquer tipo de correspondência.

É evidente que a opção por uma correspondência²⁶ automática do tipo substituição de um dia de prisão por um dia de multa confronta-se desde logo com a dificuldade resultante de a mesma não ter expressão ao longo de todo o Código Penal.

Contudo, é o próprio legislador que no art. 59º, nº 6, al. a) estabelece uma dada correspondência entre uma **pena de prisão em medida não superior a 1 ano** — pressuposto formal de aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade — e uma **pena de multa até 120 dias**:

Se o agente não puder prestar o trabalho a que foi condenado por causa que não lhe seja imputável, o tribunal, conforme o que se revelar mais adequado à realização das finalidades da punição:

a) *Substitui a pena de prisão fixada na sentença por multa até 120 dias (...)*

E no art. 49º, nº 1, ao converter em prisão subsidiária a pena de multa que não tenha sido substituída por trabalho, nem tenha sido paga, voluntária ou coercivamente, estabelece outra relação — *tempo correspondente reduzido a dois terços*.

Tudo está em saber se as vantagens decorrentes de um critério assente numa dada relação, por natureza de fácil utilização e sem o risco de poder acarretar graves injustiças, justificariam ou não uma solução diversa da actual opção do legislador.

26 As correspondências aritméticas entre a pena de prisão e a pena de multa são cada vez mais evidentes. Assim, salvo o caso de algumas excepções — por exemplo, crimes contra a honra, contra a reserva da vida privada, contra outros bens jurídicos pessoais, receptação, danos contra a natureza, atentado à segurança rodoviária — a moldura legal da multa em alternativa — 120, 240, 360, 600 dias — tem a correspondência de 1 para 3 relativamente à moldura legal da pena de prisão.

SE A MULTA NÃO FOR PAGA, O CONDENADO CUMPRE A PENA DE PRISÃO APLICADA NA SENTENÇA

O artigo art. 43º do Código Penal de 1982, ao determinar no seu nº 3 que era *aplicável à multa que substituir a prisão o regime dos artigos 46º e 47º*, levava à seguinte situação:

- o Tribunal, quando da substituição, por pena de multa, da pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses, teria de fixar na sentença a pena de prisão em alternativa, pelo tempo correspondente reduzido a dois terços.
- conseqüentemente, no caso de não pagamento culposo, e não havendo lugar à substituição da pena de multa por dias de trabalho, o condenado acabava por cumprir, não a pena de prisão aplicada — como seria adequado, uma vez que a pena de multa não paga era já ela uma pena de substituição da pena de prisão aplicada — mas a pena de prisão em alternativa fixada na sentença, ou seja, uma pena de prisão de duração inferior àquela.

O Prof. FIGUEIREDO DIAS sempre criticou esta solução do código, apontando para o risco de assim se pôr em causa a *efetividade político-criminal da própria multa de substituição* e, em consequência, acabar por conduzir ao efeito perverso de, por esta via, se fomentar e incentivar a execução da pena de prisão.

O Código Penal revisto regulamenta de forma diferente a consequência do não pagamento da multa de substituição.

Assim, não só na parte final do nº 2 do art. 44º, o legislador remete para o art. 49º — que é o artigo correspondente ao antigo art. 47º da versão anterior — não sendo esta, porém, uma remissão em bloco, como o era outrora, mas apenas para o regime constante do seu nº 3 (*é correspondentemente aplicável o disposto no nº 3 do artigo 49º*) — onde se regulamenta agora, em termos diversos da legislação anterior, a hipótese de não pa-

gamento **não culposo** da pena de multa²⁷ — como no art. 44º, nº 2, 1ª parte, dispõe expressamente que *se a multa não for paga, o condenado cumpre a pena de prisão aplicada na sentença*.

Não restam, pois, agora dúvidas de que, se a pena de multa de substituição não for paga, o condenado não pode já “beneficiar” daquela redução de um terço prevista para a pena pecuniária principal, mas outrora também aplicável à pena de multa de substituição, e terá de cumprir, sem redução, a pena de prisão aplicada na sentença.

PODERÁ A PENA DE MULTA DE SUBSTITUIÇÃO SER SUBSTITUÍDA, TOTAL OU PARCIALMENTE, POR DIAS DE TRABALHO ?

No Código Penal de 1982, antes da revisão de 1995, a substituição da pena pecuniária não paga por dias de trabalho, em obras ou oficinas do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, estava regulamentada no art. 47º, nº 2.

Uma vez que o então art. 43º, nº 3, determinava que era aplicável à pena de multa de substituição o regime constante do art. 47º, sempre que a multa de substituição não fosse paga, nem voluntária nem coercivamente, e o condenado estivesse em con-

27 Com já vimos, nos termos do art. 47º, nº 4, do Código Penal de 1982, a pena de prisão fixada em alternativa podia ser reduzida a 6 dias ou mesmo decretar-se a isenção da pena.

Actualmente, segundo o disposto no nº 3 do art. 49º, *se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, pode a execução da prisão subsidiária ser suspensa, por um período de 1 a 3 anos, desde que a suspensão seja subordinada ao cumprimento de deveres regras ou de conduta de conteúdo não económico ou financeiro. Se os deveres ou as regras de condutas não forem cumpridos, executa-se a pena de prisão subsidiária; se o forem a pena é declarada extinta.*

dições de trabalhar, poderia, ainda, a multa de substituição ser também ela substituída por dias de trabalho.

Ou seja, esta sanção sucedânea da multa de substituição surgia como o último patamar antes da execução da pena de prisão aplicada em alternativa na sentença.

Como já foi referido, o Código Penal revisto, no art. 44º, nº 2 — ao regulamentar as consequências do não pagamento da pena de multa de substituição — manifesta de forma clara a sua intenção em distinguir, na regulamentação dos respectivos regimes, a sanção pecuniária, enquanto pena principal, e a pena de multa de substituição. Acautela, porém, as situações de não pagamento não culposo da pena multa de substituição, determinando que lhe seja correspondentemente aplicável o regime previsto no art. 49º, nº 3.

Daí que pareça legítimo perguntar:

Não tendo o legislador mandado aplicar à pena de multa de substituição a regulamentação contida no art. 48º — substituição da pena de multa por dias de trabalho — poderá o condenado requerer que a pena de multa de substituição fixada seja, total ou parcialmente, substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, ou ainda de instituições privadas de solidariedade social? ²⁸

28 Diversamente, parece ter sido propositado o afastamento do regime constante do art. 49º, nº 2. Efectivamente, o que está em jogo neste nº 2 do art. 49º é uma **prisão subsidiária**, resultante da conversão de uma pena de multa não substituída por trabalho, nem paga voluntária ou coercivamente. Daí que sua natureza de «*sanção penal de constrangimento*» justifique que o condenado possa evitar a todo o tempo, total ou parcialmente, a execução da prisão subsidiária, pagando no todo ou em parte a multa a que foi condenado. Cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 182, p. 147.

Uma resposta negativa poderia alicerçar-se nos seguintes argumentos:

São agora bem distintas as consequências jurídicas do não pagamento da pena pecuniária, previstas no art. 49º, e as do não pagamento da multa de substituição, regulamentadas no art. 44º, nº 2.

Por outro lado, o legislador não faz, neste último artigo, qualquer referência a que também seja correspondentemente aplicável à multa de substituição o regime constante do referido art. 48º.

Parece-me, contudo, que face ao Código Penal revisto continua a ser admissível que o Tribunal, depois de ter substituído por pena de multa a pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses, venha posteriormente a ordenar a substituição da multa por dias de trabalho, nos termos do art. 48º, como sanção sucedânea daquela. E sem que com isto se procure uma equiparação total destas duas espécies de pena de multa, o que seria não só inconveniente como dogmaticamente incorrecto.

Nesta matéria há que ter sempre presente que as penas de prisão de curta duração comportam os conhecidos riscos de desocialização do condenado, bem como o facto de ser muito discutível a sua eficácia preventiva. Daí o princípio informador do art. 44º — a **execução** das penas de prisão de medida inferior a 6 meses deve ser a *ultima ratio*.

Por outro lado, a possibilidade de o Tribunal poder ordenar a substituição por dias de trabalho da pena de multa de substituição não concorre para diminuir a credibilidade da pena de substituição.

Na verdade, não poderá esquecer-se que a prestação de trabalho tem também um expressivo cariz punitivo, aliás cada vez mais interiorizado pela comunidade, pelo que a sua aplicação em substituição da multa não põe, em princípio, em causa as exigências de tutela do ordenamento jurídico.

A tudo isto acresce o facto de o Código Penal revisto ter alterado o regime da execução da pena de multa, bem como o da sanção de prestação de trabalho sucedânea da pena de multa.

Como acima já foi referido e agora se recorda, era o seguinte o regime constante do antigo art. 47º do Código Penal de 1982, na parte que ora nos importa:

- haveria primeiro lugar ao pagamento voluntário;
- na falta deste, seguir-se-ia o pagamento coercivo;
- só depois, caso não tivesse sido possível nem o pagamento voluntário nem a execução dos bens, se o condenado estivesse em condições de trabalhar, seria a multa substituída pelo número correspondente de dias de trabalho.

Diferente, porém, foi a opção do legislador de 1995:

Por um lado e quanto à prestação de trabalho sucedânea da pena de multa, nos termos do art. 48º, nº 1, para além de agora se exigir o acordo do condenado²⁹, condiciona-se a substituição a requerimento deste³⁰.

Por outro lado, atento o disposto no art. 490º do C.P.P.³¹ — que corresponde ao antigo art. 489º do mesmo código — para além de no requerimento para substituição da multa por dias de trabalho o condenado dever indicar as habilitações profissionais e literárias, a situação profissional e familiar e o tempo disponível, bem como, se possível, mencionar alguma instituição em que pretenda prestar trabalho, **o prazo para a sua apresentação é o**

²⁹ Para que não seja considerado uma forma de trabalho forçado.

³⁰ Também se alargou o leque das entidades em que o trabalho pode ser prestado, estando agora também abrangidas as instituições particulares de solidariedade social.

³¹ Na redacção introduzida pelo Dec.-Lei nº 317/95, de 28 de Novembro. Ao longo do texto, os artigos relativos ao C.P.P. reportam-se todos ao Código de Processo Penal com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei nº 317/95.

do pagamento voluntário, ou seja no prazo de dez dias contados da notificação para o pagamento voluntário.

Segundo o art. 490º do C.P.P., no caso de o Tribunal não ordenar a referida substituição, o prazo de pagamento voluntário é de dez dias a contar agora da **notificação da decisão**.

Ainda nos termos do art. 491º, nº 1, do C.P.P., findo o prazo de pagamento voluntário da multa, ou de alguma das suas prestações, sem que o pagamento esteja efectuado, procede-se à execução patrimonial.

Vemos, assim, que, actualmente, só há que questionar da necessidade de pagamento coercivo se, não sendo caso de substituição da multa por prestação de trabalho, o condenado não pagar voluntariamente a multa.

Tudo parece apontar para que, no art. 44º, nº 2, do Código Penal revisto, o legislador apenas tenha querido responder às exigências específicas de uma pena de substituição em matéria de cumprimento, isto é, apenas quis acautelar que, em caso de incumprimento culposo, o **condenado cumprirá a pena de prisão substituída**.

E tão só.

E sem que com isso tenha querido afastar a possibilidade de pagamento coercivo ou impedir a substituição por dias de trabalho da pena de multa de substituição³².

³² Tal como, por forma a ser levada em consideração a condição sócio-financeira do condenado, não quis afastar a possibilidade de pagamento a prazo ou em prestações da multa de substituição. Cf. os arts. 44º, nº 1, parte final, e 47º, nºs 3 e 4.

PENA DE PRISÃO APLICADA EM MEDIDA NÃO SUPERIOR A 3 MESES

Embora dogmaticamente possa considerar-se a **prisão por dias livres**, tal como o regime de semidetenção, uma sanção substitutiva³³, dela não cuida o art. 44º, relativo apenas à substituição da pena de prisão por penas não privativas da liberdade.

Com a revisão do Código Penal parece ter-se acentuado o seu carácter de **forma de cumprimento** de uma pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 meses.

Na verdade, no art. 45º, o legislador não só abandonou³⁴ a expressão *pena de prisão por dias livres*, como, por outro lado, passou a recorrer à expressão *forma de cumprimento: a pena de prisão aplicada em medida..... é cumprida em dias livres..... sempre que esta forma de cumprimento.....*

Nos termos do nº 1 do art. 45º, se o Tribunal aplicar pena de prisão em medida não superior a 3 meses — não sendo caso de substituição da pena de prisão por uma pena não privativa da liberdade — a pena de prisão aplicada será cumprida por dias livres, *sempre que o tribunal concluir que, no caso, esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.*

33 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, §§ 506 e 511, respectivamente, pp. 335, 336 e 390. Quando dos trabalhos da Comissão de Revisão, o Prof. FIGUEIREDO DIAS manifestou a sua opinião no sentido de que a prisão por dias livres é ainda uma pena de substituição, embora numa das modalidades mais gravosas das penas de substituição. Cf. *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 19.

34 Era o seguinte o texto do art. 44º do Código Penal de 1982, na parte que ora importa:

1. A pena de prisão não superior a 3 meses que não deva ser substituída por multa pode ser substituída por uma pena de prisão por dias livres sempre que

Questão interessante julgo ser a de saber qual o alcance da expressão *finalidades da punição* constante do art. 45º e se esta expressão tem o mesmo significado quando utilizada pelo legislador, por exemplo, nos arts. 50º (suspensão da execução da pena de prisão), 58º (prestação do trabalho a favor da comunidade) e 70º (critério de escolha da pena).

Já foi referido que é pressuposto material de toda e qualquer pena de substituição que a mesma se revele adequada e suficiente para realizar as finalidades da punição, ou seja:

- que o condenado atinja através dela a socialização; e
- que a pena de substituição não ponha em risco as expectativas comunitárias, não negue a prevenção de integração sob a forma de tutela do ordenamento jurídico.

Ora, sendo pressuposto formal do cumprimento da prisão por dias livres a condenação em pena de prisão não superior a 3 meses, será necessário que esta forma de cumprimento realize de forma adequada e suficiente aquelas finalidades, tendo em conta que o legislador no art. 44º, face à aplicação de penas de prisão em medida não superior a 6 meses, apenas ressalva que a execução da prisão seja exigida para prevenir o cometimento de futuros crimes, e não já que a execução da pena de prisão seja exigida para salvaguarda das finalidades da punição?

Creio que a resposta deve ser negativa, em coerência com a nítida opção do legislador por soluções que possam contribuir para a diminuição dos riscos criminógenos das penas curtas de prisão.

Tanto mais que no caso de prisão por dias livres o conteúdo mínimo de prevenção geral de integração indispensável à defesa do ordenamento jurídico, que, eventualmente, ainda houvesse que acautelar, estaria já salvaguardado por se tratar de uma verdadeira pena de prisão. Haveria pois só de cuidar se as exigências de prevenção especial de socialização estariam ou não garantidas.

Daí que me pareça de interpretar a expressão *finalidades da punição* constante do art. 45º no sentido de nela estarem abrangidas exclusivamente as exigências de prevenção especial de socialização.

III

PENA DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

A suspensão da execução da pena vinha regulamentada nos arts. 48º a 52º do Código Penal de 1982.

De acordo com o disposto no nº 1 desse art. 48º, verificados que fossem determinados pressupostos, o Tribunal podia suspender a execução da pena de prisão imposta. De igual modo, quando o Tribunal aplicasse uma pena de multa a execução desta também poderia ser suspensa. Porém, tal suspensão só era possível relativamente a condenado que não tivesse possibilidade de a pagar.

Como pressuposto formal da suspensão da execução da pena de prisão, exigia a lei a prévia imposição de uma pena de prisão não superior a 3 anos.

Nos termos do nº 2 do referido art. 48º, para a verificação do seu pressuposto material — concluir o Tribunal que a simples censura do facto e a ameaça da pena realizariam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição^{35,36} — mandava o

35 Ou, na terminologia então utilizada, *a simples censura do facto e a ameaça da pena bastariam para afastar o delinquentes da criminalidade e satisfazer as necessidades de reprobção e de prevenção do crime.*

36 Sendo finalidade político-criminal do instituto que o condenado não viesse a cometer novos crimes, sempre que o Tribunal concluísse que a suspensão da execução da pena respondia adequadamente às exigências de socialização, só poderia afastar a possibilidade de aplicação desta pena de substituição se ela não respondesse às exigências de defesa do ordenamento jurídico. No sentido da necessidade de fundamentação, quando da sua con-

(Cont.)

legislador atender à *personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao facto punível, e às circunstâncias deste.*

Enquanto que no art. 48º do Código Penal de 1982 se previa o regime da suspensão simples, logo no art. 49º o legislador regulamentava a possibilidade de se subordinar a suspensão da execução da prisão ao cumprimento pelo condenado de deveres, vocacionados a reparar o mal do crime ou a facilitar a sua readaptação social³⁷.

Uns e outros podiam ser modificados até ao termo do período de suspensão, sempre que ocorressem circunstâncias que tivessem repercussão no processo de readaptação social do condenado ou de que o Tribunal só posteriormente tivesse tido conhecimento — o que se compreende se atentarmos que o legislador procurava que fosse alcançada com êxito a referida *socialização em liberdade.*

Por outro lado, não só o período de suspensão estava previsto na lei e limitado no tempo³⁸, como se entendia que uma

cessão ou negação, quer quanto à prognose favorável à *socialização em liberdade*, quer relativamente às exigências de defesa do ordenamento jurídico, cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 523, p. 345.

37 Quanto à natureza destes deveres, cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, §§ 531 e ss., pp. 348 e ss.

38 Uma pena de substituição não deve ter uma duração indeterminada, pois que, para além de se violar o princípio da proporcionalidade, tal seria sempre prejudicial à desejável gradual autonomia do condenado. Neste sentido é clara a Regra 5 da Recomendação Nº R(92) 16 do Conselho da Europa:

Aucune sanction ou mesures appliquées dans la communauté ne doit être d'une durée indéterminée.

La durée des sanctions et mesures appliquées dans la communauté doit être fixée par l'autorité chargée de prendre la décision, dans les limites prévues par les dispositions légales en vigueur.

Por outro lado, a duração de uma pena de substituição, não podendo ser alheia a considerações de culpa, deve reflectir o necessário equilíbrio entre as exigências de prevenção.

duração superior a 5 anos, para além de desproporcionada, aca-
baria por pôr em causa a pretendida socialização.

Nos arts. 50º e 51º, ambos do Código Penal de 1982, o le-
gislador acautelava, ainda, o incumprimento culposo dos deveres
e/ou das regras de conduta impostos.

Nos termos do aludido art. 50º, face a um incumprimento
culposo, o Tribunal podia:

- fazer uma solene advertência ao condenado;
- exigir garantias do cumprimento dos deveres impostos;
- prorrogar o período de suspensão até metade do prazo
inicialmente fixado, mas não por menos de um ano;
- revogar a suspensão da pena ³⁹.

Este regime — ao admitir, como consequência do incum-
primento, a revogação da suspensão da execução da pena e o
consequente cumprimento pelo condenado da pena de prisão
cuja execução estava suspensa ⁴⁰ — mostrava-se, por um lado,
em consonância com a natureza de uma verdadeira pena de
substituição, que a pena de suspensão da execução constitui,
contribuindo também assim quer para o aumento da sua credibi-
lidade, deste modo potenciando a adesão da comunidade às pe-
nas não privativas da liberdade, quer, e consequentemente, para a
frequência da sua aplicação. Por outro lado, revelava que — ape-
sar da violação das condições — o legislador pretendia “salvar”

39 O princípio da legalidade relativamente às consequências do incum-
primento das condições impostas, vem previsto na Regra 9 da Recomenda-
ção Nº R(92) 16:

*L'arrestation et le recours à l'emprisonnement durant l'exécution
d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, lorsque le
délinquant ne respect pas les conditions ou obligations imposées, doi-
vent être prévus par des dispositions légales.*

40 Cf. também o art. 51º, nº 2, do Código Penal de 1982.

até ao limite a pena de substituição, surgindo a sua revogação
como *ultima ratio* ⁴¹.

Por outras palavras, a pena de substituição não devia ser
revogada desde que através dela ainda fosse possível alcançar as
finalidades da punição.

Acontece, porém, que, logo no referido art. 51º, nº 1, afir-
mava o legislador que a suspensão da execução da pena **seria
sempre revogada** se, durante o período de suspensão, o conde-
nado cometesse crime doloso por que viesse a ser punido com
pena de prisão.

Por último, verificado o cumprimento dos deveres impos-
tos, a pena de suspensão da execução era considerada extinta de-
corrido o prazo de suspensão.

Em traços muito largos, era este o regime previsto no Có-
digo Penal de 1982 para a pena de suspensão da execução da
pena.

O Código Penal revisto veio introduzir-lhe algumas altera-
ções significativas.

Sobre elas tecerei, de seguida, algumas considerações.

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PRISÃO SUBSIDIÁRIA

O Código Penal revisto regulamenta nos arts. 50º a 57º a
pena de substituição *suspensão da execução da pena de prisão*.

É o seguinte o teor do art. 50º, nº 1:

*Artigo 50º
(Pressupostos e duração)*

*1. O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplica-
da em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade
do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e poste-*

41 Neste sentido foi a intervenção do Prof. EDUARDO CORREIA, quando da
23ª Sessão da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal.

rior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Para além de se utilizar agora a expressão *o tribunal suspende*, em vez daquela outra *o tribunal pode suspender*⁴², o legislador deixa de considerar esta pena de substituição como uma resposta adequada às situações em que o condenado em pena de multa não tenha possibilidade de a pagar, ficando assim agora limitada aos casos em que tenha sido aplicada⁴³ pena de prisão.

Questionando-se da adequação do instituto da suspensão da execução da pena relativamente à pena de multa, FIGUEIREDO DIAS concluía pela negativa, salientado que, para além de assim poder vir a ser posto em causa o limiar mínimo de prevenção de integração, o facto de ser indiferente ao condenado cumprir, ou culposamente deixar de cumprir, os deveres impostos retirava à pena de suspensão o efeito de prevenção individual, *apanágio de toda a pena*⁴⁴.

Nos casos de não pagamento não culposos, já então defendia o referido autor que a solução mais correcta seria a suspensão da prisão sucedânea — resultante da conversão em prisão da

42 Embora no art. 48, nº 1, do Código Penal de 1982, o legislador utilizasse a expressão *o tribunal pode*, as características de poder-dever resultavam logo do seu nº 2, onde a redacção apontava claramente no sentido correcto: *A suspensão será decretada*. Assim, sempre que se verificassem os pressupostos — formal e material — o Tribunal teria de impor a pena de substituição.

43 O legislador utiliza no art. 50º a expressão *pena de prisão aplicada*. Pese embora a variedade de termos — pena de prisão *fixada na sentença*, pena de prisão *determinada na sentença*, pena de prisão *aplicada na sentença* — usados em sinonímia pelo legislador quando da regulamentação das penas de substituição — pena de multa (art. 44º, nº 2), pena de suspensão da execução da pena de prisão (arts. 50º, nº 1, e 56º, nº 2), pena de prestação de trabalho a favor da comunidade [arts. 58º, nº 1, 59º, nº 2 e nº 6, als. a) e b)] — estamos sempre perante uma prévia condenação em pena de prisão, logo substituída por uma pena não privativa da liberdade.

44 *Ob. cit.*, § 154, p. 132.

pena de multa não paga — sujeita a deveres de conteúdo não económico ou financeiro.

E foi esta agora a opção do legislador: relativamente a condenado que não se encontre em condições de poder pagar a multa, em vez da possibilidade de suspensão da execução da pena de multa, é viável agora a **suspensão da execução da prisão subsidiária**⁴⁵ ou, nos casos de a pena de multa ser já ela uma pena de substituição, a suspensão da pena de prisão aplicada na sentença⁴⁶.

Nos termos do art. 49º, nº 3, o período de suspensão não pode ser superior a 3 anos⁴⁷ e os deveres e/ou as regras de conduta não podem assumir conteúdo económico ou financeiro.

Atento o disposto na parte final do mesmo art. 49º, nº 2, no caso de os deveres ou de as regras de conduta não serem cumpridos, executa-se a prisão subsidiária; se o forem, a pena é declarada extinta.

Embora o art. 49º, nº 3, apenas fale de incumprimento, só o incumprimento culposos dos deveres e regras de conduta impostos determinará a execução da prisão subsidiária (ou da pena de prisão aplicada na sentença), à semelhança do regime da pena de suspensão da execução da pena de prisão. Por outro lado, parece que tal não deverá resultar automaticamente da verificação desse incumprimento. Também aqui se tem de ter presente o princípio da *ultima ratio* da pena de prisão — seja enquanto pena principal, seja enquanto pena subsidiária.

45 Cf. o art. 49º, nºs 1 e 3.

46 Cf. o art. 44º, nº 3.

47 Tendo em conta o princípio da proporcionalidade, é bem compreensível que o prazo máximo de suspensão seja, nestes casos, inferior ao prazo máximo — 5 anos — previsto no art. 50º, nº 5.

OS DEVERES E AS REGRAS DE CONDUTA IMPOSTOS

Com vimos, no art. 49º, nº 1, o Código Penal de 1982 utilizava apenas a expressão *deveres* como condicionantes da suspensão, explicitando, embora, que os mesmos se destinavam não só a reparar o mal do crime, mas também a facilitar a readaptação social do condenado.

Utilizando agora uma terminologia mais adequada, o Código Penal revisto, para além de prever a possibilidade de a pena de suspensão da execução da pena de prisão ser subordinada ao cumprimento de deveres destinados a reparar o mal do crime⁴⁸, prevê expressamente a possibilidade de o Tribunal poder impor, durante o período de suspensão, *regras de conduta* destinadas a facilitar a reintegração do condenado na sociedade.

Pondo fim às dúvidas decorrentes do facto de no art. 49º, nº 2, al. c), do Código Penal de 1982, se prever a possibilidade de o Tribunal impor a obrigação de o condenado entregar ao Estado certa quantia sem atingir o limite máximo estabelecido para o quantitativo da pena de multa, o Código Penal revisto determina agora o dever de entregar uma contribuição monetária ou prestação em espécie de valor equivalente.

Nesta matéria, recebeu também o actual código a solução proposta por FIGUEIREDO DIAS — não constituindo uma pena de multa, o seu montante deve respeitar apenas os limites decorrentes das finalidades da punição, as exigências de proporcionalidade e a cláusula de exigibilidade.

48 Deveres predominantemente de natureza económica, mas não só, como, por exemplo, a reparação moral ao ofendido ou ao lesado. Nesta área, em certos casos, importará acautelar que o condenado desperte para as suas responsabilidades para com a vítima, factor por vezes essencial para as desejáveis reconciliação social, reintegração social do agressor e reabilitação deste e da vítima.

Por outro lado, e em consonância, alarga-se o número dos beneficiários — instituições, públicas ou privadas, de solidariedade social.

Sobre a possibilidade de condicionar a pena de suspensão da execução da pena de prisão à prestação de trabalho, deve continuar a entender-se, como vinha defendendo FIGUEIREDO DIAS, ser tal violador do princípio da legalidade da pena⁴⁹.

No art. 49º, nº 2, do Código Penal de 1982, procurando afirmar o princípio do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais do condenado, determinava-se: *O tribunal não pode exigir do condenado nenhuma acção vexatória, nem impor-lhe qualquer dever contrário aos bons costumes ou susceptíveis de ofender a sua dignidade pessoal*⁵⁰

O Código Penal revisto — rejeitando a forma, manifestamente infeliz, como o código se expressava na salvaguarda da dignidade do condenado — afirma, no art. 51º, nº 2, que *os deveres impostos não podem representar para o condenado obrigações cujo cumprimento não seja razoável de lhe exigir*; nos

49 *Ob. cit.*, § 541, p. 354, onde se afirma estarem em causa duas diferentes penas de substituição, cada qual com o seu sentido e pressupostos próprios.

50 Nesta área são bem expressivas as aludidas Regras do Conselho da Europa, nomeadamente as Regras 22 e 23:

La nature des sanctions et mesures appliquées dans la communauté, et la manière dont elles sont mises à exécution doivent être en accord avec tous droits humains du délinquant garantis sur le plan international.

La nature, le contenu et les méthodes des sanctions et mesures appliquées dans la communauté ne doivent pas mettre en danger la vie privée ou la dignité des délinquants ou de leur famille, ni conduire au harcèlement.

De même qu'elles ne doivent pas porter atteinte au respect de soi-même, aux liens familiaux et avec la communauté, et à la faculté des délinquants d'être partie intégrante de la société. Des garanties devront être adoptées pour les protéger de toute insulte et de toute curiosité ou publicité inopportunes.

mesmos termos dispõe o art. 52º, nº 3, agora para as regras de conduta. Sendo que o princípio da salvaguarda dos direitos fundamentais do condenado é também válido quanto está em causa a modalidade do regime de prova e respectivo plano.

Nesta matéria, há que ter presente que quer as condições de uma pena não privativa da liberdade, quer a forma da sua execução, bem como o respectivo controlo, para além de não poderem nunca pôr em causa os **direitos fundamentais** do condenado, deverão ser **proporcionais** à gravidade da pena de prisão substituída, levar em conta a **situação individual do condenado**⁵¹ e situarem-se sempre dentro dos limites decorrentes das **finalidades da punição**.

Acresce que quer a opção pela imposição de uma pena de suspensão da execução da pena de prisão⁵², quer o êxito da sua execução, radicam-se, fundamentalmente, na existência de vontade do condenado em colaborar, isto é, numa **adesão interiorizada à sanção e suas condições**.

Ora só poderá haver adesão interiorizada se:

a) o Tribunal dispuser de elementos que lhe permitam um exame completo da situação do condenado, nomeadamente que possa dispor de elementos relativos às suas responsabilidades familiares, laborais, vontade e possibilidade de proceder à reparação moral e material da vítima, receptibilidade desta para aceitar um pedido de desculpa, etc.; e

b) o condenado compreender claramente, desde o início da execução da pena de substituição, o que se espera e exige dele.

51 Dispõe a Regra 32 da Recomendação Nº R(92) 16:

Toutes les conditions ou obligations qui doit observer un délinquant faisant l'objet d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté doivent être déterminées en prenant en compte aussi bien ses besoins individuels qui ont un rapport avec l'exécution, ses possibilités et droits, que ses responsabilités sociales.

Daí a importância que assume o **relatório social** elaborado pelos serviços de reinserção social, cuja solicitação pelo Tribunal é, aliás, obrigatória nos casos previstos no art. 370º, nº 2, do C.P.P.

Na verdade, o relatório pré-sentencial situa o Tribunal, colocando-o assim em melhores condições para poder decidir da pena de substituição a impor, permitindo que possa encontrar — no caso de opção pela pena de suspensão da execução da pena de prisão — a modalidade de pena suspensa que melhor acautele as finalidades da punição e que seja a menos gravosa para o condenado, bem como determinar os deveres e as obrigações adequadas a melhor facilitar a rápida reintegração social do condenado e a desejável pacificação social.

Tanto mais que no art. 50º, nº 4, o legislador obriga agora o Tribunal a *especificar sempre os fundamentos da suspensão e das suas condições* e não apenas os fundamentos da escolha e medida da sanção aplicada⁵³.

Por outro lado, a elaboração do relatório pré-sentencial permite também auscultar desde logo o condenado e estimular a sua colaboração, assim se começando a preparar uma interiorizada adesão.

As condições da suspensão da execução da pena de prisão — deveres, regras de conduta, regime de prova — devem ser adequadas a reforçar os laços familiares e laborais do condenado, a estimular o respeito por si próprio e pelo próximo, nomeadamente a vítima, a fortalecer o desejável sentimento de pertença à comunidade em que se integra.

Por outro lado, será de rejeitar uma pena de substituição que, pelas suas condições, se torne excessivamente limitadora da

52 Aliás, tal como a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, prevista no art. 58º e ss.

53 Cf. o art. 48º, nº 3, do Código Penal de 1982 e o art. 375º, nº 1, do C.P.P.

liberdade, esquecendo assim a faculdade que assiste ao condenado de fazer parte integrante da sociedade e pondo em risco que este possa evoluir no seu enquadramento social por forma a desenvolver o seu sentido de responsabilidade, para consigo próprio, para com a vítima e para com a comunidade⁵⁴. Também nesta matéria está presente o *princípio da intervenção mínima*.

Múltiplas condições, por vezes impostas de forma vaga e desprovida de sentido prático — correndo o risco de poderem vir a ser interiorizadas pelo condenado como injustas, porque de impossível execução — acabam por impedir a sua adesão⁵⁵, acarretando o perigo de assim poder, desde logo, ser posta em causa a desejável reintegração social do condenado.

Ainda que seja sempre aconselhável obter-se o consentimento do condenado⁵⁶ — o que pressupõe o prévio esclarecimento pelo Tribunal sobre a natureza da pena de substituição, suas condições e consequências do seu eventual incumprimento⁵⁷ — o Código Penal revisto exige-o, apenas, quando seja de

54 Dispõe a Regra 30 da Recomendação Nº R(92) 16:

L'imposition et l'exécution des sanctions et mesures appliquées dans la communauté doivent poursuivre le but de développer chez le délinquant le sens de ses responsabilités envers la société et, plus particulièrement, envers la ou les victimes.

55 A Regra 31 da Recomendação Nº R(92) 16, além de acentuar o relevo do princípio da proporcionalidade e da consideração das circunstâncias individuais do condenado, é também expressiva da importância em se obter a sua adesão:

Une sanction ou mesure appliquée dans la communauté ne doit être imposée que si l'on est assuré des conditions ou des obligations qui peuvent être appropriées au délinquant et de sa volonté de coopérer et de les respecter.

56 Reconhecendo a importância do consentimento do condenado, dispõe a Regra 35 da Recomendação Nº R(92) 16:

Le consentement d'une personne inculpée devrait être recueilli pour l'imposition de toute mesure appliquée dans la communauté avant le procès ou aux lieu et place d'une décision sur la sanction.

57 Neste sentido, determina a Regra 76 da Recomendação Nº R(92) 16:

(Cont.)

determinar a sujeição do condenado a tratamento médico ou a cura de desintoxicação (art. 52º, nº 2) e quando da imposição da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 58º, nº 5).

SUSPENSÃO COM OBRIGAÇÃO DE SUJEIÇÃO A TRATAMENTO

A possibilidade de se determinar a sujeição a tratamento médico mostra-se agora regulamentada para todos os casos e não apenas para aqueles em que o arguido, considerado toxicodependente⁵⁸, fosse condenado pela prática do crime de consumo de estupefacientes ou outro que com este estivesse numa relação directa de conexão⁵⁹.

O legislador não estabeleceu qualquer prazo específico de duração da obrigação de sujeição a tratamento médico⁶⁰, pelo que, e à semelhança das restantes condições⁶¹, ela poderá manter-se pelo tempo de duração da suspensão (art. 52º, nº 1).

Au début de la mise en exécution d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, le délinquant doit se voir expliquer le contenu de la mesure et ce qu'on attend de lui. Il doit également être informé des conséquences du non respect des conditions et obligations énoncées dans la décision, et des règles en application desquelles il pourra être renvoyé devant l'autorité de décision, eu égard à l'inexécution ou à l'exécution inadéquate de la sanction ou mesure.

58 Cf. o art. 52º do Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro.

59 Cf. o art. 44º, nº 1, do Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro.

60 Quanto à questão da não fixação de qualquer prazo, cf. *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, pp. 49 e 50.

61 Ainda que não tenha decorrido o prazo máximo da pena de suspensão da execução da pena de prisão, pode suceder que a manutenção de qualquer das condições impostas venha a traduzir-se, a partir de certa altura, numa violação dos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade, exigibilidade, que têm de estar sempre presentes, não só quando da imposição da pena de substituição, mas também ao longo da sua execução.

Contudo, o Tribunal não deverá, sem auscultar o respectivo técnico de saúde, estabelecer nem um limite mínimo, nem um limite máximo. Por outro lado, atento o disposto no art. 52º, nº 3, a alteração das circunstâncias poderá sempre justificar a modificação ou extinção da obrigação, sendo que, e independentemente do prazo máximo de duração da pena de substituição, a obrigação deverá cessar sempre que se mostre desproporcionada.

Acresce que o art. 493º, nº 4, do C.P.P. aponta no sentido de que não pode ser o Tribunal a decidir, sozinho, da duração da obrigação de sujeição a tratamento.

Também aqui se impõe que se estabeleça o diálogo, sempre enriquecedor, entre o sistema judiciário e o sistema de saúde.

O REGIME DE PROVA COMO MODALIDADE DA PENA DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

O regime de prova foi uma das sanções inovadoras do Código Penal de 1982 ⁶².

Tinha como pressuposto formal que o arguido fosse considerado culpado pela prática de um *crime punível com pena de prisão não superior a 3 anos*, com ou sem multa, e não a condenação numa pena de prisão em medida previamente fixada — como é característica das penas de substituição.

Porém, desde o início da vigência do Código Penal, o regime de prova revelou-se de aplicação pouco frequente, a que também não terá sido alheio o pressuposto formal acima referido ⁶³.

62 Nos termos do art. 53º, nº 1, do Código Penal de 1982, o arguido podia ser sujeito a regime de prova se a suspensão da execução da prisão não se mostrasse adequada para a sua recuperação social.

63 Paralelamente, começaram a surgir decisões — de legalidade discutível — que, depois de terem aplicado uma pena de prisão de duração não superior a 3 anos, suspendiam a sua execução e incluíam entre as condições de suspensão o acompanhamento por técnico de reinserção social, defendendo ser esta uma forma de melhor acautelar as finalidades da punição.

Por outro lado, ao facto de ser questionável a bondade da opção da suspensão do processo após a declaração da culpa sem a fixação da pena que lhe caberia — o que conduzia a um inadequado estado de incerteza do condenado quanto à espécie e medida da pena que poderia vir a ter de cumprir — acresce a circunstância de nada desaconselhar, sendo até a opção perfilhada por outras legislações, que a pena de suspensão da execução da pena de prisão seja acompanhada de regime de prova, assente num plano individual de readaptação social, executado com a vigilância e o apoio, durante o tempo de duração da suspensão, de serviços de reinserção social.

Talvez por tudo isto, foi agora diversa a opção do legislador de 1995.

No seguimento do que vinha sendo proposto por FIGUEIREDO DIAS — unificação dos institutos da suspensão da execução da pena de prisão e do regime de prova — o Código Penal revisito desliga-se da concepção do regime de prova enquanto pena aplicada a título principal e adopta agora o apelidado *modelo continental* da suspensão da execução da pena para prova.

Pretendeu-se, assim, responder também àquelas situações em que outrora — sendo o crime cometido punível com pena de prisão de duração superior a 3 anos e não se mostrando a suspensão da execução da pena de prisão adequada a responder com suficiência às finalidades da punição — o Tribunal acabava por determinar a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos, embora tudo apontasse para que um plano individual de readaptação, executado com a vigilância e o apoio do Instituto de Reinserção Social, era susceptível de responder adequadamente e com suficiência às exigências de prevenção especial, sem pôr em causa as de segurança do ordenamento jurídico.

Uma vez que, nos termos do art. 50º, nos 2 e 3, se admite agora a possibilidade de que esta pena de substituição — desde

que tal seja adequado à realização das finalidades da punição⁶⁴ — seja subordinada ao cumprimento de deveres e/ou à observância de regras de conduta e/ou acompanhada de **regime de prova**, a pena de suspensão da execução da pena de prisão pode assumir as seguintes modalidades:

- simples
- sujeita a deveres e/ou regras de conduta
- acompanhada de regime de prova
- acompanhada de regime de prova⁶⁵ e sujeita a deveres e/ou regras de conduta.

O regime de prova, enquanto modalidade da pena de suspensão da execução da prisão, à semelhança da antiga pena não privativa da liberdade aplicada a título principal e prevista no art. 53º do Código Penal de 1982, assenta também num *plano individual de readaptação social, executado com vigilância e apoio, durante o tempo de duração da suspensão, dos serviços de reinserção social*^{66,67}, tendo em vista **facilitar** a desejável reintegração social do condenado (art. 53º, nº 2).

64 Para aferir se a imposição dos deveres e das regras de conduta — bem como, também agora, do regime de prova — são exigíveis no caso concreto, importa verificar se eles se encontram, na expressão de FIGUEIREDO DIAS, numa relação estrita de adequação e de proporcionalidade com os fins preventivos almejados.

65 E independentemente, agora, de o arguido, considerado toxicod dependente, ser condenado pela prática do crime de consumo de estupefacientes ou de outro que com este esteja numa relação directa de conexão. Na verdade, o regime de prova, enquanto modalidade da pena de suspensão da execução da pena, foi instituído em 1993 — art. 45º do Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro — embora apenas para as situações relacionadas com a toxicod dependência.

66 Quanto à opção pela expressão *executado com vigilância e apoio*, em substituição da constante do texto inicial do Projecto da Comissão de Revisão — *com a colaboração* — a mesma, aliás, que era utilizada no 54º, nº 1, do Código Penal de 1982, assim se afastando-se também da preferida pelo

(Cont.)

À semelhança do previsto no art. 54º, nº 1, do Código Penal de 1982 e no art. 45º do Dec.-Lei nº 15/93, nos termos do art. 54º, nº 1, o *plano individual de readaptação social é dado a conhecer ao condenado, obtendo-se, sempre que possível o seu acordo*.

Embora não resulte expressamente dos arts. 53º e 54º que o condenado deva intervir na própria elaboração do plano individual de readaptação social, a sua intervenção participada, nomeadamente em opções relativas a detalhes da execução, pode ser factor importante na sua indispensável adesão, assim se contribuindo para o reforço do seu sentido de responsabilidade, reduzindo-se, também, os riscos de resistência ou incumprimento⁶⁸.

O Código de Processo Penal vai já neste sentido, ao determinar, no art. 494º, nº 3: *quando a decisão não contiver o plano de readaptação ou este deva ser completado, os serviços de reinserção social procedem à sua elaboração ou reelaboração, ouvido o condenado.....*

Por último, importa salientar que, nos termos do art. 53º, nº 3, o legislador teve presente a importância que um plano individual de readaptação social pode representar para o êxito da

legislador no art. 45º, nº 2, do Dec.-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro — **acompanhado** na sua execução pelos serviços de saúde, articuladamente com o Instituto de Reinserção Social — cf. Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, p. 65.

67 Dispõe a Regra 7 da Recomendação Nº R(92) 16:

Les autorités chargées de la mise en exécution des sanctions et mesures appliquées dans la communauté doivent être prévues par des dispositions légales.

68 Neste sentido, dispõe a Regra 34 da Recomendação Nº R(92) 16:

Étant donné que la mise à l'exécution d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté doit être conçue de manière à obtenir la coopération du délinquant et à lui faire comprendre la sanction comme une réaction équitable et raisonnable à l'infraction commise, il devrait autant que possible participer au processus de prise de décisions en matière d'exécution.

reinserção social do **jovem** condenado. Por isso, aí se determina que pena de suspensão da execução da pena de prisão superior a um ano, imposta a jovem que à data do cometimento do crime não tenha ainda completado 25 anos de idade, seja, em regra, acompanhada de regime de prova.

O INCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS E A REVOGAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

É o seguinte o teor do art. 55º:

Artigo 55º

(Falta de cumprimento das condições da suspensão)

Se, durante o período da suspensão, o condenado, culposamente, deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de condutas impostas, ou não corresponder ao plano de readaptação, pode o tribunal:

- a) Fazer uma solene advertência;*
- b) Exigir garantias de cumprimento das obrigações que condicionam a suspensão;*
- c) Impor novos deveres ou regras de conduta, ou introduzir exigências acrescidas no plano de readaptação;*
- d) Prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano nem por forma a exceder o prazo máximo de suspensão previsto no art. 50º, nº 5.*

Por outro lado, nos termos do art. 56º, nº 1, a suspensão da execução da prisão é revogada sempre que, **no seu decurso**, o condenado:

- *infringir grosseira ou repetidamente os deveres ou regras de conduta impostas ou o plano individual de readaptação social;*



- *cometer crime pelo qual venha a ser condenado, e revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas.*

Pode questionar-se das consequências jurídicas no caso de condenação por crime cometido durante o período de suspensão, mas em que não tenham sido postas irremediavelmente em causa as finalidades da punição.

Nos termos das disposições conjugadas dos arts. 50º e 51º, nº 1, ambos do Código Penal de 1982, se durante o período de suspensão o condenado cometesse crime não doloso por que visse a ser punido — ou, em caso de crime doloso, se apesar de condenado não fosse punido com pena de prisão⁶⁹ — poderia o Tribunal limitar-se, por exemplo, a fazer-lhe uma solene advertência, se entendesse não ser caso de revogação da pena de suspensão, uma vez que nestes casos a revogação não era automática.

No Código Penal revisto esta solução não resulta directamente do disposto no art. 55º, uma vez que no corpo deste artigo estão tipificadas as situações que podem determinar os vários tipos de intervenção do Tribunal e delas não consta o ter sido o agente condenado por outro crime⁷⁰.

Por outro lado, do facto de o agente ter sido condenado por outro crime não resulta, necessariamente, que esteja a deixar

⁶⁹ No sentido de que a revogação só seria automática se o condenado viesse a ser punido com pena de **prisão efectiva**, acentuando que uma coisa é a condenação em pena de prisão — requisito legal previsto no art. 51º, nº 1, do Código Penal de 1982 — e outra, bem distinta, é a **condenação numa pena de substituição**, cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 547, p. 357.

⁷⁰ Antes das alterações introduzidas, após o debate, pela Comissão de Revisão, era o seguinte o texto do art. 53º, relativo à falta de cumprimento das condições da suspensão:

Se o delinquente condenado a suspensão de execução da prisão, culposamente, deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de conduta impostas ou não corresponder ao plano individual de readaptação social previsto, bem assim como se tiver praticado outro crime, poderá o tribunal.....

de cumprir qualquer dos **deveres** ou **regras de conduta** impostos ou a não corresponder ao **plano de readaptação social**. Aliás, a pena de substituição pode não ter sido sequer subordinada ao cumprimento de quaisquer deveres ou de regras de conduta, nem acompanhada de regime de prova ⁷¹.

E nestes casos, qual o fundamento para aplicação do art. 55º, se o cometimento de outro crime não se encontra agora previsto como seu pressuposto?

Vai, porém, contra toda a lógica do sistema que o Tribunal não possa fazer desde logo, por exemplo, uma solene advertência naquelas situações em que, não sendo embora caso de revogação — por não terem sido postas em causa as finalidades da punição — contudo tudo indica que, a manter-se o comportamento do condenado, a breve prazo venha a ser posto em causa, definitivamente, o juízo de prognose subjacente à aplicação da pena de substituição ⁷².

Importa também reter que, apesar de o legislador ter utilizado no corpo do art. 55º a expressão *deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de conduta* e afirmado no art. 495º, nº 1, do C.P.P. *quaisquer autoridades..... comunicam ao tribunal a falta de cumprimento..... desses deveres, regras de condutas ou obrigações*, nem toda a violação das condições justifica

71 Enquanto que a conduta fiel ao direito é exigível ao cidadão em geral, as condições impostas têm de ser adequadas a um dado caso concreto. Na verdade, os deveres, as regras de conduta e o regime de prova são impostos para através deles se realizarem as finalidades da punição (art. 50º, nº 2) e para se facilitar a reintegração social do condenado (arts. 52º e 53º). Se as condições impostas têm pois como objectivo contribuir para que o condenado não venha a cometer novos crimes, compreensivelmente a abstenção da prática de crimes não pode constituir uma obrigação. Mesmo quando conste da sentença, essa “obrigação” mais não é do que uma advertência.

72 Sobre as razões que levaram a que a Comissão retirasse do texto definitivo o pressuposto traduzido no cometimento de outro crime pelo condenado, cf. *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 65.

que sobre elas o Tribunal se pronuncie nos termos e para os efeitos do art. 55º.

Por um lado, parece que o Tribunal só deverá intervir — advertindo, exigindo garantias, impondo novas condições ou prorrogando o período de suspensão ⁷³ — quando, em virtude de incumprimento culposos, estejam a ser postas em perigo as finalidades da punição ⁷⁴.

Por outro lado, importa salvaguardar que na actividade de controlo ⁷⁵ dos serviços de reinserção social assista uma boa margem de discricionariedade ⁷⁶ para decidir da oportunidade em comunicar ou não ao Tribunal, face à não observância das condições impostas. Nesta área, deverá privilegiar-se a interven-

73 Quanto à possibilidade de aplicação cumulativa, quer quanto ao art. 50º do Código penal de 1982, quer quanto ao art. 55º do Código Penal revisto, cf., respectivamente, Acta da 23ª Sessão da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal e *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 469.

74 É por estarem a ser postas em perigo as finalidades da punição que, na opção pela medida mais adequada a responder ao incumprimento das condições, deverá atender-se não à frequência ou à menor ou maior gravidade do incumprimento, mas antes à capacidade da medida para atingir ainda, e também através dela, as finalidades da punição.

75 Na procura de que as actividades de **controlo formal** — que acrescem às expressões informais de controlo social que se impõem ao condenado a pena não privativa da liberdade como a qualquer outro cidadão — respeitem o princípio da intervenção mínima e se contenham nos limites das finalidades da punição, determina a Regra 74 da Recomendação Nº R(92) 16:

Les activités de contrôle seront exercées uniquement dans les limites où elles sont nécessaires à une stricte exécution de la sanction ou mesure appliquée dans la communauté, et fondées sur le principe d'intervention minima. Elles seront proportionnées à cette sanction ou mesure et limitées aux buts qui lui sont assignés.

76 Neste sentido é expressa a Regra 78 da Recomendação Nº R(92) 16:

Les manquements mineurs aux instructions prises par l'autorité d'exécution ou aux conditions ou obligations, qui n'entraînent pas le recours à la procédure de révocation de la sanction ou mesure, doivent être réglés rapidement dans le cadre du pouvoir discrétionnaire ou, si nécessaire, par une procédure administrative.

ção informal do Técnico de reinserção social em ordem a solucionar e ultrapassar as pequenas faltas ou incidentes ocorridos no decurso da execução, os quais, pela sua natureza, não justificariam nunca quer a revogação da pena de substituição, quer a sua modificação, quer mesmo a intervenção formal do Tribunal. O que tudo pressupõe que exista uma relação aberta e confiante entre o Magistrado e o Técnico de reinserção social.

Diversamente, nos casos em que se verifique violação grave, ou frequente, das condições impostas ⁷⁷.

Também agora, à semelhança do regime anterior, se durante o período de suspensão o condenado, culposamente, deixar de cumprir os deveres ou regras de condutas impostas ou não corresponder ao plano readaptação, o Tribunal pode prorrogar o período de suspensão. O Código Penal revisto acautela, porém, agora expressamente, não poder a prorrogação do período de suspensão conduzir a que venha a ser excedido o prazo máximo previsto no art. 50º, nº 5 — 5 anos — assim se salvaguardando o princípio da proporcionalidade ⁷⁸.

Tal como no Código Penal de 1982, só um incumprimento **culposo** pode acarretar a **revogação da pena de substituição**.

Reconhecendo, porém, o quanto a solução propugnada no art. 51º, nº 1, do Código Penal de 1982 tinha de incoerente face aos princípios subjacentes ao movimento de luta contra as penas de prisão e que presidiram à opção político-criminal pelas penas de substituição não privativas da liberdade, o Código Penal revis-

77 Neste sentido, a Regra 80 da Recomendação Nº R(92) 16:

Toute manquement significatif au respect des conditions ou obligations fixées par une sanction ou mesure appliquée dans la communauté doit sans délai être signalé par écrit par l'autorité d'exécution à l'autorité de décision. — art. 498º, nº 2

78 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 527, pp. 346 e 347, interpretava já a legislação anterior no sentido de o prazo não poder nunca ultrapassar 5 anos — o prazo máximo previsto no então art. 48º, nº 4.

to vem agora determinar que o **cometimento de outro crime, ainda que doloso**, durante o período de suspensão, não é suficiente, só por si, para conduzir à revogação da pena de substituição.

O acento tónico passa assim a estar colocado não no cometimento de **crime doloso** durante o período de duração da suspensão e correspondente condenação em **pena de prisão**, mas no facto de o cometimento de um crime e respectiva condenação ⁷⁹ revelarem a inadequação da suspensão para através dela serem ainda alcançadas as finalidades da punição.

Por outras palavras, a revogação da pena de suspensão da execução da pena de prisão, com o fundamento em condenação pela prática de crime doloso cometido durante o período de suspensão, deixou de ter carácter automático ⁸⁰.

Embora o art. 56º, nº 1, al. a), não exija expressamente que se demonstre que as finalidades da punição, que estavam na base da suspensão, não puderam, por meio dela, ser alcançadas, a sua interpretação teleológica leva a considerar que, como aliás referiu FIGUEIREDO DIAS, quando da discussão do Projecto de Revisão, a parte final da al. b) do nº 1 do art. 56º *estabelece uma condição comum às duas alíneas* ^{81,82}.

79 O legislador não exige agora que a condenação seja em pena de prisão. Contudo, se a condenação for numa pena de multa alternativa ou numa pena de substituição, sendo a não imposição de uma pena privativa da liberdade índice de que é possível a socialização em liberdade daquele condenado, sempre se poderá defender que as finalidades que estavam na base da suspensão podem continuar ainda a ser acauteladas, sendo apenas, eventualmente, caso de reforço das condições da suspensão.

80 Sobre esta matéria, cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 346, pp. 356 e 357.

A Regra 10 da Recomendação Nº R(92) 16 é clara ao afirmar que do incumprimento não deverá decorrer automaticamente a privação da liberdade:

Il ne doit pas y avoir de dispositions dans la loi quant à la conversion automatique en un emprisonnement d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, en cas de non-respect des conditions ou obligations imposées par cette sanction ou mesure.

81 É o seguinte o teor do art. 56º, na parte que ora importa:

Nos casos de modificação das condições impostas — deveres, regras de conduta, regime de prova — ou da revogação da pena de substituição, a importância em se assegurar um **amplo contraditório** ressalta bem do teor dos arts. 492º, nº 2, e 495º, nº 2, ambos do Código de Processo Penal.⁸³

Só auscultando o condenado e os serviços de reinserção social poderá levar-se devidamente em conta o comportamento global daquele — não só o que revele uma atitude negativa face à pena de substituição aplicada e respectivas condições, mas também aquele que, pelo contrário, possa ter uma valência positiva, traduzida no respeito das condições impostas e no tempo durante o qual o condenado as cumpriu⁸⁴ — assim concorrendo

1. *A suspensão da execução da pena de prisão é revogada sempre que, no seu decurso, o condenado:*

a) *Infringir grosseira ou repetidamente os deveres ou regras de conduta impostos ou o plano de readaptação social; ou*

b) *Cometer crime pelo qual venha a ser condenado, e revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas.*

82 Cf. *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 66.

83 É significativo da importância da exigência de um amplo contraditório o teor da Regra 83 da Recomendação Nº R(92) 16:

Avant de statuer sur la modification ou la révocation partielle ou totale d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, l'autorité de décision devra s'assurer que le délinquant aura eu l'occasion d'examiner les documents sur lesquels se fonde la demande de modification ou de révocation, et de faire connaître ses observations sur la violation prétendue de toute condition ou obligation imposée.

84 Neste sentido dispõe a Regra 85 da Recomendação Nº R(92) 16:

Lorsqu'est envisagée la révocation d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, il devra être tenu compte de la manière et de la mesure dans lesquelles les conditions et obligations fixées par cette sanction ou mesure ont été respectées par le délinquant.

para que se diminua também os riscos de uma decisão menos justa⁸⁵.

CÚMULO JURÍDICO — PENAS PARCELARES DE ESPÉCIE DIFERENTE

A Jurisprudência vem entendendo, maioritariamente, ser possível, em caso de conhecimento superveniente do concurso (art. 78º), **revogar-se**⁸⁶ a pena de suspensão da execução da pena de prisão, sem que tal implique violação de caso julgado, efectuando-se depois o cúmulo entre a pena de prisão que fora substituída e uma outra pena de prisão.

Salvo o devido respeito, esta solução não me parece dogmaticamente correcta, mostrando-se também desconforme com o Código Penal revisto, pois **esquece que:**

a) ao substituir uma pena de prisão por uma pena de suspensão da execução da pena de prisão, o Tribunal **está a aplicar e a fazer executar**, em vez da pena de prisão, **uma outra pena.**

a pena de suspensão da execução da pena de prisão, porque pena de substituição, é uma verdadeira pena e não uma forma de execução de uma pena de prisão.

85 Assinalando a importância da decisão que implique agravamento ou revogação de uma pena, pelas consequências danosas que daí podem advir para o condenado, a obrigar, por isso, a que o Tribunal se rodeie das maiores cautelas, determina a Regra 82 da Recomendação Nº R(92) 16:

Il ne peut être statué par l'autorité de décision sur la modification ou la révocation partielle ou totale d'une sanction ou mesure appliquée dans la communauté qu'après un examen détaillé des faits rapportés par l'autorité d'exécution.

86 Por vezes utiliza-se a expressão **não se mantém**.

Dando a palavra a FIGUEIREDO DIAS, as «novas» penas, diferentes da de prisão e da de multa, são «verdadeiras penas» — dotadas, como tal, de um conteúdo autónomo de censura, medido à luz dos critérios gerais de determinação da pena (art. 72º) —, que não meros «institutos especiais de execução da pena de prisão» ou, ainda menos, «medidas de pura terapêutica social». E, deste ponto de vista, não pode deixar de dar-se razão à concepção vazada no CP, aliás continuadora da tradição doutrinal portuguesa segundo a qual substituir a execução de uma pena de prisão traduz-se sempre em aplicar, na vez desta, uma outra pena.⁸⁷

Efectivamente, de há muito que a pena de suspensão da execução da pena de prisão⁸⁸ vinha sendo considerada, nomeadamente por BELEZA DOS SANTOS, EDUARDO CORREIA e FIGUEIREDO DIAS, como uma verdadeira pena.

b) atento o disposto nos arts. 50º, nº 2, 53º e 54º, o **regime de prova constitui uma modalidade da pena de suspensão da execução da pena de prisão.**

O Código Penal revisto, ao unificar numa mesma pena de substituição a pena de suspensão da execução da pena de prisão e o regime de prova — antes da Revisão de 1995 *pena aplicada a título principal* — reforça o conteúdo próprio de censura da pena de suspensão da execução da pena de prisão, fazendo sobressair a sua natureza de pena autónoma, de pena de substituição⁸⁹.

c) face ao Código Penal revisto, a revogação da pena de suspensão da execução da pena de prisão **não é de funcionamento automático.**

87 *Ob. cit.*, §§ 78 e ss., pp. 89 e ss.

88 Outrora apelidada de *suspensão condicional da pena*, cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Almedina, 1971, pp. 395 e ss.

89 Claramente neste sentido, comentando o «modelo continental» da suspensão da pena para prova, cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, § 511, p. 339.

ao pretender cumular uma pena de prisão com a pena de suspensão da execução da pena de prisão, **o Tribunal revoga a pena de substituição de forma automática.**

Como foi referido *supra* e agora se acentua, nos termos do art. 56º, ainda que **no decurso da execução da pena de substituição** o agente cometa crime pelo qual venha a ser condenado, só haverá lugar à revogação da pena de substituição se *as finalidades que estavam na base da suspensão não puderem, por meio dela, ser alcançadas.*

Por outro lado, nos termos do art. 495º do Código de Processo Penal, o Tribunal decide da revogação depois *de recolhida a prova e antecedendo parecer do Ministério Público e audição do condenado.* E competente para decidir a revogação é o Tribunal que o for para a execução da pena de substituição.

d) ao pretender cumular uma pena de prisão com a pena de suspensão da execução da pena de prisão, o aplicador revoga a pena de substituição sem que se verifique também **outro** dos seus requisitos — **cometimento de um crime no decurso da suspensão.**

Sendo o legislador tão exigente, ao não permitir, e bem, a revogação automática da pena de suspensão da execução da pena de prisão, ainda que o crime tenha sido cometido no decurso da execução da pena de substituição, como é que se pode aceitar que, e relativamente a **crimes cometidos antes** da condenação na pena de substituição, o Tribunal possa revogar a pena aplicada?

Por outro lado, e como resulta dos arts. 51º, nº 3 e 52º, nº 3, o legislador continua a salvaguardar a natureza de caso julgado *rebus sic stantibus* das condições da pena de substituição.

ção ⁹⁰. Assim, o conhecimento superveniente do cometimento de outro crime praticado antes da condenação deverá ser levado ao conhecimento do Tribunal competente para a execução da pena de substituição, o qual procederá de acordo com o disposto no art. 492º do Código de Processo Penal. E tão só.

A este propósito, parece-me interessante recordar os termos da discussão que se travou no seio da Comissão de Revisão, quando se abordou o regime da revogação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade.

Era o seguinte, na parte que ora interessa, o texto do art. 60º-A do Projecto ⁹¹:

Artigo 60º-A

(Suspensão provisória, revogação e substituição)

.....

2- Se o agente após a condenação:

.....

- c) Cometer outro crime, ou for condenado por crime anteriormente cometido, revelando deste modo que as finalidades da pena

Questionado quanto à relevância atribuída à condenação por **crime anteriormente cometido**, o Prof. FIGUEIREDO DIAS exemplificou: *um indivíduo cometeu um pequeno furto, foi-lhe aplicada a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, mas vem a confirmar-se mais tarde que é um dos membros (desconhecido até então) de uma rede de tráfico de droga.*

⁹⁰ Nesta linha, mas expressando a importância de se atender ao progresso revelado pelo condenado, dispõe a Regra 87 da Recomendação Nº R(92) 16:

Toute condition ou obligation fixée par une sanction ou mesure appliquée dans la communauté devrait pouvoir être modifiée par l'autorité de décision dans le cadre de la législation en vigueur, en fonction des progrès accomplis par le délinquant.

⁹¹ Proposto à discussão quando da reunião de 17 de Abril de 1989; cf. Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, pp. 56 e ss.

Foi então salientado, pelo Procurador-Geral da República, que a revogação por crime anteriormente cometido, *para além de se lhe afigurar como chocante, potenciaria instabilidade nos julgamentos.* E que, *se o tribunal, a administração da justiça, erraram, não deve o condenado sofrer uma agravante por esse facto.*

Os mesmos argumentos — instabilidade nos julgamentos, não dever o condenado sofrer em virtude de erro na administração da justiça — que pesaram então, determinando a alteração do texto do aludido art. 60-A ⁹², aplicam-se à revogação da pena de substituição com o fundamento da necessidade de formação de cúmulo jurídico no caso de crime praticado antes da condenação anteriormente proferida e de que só posteriormente haja conhecimento. A manifesta relevância desses argumentos, contribui para pôr em causa a tese que criticamos, pelo acentuar da sua não razoabilidade.

- e) é o próprio legislador, no art. 77º, nº 3, a reconhecer que a diferente natureza entre **penas parcelares de natureza diversa mantém-se na pena única.** ⁹³

⁹² Cf. Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, pp. 63, 68 e 69.

⁹³ É o seguinte o texto do art. 77º, nº 3:

3. Se as penas aplicadas aos crimes em concurso forem umas de prisão e outras de multa, a diferente natureza destas mantém-se na pena única resultante da aplicação dos critérios estabelecidos no número anterior.

O texto do art. 78º do Projecto era bem diverso do teor do actual art. 78º, expressando-se aí outra perspectiva quanto ao cúmulo de penas parcelares de espécie diferente:

3- Se as penas aplicadas aos crimes em concurso forem umas de prisão e outras de multa, será aplicável uma única pena de prisão, de acordo com os critérios estabelecidos nos números anteriores, considerando-se os de multa convertidos em prisão pelo tempo correspondente reduzido a dois terços.

(Cont.)

No art. 77º, nº 3, ao falar da **pena de multa aplicada**, o legislador não faz distinção entre as penas de multa autónoma, alternativa ou de substituição.

Assim, como compreender que a diferente natureza da pena de multa de substituição se mantenha na pena única resultante da aplicação dos critérios estabelecidos no art. 77º, nº 2, e que a também **bem diversa natureza** das outras penas de substituição — pena de suspensão da execução da pena de prisão e pena de prestação de trabalho a favor da comunidade — não releve no caso concreto?

Será que o condenado, por exemplo, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, estando a realizar satisfatoriamente a prestação de serviços imposta, também poderá ver **revogada** (ou noutra terminologia, não mantida) a pena de substituição, com o argumento de que, tendo o crime, de que só posteriormente tenha havido conhecimento, sido praticado antes da condenação anteriormente proferida, há agora que proceder à determinação da pena do concurso?

Fora do condicionalismo previsto no art. 59º, nº 2, contrariando abertamente o espírito do sistema? ⁹⁴

Atente-se ainda que, dada a autonomia desta pena de substituição, o legislador previu, no art. 59º, nº 4, que o Tribunal efectuasse **desconto na pena de prisão**. Porém, tal só é possível verificando-se incumprimento culposo ou cometimento, **após a condenação** em pena de substituição, de crime por que venha a ser condenado, e ainda, em qualquer dos casos, que a pena de substituição não tenha alcançado as finalidades da punição, pois que só nestas situações é que pode ser revogada a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade.

Cf., também, *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, pp. 83 e ss., 480 e 481.

⁹⁴ Cf., também, o art. 498º do Código de Processo Penal.

E se, por exemplo, o condenado em pena de suspensão da execução da pena de prisão tiver entregado elevada quantia a uma instituição privada, cumprindo, assim, uma obrigação imposta nos termos do art. 51º, nº 1, al. c)?

Deverá ser reembolsado pelo Estado? É que o disposto no art. 56º, nº 2, só se pode aplicar se estiverem preenchidos os requisitos previstos no art. 56º, nº 1, als. a) e b).

Por todo exposto, parece-me **não poder revogar-se** uma pena de substituição com o argumento de que, tendo o crime, de que só posteriormente haja conhecimento, sido praticado antes da condenação anteriormente proferida, haverá que proceder à formação do cúmulo jurídico das penas.

Diversamente, as **penas parcelares aplicadas aos crimes em concurso devem manter a sua autonomia**.

Aplaudo, assim, com particular satisfação, a tese que no Supremo Tribunal de Justiça⁹⁵ vem sendo defendida pelo Senhor Juiz Conselheiro MANUEL DE ANDRADE DE SARAIVA: *venido quanto à inclusão da pena suspensa no cúmulo, cuja pena única não foi suspensa; de outro modo estamos perante a revogação da pena suspensa sem que o Arguido tenha cometido um crime doloso posteriormente à condenação e no período de suspensão, o que não é permitido pela lei; além disso só podem ser cumuladas penas de prisão e a pena suspensa não tem essa qualificação, só passando a ser pena de prisão depois da revogação da suspensão*.⁹⁶

⁹⁵ Reafirmando, aliás, posição de há muito por si sustentada; cf. a declaração de voto no Ac. da Relação de Coimbra, de 23 de Novembro de 1994, C.J., T. IV, p.63.

⁹⁶ Declaração de voto no Ac. do S.T.J., de 13 de Janeiro de 1998, proferido no proc. n 1137/97.

IV

**A PENA DE PRESTAÇÃO DE TRABALHO
A FAVOR DA COMUNIDADE**

A pena de prestação de trabalho a favor da comunidade foi uma das penas inovadoras introduzidas no nosso sistema sancionatório pelo Código Penal de 1982.

São suas características essenciais o **apelo à responsabilização do condenado** e à **participação solidária da comunidade** no processo da reinserção social desse seu elemento, mediante a criação de condições que facilitem que o condenado possa — **através da prestação de trabalho útil e tanto quanto possível motivador** ^{97,98} — refazer a sua imagem face a si próprio, à comunidade e à vítima, **reparando, assim, de forma construtiva o desvalor ínsito no seu acto.**

O Código Penal revisto introduziu profundas alterações no regime da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, que vem agora regulamentado nos arts. 58º e 59º.

Desde logo, há a assinalar a possibilidade da sua aplicação em substituição de uma pena de prisão não superior a 1 ano (art. 58º, nº 1), alterando-se o anterior limite — *não superior a 3*

97 Neste sentido, a Regra 67 da Recomendação Nº R(92) 16:

Les tâches confiées aux délinquants effectuant un travail pour la communauté ne doivent pas être dépourvues d'intérêt, mais être socialement utiles et significantes, et doivent leur permettre de développer autant que possible leurs aptitudes....

98 Dispõe a Regra 55 da Recomendação Nº R(92) 16:

L'exécution des sanctions et mesures appliquées dans la communauté devra être conçue de manière à ce qu'elles aient la plus grande signification possible pour le délinquant et à ce qu'elles contribuent au développement personnel et social nécessaire du délinquant afin de permettre son insertion sociale. Les méthodes de prise en charge et de contrôle devront poursuivre ces objectifs.

meses (art. 60º do Código Penal de 1982) — assim se permitindo uma maior aplicação pelos Tribunais ⁹⁹.

Consequentemente, a prestação de trabalho passa a ser fixada entre um mínimo de 36 horas e um máximo de 380 horas, em vez de um duração de 9 a 180 horas. Fica também claro que o trabalho pode ser cumprido aos sábados, domingos e feriados.

Tal como a pena de suspensão da execução da pena de prisão, deixa também de ser considerada pena de substituição da pena de multa.

**O INCUMPRIMENTO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE TRABALHO
A FAVOR DA COMUNIDADE**

Totalmente inovador é o regime do incumprimento.

Quanto ao **incumprimento culposo**, dele não decorre agora a punição do condenado em dada pena de prisão — nos termos do art. 60º, nº 6, do Código Penal de 1982, o condenado

99 O Código Penal revisto veio dar um importante contributo à luta contra a pena de prisão aplicável à pequena e média criminalidade, ao aumentar significativamente o número de tipos previstos com pena de multa alternativa. Por outro lado, ao admitir agora em alguns destes tipos — relativos à criminalidade patrimonial — a punição com pena de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias, parece mesmo pretender alterar os limites da fronteira que, no Código Penal de 1982, separava a média criminalidade da criminalidade mais grave.

Embora sejam diferentes os critérios constantes dos arts. 70º e 44º, sempre se dirá que o expressivo aumento dos tipos incriminadores punidos agora com **pena de prisão ou multa** que a revisão do código trouxe consigo — e que é de saudar — vai ter repercussões na frequência com que o Tribunal recorrerá às penas de substituição, nomeadamente à aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade.

O que leva a questionar, do ponto de vista de direito futuro, da possibilidade de considerar a prestação de trabalho a favor da comunidade também como pena principal alternativa, nomeadamente em muitos dos casos em que já se prevê a punição em pena de multa alternativa.

era punido com a pena prevista no nº 3 do art. 388º do Código Penal de 1982 ¹⁰⁰ (como se de crime de desobediência qualificada se tratasse); segundo o novo regime, o Tribunal ordena o cumprimento da pena de prisão determinada na sentença (art. 59º, nº 2) ¹⁰¹.

À semelhança da pena de suspensão da execução da pena de prisão ¹⁰², prevê-se agora que a pena de substituição possa ser revogada se, após a condenação, o agente cometer crime por que venha a ser condenado e revelar que as finalidades da punição não puderam, por meio dela, ser alcançadas.

Relativamente ao **incumprimento não culposo**, em vez de o Tribunal aplicar uma pena de multa ou isentá-lo de pena (art. 60º, nº 7, do Código Penal de 1982), nos termos do art. 59º, nº 6, *conforme o que se revelar mais adequado à realização das finalidades da punição*, partindo da pena de prisão que lhe foi inicialmente aplicada, o Tribunal substitui-a por uma pena de multa ou suspende a execução, subordinando-a — se se mostrar necessário a facilitar a reinserção social do condenado — ao cumprimento de deveres ou de regras de conduta. Certamente entendeu o legislador que um período de suspensão até cinco anos — prazo máximo da suspensão, previsto no art. 50º, nº 5 — seria nestes casos desproporcionado, dado tratar-se de incumprimento não culposo.

¹⁰⁰ Pena de prisão até 2 anos e multa até 100 dias.

¹⁰¹ Neste sentido, o conteúdo da Regra 84 da Recomendação Nº R(92) 16:

Le non-respect des conditions ou obligations fixées par une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, qui peut se traduire selon la législation en vigueur par la modification ou la révocation partielle ou totale de la sanction ou mesure, ne doit pas constituer en soi une infraction.

¹⁰² Só quanto à pena de multa de substituição é que a prática de outro crime — durante o período em que a pena de substituição esteja em execução (arts. 44º, nº 1 e 47º, nº 3) — por que o agente venha a ser condenado, não influi na possibilidade de revogação da pena de substituição.

EXTINÇÃO DA PENA DE TRABALHO A FAVOR DA COMUNIDADE

Por último, entre as inovações há também a destacar que o Tribunal pode agora, nos termos do art. 59º, nº 5, declarar extinta a pena de substituição, antecipando assim o termo do cumprimento da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade ¹⁰³.

Para tanto, são seus pressupostos formais: a duração da pena aplicada não pode ser inferior a 72 horas e a dos serviços já prestados tem de ser igual ou superior a dois terços das horas fixadas na condenação.

Quanto ao pressuposto material, exige o legislador que a prestação de trabalho seja considerada satisfatória.

Esta inovação constitui expressivo estímulo ao processo pessoal e institucional de ressocialização do condenado.

Por outro lado, espelha de forma clara que, uma vez atingidas as finalidades da punição, a manutenção da execução de uma pena de substituição mostra-se desproporcionada, podendo revelar-se mesmo violadora do princípio da necessidade.

¹⁰³ No mesmo sentido, mas relativamente a toda e qualquer sanção ou medida aplicada na comunidade, dispõe a Regra 88 da Recomendação Nº R(92) 16:

L'autorité de décision devrait pouvoir mettre fin avant terme à une sanction ou mesure appliquée dans la communauté, lorsqu'il est établi que le délinquant a respecté les conditions et obligations fixées, et dès lors qu'il ne s'avère plus nécessaire de les maintenir pour atteindre le but de cette sanction ou mesure.

*ALTERAÇÕES AO SISTEMA SANCIONATÓRIO
AS MEDIDAS DE SEGURANÇA*

MARIA JOÃO ANTUNES

A reforma penal contida no Dec.-Lei nº 48/95, de 15 de Março, manteve intocado o sistema sancionatório contido na versão original do Código Penal de 82. Manteve o sistema monista de reacções criminais, de longa tradição no direito penal português, o que significa que ao agente da prática de um mesmo facto continua a não ser aplicada, cumulativamente, uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade. Justificaria isto que, sendo o tema destas nossas palavras *as medidas de segurança*, elas se dirigissem privilegiadamente às aplicáveis a inimputáveis. Contudo, a versão vigente do Código Penal impõe também uma referência à pena relativamente indeterminada e às medidas de segurança não privativas de liberdade aplicáveis a imputáveis e a inimputáveis.

Antes, porém, de analisarmos as modificações operadas, importa lembrar que também em matéria de medidas de segurança vale o princípio político-criminal da legalidade, consagrado no art. 29º da Constituição da República Portuguesa e acolhido nos arts. 1º e 2º do Código Penal. E importa aqui destacar, num período em que se coloca pertinentemente a questão da aplicação da lei penal no tempo, que a medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento, sendo determinada pela lei vigente no momento do preenchimento dos pressupostos de que depende. Salva-se, contudo, o princípio da aplicação da lei favorável, o que significa, concretamente, por um lado, a *proibição da retroactividade da lei criminalizadora do facto-pressuposto da declaração de perigosidade do delinquente e da lei que estabeleça uma medida de segurança mais grave e, por outro, a imposição da retroactividade da lei descriminaliza-*

dora do facto-pressuposto e da lei que estabeleça uma medida de segurança mais favorável ¹.

Relativamente às medidas de segurança aplicáveis a inimputáveis, poder-se-á dizer, em síntese, que a Reforma de 95 revela de forma clara a intenção de revestir a estrutura e a aplicação daquelas reacções criminais de garantias conformes à ideia do Estado de Direito ². E daí a introdução de alterações significativas quanto aos pressupostos de aplicação destas medidas, com especial destaque para os princípios do ilícito-típico, da perigosidade e da proporcionalidade ³, e de alterações também quanto à duração e execução destas reacções criminais.

O princípio do ilícito-típico — princípio segundo o qual pressuposto irrenunciável de aplicação de uma medida de segurança criminal é a prática pelo agente de um facto que possa ser considerado pela doutrina geral do crime um ilícito-típico —, revela-se agora expressamente na redacção do art. 91º, nº 1, do Código Penal ao fixar como um dos pressupostos do internamento do inimputável a prática de um *facto ilícito típico*, pondo assim fim às dúvidas que se levantavam em face da redacção original do preceito ⁴.

Mas, se com o teor actual do mencionado art. 91º, nº 1, se esclareceu o conteúdo mínimo do facto do inimputável para aplicação de uma medida de segurança de internamento, à doutrina e à jurisprudência são deixadas ainda, por um lado, a questão de

1 TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, 1990, pp. 169 e s.

2 Destaca esta nota, FIGUEIREDO DIAS, *O Código Penal Português de 1982 e a sua Reforma*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1993, p. 190.

3 Sobre estes princípios, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aquitas/Editorial Notícias, 1993, §§ 692 e ss.

4 Sobre a questão, cf. ANABELA RODRIGUES, *A Fase de Execução das Penas e Medidas de Segurança no Direito Português*, Sep. B.M.J., 1988, p. 53, n. 121, FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 385, n. 69, e FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (n. 3), § 724.

saber se este facto ilícito típico tem o mesmo conteúdo dogmático do facto do imputável — que o facto preencha um tipo objectivo de ilícito e o tipo subjectivo respectivo e não haja a intervenção de qualquer causa de justificação; e, por outro lado, a questão de saber se ao pressuposto da prática de um ilícito-típico acrescem ou não exigências adicionais — se relevam ou não, para o efeito de aplicação de uma medida de segurança de internamento, as causas de inexigibilidade (arts. 32º, nº 2, 35º, nº 1, e 37º, do Código Penal), a falta de consciência do ilícito não censurável (art. 17º, nº 1, do Código Penal) e as situações de falta de pressupostos de punibilidade (v.g. arts. 24º e 135º do Código Penal).

Não sendo este o momento adequado para tratarmos tão complexa problemática, que a jurisprudência e a doutrina estrangeiras têm levado longe, importa, contudo, destacar que tais questões não são alheias à doutrina portuguesa. FIGUEIREDO DIAS, partindo do critério segundo o qual *pressuposto mínimo de aplicação da medida de segurança é «a conjugação» da prática de um ilícito típico com outros elementos do crime que não tenham a ver com a culpa do agente*, defende que não é legítimo aferir da perigosidade criminal para efeito de aplicação de uma medida de segurança de internamento, por exemplo, quando o inimputável age em legítima defesa, em erro sobre a factualidade típica ou quando desiste validamente da tentativa de cometimento de um crime; mas já é legítimo, por exemplo, quando a situação for de estado de necessidade desculpante, de erro sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para tomar consciência do ilícito ou de falta de consciência do ilícito não censurável. Nestes últimos casos estamos perante verdadeiros problemas de culpa e, por conseguinte, não é possível aferir dos pressupostos de que dependem relativamente ao inimputável em virtude de anomalia psíquica ⁵.

5 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (n. 3), §§ 692 e ss. e 724 e ss. e a bibliografia aí citada.

A Reforma de 95 reforçou ainda o princípio do ilícito-típico ao consagrar a prescrição das medidas de segurança: prescrevem no prazo de 15 ou de 10 anos, consoante se trate de medidas de segurança privativas ou não privativas de liberdade, de acordo com o estipulado no art. 124º do Código Penal. Acolheu-se desta forma o ensinamento de EXNER, segundo o qual *o tempo destrói o valor sintomático do crime*⁶. É que, para além de ser co-fundamento e limite da aplicação da medida de segurança, o facto ilícito-típico praticado pelo inimputável pode ter valor sintomático de uma perigosidade existente, é indiciador da perigosidade criminal do agente, não sendo, contudo, suficiente uma relação de mera ocasionalidade, antes se exigindo uma relação de interdependência entre o facto ilícito-típico e a perigosidade: as raízes deste facto devem assentar na perigosidade e esta deve manifestar-se naquele.

Com isto tocamos mais um princípio que preside à aplicação de toda e qualquer medida de segurança: o princípio da perigosidade que parte do pressuposto irrenunciável de que o agente revele o perigo de vir a cometer no futuro novos factos ilícitos-típicos. Mas, o internamento de um inimputável não depende somente da probabilidade — não da mera possibilidade — de o indivíduo vir a cometer quaisquer outros factos ilícitos-típicos. Necessário é que *haja fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie*, o que legitima aqui uma ideia de *perigosidade específica*. Não se trata propriamente de factos integrantes do mesmo tipo de crime, mas sim de factos que possuam uma conexão substancial com o praticado — *v.g.*, factos violentos contra as pessoas ou factos contra o património. Esta exigência no sentido de que o perigo de repetição esteja ligado à espécie do ilícito-típico praticado — exigência agora tornada clara na nova redacção do art. 91º, nº 1, do Código Penal —, se por um lado é reveladora de um princípio de perigosidade mais exigente, no sentido de mais conforme à ideia de Estado de

6 FRANZ EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914, p. 171.

Direito, por outro, torna mais consistente o princípio do ilícito-típico, já que desta forma este não surge como mero pretexto para a aplicação de uma medida de segurança, mas verdadeiramente como limite de aplicação desta reacção criminal.

O que acaba de ser afirmado vem a contender com a exigência de proporcionalidade, agora expressamente consagrada no art. 40º, nº 3, do Código Penal: *a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente*. Este princípio da proporcionalidade, a exigir, concretamente, que seja levada em conta a gravidade do ilícito-típico cometido e dos que se espera que o indivíduo venha a cometer, bem como o grau de perigo respectivo — o grau de probabilidade de cometimento de novos crimes — cumpre nesta matéria uma função protectora similar à desempenhada pelo princípio da culpa em matéria de penas⁷.

Deste princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou de proibição de excesso deriva também, no momento da escolha entre várias soluções alternativas, um princípio de menor intervenção possível, a dar satisfação a uma ideia de necessidade e subsidiariedade: a medida de segurança de internamento aplicada há-de revelar-se necessária, no sentido de nenhuma outra solução menos onerosa poder alcançar os objectivos pretendidos. Quer isto dizer, à luz do direito penal vigente, que a medida de segurança de internamento do inimputável só se aplica se com a suspensão da execução do internamento, prevista no art. 98º do Código Penal, se não alcançar a finalidade pretendida. Se for razoavelmente de esperar que com a suspensão da execução do internamento se alcança a finalidade da medida privativa da liberdade, deve, pois, ser aplicada aquela medida de segurança de

7 Sobre esta função desempenhada pelo princípio da proporcionalidade, cf. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 1993, pp. 22, 75 e s. e CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1992, p. 45.

substituição, na expressão de ANABELA RODRIGUES⁸, havendo apenas as limitações decorrentes dos n.ºs 2 e 5 do referido art. 98.º.

O carácter subsidiário do internamento do inimputável perigoso, está agora consagrado de uma forma inequívoca na actual versão do Código Penal, dando assim cumprimento ao mandamento político criminal da preferência por reacções criminais não detentivas face às detentivas, mandamento decorrente do art. 30.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e com consagração no art. 70.º do Código Penal quanto às penas.

O agente a quem for suspensa a execução do internamento — medida que EDUARDO CORREIA caracterizou, sugestivamente, como *uma espécie de regime de prova para os inimputáveis*⁹ — ficará sujeito às regras de conduta necessárias à prevenção da perigosidade e, em especial, aos deveres de se submeter a tratamentos e regimes de cura ambulatorios apropriados e de se prestar a exames e observações nos lugares que lhe forem indicados, sendo colocado sob vigilância tutelar dos serviços de reinserção social (art. 98.º, n.ºs 3 e 4, do Código Penal). A suspensão, diferentemente do preceituado na versão anterior do Código Penal, finda quando cessar a perigosidade criminal que a justifica ou quando for atingido o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável, aplicando-se para o efeito o instituto da revisão da situação; ou, então, é revogada, nomeadamente por o comportamento do agente revelar que o internamento é indispensável (art. 98.º, n.º 6, do Código Penal).

É também no princípio da proporcionalidade que alguns autores fazem assentar a exigência de as medidas de segurança deverem ter um limite máximo de duração¹⁰. Neste sentido, estabelece agora o art. 92.º, n.º 2, do Código Penal a regra de que

8 Cf. *loc. cit.*, pp. 52, n. 118, e 57.

9 Cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, B.M.J., N.º 143, p. 39.

10 Cf. MUÑOZ CONDE, *Vorschlag Eines Neuen Maßregelsystem, Strafrechtspolitik*, Frankfurt, 1987, p. 119.

o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável. Solução que, se por um lado, aponta uma vez mais para o sentido limitador do pressuposto da prática de um ilícito típico, por outro, dá efectiva consistência ao princípio da proporcionalidade, na medida em que o critério da determinação da duração máxima da medida de segurança assenta na gravidade do facto praticado. Significa isto, que aqueles a quem é aplicada uma medida de segurança de internamento sairão um dia em liberdade, mesmo que se mantenha o estado de perigosidade criminal que justificou a aplicação desta reacção criminal. Ressalva-se apenas, no n.º 3 do art. 92.º, que se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a 8 anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação, o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de dois anos até cessar o estado de perigosidade.

O risco de pôr termo a uma medida de segurança quando o delinquente ainda é criminalmente perigoso — afinal, o mesmo risco que a sociedade corre quando, finda a duração máxima da pena, liberta um delinquente por tendência — era assumido, na versão original do art. 92.º, n.º 2, do Código Penal, apenas quanto ao primeiro internamento de inimputável perigoso, valendo para os restantes casos a regra tradicionalmente característica deste tipo de reacção criminal, mas que é de repudiar nos quadros de um Estado de Direito: a regra de que o internamento finda quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade criminal que lhe deu origem. Com a solução adoptada cremos que se dá satisfação efectiva ao princípio constitucional da natureza temporária, limitada e definida das medidas de segurança (art. 30.º, n.ºs 1 e 2), o que, em nosso entender, não acontecia anteriormente, já que as regras então vigentes sobre a revisão da situação do internado não davam cumprimento cabal àquele princípio¹¹.

11 Cf., MARIA JOÃO ANTUNES, *O Internamento de Imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis*, Coimbra Editora, 1993, pp. 103 e ss.

Para além de se ter fixado no art. 92º, nº 2, do Código Penal a duração máxima das medidas de segurança — limite temporal que deverá constar da decisão que decretar o internamento, nos termos do art. 501º, nº 1, do Código de Processo Penal —, o art. 91º, nº 2, daquele diploma estabelece, para alguns casos, a duração mínima do internamento — limite temporal que também deverá constar da decisão que decretar o internamento, por força da disposição processual penal invocada. Trata-se aqui apenas, contudo, de fixar os limites máximo e mínimo, se for caso disso, de duração do internamento e nunca da determinação judicial da duração de tal medida, uma vez que, pela sua própria natureza, as medidas de segurança não permitem uma determinação judicial em função da duração da perigosidade criminal que as justifica. É isto mesmo, de resto, que está na base da eliminação da possibilidade de determinação do tribunal competente em função de um juízo de prognose relativamente à duração das medidas de segurança, então prevista no art. 16º, nº 3, do Código de Processo Penal, e da eliminação do limite de três anos então consagrado no art. 370º, nº 2, do mesmo diploma.

O art. 91º, nº 2, do Código Penal ao dispor agora que *quando o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos* — adopta-se agora um critério muito mais determinado, ganhando com isso o princípio da legalidade —, *o internamento tem a duração mínima de três anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social*, questiona-nos sobre as finalidades da medida de segurança de internamento de inimputáveis. A redacção aponta, claramente, para uma concepção, entre nós defendida por FIGUEIREDO DIAS, segundo a qual *em matéria de finalidades das reacções criminais, não existem diferenças «fundamentais» entre penas e medidas de segurança. Diferente é apenas a forma de relacionamento entre as finalidades de prevenção geral e especial: nas penas, a finalidade de prevenção geral de integração assume o primeiro e indisputável lugar, enquanto finalidades de prevenção especial de qualquer espécie*

*actuum só no interior da moldura construída dentro do limite da culpa, mas na base exclusiva daquelas finalidades de prevenção de integração; nas medidas de segurança, diferentemente, as finalidades de prevenção especial (de socialização e de segurança) assumem lugar absolutamente predominante, não ficando todavia excluídas considerações de prevenção geral de integração sob uma forma que, a muitos títulos, se aproxima das (ou mesmo se identifica com as) «exigências mínimas de tutela do ordenamento jurídico»*¹². Pode dizer-se que, à semelhança do que acontece em matérias como a da escolha da pena (arts. 70º e 40º do Código Penal), a da liberdade condicional (art. 61º, nº 2, do Código Penal) e a da execução da pena de prisão (art. 43º do Código Penal), também em relação à medida de segurança de internamento a finalidade de prevenção especial encontra limites na tutela da confiança comunitária nas normas.

Merece o nosso aplauso, por várias razões, a eliminação do carácter rígido da redacção anterior do art. 91º, nº 2, do Código Penal, a qual obrigava a um internamento mínimo de três anos, muitas vezes prejudicial ao êxito de um tratamento psiquiátrico alcançado num período curto de tempo. Já temos dúvidas quanto à opção no sentido de a finalidade preventivo-especial do internamento de inimputável estar limitada pela defesa da ordem jurídica e da paz social. Se, como defendemos, a finalidade de prevenção geral positiva ou de integração não tem relevo autónomo na matéria das medidas de segurança, melhor teria sido então, pura e simplesmente, ter eliminado o mencionado nº 2 do art. 91º e, conseqüentemente, a duração mínima do internamento¹³.

Incompreensivelmente, o texto final deste artigo não prevê, ao contrário do texto proposto pela Comissão de Revisão, que nos três anos seja descontado o período pelo qual o agente tenha sofrido privação da liberdade em razão do mesmo facto, nomeadamente por lhe ter sido aplicada uma medida de coacção pro-

12 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (n. 3), § 675.

13 MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 90 e s. e 143 e ss.

cessual¹⁴. Não obstante esta omissão, talvez explicável por a redacção global do preceito ter sido modificada numa fase posterior, cremos dever defender-se a aplicação a este caso do instituto do desconto, tanto mais quanto a duração mínima do internamento se deve, agora claramente, a considerações de prevenção geral e a tal solução, em benefício do delincente, não se opõe o princípio da legalidade.

Também a matéria atinente à execução da medida de segurança foi alvo de alterações significativas, sendo de pôr em evidência a eliminação dos institutos da libertação a título de ensaio e da liberdade experimental. Em vez deles consagrou-se agora o instituto da liberdade para prova nos arts. 94º e 95º do Código Penal, importando realçar, desde logo, que ele vale exclusivamente para aqueles casos em que, não obstante a manutenção do estado de perigosidade criminal que deu origem à medida de internamento, resulta da revisão da situação do internado, nos termos do art. 93º do mesmo diploma, que a finalidade da medida pode ser alcançada em meio aberto. Significa isto, bem vistas as coisas, que na fase da execução há uma medida paralela à da suspensão da execução do internamento (art. 98º do Código Penal), uma medida que responde às mesmas intenções político-criminais: a medida de internamento permanece apenas enquanto se revelar *necessária* à consecução da finalidade pretendida, assim se revelando a sua natureza *subsidiária* e a obediência ao já mencionado princípio da proporcionalidade, o qual vale para o inteiro âmbito das medidas de segurança e, por conseguinte, também para a execução destas¹⁵.

Quando da revisão da situação do internado resultar que cessou o estado de perigosidade criminal que deu origem à medida de segurança, ou quando for atingido o limite máximo do internamento, este cessa sem mais, nos termos do art. 92º, n.ºs 1

14 Cf. *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, pp. 123 e ss. e 572.

15 Salienta este aspecto FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (n. 3), §§ 709 e 766.

e 2, do Código Penal, não tendo lugar — à semelhança do que acontece para as penas com a chamada *liberdade condicional obrigatória* —, um período de transição para a vida em liberdade, tal como acontecia através do instituto da liberdade experimental. Esta solução é perfeitamente justificável, de um ponto de vista político-criminal: quando a perigosidade cessa ou quando é atingido o limite máximo de duração do internamento, não há fundamento material para uma qualquer intervenção penal na esfera de direitos do inimputável. No primeiro caso, falta o pressuposto da perigosidade criminal; no segundo, o da proporcionalidade da restrição.

Para além do que acabámos de destacar, atente-se ainda no art. 99º do Código Penal, que veio preencher a lacuna existente na versão original do diploma de 82, na matéria atinente à execução cumulativa de pena e de medida de segurança privativas da liberdade. Contrariamente ao direito consagrado no Código de Processo Penal de 29, que estipulava no art. 633º a execução prévia da pena, não existia até agora qualquer disposição que fixasse as regras a observar quando estivesse em causa a execução conjunta daquelas reacções criminais. E não se pense que o carácter monista do sistema afasta a necessidade de disposições daquele tipo: o art. 20º, n.º 1, do Código Penal, ao exigir um juízo de inimputabilidade em concreto, ou seja, em relação ao facto concreto praticado pelo delincente autoriza — utilizando aqui um exemplo de EDUARDO CORREIA — que ao indivíduo que, num momento dado, comete um furto e um crime sexual possa ser aplicada uma pena e uma medida de segurança, por em relação ao primeiro crime ele ser declarado imputável e inimputável perigoso quanto ao segundo¹⁶. A solução, agora consagrada, consiste, fundamentalmente, na adopção de um princípio de vicariato: a medida de segurança de internamento é executada antes da pena de prisão a que o agente tiver sido condenado; a duração da medida privativa da liberdade é descontada na da

16 Cf. *Direito Criminal*, I, Almedina, p. 346.

pena; e a execução do eventual resto de pena fica sujeita a um regime especial, nomeadamente no que respeita à liberdade condicional ¹⁷.

Este princípio do vicariato, expressão de um programa político-criminal de cunho inegavelmente preventivo, onde a distinção entre pena e medida de segurança no momento da execução é praticamente inexistente, tem sido a solução encontrada para superar os inconvenientes apontados aos sistemas dualistas: a ineficácia e a inoportunidade de um tratamento adequado. Inconvenientes estes decorrentes da acumulação entre a pena e a medida de segurança: ineficácia quando a medida de segurança é executada antes da pena, pois corre-se o risco de a execução sucessiva da pena prejudicar a ressocialização alcançada; inoportunidade quando se executa a pena em primeiro lugar, uma vez que a execução diferida da medida de segurança pode frustrar, irremediavelmente, o objectivo desta reacção criminal, comprometendo-se ou agravando-se a recuperação do delinquente. Como concluiu BELEZA DOS SANTOS ¹⁸, a execução posterior da medida de segurança pode inutilizar o melhoramento do delinquente alcançado com a execução da pena, razão suficientemente impressiva para a Reforma Prisional de 36 não ter adoptado um sistema dualista de reacções criminais. Isto, não obstante a solução dualista ser então tida como a mais adequada — como se mostrava, nomeadamente através do Código Penal italiano de 1930 — para fazer face às insuficiências da pena relativamente à perigosidade criminal dos delinquentes de imputabilidade diminuída e de difícil correcção. BELEZA DOS SANTOS traçou naquela

¹⁷ Sobre o princípio do vicariato, desenvolvidamente, cf. H. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, Berlin, 1972. Entre nós, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 124 e ss.

¹⁸ *Nova Organização Prisional Portuguesa. Alguns Princípios e Realizações*, Coimbra, 1947, pp. 20 e s.

Reforma um sistema que denominou de *monismo prático* ¹⁹ — sistema depois seguido pelas reformas penais de 54 e de 72 — e que se caracterizava por, depois de cumprida a pena, a medida de segurança ser executada no mesmo estabelecimento. Significava isto, no direito anterior ao Código Penal de 1982, que a pena era *prorrogada* até ao delinquente se reputar inofensivo. Este sistema de prorrogação da pena, foi substituído no Código Penal de 82 pelo alargamento da declaração de inimputabilidade a situações de imputabilidade diminuída e aos casos de incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas (art. 20º, nºs 2 e 3, do Código Penal) e pelo instituto da pena relativamente indeterminada quanto aos delinquentes por tendência, alcoólicos e equiparados (arts. 83º e ss. do Código Penal). Substituição que não descaracterizou o sistema de *monismo prático* nascido em 1936. Poder-se-á até afirmar que os contornos de um tal sistema são agora mais evidentes depois da Reforma de 95, dadas as alterações significativas ao regime da pena relativamente indeterminada.

Para além de modificações que são, verdadeiramente, meros esclarecimentos dos pressupostos de aplicação da pena relativamente indeterminada — v.g. nos arts. 83º, 84º e 86º do Código Penal esclarece-se que as penas em causa são de prisão *efectiva* e que não são necessárias condenações anteriores, sendo suficiente a situação de concurso de infracções —, a reforma introduz outras que contendem claramente com a natureza jurídica do instituto.

Muito embora tenha sido concebida por EDUARDO CORREIA como uma pena referida à personalidade do delinquente, assente numa ideia de culpa pela não formação da personalidade, e, portanto, como um instituto que permitia punir mais severamente, mas ainda em nome da culpa, o delinquente por tendência espe-

¹⁹ Cf. *Prefácio*, ROBERTO PINTO / ALBERTO FERREIRA, *Organização Prisional*, Coimbra, 1955, p. IX.