

# As penas de substituição: de «parente pobre» a «parente paritário»

André Lamas Leite (\*)(\*\*)

**Resumo:** o autor reflecte sobre a importância técnico-dogmática, político-criminal e prático-jurídica das penas de substituição e, em termos mais amplos, das consequências jurídicas do facto ilícito-típico, habitualmente tidas como uma matéria de pouca monta na «ciência conjunta do Direito Penal». Para além de outros argumentos, lança-se também num estudo dos principais dados estatísticos nacionais e estrangeiros no tocante às penas substitutivas.

**Palavras-chave:** penas de substituição; consequências jurídicas do facto ilícito-típico; dogmática penal; política criminal; estatísticas judiciais.

**Abstract:** *the author reflects on the dogmatic, political-criminal and practical-legal importance of alternatives to imprisonment measures and, more broadly, the legal consequences of the unlawful act, usually considered as a minor subject in the so-called gesamte Strafrechtswissenschaft. In addition to other reasoning, the article also provides a study of the main national and foreign statistical data regarding alternative measures to imprisonment.*

**Keywords:** *alternative measures to imprisonment; legal consequences of the wrongful acts; criminal dogmatic; criminal policy; judicial system's statistics.*

---

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

(\*\*) O presente trabalho corresponde, com alterações de pormenor, a parte inédita da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais que defendemos, em provas públicas, na FDUP, em 7 de março de 2016, intitulada *As penas de substituição em perspetiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática.*

## I) Porque é urgente terminar com o estigma de «parente pobre» das consequências jurídicas do facto ilícito-típico?

1. Não é demais lembrar que as consequências jurídicas do crime são tidas, amiúde, como uma espécie de «parente pobre» da ciência do Direito Penal, não apenas no nosso país, mas em outros Estados que partilham de idêntico substrato jurídico-cultural<sup>(1)</sup>. Nas palavras de NUVOLONE<sup>(2)</sup>, «um facto simplesmente acessório, apesar de ser um dos pilares do sistema». E isto não obstante os esforços de vários autores que, como BONNEVILLE DE MARSANGY<sup>(3)</sup>, sempre consideraram esta disciplina da dogmática criminal, no contexto da «ciência conjunta do Direito Penal», como fundamental para a «verdadeira utilidade social».

Não sendo minimamente unânime determinar as funções essenciais da dogmática jurídico-criminal, concordamos com BURKHARDT<sup>(4)</sup> ao identificar as seguintes: a) *função constitutiva* (estabelecimento das regras e princípios fundamentais das questões jurídicas); b) *função democrática* (garantir, por via de

---

<sup>(1)</sup> Verifica-o, entre nós, p. ex., JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, «Da brandura de costumes à execução das penas», in: *Ousar Integrar*, 8, 4 (2011), p. 109, bem como NUNO CAIADO/TERESA LOPES, «Inovar a execução das penas — a associação da vigilância electrónica a novas formas de prisão domiciliária e de execução da liberdade condicional», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal – RPCC*, 20, 4 (2010), p. 596. CARLOS PRAT WESTERLINDH, *Las consecuencias jurídicas del delito (análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional)*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 68, fala na consequência do crime como «a grande esquecida por parte do (...) legislador». E lembra bem que esta região normativa só pode ser correctamente estudada quando apresentada em relação com as demais áreas do Direito Penal (*ibidem*, p. 74) e, acrescentamos nós, com o Direito Processual Criminal. Na Alemanha, também sucede algo de similar, concentrando-se o legislador, sobretudo, na reforma da Parte Especial do Código Penal (cf. WINFRIED HASSEMER, «Características e crises do moderno Direito Penal», in: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, 18 (2003), p. 149). De modo claro e concordante, estranhando a falta de estudos da doutrina sobre a matéria, WOLFGANG FRISCH, «Dogmática jurídico-penal afortunada y dogmática jurídico-penal sin consecuencias», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Banch, 2004, p. 200. No México, de jeito claro, LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO, «Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales», in: JAVIER PIÑA Y PALACIOS (coord.), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 63-64.

<sup>(2)</sup> «Un congrès italien de droit pénal sur les peines et mesures alternatives à l'époque actuelle», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1977), p. 49.

<sup>(3)</sup> *De la récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale*, t. I, Paris: Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1844, p. iv.

<sup>(4)</sup> BJÖRN BURKHARDT, «Dogmática penal afortunada y sin consecuencias», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 127-130.

uma aplicação mais ou menos uniforme, a certeza e segurança jurídicas nessa aplicação, de modo a cumprir os ditames do Estado de Direito); c) *função de controlo* (social formal); d) *função dita de «descarga»*, no sentido de produção de conhecimento sobre uma questão, de modo a que não seja a primeira vez que o aplicador se tenha de sobre ela debruçar; e) *função técnica ou didáctica*; f) *função de assessoria e de melhoramento* (das leis); g) *função adaptativa* (possibilita ao Direito acomodar-se às transformações sociais). Sendo exacto que as consequências jurídicas do facto punível não são a mesma coisa que a construção da dogmática geral, a qual centra a sua atenção no «crime» ou no «facto ilícito-típico», não deixam de estar imbricadas uma na outra, pois de nada adianta a dogmática se se não orientar para uma dada sanção, pelo que se trata de duas faces da mesma moeda do Direito Penal substantivo e, especificamente, da sua Parte Geral. Se bem virmos, por certo em uma «unidade funcional» (adaptando a expressão de ZIPF, usada em outro contexto) onde por vezes se não deslinda onde começa uma e acaba a outra, a *Rechtsfolg* cumpre todas estas funções, sem excepção. Não apenas se exige um conhecimento científico delas — e cada vez mais apurado, fruto dos desafios que a globalização<sup>(5)</sup> coloca crescentemente ao nosso ramo de Direito —, o qual é essencial para uma aplicação respeitadora de parâmetros constitucionais como a proporcionalidade e a igualdade, com a plena juridificação da determinação da pena — até cerca do séc. XIX considerada como uma «arte do julgador», uma tarefa que se achava excluída da racionalidade jurídica e, por isso, da sua controlabilidade por via recursória —, como se mostra essencial o estudo das consequências jurídicas da pena ou das medidas de segurança para qualquer operador judiciário.

---

(<sup>5</sup>) As definições são multímodas. Pelo seu cariz impressionante, a do filósofo da educação francês DANY-ROBERT DUFOUR, *Le délire occidental et ses effets actuels dans la vie quotidienne: travail, loisir, amour*, Paris: Éditions Les Liens qui Libèrent, 2014, p. 13 merece referência: «o controlo regulado do mundo pela *hiperclasse*, anteriormente designada por hiperburguesia financeira, transfronteiriça e pós-moderna, hedonista e inculta, baseada na predação rápida e sistemática», com razão aludindo ao fim da *vita contemplativa* e a uma passagem de «um mundo encantatório a um mundo operativo» (*ibidem*, pp. 14-17).

Com razão afirma FLETCHER<sup>(6)</sup> (que aqui adaptamos) que, comparado o sistema do *common law* com o do *civil law*, o papel da pena é de maior centralidade no primeiro. Desde logo, toda e qualquer teoria sobre a legitimidade, legitimação, função ou funções e finalidade ou finalidades do nosso ramo de Direito começa sempre pelo entendimento do que seja a pena criminal, na medida em que ela é o centro gravitacional de qualquer dessas magnas questões. Qualquer filosofia penal começa pela filosofia sancionatória e não com a do sistema dogmático *qua tale*, ao invés do que parece entender a ciência penal alemã. Donde, sendo diferente o ponto de partida, não é de estranhar que as consequências jurídicas do facto ilícito venham ganhando, no espaço anglo-saxónico, um relevo maior do que na Europa continental, bastando apontar os estudos de HART, RAWLS, FEINBERG ou MORRIS.

O que vem de dizer-se não é contrariado pelo facto de, também na Alemanha, autores existirem que reflectem esta importância do «pensamento do problema» sobre o do «sistema»<sup>(7)</sup>, como se dirá de seguida. Na verdade, ANDROULAKIS<sup>(8)</sup> salienta a importância de uma concepção em que a pena assuma um primado sobre o conceito de delito. Depois de verificar os enormes desencontros em termos da dogmática — em que não há sequer unanimidade quanto à definição do conceito de crime<sup>(9)</sup> —, o autor sugere que uma boa forma de melhor compreendermos o nosso ramo de Direito passa pela análise da noção de «pena». Chega mesmo a propor uma formulação: «é um sofrimento previsto na lei, ou seja, um tratamento estigmatizante e constrangedor, imposto a um dado sujeito pelo Estado, como expressão da sua especial desaprovação pela violação de uma determinada norma imposta contra um comportamento, para que seja percebido como tal»<sup>(10)</sup>. O

---

<sup>(6)</sup> GEORGE P. FLETCHER, «La dogmática jurídico-penal alemana vista desde fuera», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Banch, 2004, pp. 265-271.

<sup>(7)</sup> Vejam-se os conceitos em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 28-33.

<sup>(8)</sup> NIKOLAOS K. ANDROULAKIS, «Über den Primat der Strafe», in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 108, 2 (1996), pp. 300-332.

<sup>(9)</sup> A não ser verificar que o crime é tudo aquilo que o legislador, na sua discricção (*Gutdünken*), proclame como tal (NIKOLAOS K. ANDROULAKIS, «Über den Primat...», p. 300).

<sup>(10)</sup> NIKOLAOS K. ANDROULAKIS, «Über den Primat...», p. 303.

segmento «expressão de especial desaprovação» é, para ANDROULAKIS, o cerne da noção proposta — aquilo que designa por «função expressiva da pena» (*expressive Funktion der Strafe*), uma verdadeira atitude de raiva e de indignação dirigida aos agentes dos delitos; numa palavra, a institucionalização de tais emoções<sup>(11)</sup>. Sendo exacto que a pena não é o único meio de controlo social (muito ao invés, insiste-se no seu cariz de *ultima ratio*), enquanto ela for o principal meio de resposta ao crime já perpetrado, *não pode deixar de se reconhecer um primado do conceito de pena sobre o de crime*<sup>(12)</sup>.

É aliás comum identificar uma tendência de referir uma «política criminal<sup>(13)</sup> e mesmo uma dogmática orientadas para as consequências jurídicas do facto punível, com raízes em FEUERBACH que, por via da sua «teoria da coacção psicológica», aporta uma fundamentação não-idealista à pena, em contraponto com as concepções kantianas ou hegelianas<sup>(14)</sup>. Do mesmo modo, vários são os autores que consideram a matéria como «a parte nuclear do Direito Penal»<sup>(15)</sup>.

Acresce, por outro lado, mesmo dentro da doutrina das *Rechtsfolgen*, que a prática da aplicação das sanções criminais e a «paleta» delas que os tribunais

<sup>(11)</sup> NIKOLAOS K. ANDROULAKIS, «Über den Primat...», pp. 309-310.

<sup>(12)</sup> De modo muito claro, NIKOLAOS K. ANDROULAKIS, «Über den Primat...», p. 332.

<sup>(13)</sup> É inabarcável o conjunto de definições de política criminal, bem como é complexo o modo como se passa de uma «enciclopédia das ciências criminais», como conglomerado sem método e apenas aditivo das ciências que se dedicavam ao estudo do crime, como JIMÉNEZ DE ASÚA as terá crismado, até à «ciência conjunta do Direito Penal» (VON LISZT). Entre nós, sobre este último tema, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 18-41 e, antes disso, já HEINZ ZIPF, *Politica criminale*, pp. 5-29. Quanto à noção de «política criminal», seria ela mesma um tema autónomo. Para o efeito, embora saibamos que a mesma é incompleta, entendamo-la como «a produção e a realização dos princípios do ordenamento no campo da justiça penal» (HEINZ ZIPF, *Politica criminale*, Milano: Giuffrè, 1989, p. 14), o que sempre importa ser ela a determinar o *quê*, o *como* e o *se* da punição e que só a podemos conceber como uma ciência autónoma (*ibidem*, p. 46).

<sup>(14)</sup> WINFRIED HASSEMER, «Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania», in: *Doxa*, 8 (1990), pp. 178-179, e, do mesmo autor, «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 46, 1 (1993), p. 66. Em Portugal, AFONSO COSTA, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, vol. I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895, p. 318, é muito claro na defesa da teoria nascida com P. A. V. FEUERBACH.

<sup>(15)</sup> FRANCISCO BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Navarra: Thomson/Civitas, 2005, p. 109. O autor, com razão, adverte também que as consequências jurídicas do crime, à semelhança de todo o nosso ramo de Direito, está muito dependente de ideologias e mundivisões, falando mesmo em «crenças» (*ibidem*, p. 110). Nada de especialmente impressionante se se atender a que o Direito é uma «ciência social e humana».

aplicam têm necessariamente de ser objecto de estudo<sup>(16)</sup>, sob pena de não compreendermos as consequências práticas a que tendem as construções dogmáticas desenvolvidas.

Por outro lado, como bem diagnostica VOGEL<sup>(17)</sup>, vivemos em um tempo em que o «pensamento do problema» se sobrepõe ao «pensamento do sistema». Tem sido cada vez mais importante, fruto da voracidade com que a vida hodierna se tem desenvolvido, impulsionada pelas consequências da globalização, dar resposta aos concretos problemas. Dito de outra forma, mais do que a construção de um sistema do facto punível, sobreleva hoje a reflexão de uma hipótese fáctica nesse mesmo sistema, onde deve encontrar uma solução tida por adequada. Defendemos uma interpenetração entre as duas perspectivas, cientes de que, como não há uma boa prática sem uma boa teoria, inexistente uma solução problemática sem um transfundo sistemático seguro. Simplesmente, fruto de uma evolução muito considerável da dogmática penal, em especial ao longo de todo o século passado e com as diversas Escolas que se foram sucedendo no tempo, embora com diferenças, é correcto afirmar que as categorias dogmáticas do facto punível se encontram *relativamente* estabilizadas, em concreto no nosso país. Não participando todos os autores e toda a jurisprudência actuais do movimento designado por «teleológico-racional» e, para alguns, «funcional», certo é que esta é uma orientação hoje claramente maioritária. Donde, ao nível do entendimento do tipo, ilícito e culpa, como aspectos estruturantes da dogmática, assiste-se a um considerável — que não unanimismo, aliás, indesejável — consenso em torno do essencial. Assim, há um corpo teórico apto a dar resposta às inquietações das situações problemáticas com que os tribunais se vão deparando no seu dia-a-dia.

---

<sup>(16)</sup> Assim, FRANZ STRENG, «Modernes Sanktionenrecht?», in: *ZStW*, III, 4 (1999), p. 828.

<sup>(17)</sup> «Política criminal y dogmática penal europeas», in: *Revista Penal*, II (2003), pp. 141-142. No Direito Penal Europeu é já comum falar-se da «trilogia dos mínimos», dado que o legislador se refere sempre à necessidade de que as sanções determinadas pelos Estados-Membros sejam «eficazes, proporcionadas e dissuasoras» (*ibidem*, pp. 145-146). Sobre a matéria, para uma visão geral, GERHARD DANNECKER, *Evolución del Derecho Penal y sancionador comunitario europeo*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2001, pp. 39-47, 49-62 e 101, ss.

Como sempre, elas têm de ser projectadas no sistema. Se *A* mata *B*, são esses factos da vida social analisados à luz da grelha hermenêutica em que se traduz o conceito material de crime<sup>(18)</sup>, existindo um *output* que é o respectivo preenchimento ou não. Se a solução for a primeira, inicia-se a fase da escolha e medida da pena, a qual trabalha ainda com conceitos dogmáticos, sendo pois *intra-sistemática*, mas mais orientada para a prática concreta, desde logo por ser a parte mais visível da intervenção criminal. O agente, o ofendido e a comunidade não são particularmente sensíveis à específica construção dogmática que esteve na base daquela concreta sanção, sendo, assim, esta última a que impressivamente é apreendida e que tem de ser compreendida pela sociedade, sob pena de as finalidades punitivas se não almejarem. Destarte, melhor se compreende — e se estranha — o paradoxo em que a ciência do crime tem incorrido ao não dedicar a necessária atenção às suas consequências jurídicas. Dizendo-o com SEBASTIAN SCHEERER<sup>(19)</sup>, impõe-se «uma crítica da razão punitiva em direcção a uma ética do não-punir».

Ora, o que vem de defender-se até aqui não significa que patrocinemos o entendimento de HASSEMER que, na sua crítica ao princípio da oportunidade — compreensível para quem é o *caput scholæ* da «Escola de Frankfurt» —, defende que ele se justifica no âmbito de um «Direito Penal orientado para as consequências jurídicas»<sup>(20)</sup>. O que antecipamos da crítica do autor é a funcionalização do nosso ramo de Direito, onde mais do que o respeito por uma dogmática herdada de um sistema liberal-iluminista — que sempre foi e será «a saída do homem da sua minoridade [de] que ele próprio é culpado»<sup>(21)</sup> —, o mesmo se tem ramificado em demasia. O que se combate, pois, em HASSEMER, é essa hipervalorização do penal e o modo como, por via de institutos processuais,

<sup>(18)</sup> O qual se baseia, na feliz expressão de FRITJOF HAFT, *Strafrecht. AT*, 9. Auflage, München: Beck, 2004, p. 3, em um «Trikolon “Tatbestand” — “Rechtswidrigkeit” — “Schuld”».

<sup>(19)</sup> «¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?», in: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal — Criminología, Teoría y Praxis*, II, 2 (2002), p. 167. Itálicos no original.

<sup>(20)</sup> «La persecución penal: legalidad y oportunidad», in: *Jueces para la Democracia*, 4 (1988), pp. 9-10.

<sup>(21)</sup> IMMANUEL KANT, *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa: Edições 70, 1995, p. 11.

se resolvem casos de «criminalidade de massa», muitas vezes de duvidoso potencial ofensivo e, a montante, de discutível criminalização. Se a expressão usada pelo penalista for no sentido de que é errada uma análise que parta das sanções para a dogmática e desta para a primeira, num movimento constante biunívoco, com ganhos sistémicos, porquanto esclarecedores das dúvidas e irritações sistemáticas que entre ambas possam existir, então não podíamos estar mais em desacordo com HASSEMER. Aliás, é exactamente essa mútua referência complementar entre os dois domínios da intervenção criminal a que julgamos querer aludir-se ao propender-se para uma valorização do assinalado «pensamento do problema» em detrimento do «pensamento do sistema».

1.1. «A investigação sobre as sanções e medidas comunitárias deve ser encorajada. Elas devem ser avaliadas regularmente». São estes os termos em que se exprime a regra 89 da Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Por seu turno, na sua visita a Portugal, em 2003, o Comissário dos Direitos Humanos da União Europeia da altura, ÁLVARO GIL-ROBLES, já aconselhava, no seu relatório, que o nosso país devia «desenvolver novas medidas alternativas a fim de reduzir a população criminal»<sup>(22)</sup>. Trata-se, aliás, de uma recomendação que varre os continentes. Assim, no âmbito de uma crescente aproximação entre o *common law* e o *civil law* e de uma «americanização» deste último<sup>(23)</sup>, especialmente nos domínios do Direito Internacional Penal e do Direito Penal Europeu, não é de estranhar que a harmonização se faça por via das sanções, mais que através da

---

(22) MARIA JOÃO SIMÕES ESCUDEIRO, «Execução das penas e medidas privativas da liberdade. Análise evolutiva e comparativa», in: *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, 71 (2011), pp. 590-591.

(23) Entre uma vastíssima literatura, cf. JOACHIM VOGEL, «Política criminal y dogmática penal europeas», in: *Revista Penal*, 11 (2003), pp. 138-139. A tal não será ainda estranha a circunstância de, para além de uma acentuada tendência eurocéptica, existirem vozes autorizadas que defendem que a actual crise da UE exige um aprofundamento do projecto europeu, para o que se torna essencial a adopção de uma Constituição única. De entre eles, JÜRGEN HABERMAS tem sido um partidário empenhado. Para o conjunto das razões nesse sentido e para uma análise dos respectivos dilemas, cf., do autor, «¿Porqué la Unión Europea necesita un marco constitucional?», in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV, 105 (2002), pp. 947-978.



dogmática do facto punível, por aí ser mais fácil alterar, sem pôr em causa a arquitectura dos sistemas de modo tão profundo. Ademais, é esta, ainda, uma perspectiva pragmática em torno dessa aproximação: ainda que com bases teóricas diversas, se as penas aplicáveis se mantiverem similares, os objectivos últimos acabam, de um modo ou de outro, por se alcançar. Daí, por um lado, a necessidade de não nos atermos ao mundo do Direito Penal continental, mas fazermos também incursões na família anglo-americana, sob pena de perdermos a visão de conjunto. Mesmo no que contende com a dogmática, como entre outros tem sido salientado por SCHÜNEMANN<sup>(24)</sup>, existem, p. ex., assinaláveis semelhanças entre os conceitos de *actus reus* e, respectivamente, de *mens rea*, e a tipicidade e o conceito psicológico de culpa.

Apesar da importância que se vem atribuindo às consequências jurídicas do facto punível, HANS-JÖRG ALBRECHT<sup>(25)</sup> é claro ao afirmar que, desde a segunda metade do séc. XIX, o sistema alemão das sanções penais não tem conhecido mutações radicais, por não haver uma cultura de pragmatismo e de experimentação. Do mesmo passo, o autor, porventura na senda de uma certa dificuldade da doutrina germânica se descentrar de si mesma e dos países em que se fala Alemão, bem como, aqui e além, do que sucede nos EUA e no Reino Unido, comete uma injustiça ao afirmar que excepto a Alemanha, a Áustria e a Suíça, durante a segunda metade do século passado, nenhum outro Estado empreendeu esforços sérios em reduzir as penas curtas de prisão.

Ao invés, a Comissão nomeada em 2000 com o objectivo de propor alterações ao sistema sancionatório alemão é clara em dizer que, apesar de o mesmo ter provado bem nas últimas décadas (referindo-se, no essencial, a partir de 1969, em que se dá a grande reforma do *Strafgesetzbuch – StGB*: Código Penal alemão), a

---

<sup>(24)</sup> «El propio sistema de la teoría del delito», in: *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 1 (2008), disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/77884/101739>, p. 6, disponível em Agosto de 2019.

<sup>(25)</sup> In: KOMMISSION ZUR REFORM DES STRAFRECHTLICHEN SANKTIONENSYSTEMS, *Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 2000, p. 20, disponível em <http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf>, acedido em Agosto de 2019.

pequena e média criminalidade não encontra num sistema tão exigente quanto o germânico um catálogo punitivo suficientemente diversificado, *maxime* substitutivo das sanções principais. Para além do § 59 do *StGB*, raramente utilizado em virtude da exigência dos seus pressupostos, os instrumentos mais usados têm sido os prevenidos no § 153a da *Strafprozessordnung* (*StPO*: Código de Processo Penal alemão)<sup>(26)</sup> e no § 46a do *StGB* (*TOA: Täter-Opfer-Ausgleich*<sup>(27)</sup>). Existe ainda uma certa preocupação quanto à pena de multa — a mais usada no ordenamento jurídico alemão (como no nosso) —, em especial em alturas de crise económico-financeira como a que vivemos, na medida em que o seu pagamento, das custas processuais e do pedido de indemnização civil que usualmente é deduzido, têm conduzido a que, muitas vezes, não seja liquidado este último, aquele em que o ofendido está directamente mais interessado e que significa, amiúde, a forma de medição da eficácia do sistema<sup>(28)</sup>.

Outro motivo que vem sendo correctamente assinalado<sup>(29)</sup> para um reforço do interesse e alargamento do catálogo das penas de substituição contende com o quadro económico-financeiro que, com variantes, se vai vivendo desde o início da década de Oitenta da centúria passada e que se tem em muito agudizado. A pena de multa principal é largamente mais aplicada que a prisão. Ora, a sua criação, para além do combate aos efeitos negativos do cumprimento de penas curtas de privação de liberdade, baseou-se também na ideia (que bebe de um fundamento

---

<sup>(26)</sup> Cronicamente pouco utilizado, apesar dos favores legais que o rodeiam e mesmo de instruções e directivas da PGR nesse sentido — entre tantos, cf. EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, «Simplificação e consenso no tratamento da pequena e média criminalidade», in: *Julgar on line*, 2012.

<sup>(27)</sup> Não se pode dizer que seja sequer um instrumento próximo da nossa mediação penal tal qual ela se acha configurada na Lei n.º 21/2007, de 12/6 e legislação complementar porquanto apenas opera para medidas concretas da pena até um ano de prisão ou multa até 360 dias, não obriga a qualquer intervenção de um terceiro mediador e tecnicamente pode conduzir a uma atenuação especial da pena ou a um arquivamento do processo. Para uma análise deste diploma e dos problemas jurídico-práticos que ele comporta, veja-se o nosso *A mediação penal de adultos. Um Novo «Paradigma» de Justiça? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Para o estudo da justiça restaurativa em geral, de que a mediação é somente uma das modalidades, por todos, entre nós, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A Justiça Restaurativa – um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

<sup>(28)</sup> *Abschlußbericht der Kommission...*, pp. 12-13.

<sup>(29)</sup> *Abschlußbericht der Kommission...*, p. 23.

comum) de que esta era mais conforme ao princípio da proporcionalidade, porquanto, como regra, os agentes, mesmo representando — como deve — a sua liquidação um sacrifício para o condenado, o poderiam fazer sem que tal representasse uma oneração excessiva do património. Acresce que a multa principal se aplica à pequena e média criminalidade, onde também se concentra, em termos de delinquentes e respectivos rendimentos, a maior parte dos condenados nessa sanção. Donde, tem-se assistido a um seu incumprimento, bem como de todos os deveres ou injunções que, associados a penas de substituição (como a pena suspensa), tenham um conteúdo económico, o que faz com que a ideia que inicialmente lhe presidiu não esteja a ser totalmente conseguida.

Se esta é uma realidade em países como a Alemanha, não dispomos de dados exactos para o afirmar em Portugal, mas o certo é que o nosso regime em termos das hipóteses de que o condenado dispõe para obstar à prisão subsidiária decorrente desse inadimplemento é muito mais favorável a que, mesmo em situação de carência económica, o condenado não tenha de recolher a um estabelecimento prisional (substituição por trabalho — art. 48.º do Código Penal<sup>(30)</sup> —, suspensão da execução da prisão subsidiária em caso de carência económica — art. 49.º, n.º 3). Todavia, não custa aceitar que neste domínio haja alguma influência, bem como que, à semelhança do que proporemos, se não impõem alterações legislativas neste particular.

O mais importante é sublinhar desde logo que a circunstância de o legislador português, em especial com a revisão de 2007 do Código Penal<sup>(31)</sup>, apostar nas penas substitutivas tem, para além de outros, inegáveis motivos económicos<sup>(32)</sup>.

---

(30) Doravante, qualquer referência a uma disposição legal sem indicação do respectivo diploma deve entender-se por feita para o Código Penal.

(31) De «pequena revolução operada no âmbito das consequências jurídicas do crime» fala ALEXANDRA VILELA, «Notas sobre a última revisão ao Código Penal: um exemplo, o artigo 132.º», in: *RPCC*, 19, 2 (2009), p. 201. O ponto é consensual. Veja-se, ainda, entre outros, CONCEIÇÃO GOMES/JOSÉ MOURAZ LOPES, «As recentes transformações no sistema penal português: a tensão entre garantias e a resposta à criminalidade», in: *Sistema Penal & Violência*, 1, 1 (2009), p. 26.

(32) De que a jurisprudência já se vem fazendo eco, p. ex., no ac. do TRP de 25/11/2009, Proc. n.º 93/09.5GBOAZ.P1, DONAS BOTTO, salientando, a propósito da pena de PTF, que esta sanção, de entre outras vantagens, «alivia a comunidade dos encargos económicos inerentes à pena de prisão»

Não se trata apenas — ou mesmo sobretudo — de considerações humanistas ou de melhor cumprimento das finalidades do art. 40.º<sup>(33)</sup> — o que, assinala-se desde já, para nós é um dos pontos nodais de todas as penas em estudo, bem se podendo dizer que este «requisito material implícito» a que alude FIGUEIREDO DIAS<sup>(34)</sup> é o centro do juízo prognóstico, outro aspecto central e indissociável do anterior —, mas de racionalidade económica (lógica *costs-benefits*), a que pode acrescentar alguma tendência de «privatização» da justiça penal — ao menos em abstracto.

## II) Alguns dados estatísticos nacionais e internacionais e sua interpretação

1. Uma das formas de aferirmos a importância de um concreto tema para a sociedade como um todo e para a ciência jurídica em particular, não pode deixar de ser o do conhecimento da realidade empírica sobre a qual nos debruçamos. Um dos analisadores dessa mesma realidade é a sua quantificação, habitualmente arredada da discursividade penal. Conhecidas embora as limitações do método estatístico — sobretudo no nosso país —, elas são aptas a fornecer-nos um quadro de análise em perspectiva simultaneamente estática e em movimento, porquanto permitem deduzir tendências.

---

(todos os arestos citados foram consultados em <http://www.dgsi.pt> e estavam acessíveis em Agosto de 2019).

<sup>(33)</sup> Como resulta — e é natural — do Programa do XVII Governo Constitucional, apostado no reforço das penas em estudo e, em especial, da pena de PTFC. Relembre-se o acordo parlamentar entre os dois maiores partidos políticos portugueses, conhecido como «Pacto para a Justiça», assinado em 8/9/2006, onde igualmente se previa o mesmo desiderato. De igual forma foram relevantes os trabalhos da *Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*, com relatório concluído em 12/2/2004, sob a presidência de DIOGO FREITAS DO AMARAL, também apontando para o uso da prisão como *ultima ratio*. O Conselho Superior da Magistratura considerou a pena do então art. 44.º (hoje, desde a alteração introduzida pela Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto, o art. 43.º, n.º 1, embora não totalmente coincidente) como dos aspectos mais salientes da reforma, bem se referindo, ainda, a «alguma tensão na filosofia do novo regime», dado que a par de neocriminalizações, sobretudo nos delitos contra a liberdade e autodeterminação sexual contra menores, se assiste a um incremento do leque das penas ora em estudo (cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *Monitorização da reforma penal: o processo de preparação e o debate público da reforma*, Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2008, pp. 9, 14, 18 e 63).

<sup>(34)</sup> *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra Editora, 2005, pp. 342-344.

Assim, não conceberíamos deixar de verificar se, no nosso país e naqueles que pertencem ao nosso horizonte jurídico-cultural, as penas em estudo são ou não muito aplicadas quando comparadas com as sanções principais.

Começemos pela realidade para lá das nossas fronteiras, deixando desde já uma advertência ao eventual leitor: como se escreveu já, o presente artigo resulta, com ligeiras alterações da dissertação de doutoramento que apresentámos em Agosto de 2015, pelo que os últimos dados disponíveis na altura diziam respeito a 2013. Porquanto pretendemos, no futuro, analisar as eventuais divergências face às tendências até aí observadas, de 2013 aos nossos dias, optámos por nos atermos a um estudo até esta última data, tanto mais que não abundam, cremos, publicações neste domínio.

**1.1.** Estamos já muito longe da verificação de FRANZ VON LISZT que, num estudo sobre as penas aplicadas no Império Germânico em 1886, concluía que por cada 100 penas de prisão, 64,48 correspondiam a sanções com duração igual ou inferior a um mês. Afirmava o autor que se a maior parte das penas privativas de liberdade tinha essa duração, o sistema de justiça criminal como um todo nada valia<sup>(35)</sup>. Muito se caminhou desde essa altura, embora também seja comum a crítica no sentido de que, desde a reforma de 1975 do *StGB*, as penas aplicáveis se têm mantido quase as mesmas<sup>(36)</sup>. Essa circunstância é ainda confirmada pelo

---

(35) PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen. Eine kriminalpolitische Studie*, Hamburg: Verlagsanstalt und Druckerei Uctien-Gesellschaft, 1889, pp. 4-5. Em 1882, 76,8% das penas eram de prisão e somente 22,2% de multa. Em 1992, 6,9% das sanções eram privativas de liberdade e 75,2% eram sanções pecuniárias. Também em 1992, 45% de todas as penas eram manifestações de princípios de oportunidade e consenso. Apesar disto, no mesmo ano, cerca de 42% das sanções eram de curta duração, ou seja, de medida concreta até seis meses (HEIKE JUNG, «Some reflections on the German system of sanctions», in: *Israel Law Review*, 30, 3-4 (1996), pp. 231-232). Em 1978, a prisão efectiva era de 17% das condenações, sendo as suspensas na ordem dos 65% (KLAUS TIEDEMANN, «Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la Criminología en la República Federal de Alemania», in: *Derecho Penal y Criminología (DPC)*, 4 (1981), p. 100).

(36) Entre tantos, FRIEDER DÜNKEL/CHRISTINE MORGENSTERN, «Aktuelle Probleme und Reformfragen des Sanktionenrechts in Deutschland», in: *Juridica International (JInt)*, VII (2003), p. 24. Assim mesmo, como se sabe, a grande mudança terá consistido no uso da multa como pena principal em muitas das hipóteses em que só se previa — ou prevalentemente — a prisão. Isso mesmo é claro nas estatísticas citadas por THOMAS WEIGEND, «Fines reduce use of prison sentences in Germany» in: MICHAEL TONRY/KATE HAMILTON (eds.), *Intermediate sanctions in overcrowded times*, Boston:

facto de, ao invés do mandamento político-criminal do § 47 do *StGB*, em 1997, p. ex., na Alemanha Ocidental e Berlim, cerca de 40% das penas impostas eram-no de prisão inferior a seis meses<sup>(37)</sup>.

Assim, p. ex., em estudo de 1992, DIETER DÖLLING<sup>(38)</sup> afirmava que cerca de 95% das penas principais aplicadas na Alemanha eram substituídas. Em 2002, apenas 5% do total das penas aplicadas eram de prisão efectiva<sup>(39)</sup>. Em 2005, cerca de 2/3 das penas de prisão tinham sido substituídas pela suspensão de execução — apresentada como «a mais importante alternativa à pena privativa de liberdade»<sup>(40)</sup> — e apenas cerca de 6% do total das sanções impostas tinham sido de prisão efectiva<sup>(41)</sup>. Em 2008, 52% dos processos foram sujeitos a uma qualquer

---

Northeastern University Press, 1995, pp. 43-45: entre 1968 e 1989, na ex-RFA, cerca de um quarto dos condenados cumpria prisão efectiva e, logo em 1970, o valor desceu para uns incríveis 7%. Já em 1921 tinha sido aprovada legislação no sentido de obrigar os tribunais a imporem penas de multa ao invés das sanções curtas de prisão, apesar de não se terem sentido, à época, grandes efeitos práticos. A entrada em vigor do § 47 do *StGB* foi o *turning point* decisivo: de 184.000 condenações em privação de liberdade passou-se para 48.000 em 1989.

<sup>(37)</sup> *Abschlußbericht der Kommission...*, p. 13. Para uma análise enxuta do mesmo, com aplicação a uma hipótese prática, veja-se HANS-HEINRICH JESCHECK, *Fälle und Lösungen zum Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil mit Aufbaumustern*, 3. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 110-111.

<sup>(38)</sup> «El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán», disponível em [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1997\\_05.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_05.pdf), acessado em Agosto de 2019, p. 5. Em 1991, 70% de todas as penas de prisão aplicadas eram suspensas na sua execução e o número de condenados sob qualquer forma de *probation* era, em 1990, de 14.3843 (27.401 em 1963) — dados obtidos em HANS-JÖRG ALBRECHT, «Sentencing in the Federal Republic of Germany», in: *Federal Sentencing Reporter*, 7, 8 (1995), p. 307.

<sup>(39)</sup> CLAUS ROXIN, «Problemas actuales de política criminal», in: ENRIQUE DÍAZ ARANDA (ed.), *Problemas fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, reimp., reimp., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 88. A taxa de criminalidade, nesse ano, era de 7.893 por cada 100.000 habitantes, com uma taxa de encarceramento de 73,7 (BERND-DIETER MEIER, «Alternatives to imprisonment in the German criminal justice system», in: *Federal Sentencing Reporter*, 16, 3 (2004), p. 222). Ainda de acordo com a mesma fonte, na Alemanha, em inícios dos anos 2000, 80% das condenações eram em multa, sendo que nos restantes 20%, cerca de 2/3 das condenações foram substituídas por pena suspensa, com apenas 6% de todos os condenados a cumprirem efectivas penas de prisão (*ibidem*, p. 224).

<sup>(40)</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK, «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», in: *Estudios Penales y Criminológicos*, 8 (1983-1984), pp. 28-29. Para tal muito contribui o seu carácter divisível, como foi desde sempre apontado pela doutrina (assim, ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, Paris: Librairie de Plon Frères, 1855, pp. 620 e 626, que a admitia, enquanto pena principal, não apenas para os delitos menos graves, mas também para aqueles que provocavam maior potencial ofensivo, como complemento das penas corporais).

<sup>(41)</sup> URSULA SCHNEIDER, «Reform of the law on sanctions. Contents and background of the federal government's current plans», in: AA. VV., *Prevention and Criminal Justice. XI United Nations Congress*, Berlin: Federal Ministry of Justice, s/d., mas 2005, p. 43. Outros dados, no mesmo sentido,

medida de oportunidade e consenso, *maxime* ao abrigo do § 153a da *StPO* e, se compararmos as penas «formais» (em que houve julgamento) com as «informais», conclui-se que somente 3% dos condenados o foram em prisão efectiva, com 92% das penas de duração inferior a dois anos<sup>(42)</sup>. Todavia, em 2000, as penas de duração até seis meses ainda representavam 37% de todas as condenações, sendo que, destas, 25% foram efectivamente aplicadas; em 2012, por seu turno, essas penas representavam cerca de um quarto de todas as sanções privativas de liberdade<sup>(43)</sup>. Na verdade, desde a 6. *Strafrechtsreformgesetz*, de 1998, com o endurecimento de algumas penas, tem-se assistido a uma tendência algo diversa, mas não significativa de qualquer tipo de alteração radical<sup>(44)</sup>.

Referência merece ainda o estudo longitudinal de HEINZ<sup>(45)</sup>, o qual analisou o sistema sancionatório desde 1882 a 2010 e a prática jurisprudencial, concluindo que, apesar de a multa ser a sanção principal mais aplicada e que a prisão efectiva é cada vez determinada em menor número pelos tribunais germânicos (em 1882 representava 76,8% e, em 2008, 8,7%<sup>(46)</sup>), sendo que se a este último valor retirarmos manifestações do princípio da oportunidade como o *TOA* e o já citado § 153a da *StPO*, a percentagem baixa para 3,7%), certo é que, em 2010, de entre as penas privativas de liberdade, 31,9% foram-no em medida concreta inferior a seis

---

encontram-se em FRIEDER DÜNKEL, «La réduction du nombre de débiteurs d'amendes défailants incarcérés: les expériences de travail d'intérêt général en Mecklembourg-Poméranie-Occidentale (Allemagne)», in: AA. VV., *Politique pénale en Europe*, Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, pp. 135-138.

(42) Dados obtidos em FRIEDER DÜNKEL, «L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle en Allemagne», in: *Criminocorpus*, 2013, p. 1. Se quisermos usar um número mais aproximado e actual, ROXIN informa que cerca de 80% dos casos submetidos à jurisdição penal terminam com a aplicação de uma pena de multa — CLAU ROXIN/GUNTHER ARZT/KLAUS TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 6. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 9.

(43) FRANZ STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlage*, 3. Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2012, pp. 80, ss., e FRIEDER DÜNKEL/CHRISTINE MORGENSTERN, «Aktuelle Probleme...», p. 25.

(44) CHRISTOPH FLÜGGE, «Freiheitsstrafe und Gefängnisssystem in Deutschland», in: *JuInt*, VII (2003), p. 43.

(45) WOLFGANG HEINZ, *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2010*, Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, 2012, disponível em [www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2010.pdf](http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2010.pdf), consultado em Agosto de 2019, pp. 182-184.

(46) Em 1997, 81,7% do total de sanções aplicadas na Alemanha eram de multa (cf. CHRISTOPH FLÜGGE, «Freiheitsstrafe und Gefängnisssystem...», p. 43).

meses. Do mesmo passo, as condenações em mais de doze meses têm, em média, vindo a aumentar nos últimos anos, apontando para um mais extenso período de permanência nas prisões. HEINZ alude mesmo a uma *Krise präventiven Strafdenkens* («crise do pensamento penal preventivo»).

Na Suíça<sup>(47)</sup>, tomando por referência o ano de 2004, cerca de metade das condenações foram-no em pena de suspensão da execução da prisão, 36,5% em multa e 15,3% em prisão efectiva, sendo que cerca de 90% destas últimas o foram em medida inferior a seis meses, o que demonstra que mesmo em países que habitualmente temos por referência em matéria político-criminal existe ainda um longo caminho a percorrer no movimento de luta contra as curtas privações de liberdade.

Em França, as ditas «penas alternativas» — conceito que temos por tecnicamente menos correcto — representavam, em 2001, cerca de 30% da resposta penal<sup>(48)</sup>.

Representante da família de Direito do chamado *common law*, os EUA são, por diversos motivos que aqui não importa escarpelizar, um importante analisador de uma outra forma de encarar a nossa ciência, apesar de, como se sabe, se assistir a um movimento simultâneo de «continentalização» do Direito norte-americano e, em alguns domínios, uma «americanização» do Direito europeu de matriz continental. Não é por acaso que o dito *punitive turn* se tem feito sentir com maior

---

(47) FRANZ RIKLIN, *Strafen und Massnahmen im Überblick*, disponível em [http://www.unifr.ch/strr/downloads/Strafrecht/AT\\_8\\_Sanktionensystem.pdf](http://www.unifr.ch/strr/downloads/Strafrecht/AT_8_Sanktionensystem.pdf), acessido em Agosto de 2019. Este país é habitualmente apresentado como um Estado em que os níveis de criminalidade são baixos e as condenações por crimes fiscais e de índole económico-financeira, como a corrupção, atingem valores menos elevados no mundo (sobre o tema, para uma caracterização genérica da estrutura da criminalidade na Suíça, nos últimos 20 anos, vide MANUEL EISNER/MARTIN KILLIAS, «Country survey for Switzerland», in: *European Journal of Criminology (EJC)*, 1, 2 (2004), pp. 257-293).

(48) JEAN-LUC WARSMANN, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison. Rapport de la mission parlementaire auprès de Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, confiée à Jean-Luc Warsmann, député des Ardennes* (2003), disponível em <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000189/0000.pdf>, acessido em Agosto de 2019, p. 9. O autor dá ainda conta do facto de que o correspondente à nossa pena de PTFC tem vindo a aumentar em termos de duração média judicialmente determinada — de 11,6 meses em 1996 para 14,6 meses em 2000 e 17,2 meses em 2001.



incidência naquele Estado, dele estando progressivamente a irradiar, em alguns pontos específicos, para o Velho Continente<sup>(49)</sup>.

Assim, tem todo o interesse olharmos para o outro lado do Atlântico. Nos EUA, para além de uma população prisional actual de cerca de 2,2 milhões de adultos e de 70.000 jovens, perto de 4 milhões são condenados a *probation*<sup>(50)</sup>. De 1962 a 2001, o número de pessoas em reclusão sextuplicou, atingindo, em Junho de 2002, a cifra dos dois milhões. Mesmo assim, a *probation* soube adaptar-se aos ventos de mudança (em 2001, dos quase 6,6 milhões de adultos sob qualquer forma de controlo estatal de tipo criminal, 60% estavam em *probation*), muito devido às *intermediate sanctions*, formas mais intensivas de vigilância por parte dos *probation officers* e que podem ir da prisão curta (em especial aos fins-de-semana), aos *boot camps*<sup>(51)</sup>, medidas pecuniárias ou reacções de vigilância electrónica

(49) Sobre o tema, vide, entre outros, o nosso «"Nova penologia", *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (orgs.), *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2013, pp. 376-395.

(50) Os dados mais recentes a que tivemos acesso são de final de 2013 e mostram que cerca de 6.899.000 pessoas estavam sob a supervisão do sistema prisional de adultos — inclui cumprimento de pena de prisão efectiva, *probation*, *parole* e outras formas de pena na comunidade —, o que representou, apesar de tudo, uma diminuição face ao ano anterior (6.940.500). Verifica-se ainda que, de 2000 a 2013, a média tem sido próxima de 7 milhões de pessoas. Nesta série temporal, o pico atingiu-se em 2010, com 7.088.500 reclusos. A *probation* tem rondado os 4 milhões e a *parole* os 800.000. Em 2013, em todo o sistema correcional norte-americano, os homens eram largamente majoritários, com 5.642.700 e as mulheres eram 1.256.300 (Fonte: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus13.pdf>, acessado em Agosto de 2019). Números também confirmados em JASON ZIEDENBERG, *Community corrections collaborative network: safe and smart ways to solve America's correctional challenges*, disponível em [http://www.cepprobation.org/uploaded\\_files/CCCN-Position-Paper-2013.pdf](http://www.cepprobation.org/uploaded_files/CCCN-Position-Paper-2013.pdf), acessado em Agosto de 2019, pp. 6 e 9.

(51) Estes campos, ao estilo militar, em que os condenados são submetidos a treino castrense, com uma disciplina muito dura, em condições de alojamento em muitos casos precárias, procurando-se que um efeito *shock* os desvie do crime, apesar da sua popularidade em termos de um discurso punitivo mais ou menos primário e de uma clara marca de «populismo penal» que incide sobre a nossa era, quando avaliados cientificamente demonstram fracos resultados. Assim, estudos que têm sido divulgados vão no sentido de não existir uma significativa diminuição da taxa de reincidência, para além de — o que é particularmente visível nos EUA — não ter contribuído para uma diminuição da população carcerária (vejam-se os estudos citados em DALE G. PARENT, «Boot camps failing to achieve goals», e DORIS LAYTON MACKENZIE, «Boot camps — a national assessment», ambos in: MICHAEL TONRY/KATE HAMILTON (eds.), *Intermediate sentences in overcrowded times*, Boston: Northeastern University Press, 1995, pp. 139-149. Em língua portuguesa, ANDRÉ KUHN/CÂNDIDO DA AGRA (revisão técnica e notas para a edição portuguesa de ANDRÉ LAMAS LEITE), *Somos todos criminosos?*, Lisboa: Casa das Letras, 2010, pp. 126-129).

intensiva. Em meados da década de Noventa da centúria anterior, as *shame sanctions*<sup>(52)</sup> assumem um papel de relevo, não apenas como penas principais ou acessórias, mas também no âmbito da *probation*, como sanção substitutiva, muitas vezes perante ofensores primários e, em algumas legislações, mais orientadas para crimes bagatelares e de massa (entendidos aqui como aqueles que assumem uma elevada frequência estatística). Neste tipo sancionatório importa sinalizar perante a comunidade quem cometeu um delito, seja através de autocolantes colados nos automóveis dos condenados por conduzirem sob a influência de bebidas alcoólicas, seja por intermédio de tabuletas colocadas nos jardins das residências dos agentes, com a identificação do crime cometido<sup>(53)</sup>. Igualmente conexonada com estas sanções está a muito controvertida problemática da identificação, perante a comunidade, do local em que um ex-condenado reside, logo após o respectivo cumprimento da pena, *maxime* em delitos contra a liberdade e autodeterminação sexuais, em especial de menores (legislação do tipo da *Megan's law*). Não nos debruçaremos sobre estes últimos casos<sup>(54)</sup>, verdadeiras hipóteses de conflito de direitos (segurança da comunidade vs. privacidade e direito à reintegração social do ex-recluso), porquanto são *efeitos das penas* e não penas principais (ou acessórias) em si mesmo consideradas, ao invés do fulcro da noção das *shame sanctions*. Por outro lado, o que essencialmente se visa com actuações do género das da *Megan's law* é prevenir a perigosidade de um ex-condenado em relação ao qual existe (efectiva ou presumidamente) um receio de que reincida (em geral, de modo homótopo).

---

(52) Veja-se, de novo, o nosso «"Nova penologia..."», pp. 460-474 e MICHAEL KUBICIEL, «Shame sanctions — Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie», in: *ZStW*, 118, 1 (2006), pp. 44-75.

(53) WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose in probation decision making», in: *Buffalo Criminal Law Review*, 7 (2003), pp. 189-195.

(54) Em Portugal, a questão tem merecido atenção legislativa e mediática nos últimos tempos e sobre ela pode ler-se, entre tantos, o nosso «As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas esparsas», in: *Julgar*, 28 (2016), pp. 61-74.

1.2. Voltamos agora a atenção para o nosso país e começemos pelo número de reclusos. Segundo as estatísticas do Conselho da Europa, os números mais recentes, de 2015, (a 1 de Setembro) existiam 137,5 reclusos por cada 100.000 habitantes, o que se encontra acima da mediana dos Estados que compõem aquela organização internacional (115,7), mas abaixo da média (133,8)<sup>(55)</sup>. Outro dado de relevo para esta matéria, embora se desconheça a sua fundamentação científica, agora quanto a 2013, apontava para uma taxa de reincidência de cerca de 50%<sup>(56)</sup>.

De entre as penas principais, de 1942 a 1992/93 não houve uma transformação sensível do tipo de sanção aplicada pelos tribunais, representando a prisão efectiva e a substituída por suspensão de execução cerca de 50% do total das condenações (57,5% em 1942 e 41,6% em 1993). Esta ligeira diminuição justifica-se pelo desenvolvimento da pena de multa, de entre outros factores justificada pelos «processos de industrialização e de urbanização». As demais penas substitutivas vêm representando, neste segmento temporal, um papel quase desprezível: 1,5 % em 1942, 0,8% em 1962, 3,4% em 1982 e 1,7% em 1992 (assiste-se apenas a um aumento entre 1982 e 1985, porventura devido à novidade das sanções introduzidas naquela primeira data pelo Código Penal).

Analisando as várias penas de substituição no segmento temporal entre 1989 e 1993, regista-se, como regra, um aumento da admoestação, com uma média de 1,2% do total das condenações, 24,9% na multa de substituição, 19,4% na pena suspensa e 0,1% no regime de prova<sup>(57)</sup>. De 1993 a 2001, verifica-se uma tendência

<sup>(55)</sup> MARCELO F. AEBI *et al.*, *SPACE I — Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2015* (disponível em [http://wp.unil.ch/space/files/2017/04/SPACE\\_I\\_2015\\_FinalReport\\_161215\\_REV170425.pdf](http://wp.unil.ch/space/files/2017/04/SPACE_I_2015_FinalReport_161215_REV170425.pdf) acedido em Agosto de 2019). A 1/8/2019 (últimos dados disponíveis), a nossa população prisional era de 12.815, para uma lotação de 12.934, esta última aferida em 31/12/2018 (o que, por isso, ao menos na frieza dos números, aponta para uma taxa de ocupação, que já não de sobrelotação, de cerca de 99%), segundo dados da DGRSP (<https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1ticas/%C3%81rea%20Prisional/Quinzenais/2019/2q07-2019-sexpen.pdf?ver=2019-08-01-153705-943>, acedido a 13/8/2019).

<sup>(56)</sup> Os dados foram apresentados pelo então Subdirector-Geral da DGRSP e divulgados no jornal *Público* de 22/7/2014, p. 4.

<sup>(57)</sup> Os dados citados até aqui foram obtidos em BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES *et al.*, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Porto: Edições Afrontamento, 1996, pp. 362-365. Note-se que o regime de prova aparece autonomizado

de aumento aplicativo da multa como sanção principal: de 24% em relação ao total das condenações em 1.ª instância para 70% em 2001, o que é um acréscimo de quase 200% num espaço de oito anos. Movimento inverso — porventura devido ao que se acaba de notar — sucedeu com a prisão substituída por multa, a qual passou de 33% para apenas 3% no mesmo segmento temporal. A prisão efectiva conhece igualmente um movimento descendente: de 19% em 1993, para 8% em 2001<sup>(58)</sup>.

Assim, até 1995, a prisão era a pena principal mais aplicada e a privação de liberdade substituída por multa diminuía de importância, apesar de o contrário suceder até 1956. De 1972 a 1994, a prisão efectiva e a suspensão crescem. Entre 1990-1995, de entre a prisão efectiva e a suspensão e a substituição por multa, tais sanções corresponderam a 75,6% do total das condenações. Já a pena de multa principal tem um peso pouco significativo até 1984, a que se segue um incremento, embora com pontuais quebras em 1986, 1990 e 1991<sup>(59)</sup>.

Caracterizando agora a tipologia criminal à qual mais se aplicam as penas substitutivas, baseados no segmento temporal de 1990-2000<sup>(60)</sup>, verifica-se que os delitos contra a propriedade contam com uma maioria de prisão efectiva, de perto seguida da suspensão simples e, depois, da multa principal, o que reforça a ideia de que, pelo menos naquele período, o sistema criminal pátrio era particularmente severo com o bem jurídico «património». Os que se seguiam nas estatísticas — crimes contra a segurança nas comunicações — foram já punidos por larga maioria com multa principal, prisão substituída por multa e suspensão simples (por esta ordem). Os delitos contra a integridade física seguem a mesma tendência: a multa como pena principal ultrapassou metade das condenações, depois a multa de

---

devido ao modo como se achava previsto até à Reforma de 1995 do Código Penal. Para uma revisão do modelo anterior, JORGE RIBEIRO DE FARIA, «Regime de prova», in: *Polis — Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 5, Lisboa/São Paulo, 2000, colunas 150-154.

<sup>(58)</sup> Dados da DGRSP (<http://www.dgrs.mj.pt/web/rs/index>).

<sup>(59)</sup> Dados constantes de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *As tendências da criminalidade e das sanções penais na década de 90*, Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002, pp. 43, 45 e 208.

<sup>(60)</sup> Após consulta à DGPJ, foi-nos dito que não era possível a desagregação dos tipos legais de crime pelos quais os agentes foram condenados no período entre 2000 e 2013 (data dos últimos dados estatísticos completos considerados para o presente artigo, como explicado em texto).

substituição, seguida da suspensão simples e só depois a privação efectiva de liberdade<sup>(61)</sup>.

Entre 1997 e 2004, a sanção pecuniária foi a mais aplicada (com mais de 70% das condenações em 2004). A título de exemplo, em 2000, as penas não detentivas — aqui se abrangendo também as sanções substantivas que não importam privação de liberdade — corresponderam a cerca de 80%<sup>(62)</sup>. De entre as penas de substituição, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) e a admoestação (mais aplicada quanto a tipos legais prevenidos em legislação avulsa) conheceram um incremento, embora nenhuma delas fosse além de 2% do total das condenações<sup>(63)</sup>. Já a multa de substituição conheceu uma diminuição (de cerca de 8% em 1997 para 3% em 2004). A mesma tendência se observou na suspensão da execução da pena privativa de liberdade, embora, no que contende com a sua modalidade de deveres e/ou regras de conduta, em termos absolutos, se tenha

---

<sup>(61)</sup> Os dados constam de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *As tendências da criminalidade...*, pp. 227-230, de cuja responsabilidade é, também, a ordenação dos crimes em redor destes grandes bens jurídicos. A tendência de a maioria das condenações não ser em prisão efectiva também se detecta nos mais representativos conjuntos de tipos legais indicados: emissão de cheques sem provisão e condução sem habilitação legal. O mesmo se não passa quanto aos crimes relativos a estupefacientes e substâncias psicotrópicas, onde a maioria das penas foi de prisão efectiva, seguida da multa, suspensão simples e multa de substituição. Por certo tal justifica-se pela danosidade social associada a este tipo de criminalidade e ao alarme social que causa, sendo ainda de lamentar que os dados apresentados não distingam o tráfico e realidades que lhe estão próximas, como o consumo, o qual, só por Lei de 2000, foi degradado em contra-ordenação.

Na ordenação dos crimes mais julgados e condenados, seguem-se aqueles que violaram a autoridade pública, onde se volta à tendência de penas não detentivas, o mesmo se passando com as falsificações, honra, crimes de perigo comum, saúde pública e liberdade pessoal. Nos crimes contra o património em geral, detecta-se a tendência evidenciada em texto de punir com prisão efectiva a maior parte dos delitos, logo seguidos da suspensão simples e da multa. Compreensível é a imposição de privação de liberdade aos crimes contra a vida, seguida da suspensão simples e da multa. Se atentarmos apenas ao ano de 2000 (*ibidem*, pp. 231-232), verifica-se uma inversão na tendência punitiva nos crimes patrimoniais, os quais são sancionados maioritariamente com suspensão simples, depois prisão efectiva e multa, mantendo-se a tendência carcerária nos crimes relacionados com as drogas e o recurso à multa principal nos delitos mais registados nesse ano: condução de veículo em estado de embriaguez ou sem habilitação legal, a que se segue a ofensa à integridade física simples e privilegiada.

<sup>(62)</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *As tendências da criminalidade...*, p. 47.

<sup>(63)</sup> Em toda a década de Noventa do passado século, correspondem a 4.385 crimes, com um total de 1,1% das penas aplicadas no conjunto do sistema. O dado não deve espantar-nos. Na Grécia, p. ex., onde apenas em 2006 foi criado o organismo responsável pela sua aplicação efectiva, o número destas medidas substitutivas é também bastante baixo (cf. MARIA ANAGNOSTAKI, «Community service in Greece: sentencing practices, the role of the prosecution service and local authorities», in: *EJC*, 8, 2 (2011), pp. 157-166).

assistido a tendência inversa. Donde, a pena de prisão efectiva, no segmento temporal analisado, veio a decrescer (de cerca de 16% em 1997 para perto de 6% em 2004)<sup>(64)</sup>.

De igual modo, podem compulsar-se tais dados em documentos do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, onde se verifica que, no período entre 1990 e 2002, se destaca um subperíodo entre 1990-1995, no qual a prisão efectiva representava ainda um valor considerável, em torno dos 23% do total das condenações, suplantado pela suspensão simples (25,9% em 1995) e com a multa principal em valores muito próximos da primeira sanção. As três representavam cerca de três quartos do total das penas aplicadas (em 2002 chegavam aos 87%), o que é bem demonstrativo não somente da importância que a privação efectiva de liberdade ainda tinha, como do pouco relevo das demais penas de substituição. Aliás, em todo o período analisado, de 1990 a 2002, o seu valor médio foi de cerca de 3% (409 casos, apenas em mais de uma década). Sabe-se que a partir da Reforma de 1995 do Código Penal, com uma valorização assumida pela Comissão Revisora da multa principal (prevendo-a para mais tipos legais e, em especial, para os rodoviários, delitos que sempre representaram uma importante percentagem da criminalidade no nosso país) e que se almejava viesse a tornar-se na pena mais aplicada no nosso ordenamento jurídico, a situação alterou-se como pretendido: o peso da multa passa de 23,1% do total das condenações em 1995 para 71,3% em 2002<sup>(65)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> Fonte: GPLP. No mesmo sentido, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatório final da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*, 2004, disponível em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comissao-de-estudo-e/downloadFile/attachedFile\\_fo/RelatorioCEDERSP.pdf?nocache=1205856345.98](http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comissao-de-estudo-e/downloadFile/attachedFile_fo/RelatorioCEDERSP.pdf?nocache=1205856345.98), acedido em 16/8/2013, pp. 32-33. Para uma caracterização do tipo de criminalidade punida no nosso país, fundamentalmente na década 1990, salientando-se os efeitos perniciosos da criminalização do cheque sem provisão e o modo como tal se coordena ou não com a prisão por dívidas, cf. JOÃO PEDROSO/BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, «O que se pune em Portugal», in: *Sub Iudice*, 11 (1996), pp. 87-107.

<sup>(65)</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *A reinserção social dos reclusos. Um contributo para o debate sobre a reforma do sistema prisional*, Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2003, pp. 17-20.

Como também se explica naquele documento, a circunstância de a pena de prisão efectiva não ser a sanção mais aplicada, mas sim a multa, seguida da suspensão da execução da pena de prisão, o que se tem mantido desde a assinalada Reforma de 1995, não tem, contudo, significado uma considerável diminuição da taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais, os quais se encontram acima da sua capacidade normal<sup>(66)</sup>. Não obstante, diga-se também, que, no concerto de outros Estados da Europa do Sul e mesmo Ocidental, Portugal se encontra na média, melhor que a Espanha, *p. ex.*<sup>(67)</sup>. A taxa ainda elevada deve-se à circunstância de, nas últimas duas décadas, sensivelmente, fruto da assunção de compromissos internacionais, *maxime* em sede da União Europeia, ou ainda de processos mediáticos e que conduziram a uma elevação das molduras penais abstractas em certos tipos de crime, como aqueles que protegem a liberdade e autodeterminação sexuais dos menores, tem havido esse mesmo aumento, embora moderado. Tem existido ainda um acréscimo do cumprimento sucessivo de penas, acentuando casos de multi-reincidência. Tal importa, assim, um aumento do tempo de duração média da prisão, a que se associa uma certa tendência para uma concessão mais tardia da liberdade condicional<sup>(68)</sup>.

Se, em 1990, a duração mais representativa estatisticamente da pena de prisão era de 6 meses a 1 ano (28,9%), logo seguida das de 1 a 2 anos (24,7%), já em 2002 a fatia mais elevada correspondia às condenações médias de 3 a 5 anos (25,9%), seguidas pela de 5 a 10 anos (19,5%) e de 1 a 2 anos (14,1%). As penas curtas de prisão (seis meses a um ano) reduzem-se bastante, passando para os 14,1%<sup>(69)</sup>, o que é, sem dúvida, um aspecto muito positivo. Na verdade, não somente o legislador, mas sobretudo o aplicador terá compreendido efectivamente que penas deste tipo não

---

<sup>(66)</sup> Fruto da aplicação residual das penas substitutivas ao longo de toda a década de 1990, com um valor médio de cerca de 2,5% do total das sanções aplicadas (BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *As tendências da criminalidade...*, p. 209.

<sup>(67)</sup> Veja-se, entre tantos, o nosso «Ejecución de la pena privativa de libertad y resocialización en Portugal: líneas de un esbozo», in: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 15 (2011), pp. 391-412.

<sup>(68)</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *A reinserção social dos reclusos...*, pp. 24-25.

<sup>(69)</sup> Dados obtidos em BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (dir.), *A reinserção social dos reclusos...*, pp. 26-27.

desempenham, como regra, de modo adequado, qualquer das finalidades assinaladas no art. 40.º, enquadrando-se no movimento que, com raízes já no séc. XIX propugna, se não pelo fim, pela drástica diminuição destas curtas penas, mais criminógenas que protectoras ou ressocializadoras.

O factor essencial tem sido, assim, o facto de se manterem elevadas taxas de condenação por delitos relacionados com o tráfico de estupefacientes e outras substâncias psicotrópicas<sup>(70)</sup>, muito fruto da nossa posição geoestratégica, sendo certo que, normalmente, esses crimes, pelas exigências preventivas que carregam, se punem com privação efectiva de liberdade. Algo de similar se pode também dizer quanto a certa criminalidade aquisitiva, em especial os furtos qualificados e os roubos. Por fim, e aquilo que mais nos interessa na presente investigação, é um dado que os juízes aplicam poucas penas substitutivas que não sejam as típicas penas suspensas, ao invés do que, como se sabe, é orientação unânime de organizações internacionais de que Portugal faz parte, em especial o Conselho da Europa.

Em 2006, por cada 10 condenações, apenas 2 são em pena privativa de liberdade de natureza efectiva, o que representa metade da proporção observada na década de Sessenta do passado século (4 reclusos por cada 10 condenados). É, pois, interessante notar que *caso aumente o número de condenados em processo penal, tal não significa, necessariamente, que o mesmo se reflecta no número de reclusos*. Se, na década de Sessenta do séc. XX, o número de condenados rondava os 22.000 e em 2006 tal ascendia a 70.000<sup>(71)</sup>, tal não significou um aumento da população prisional por um dado número de condenações. Há, na verdade, uma tendência estatística clara de diminuição das penas de prisão efectiva. Idêntica tendência se retira da análise das penas e medidas aplicadas em 1999, em que a prisão efectiva correspondia a 10,71% do total das reacções criminais, embora também fosse assinalado que «quanto às penas alternativas à prisão foi possível

---

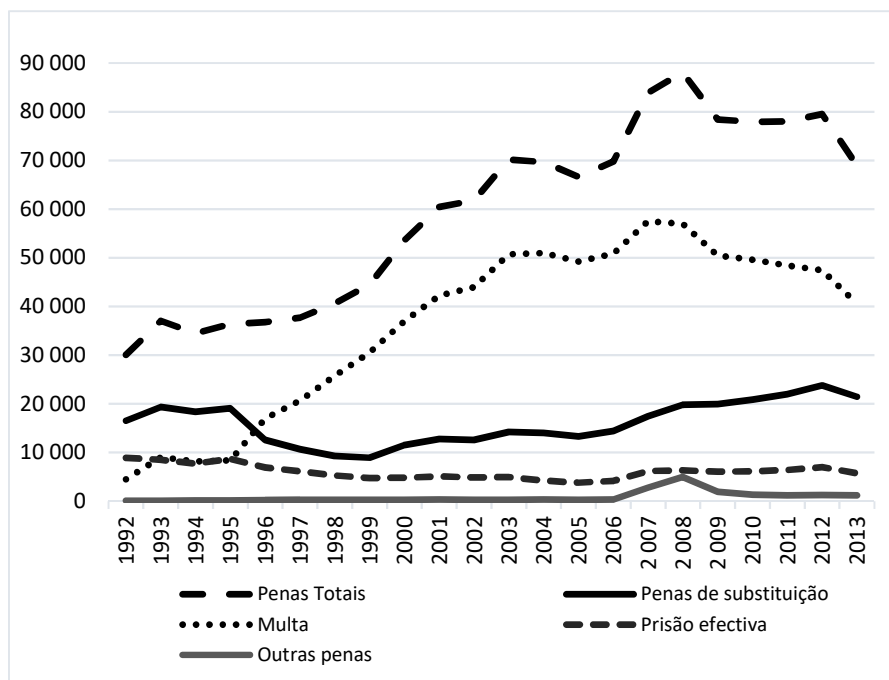
(70) Assim, logo, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatório final da Comissão...*, p. 35.

(71) Dados recolhidos em MARIA JOÃO VALENTE ROSA/PAULO CHITAS, *Portugal: os números*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, pp. 84-86.



concluir pela sua expressão residual e meramente episódica», mau grado um estudo exploratório dessa altura, circunscrito embora só à Região Autónoma da Madeira, mostrasse uma taxa de sucesso de 97,8% das penas de substituição<sup>(72)</sup>.

1.2.1. Analisemos, de seguida, ainda mais de perto, a realidade portuguesa, verificando, *ex professo*, dados da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) a que tivemos acesso e que permitiram a construção de gráficos ilustrativos<sup>(73)</sup> e alguma análise quantitativa.



**Gráfico 1** – N.º de condenados em processos-crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância, segundo a decisão final condenatória, nos anos de 1992 a 2013. Condenados, segundo a decisão final condenatória (valores absolutos).

Fonte: DGPJ<sup>(74)</sup>.

<sup>(72)</sup> JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, «Aplicação das penas: reflexões e práticas», in: *Temas Penitenciários*, 6/7 (2001), pp. 15-21.

<sup>(73)</sup> Desejamos, neste momento, de forma pública, expressar o nosso mais profundo agradecimento ao Sr. Prof. Doutor PEDRO SOUSA, Professor da Escola de Criminologia da FDUP, pela preciosa elaboração dos gráficos. A análise dos mesmos é da nossa inteira responsabilidade e, por isso, as falhas que existam são-nos apenas a nós naturalmente imputáveis.

<sup>(74)</sup> Agradece-se, penhoradamente, o fornecimento dos dados estatísticos, após pedido, a este organismo do Estado. Para efeito dos gráficos que se seguem, entendeu-se por «outras penas» o que foi disponibilizado sob a designação de «restantes classes/tipos de condenações, para além das

α) Começando pela análise das penas aplicadas a pessoas singulares — e das quais deixamos, propositadamente de fora, por não contenderem com o objecto do nosso estudo, as medidas de segurança como a outra reacção criminal prevista no Código Penal —, do gráfico 1 concluímos que, em face das estatísticas oficiais disponibilizadas pela DGPJ, no segmento temporal de 1992 a 2013, apesar de um aumento do número de penas criminais aplicadas (eram menos de 30.000 em 1992 e são pouco mais de 70.000 no último ano do ano cujos dados estão disponíveis), o número de condenações em prisão efectiva<sup>(75)</sup> tem-se mantido relativamente estável e com uma leve tendência decrescente, embora com um pequeno aumento de 2006 a 2008 e um decréscimo também pouco acentuado nos dois últimos anos. Note-se que, em 2013, essas penas representavam pouco mais de 5.000 condenações, o que corresponde a cerca de 8% do total das decisões condenatórias com trânsito em julgado em 1.ª instância, o que é efectivamente um valor bastante baixo.

Tal justifica-se pela circunstância de a pena de multa principal ser largamente a mais aplicada pelos nossos tribunais, acompanhando a mesma evolução das penas totais, o que demonstra ser claramente aquela a que aqueles órgãos de soberania mais lançam a mão para cumprir as finalidades punitivas a que alude o art. 40.º De 4.510 condenações em 1992, elas corresponderam a perto de 40.000 em 2013 (tendo já atingido registos na ordem de 57.500 em 2007), pelo que são mais de metade do total das decisões condenatórias proferidas pelos tribunais em estudo. Do exposto resulta que o objectivo central do Código Penal em matéria sancionatória, qual fosse o de erigir a multa principal em sanção mais largamente aplicada, tem sido atingido em toda a linha.

---

penas de substituição, da multa, da prisão efectiva, da dissolução de pessoa colectiva e da interdição de pessoa colectiva.»

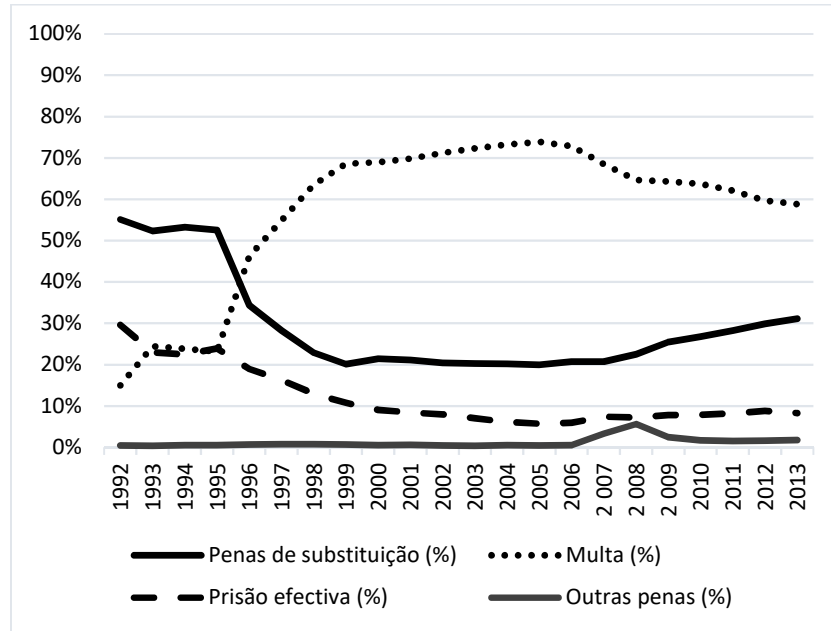
(75) Em função dos dados fornecidos pela DGPJ, os valores da «prisão efectiva» abrangem o que aí se indica como «prisão efectiva», «prisão/prisão e multa não suspensa» e «prisão subsidiária».

Nas penas de substituição que serviram de base à elaboração do gráfico<sup>(76)</sup>, de 1992 a 2013, a média é de 16.063 condenações, acima, portanto, da prisão efectiva. Nos últimos anos, têm ascendido a valores entre os 20.000 e os 23.783, ou seja, entre 26,8% e 31% do total das penas. O seu comportamento, analisado mais de perto, tem sido algo oscilante, porém. Depois de um período, de 1992 a 1995, em que foram determinadas em valores relativamente estáveis, a partir daí e até 2006, há uma contínua tendência descendente, o que contraria o «senso-comum», visto que foi exactamente por via da Revisão de 1995 do Código Penal que as sanções em estudo ganharam um novo impulso, com um alargamento do seu âmbito aplicativo e com a configuração do regime de prova não como uma pena autónoma, mas como simples modalidade da pena suspensa. Fica a dúvida — não passível de comprovação com os dados disponíveis — sobre se a magistratura judicial terá entendido que o sentido da Reforma terá ido longe demais nessa matéria, por isso dificultando, na prática, a aplicação de tais reacções. Outra explicação possível contende com a circunstância de ser sensivelmente a partir desse momento temporal que a estrutura da criminalidade em Portugal se altera, com um peso mais significativo dos delitos associados ao consumo e ao tráfico de estupefacientes e de outra criminalidade violenta. Seria necessário, para além de outros instrumentos, estabelecer uma correlação entre os dados estatísticos disponíveis e essa estrutura da criminalidade, no mesmo segmento temporal, o que é uma das limitações à presente análise, mas que também exorbitaria os precisos termos dos nossos desideratos, apenas e tão-só direccionados a saber que tipos de penas se têm aplicado em Portugal e, dentro delas, qual a importância relativa das reacções substitutivas.

---

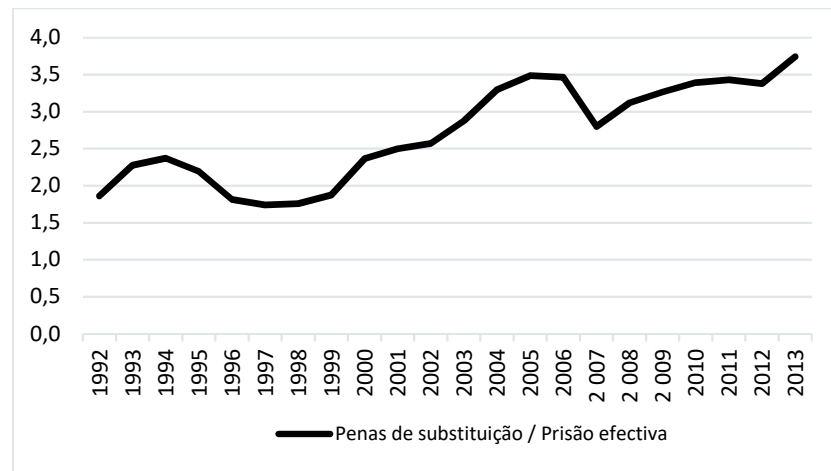
<sup>(76)</sup> E que agregam o que nas estatísticas fornecidas aparece como «pena de PTFC», «multa de substituição», «obrigação de permanência em habitação» (a partir de 2007), «admoestação», «prisão por dias livres/semidetenção», «proibição do exercício de atividade, função ou profissão», «prisão substituída por pena de proibição do exercício de profissão, função ou atividade» e «pena suspensa» (abrangendo as respectivas modalidades, sempre que as mesmas se acham especificadas).

O que vem de afirmar-se fica igualmente claro no gráfico 2, onde os valores são apresentados como percentagens do total das penas.



**Gráfico 2** – N.º de condenados em processos-crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância, segundo a decisão final condenatória, nos anos de 1992 a 2013. Condenados, segundo a decisão final condenatória (valores relativos, em percentagem do total das penas).

Fonte: DGPJ.



**Gráfico 3** – Número de condenados com pena de substituição por cada condenado com pena de prisão efetiva (1992 a 2013).

Fonte: DGPJ.

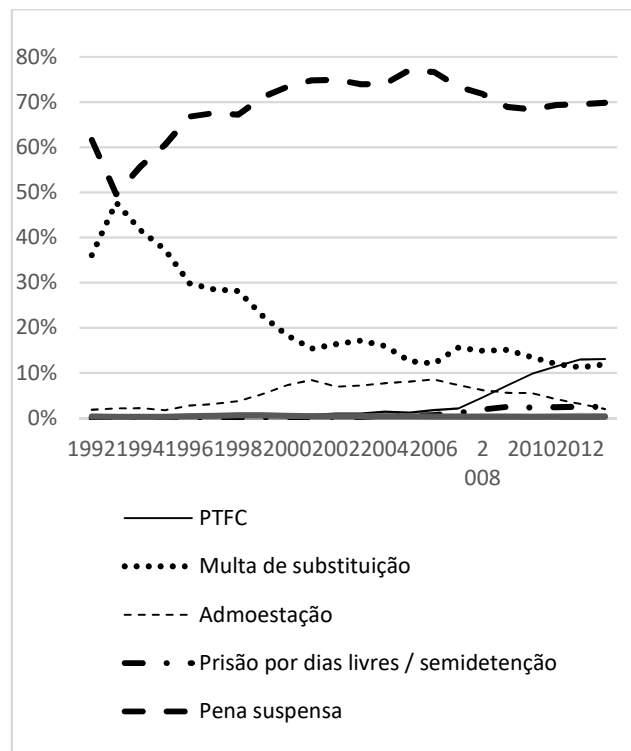
O gráfico que antecede é bem demonstrativo da relação que intercede entre a prisão efectiva e as penas substitutivas. O facto de o valor ser, para todos os anos,

superior a 1 significa que existe sempre mais de um condenado nas penas que estudamos que em privação contínua de liberdade, sendo de sublinhar que, apesar de o movimento não ser constante, ele é claramente ascendente (em 1992, pouco menos de 2 condenados em penas substitutivas por cada condenado em prisão efectiva, ao passo que em 2013 é de quase 4 para 1), demonstrando, em números aproximados, uma quase duplicação de fixação de medidas de substituição em pouco mais de 20 anos. Donde, é seguro afirmar que hoje se aplicam mais penas das que ora concitam a nossa atenção que 9 anos depois da entrada em vigor do Código Penal de 1982.

Por outro lado, o gráfico 3 permite-nos identificar cinco segmentos temporais distintos: um de 1992 a 1994, outro de 1994 a 1998, um terceiro de 1998 a 2006, um quarto deste último ano a 2007 e, finalmente, de 2007 a 2013. Talvez motivados pela entrada na segunda década de vigência do Código de 1982, até 1994 regista-se um aumento da proporção dos condenados em sanções substitutivas por referência aos presos efectivos. Por outro lado, como se viu nos gráficos 1 e 2, a aplicação da multa principal não era ainda tão significativa, pelo que é de concluir que terá sido a conjugação destes dois factores que contribuiu para os valores indicados. Num segundo momento (1994-1998), talvez fruto, agora, do aumento aplicativo da multa principal, a proporção decresce, em especial se salientando o facto de em 1995 ter ocorrido a já assinalada Reforma eivada de pressupostos que, ao menos ao nível legislativo, seriam mais favoráveis à determinação de reacções de substituição. De 1998 a 2006, que também é o segmento temporal mais longo, verifica-se o maior e mais estável aumento da aplicação das penas em estudo, quase para o dobro do limite inferior do intervalo assinalado. Em 2007, curiosamente, o ano da Reforma mais profunda (depois da de 1995) nas penas de substituição, dá-se uma quebra de cerca de 3,5 para 2,75, o que se nos afigura bastante significativo, em especial por se tratar de um único ano. Não se pode atribuir tal facto à entrada em vigor da assinalada Revisão do Código Penal, porquanto esta só ocorreu em 15/9/2007 e, assim, quase no último trimestre desse ano. Fica a dúvida sobre se, em face das propostas conhecidas e trabalhadas no âmbito da Unidade de Missão para a

Reforma Penal (UMRP<sup>(77)</sup>), não terá existido uma «reação» por parte dos magistrados judiciais contra esse aprofundamento das penas de substituição. De 2007 a 2013, por certo em virtude das alterações legislativas de 2007 e talvez porque os juizes se foram adaptando ao reforço da filosofia de base do Código Penal, logo inaugurada em 1982, assiste-se a um aumento da proporção de cerca de 2,75 para cerca de 3,75 (embora com uma ligeira quebra de 2011 para 2012). Do agora exposto parece poder concluir-se que os efeitos pretendidos aquando da última grande alteração à matéria em estudo foram atingidos, com o incremento aplicativo das sanções substitutivas.

Atentemos, agora, no seguinte gráfico:



**Gráfico 4** – Percentagem de cada uma das penas de substituição previstas no Código Penal para as pessoas singulares, por referência ao total destas sanções aplicadas em processos-crime com decisão transitada em julgado entre 1992 a 2013<sup>(78)</sup>.

**Fonte:** DGPJ.

<sup>(77)</sup> Criada «com vista à concepção, apoio e coordenação do desenvolvimento das iniciativas de reforma em matéria penal», coordenada por RUI PEREIRA (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto), foi extinta em 2007 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2007, de 4 de Maio).

<sup>(78)</sup> Não nos referiremos aqui à pena do então art. 44.º (hoje, art. 43.º), na medida em que, na esmagadora maioria das hipóteses, a mesma é fiscalizada por meios telemáticos e essas estatísticas oferecem maior fiabilidade.

Do que antecede, retira-se que, à semelhança do que vem sendo dito ao nível do «senso comum», a pena suspensa é claramente a reacção substitutiva mais aplicada (em 1992 andava à volta dos 60%, diminuiu de imediato, tendo depois ultrapassado os 70% a partir de 1999; em 2013, representa cerca de 70%), a que não deveria ser alheia a circunstância de, em 2007, o seu âmbito de aplicação ter sido elevado de três para cinco anos de medida concreta da pena. No entanto, como se infere do gráfico, o pico aplicativo da suspensão executiva atinge-se no ano anterior ao da Reforma (2006), tendo-se assistido, a partir daí, a um seu decréscimo, embora não muito acentuado — cerca de 7 pontos percentuais. Tal pode significar que, em face desse aumento do âmbito de aplicação, a magistratura judicial não tenha entendido que tal seja político-criminalmente desejável, por não acautelar, em muitos casos, as exigências especiais e gerais-preventivas que se fazem sentir. Mais uma vez teríamos aqui de confrontar estes dados com os decorrentes de uma análise dos tipos legais de crime julgados com condenação transitada no mesmo período, de modo a saber se, por outro lado, não terá sido um aumento dos crimes graves a ditar essa leve diminuição da pena suspensa.

A multa de substituição<sup>(79)</sup> tem conhecido — excepto de 1992 a 1993 — um contínuo decréscimo (de cerca de 35% em 1992 para aproximadamente 10% em 2013), o que se pode explicar pela circunstância de a maior parte dos tipos legais de crime previstos no Código Penal e em legislação extravagante preverem o sistema de multa alternativa, o que conduz a que, logo na moldura penal abstracta, os juízes optem pela pena pecuniária principal. Este dado é de particular relevo no tocante à nossa defesa de um entendimento diverso do maioritário entre nós, no sentido em que não comporta grande sentido entender que o juiz pode, em uma primeira fase, optar pela prisão e, depois, substituí-la por multa. Os dados estatísticos fornecidos parecem apontar em sentido diverso.

---

(79) Agrega, nos termos dos dados, os campos de «prisão substituída por multa» e «prisão substituída por multa não suspensa».

O comportamento da pena de PTFC<sup>(80)</sup> é bastante interessante. De facto, a sua aplicação é quase despicienda até 2007, momento a partir do qual ganha novo alento, cremos que fruto da elevação do seu âmbito para dois anos de medida concreta da pena, exactamente por via da Reforma de 2007. Neste ponto, talvez movidos pela aposta que o legislador, mau grado os resultados pífios, entendeu conceder expressamente à prestação laboral gratuita como sanção substitutiva, os juízes aplicaram-na bastante mais, ao ponto de, em 2013, ela já representar, percentualmente, mais que a multa de substituição.

Porventura também em virtude das alterações introduzidas em 2007 aos então artigos 45.º e 46.º (respectivamente, a prisão por dias livres e o regime de semidetenção), ambas as penas detentivas têm sido determinadas em maior percentagem relativa a partir desse momento, apesar de, mesmo assim, representarem cerca de 3% (em 2013) do total das penas em estudo.

A proibição do exercício de profissão, função ou actividade, a qual só a partir de 2007 foi consagrada no Código Penal como pena de substituição (no então art. 43.º, n.º 3), embora existam dados sobre ela em todo o segmento temporal sob análise, em virtude da sua previsão em sectores do Direito Penal secundário, é quase inexistente, o que demonstra que as críticas que se lhe podem dirigir do prisma da (in)oportunidade político-criminal, porventura tenham encontrado eco na judicatura.

Por fim, a admoestação, embora aqui os dados fornecidos não nos permitam desagregar somente a prevenida no art. 60.º, mas englobem ainda as previstas no regime penal dos chamados «jovens adultos»<sup>(81)</sup>, mantendo-se sempre em valores baixos, conheceu um aumento de 1992 a 2001, uma estabilização daí até 2006 e, partir dessa data, uma nova diminuição, correspondendo, em 2013, a pouco mais

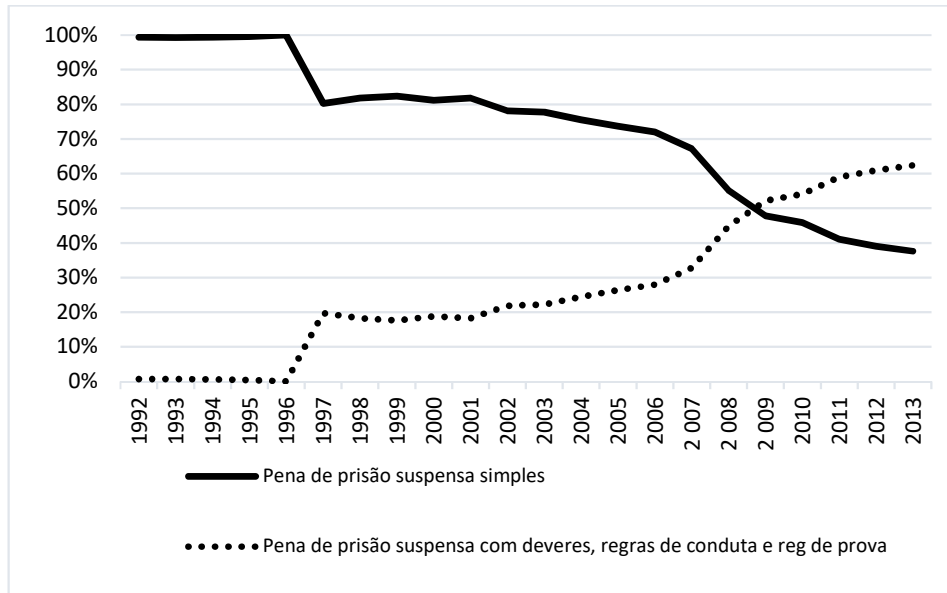
---

<sup>(80)</sup> Em virtude dos dados fornecidos, não está nesses valores somente abrangida a pena a que aludem os artigos 58.º e 59.º, mas também o art. 48.º que, em nosso juízo, não consagra uma verdadeira sanção substitutiva. Assim, tiveram-se em conta os seguintes campos indicados nas estatísticas da DGPJ: «multa substituída por trabalho», «prisão substituída por prestação de trabalho a favor da comunidade», «multa ou prisão substituída por prestação de trabalho».

<sup>(81)</sup> Abrange, nos termos dos dados colocados ao nosso dispor, a «admoestação (art. 5.º do Decreto-Lei n.º 401/82)» e «admoestação (artigos 6.º a 10.º do mesmo diploma legal)».



de 2% do total das condenações em penas substitutivas. É assinalável, portanto, a sua fraca aplicabilidade prática, mesmo considerando que o valor se acha «inflacionado» por via da sua não adscrição somente ao já citado art. 60.<sup>o</sup>



**Gráfico 5** – Percentagem das duas grandes modalidades de pena suspensa, por referência ao total destas sanções aplicadas em processos-crime com decisão transitada em julgado entre 1992 a 2013. Fonte: DGPJ.

Uma vez que a pena suspensa<sup>(82)</sup> é aquela medida substitutiva que mais se aplica em Portugal, é curioso notar que, apesar de os deveres e regras de conduta se acharem previstos desde a versão originária do Código Penal de 1982, apenas a partir de 1996 — por certo impulsionado pela Reforma do ano anterior — os juízes começaram a condicioná-la a estas formas mais exigentes de cumprimento<sup>(83)</sup>. Para tal poderá também ter relevo o facto de, até esse momento, o regime de prova estar configurado como uma verdadeira pena autónoma principal, o que talvez fizesse com que os juízes a aplicassem em vez dessas modalidades da suspensão

<sup>(82)</sup> O valor da sua modalidade simples resulta da agregação dos dados fornecidos e descritos como «prisão suspensa simples», «prisão/prisão e multa suspensa», «prisão substituída por multa suspensa» e «prisão subsidiária suspensa».

<sup>(83)</sup> Para este efeito, juntaram-se os campos dos dados que estavam designados por «pena (de prisão) suspensa com deveres, regras de conduta e regime de prova», «prisão suspensa com sujeição a deveres, regras de conduta ou regime de prova», «regime de prova», «prisão suspensa com regras de conduta», «prisão suspensa com regime de prova» e «prisão suspensa com sujeição a deveres».

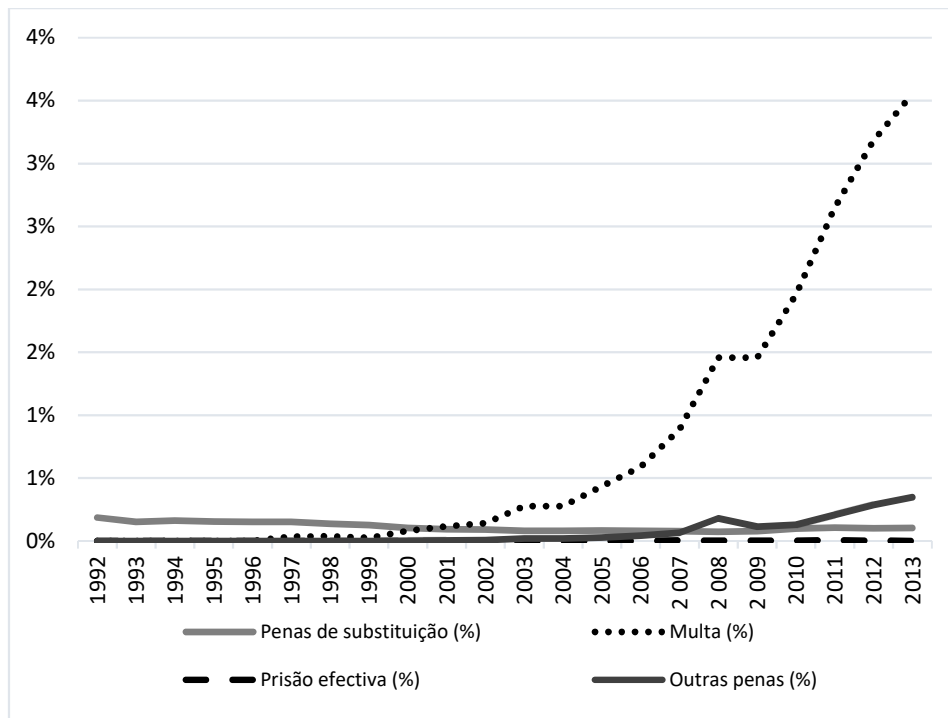
executiva. A partir de 1996, assiste-se a um movimento contrário: queda significativa da pena suspensa simples (de 80% para 40%, entre 1996 e 2013; metade, portanto) e aumento proporcional das outras modalidades desta sanção que importam ao condenado uma maior limitação de direitos fundamentais (de valores próximos de 0% em 1996 para valores que ultrapassam os 60% em 2013). Tal dever-se-á, cremos, não somente ao aumento do âmbito aplicativo de toda a pena suspensa a partir de 2007, onde se nota um acréscimo forte, mas também à melhor previsão normativa dos deveres e regras de conduta com a Reforma de 1995, bem como à aludida transformação do regime de prova em mais uma das modalidades da suspensão executiva. Por outro lado, é de sublinhar que o incremento a partir de 2007 se deve, em nossa perspectiva, a uma reacção judicial ao aumento de três para cinco anos de *quantum* até ao qual se admite a pena suspensa, o que porventura terá conduzido os magistrados judiciais, em algum movimento de «reequilíbrio do sistema», a privilegiarem estas formas mais exigentes que a suspensão simples. Acresce que se não deve esquecer mesmo a injunção do art. 53.º, n.º 3, no sentido de ser sempre aplicada a suspensão com regime de prova quando a medida concreta da pena superar os três anos de prisão, o que, como já defendemos em outro trabalho<sup>(84)</sup>, foi uma das formas encontradas para responder aos críticos — entre os quais nos contamos — dessa mesma elevação.

*β)* Vejamos agora os dados disponíveis para a aplicação das penas em estudo quanto às pessoas colectivas e entidades equiparadas. Adiante-se, desde já, que os referidos dados não possuem a riqueza analítica dos correspondentes às pessoas singulares, o que bem se compreende porquanto apenas com a Reforma de 2007 do Código Penal, como se sabe, esta forma de responsabilidade criminal fez o seu aparecimento no chamado «Direito Penal clássico», nos termos do art. 11.º Tal não

---

<sup>(84)</sup> «A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal», in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2009, pp. 605-606.

significa, como é evidente, que antes dessa data não existissem condenações desses entes em específicas áreas do dito «Direito Penal secundário», mas em número pouco considerável, quando comparado com as pessoas singulares e tomando por referência o total de condenações em cada ano.



**Gráfico 6** – Percentagem das penas aplicadas às pessoas colectivas e entidades equiparadas (penas principais de multa e de dissolução, bem como as penas de substituição de admoestação — art. 90.º-C, caução de boa conduta — art. 90.º-D — e vigilância judiciária — art. 90.º-E), pelos tribunais judiciais de 1.ª instância, com trânsito em julgado entre 1992 a 2013.

Fonte: DGPJ.

Como se antecipou, o gráfico *supra* demonstra à sociedade que a multa (artigos 90.º-A, n.º 1, e 90.º-B) é a mais aplicada pena principal às pessoas colectivas e entidades equiparadas, o que está em conformidade com o modo como o Código Penal a idealizou, visto que esta se trata da sanção «de primeira linha» e a dissolução de *ultima ratio* (artigos 90.º-A, n.º 1, e 90.º-F) motivo pelo qual apresenta

esta um valor quase desprezível estaticamente<sup>(85)</sup>. Mesmo a multa principal, apesar do natural movimento contínuo de crescimento, representa somente cerca de 4% do total das condenações ocorridas em 2013 nos tribunais judiciais de 1.<sup>a</sup> instância, entre pessoas singulares e colectivas e entidades equiparadas. As penas de substituição que o Código Penal prevê para estas últimas, na prática, são quase inexistentes.

2. Outra forma de avaliar a importância que uma dada matéria desempenha no ordenamento jurídico contende com a existência e o número de instrumentos de Direito Internacional Público e de Direito da União Europeia que a ela se dedicam. Na verdade, quando tal sucede, então estamos em face de um problema transversal a vários Estados que, por isso, reclama uma resposta articulada e coordenada. Assim, do prisma da legislação de Direito Internacional Público, os seus principais instrumentos apontam no sentido de que as penas sejam dotadas de uma finalidade ressocializadora muito adequada às sanções de substituição. Veja-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 10.º, n.º 3), bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 5.º, n.º 6).

No chamado *soft law*, são de destacar sucessivos documentos legislativos adoptados pelo Conselho da Europa desde meados da década de 1960<sup>(86)</sup>. Por exemplo, as Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs (76) 10, de 9/3/1976 (*on some alternative penal measures to imprisonment*), (2006) 13, de 27/9/2006 (relativa à prisão preventiva, às condições em que a mesma é executada e a aplicação de garantias contra o seu abuso. Do mesmo modo, a Recomendação da Assembleia Parlamentar (95) 1257, de 1/2 (condições de detenção nos Estados-Membros), onde se defende o desenvolvimento das penas em estudo. A Rec (99) 22, de 30/9, desta

---

<sup>(85)</sup> Na verdade, a confiar nos dados fornecidos, não se encontra qualquer registo de condenação com trânsito em julgado, a partir de 2007, da pena de dissolução de pessoa colectiva e entidade equiparada.

<sup>(86)</sup> PIERRETTE PONCELA/ROBERT ROTH, «Quelles sanctions pour quelle Europe?», in: *Archives de Politique Criminelle*, 27 (2005), p. 114.

feita do Comité de Ministros (sobrelotação das prisões<sup>(87)</sup>), é muito clara ao acentuar que este problema passa, em larga medida, pela diminuição dos reclusos, por via do aumento do leque das penas substitutivas e da sua aplicação efectiva<sup>(88)</sup>.

Central é a Rec (92) 16, também do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 19/10/1992, modificada pela Rec (2000) 22, relativa às «regras europeias sobre sanções e medidas na comunidade». O objectivo destas medidas é logo apontado no preâmbulo como forma de «manter o equilíbrio necessário e desejável entre, por um lado, a necessidade de proteger a comunidade, seja no sentido de garantir a ordem legal, seja no de aplicar as normas destinadas à reparação do mal causado às vítimas e, por outro lado, o reconhecimento essencial das necessidades de o ofensor conseguir o respectivo ajustamento social». Assume-se ainda que as penas de substituição só podem ser aplicadas quando forem credíveis, o que não importa uma concepção rígida ou formalista, mas aberta à individualização sancionatória. Neste ponto em particular, julgamos essencial que o capítulo VII desta Rec seja dedicado à «participação e envolvimento comunitários», advogando-se a mais ampla informação sobre este tipo sancionatório e o reforço dos laços entre o delinquent e a comunidade em que se

---

<sup>(87)</sup> Note-se que «taxa de encarceramento» é conceito variegado de «sobrelotação prisional», como com razão sublinham NUNO CAIADO/TERESA LOPES, «Inovar a execução das penas...», p. 599, n. 4: o último contende com a capacidade instalada para receber reclusos e a primeira com o número de reclusos por cada 100.000 habitantes. Como referem os autores, a Bélgica, *v. g.*, apresenta uma elevada taxa de encarceramento, mas não uma sobrelotação prisional. Veja-se, porque recente, o relatório da ONU «State of crime and criminal justice worldwide. Report of the Secretary-General», in: *Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice* (Doha, 12-19 April 2015), 2015, onde se conclui por uma grande divergência nesta matéria em função da riqueza *per capita* dos Estados, sendo a Europa, apesar de também aí existir sobrelotação, o continente que melhores resultados apresenta. No mundo existem cerca de 10,2 milhões de reclusos, tendo em conta o período de 2011/13, permanecendo contudo a população estável na última década, quando comparada com o aumento da população mundial, com taxas médias de 148 reclusos por 100.000 habitantes, no mesmo período de 2011/13. Segundo a mesma fonte, detecta-se uma tendência de incremento nos países do Sul da Europa (*ibidem*, p. 21). Dado que Portugal aparece englobado ou nos países do Sul ou do Ocidente europeu, na primeira classificação ronda os 120 reclusos (a região) e na segunda cerca de 90, bem longe dos cerca de 400 reclusos por 100.000 habitantes na Europa de Leste (*ibidem*, p. 22). Quanto à duração média das condenações, a nível mundial, cerca de 1/3 dos reclusos cumpre penas até 5 anos, sendo este também o grupo maioritário no nosso continente (p. 25). Em termos de reincidência — apesar de os métodos da sua determinação não serem totalmente claros —, estima-se que na Europa do Sul ronde os 50% e na Ocidental os 40% (*ibidem*, p. 30).

<sup>(88)</sup> Assim, PIERRETTE PONCELA/ROBERT ROTH, «Quelles sanctions...», p. 116.

insere, sendo de igual modo de sublinhar que os membros da sociedade que podem intervir em programas deste tipo devem ser adequadamente escolhidos e treinados, atentos os riscos que, cremos, implicitamente, o legislador internacional reconheceu nesta participação comunitária mais directa.

De entre as regras aprovadas, permitimo-nos salientar algumas que lançam alguma luz sobre os requisitos mínimos da matéria em estudo. Estão afastadas sanções de duração indeterminada (regra 5), devendo as mesmas ser proporcionais à gravidade do crime e levar em conta as circunstâncias pessoais do agente (regra 6). O incumprimento das penas cumpridas na comunidade não deve importar, de imediato, a conversão da pena em privação de liberdade (regra 10), assim como se advoga que as infracções de menor gravidade não devem operar, *de plano*, a revogação da pena substitutiva, admitindo-se o uso de «meios discricionários ou, se necessário, de processo administrativo» (regra 78). Muito relevante é ainda a regra 84, de acordo com a qual o incumprimento de uma sanção comunitária não deve, em si mesmo, constituir um novo crime. Do mesmo passo, prevê a Rec uma série de garantias processuais para os condenados em penas comunitárias, as quais implicam, desde logo, a exigência de uma decisão judicial que a aplique, modifique ou revogue, assim como o direito ao recurso em qualquer destas hipóteses (regras 12 a 14), o que, no nosso ordenamento jurídico nada mais é que a concretização dos artigos 20.º e 32.º, n.º 1, *in fine*, da Constituição. Garante-se que as sanções em causa e os respectivos conteúdos não ofendam direitos humanos fundamentais, a começar pela dignidade ou privacidade, bem como dos seus familiares (regra 23), o que é de particular importância em medidas como aquelas que são fiscalizadas por recurso à VE; afasta-se qualquer «ideologia de tratamento» ou resquílios de um «Direito Penal médico» (regra 25), bem como o risco para a saúde física e/ou mental do agente (regra 26).

Também a Organização das Nações Unidas (ONU) se tem pronunciado sobre a matéria, p. ex. através da «Declaração de Viena sobre a delinquência e a justiça: face aos desafios do séc. XXI», adoptada no X Congresso daquela organização sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delincente, realizado na capital austríaca,

de 10 a 17/4/2000, onde se alude à prioridade em «promover alternativas seguras e eficazes em substituição da prisão» (ponto 26). Do Conselho Económico e Social, vejam-se, *inter alia*, as Resoluções n.ºs 1984/46 de 25/5/1984 (*alternatives to imprisonment*) e 1986/10 (XI), de 21/5/1986 (*alternatives to imprisonment*); bem como a declaração final do 6.º Congresso da ONU (Caracas, 1980).

Por seu turno, é ainda de destacar o papel que as organizações científicas no domínio do Direito Penal, do dito «Direito Penitenciário» e da Criminologia vêm desempenhando sobretudo a partir do séc. XIX. Sem preocupação de sermos exaustivos, referimos algumas dessas tomadas de posição que, mais tarde, viriam a influir directamente na produção legislativa.

A União Internacional de Direito Penal recebe com entusiasmo o sistema, logo no seu congresso realizado em Bruxelas em 1889, bem como em 1902, em S. Petersburgo<sup>(89)</sup>. No ano seguinte, cria-se um conjunto de regras comuns definidas para a aplicação da pena suspensa nos vários *Länder* da Alemanha<sup>(90)</sup>. A Comissão Internacional de Direito Penal e Penitenciário, em 1938, criou um grupo de trabalho para estudar esta matéria, mas que, devido ao eclodir da II Grande Guerra, teve de suspender-se. Logo em 1946, aquela organização adoptou uma resolução sobre as penas curtas de prisão em que reconhecia os seus inconvenientes<sup>(91)</sup> e em que admitia somente a sua manutenção se determinados critérios fossem cumpridos<sup>(92)</sup>. Em 1948, foram adoptadas novas resoluções que, no essencial,

---

(89) PALMA CARLOS, *Os novos aspectos do Direito Penal (Ensaio sôbre a organização dum Código e Defesa Social)*, Lisboa: s/ ed., 1934, p. 336.

(90) EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 420-421.

(91) «O limite temporal torna impossível começar quaisquer actividades educativas; os estabelecimentos prisionais onde essas penas são cumpridas são, em regra, mal equipados e não dispõem de pessoal especializado; um grande número de delinquentes, deste modo, entra em contacto, pela primeira vez, com o Direito Penal. Este encarceramento pode levá-los a deixarem de temer a privação de liberdade e a diminuir o seu auto-respeito; a família é afectada material e moralmente; quando absolvidos, estes agentes podem experimentar dificuldades em conseguir o respectivo reajustamento social e, em consequência, podem ser levados a cometer um segundo crime» — cf. THORSEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress. The Hague, August 14-19, 1950. Proceedings*, vol. II, Bern: International Penal and Penitentiary Commission, 1951, p. 223.

(92) Falava-se no cumprimento dessa pena «num estabelecimento seguro e higiénico; onde existissem medidas profilácticas contra doenças contagiosas; onde houvesse uma identificação do

sufragavam as anteriores, sendo já na altura salientado que os custos económicos do sector penal desempenhavam um papel não despiciendo na escolha da sanção a aplicar, avançando-se, p. ex., com o cancelamento da habilitação legal de conduzir como um substituto das penas curtas de prisão, no âmbito mais vasto das restrições e perdas de direitos. Dizia-se ainda, pelo contrário, que os «incurrigíveis» estavam destinados à privação de liberdade<sup>(93)</sup>.

No 12.º Congresso Internacional Penal e Penitenciário, em 1950, foi aprovada resolução em idêntico sentido, começando por reconhecer-se que «a pena curta de prisão apresenta inconvenientes sérios, de um ponto de vista social, económico e familiar», apontando a pena suspensa, a multa de substituição, a pena de PTFC e medidas processuais criminais de não dedução de acusação como formas de substituir essas sanções. Salientava-se, ainda, a necessidade de conferir ao juiz discricionariedade em tal operação. Nos casos excepcionais em que as penas curtas tivessem efectivamente de ser aplicadas, as mesmas devê-lo-iam ser «em condições que minimizassem a possibilidade de reincidência»<sup>(94)</sup>.

Sucedo, porém, que a partir da década de 1960, de modo coincidente com a crise da ressocialização que ia pululando na doutrina, estes fóruns internacionais começam a apontar no sentido de uma crítica cada vez mais branda às penas curtas de prisão. Antes mesmo, no Congresso Internacional Penal e Penitenciário de 1872, em Londres, respondera-se negativamente à possibilidade de substituir as penas

---

agente e uma breve investigação social; que os delinquentes fossem examinados por um psiquiatra; existisse pessoal seleccionado e com experiência; que as medidas fossem tomadas tendo em vista a reabilitação social» — cf. THORSEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress...*, p. 223.

<sup>(93)</sup> THORSEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress...*, pp. 226-227. Entre nós, PALMA CARLOS, *Os novos aspectos...*, pp. 97-107, e 129-135, fazendo-se eco da classificação lisztiana quanto à corrigibilidade e incorrigibilidade dos delinquentes. Como de entre tantos monumentos legislativos foi sendo assinalado, ao menos após a Revolução de 1974, no relatório preambular do Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, escreve-se que se parte de ideia oposta, i. é, «da corrigibilidade de todos os condenados e isso corresponde a uma nobre tradição do nosso direito, sem afectar as ideias impostas pela defesa social.». Na síntese de MANUEL DE CASTRO RIBEIRO, «A reinserção social de delinquentes», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente. Reinserção social?*, Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 60, bem se pode dizer que o Código de 1982 «se baseia no grande princípio da solidariedade e co-responsabilidade social, hoje indiscutível nas sociedades mais evoluídas.».

<sup>(94)</sup> THORSEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress...*, p. 287.



de curta duração por outras formas punitivas como o trabalho forçado. Todavia, em 1925, também em Londres, a questão voltaria a ser discutida e, aí, o resultado seria oposto: defesa do reforço das penas substitutivas para os curtos tempos de privação de liberdade. Até à década 1960, como dissemos, o timbre manter-se-ia sensivelmente o mesmo (muito por via da militância de HERMANN MANNHEIM)<sup>(95)</sup>. Relevo assume ainda o papel da ONU que, sensivelmente a partir desta década, com a realização, em Londres, em 1960, do II Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, reconhecendo embora que situações existem em que as penas curtas podem ser necessárias, defende a sua aplicação como *ultima ratio* e alinha a multa, o trabalho ou a suspensão executiva como substitutivos, para além de advogar a separação dos condenados em penas curtas quanto aos demais e um regime de execução da prisão orientado para a ressocialização dos agentes. Algo que se repete, décadas depois, em 1980, no VI Congresso da ONU sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes<sup>(96)</sup>, em 1997, na «Declaração de Kadoma sobre Serviço Comunitário»<sup>(97)</sup>, em 2000<sup>(98)</sup>, e em 2010, na chamada «Declaração de Salvador»<sup>(99)</sup>.

<sup>(95)</sup> K. SVERI, «The case for short-term imprisonment», in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*, Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, pp. 193-194.

<sup>(96)</sup> Realizado em Caracas, de 25 de Agosto a 5 de Setembro de 1980, em cujas resoluções finais se encontra um apelo aos Estados-Membros para analisarem as legislações nacionais e removerem os obstáculos às sanções substitutivas, em especial criando as condições económicas necessárias para a aplicação de medidas a executar na comunidade e apelando à mais ampla participação societária em tal desiderato (disponível em [http://www.asc41.com/UN\\_Congress/6th%20UN%20Congress%2000%20the%20Prevention%20of%20Crime/6th\\_congress.htm](http://www.asc41.com/UN_Congress/6th%20UN%20Congress%2000%20the%20Prevention%20of%20Crime/6th_congress.htm), acessido em 28/6/2014).

<sup>(97)</sup> Recordando que a prisão é uma sanção de *ultima ratio* e que a prestação de serviço comunitário é uma resposta viável à sobrelotação carcerária (documento disponível em [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Compendium\\_UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CP\\_and\\_CJ\\_English.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf), acessido em 28/6/2014).

<sup>(98)</sup> No X Congresso da ONU sobre a Prevenção dos Crimes e Tratamento dos Delinquentes (Viena, 10 a 17/4/2000), ponto 26, reafirma-se a vontade de os Estados diversificarem a oferta de sanções penais, desde logo para diminuir o número de reclusos (disponível em <http://www.uncjin.org/Documents/congr10/15s.pdf>, acessido em 28/6/2014).

<sup>(99)</sup> Congresso realizado entre 12 a 19/4/2010. «51. Destacamos a necessidade de reforçar as medidas substitutivas do encarceramento, entre elas o trabalho comunitário, a justiça restaurativa e a vigilância electrónica, assim como a necessidade de apoiar os programas de reabilitação e reinserção (...)». Seguem-se, ainda mais recentemente, propostas de resolução de vários Estados-Membros (16/5/2014), no sentido de reforçar o esforço no desenvolvimento das penas substitutivas,

Em documentos aprovados pelo Conselho da Europa, a partir da década atrás mencionada, se bem que como regra se continue a propender para uma condenação mais ou menos generalizada das penas curtas de prisão, o mesmo se não defende já para os jovens delinquentes, em países de tradição jurídica díspar, como o Reino Unido (*detention centres*) e a Alemanha (*Jugendarrest*)<sup>(100)</sup>. Logo em 1959, a Assembleia Consultiva daquela organização recomendava ao Comité de Ministros que convidasse os Estados-Membros a substituírem as penas de curta duração, mas também as demais, sempre que os crimes não fossem graves e os condenados não tivessem antecedentes. Em 1965, a Resolução (65) I sobre *sursis*, *probation* e outras medidas substitutivas merece menção<sup>(101)</sup>.

Por fim, neste domínio, refira-se que alguns projectos de codificação unificada em certas regiões do mundo se têm dedicado ao problema, como sucede com o *Proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano*<sup>(102)</sup>, o que mostra, por outro lado, a importância da parte sancionatória nesses movimentos de harmonização legislativa, de que a UE tem sido, porventura, o exemplo mais paradigmático<sup>(103)</sup>.

---

apresentadas junto da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal, do Conselho Económico e Social da ONU (documentos disponíveis em <https://www.unodc.org/> e acedidos em 28/6/2014).

<sup>(100)</sup> K. SVERI, «The case for short-term imprisonment», p. 195.

<sup>(101)</sup> MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana. Un estudio dogmático y de política criminal*, Oviedo: Universidad de Oviedo, 2007, p. 30.

<sup>(102)</sup> Assim, sobre a matéria, JOSÉ HURTADO POZO, «Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano», in: *Anuario de Derecho Penal* (1997-1998), pp. 17-29.

<sup>(103)</sup> Basta pensar-se no *Corpus Juris 2000*, relativo à protecção dos interesses financeiros da UE — entre tantos, cf. GERHARD DANNECKER, *Evolución del Derecho Penal...*, pp. 199-206, ao abrigo do art. 82.º do TFUE (mas, também os artigos 67.º a 76.º, 82.º a 86.º, e 325.º), conhecido como «Tratado de Lisboa» e que, como se sabe, ampliou a competência da UE em matéria penal (veja-se, ainda, todo o Título VI do TUE, relativo à cooperação policial e judiciária em matéria penal — artigos 29.º a 41.º). Na conclusão de VÂNIA COSTA RAMOS, «Direito Penal Europeu institucional. O quadro “pós-Lisboa” — por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?» in: *ROA*, 73, 2-3 (2013), pp. 743-812, em esp., pp. 807-812, passou-se, neste domínio, da cooperação à *integração*, porventura sem as necessárias cautelas que tão sensível matéria impunha.

Ao ponto de THOMAS ROTSCHE, «Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no Direito Penal», in: FABIO ROBERTO D’AVILA (org.), *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011, p. 69 escrever que o Direito Penal Europeu até ao momento existente «obteve um significado essencialmente dramático», julgamos que no sentido de se estar a criar um ordenamento (ou sobreposição deles) em que, com propriedade, se pode falar em uma «selva de fontes de Direito» (*den Dschungel der Rechtsquelle*: HARTMUT WÄCHTLER,

«Buchrezension: Ulrich Sieber/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2014», in: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 7-8 (2015), p. 414). Nas palavras de CHRISTINE MORGENSTERN, «Estándares europeos sobre penas y medidas comunitarias», in: ELENA LARRAURI/ESTER BLAY (eds.), *Penas comunitarias en Europa*, Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 41, «os esforços pan-europeus conjuntamente adoptados podem ter um efeito moderador nas políticas dos Estados-membros em relação às penas comunitárias».

Em geral, como se não ignora, tem sido exactamente por via da protecção dos interesses financeiros da União que se tem encontrado o substrato de alguma harmonização criminal entre os Estados-Membros. Não é de estranhar, também, que dificultado como estaria atingi-la por via da construção dogmática geral do facto punível (assim, já A. M. ALMEIDA COSTA, «Alguns princípios para um Direito e Processo Penais Europeus», in: *RPCC*, 4, 2 (1994), pp. 199-215), fruto de muito diversas tradições jurídico-culturais, porventura mais exacerbadas nas Partes Especiais dos Códigos Penais de cada país (embora se tenha avançado na criminalidade internacional e transfronteiriça, como sucede com o tráfico de drogas, de pessoas ou de armas, bem como o terrorismo, em cumprimento do princípio de *Strafrecht ohne Grenzen gegen Kriminalität ohne Grenzen*, o que nem sempre implicaria uma harmonização em sede de Direito substantivo, mas mais de troca de informações e de instrumentos processuais penais, como bem adverte THOMAS WEIGEND, «Europäisches Strafrecht — Legitimation und Zukunftsperspektiven», in: *JuInt*, VIII (2003), p. 39; do mesmo passo que, com o Tratado de Lisboa, a Carta de Direitos Fundamentais se tenha tornado obrigatória para todos os Estados-Membros e para as instituições europeias, em alguns pontos indo para além das legislações nacionais, como sucede na matéria da *lex mellior*, ao menos tendo em conta o Direito alemão: veja-se HARTMUT WÄCHTLER, «Buchrezension: Ulrich Sieber/Helmut Satzger/Bernd v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2014», in: *ZIS*, 7-8 (2015), p. 414), a matéria das sanções esteja a ser aquele que se tem mostrado mais permeável à influência mais ou menos uniformizadora do Direito da UE. Segundo sugerem alguns autores, é mesmo necessário começarmos a olhar verdadeiramente para o modo de aplicação federal do sistema de justiça nos EUA para compreendermos o caminho até aqui percorrido e aquele que se poderá seguir (assim, ESTELLA BAKER, «Governing through crime — the case of the European Union», in: *EJC*, 7, 3 (2010), pp. 187-213).

O tema, em si, é mais que suficiente para várias dissertações de doutoramento, pelo que, *hic et nunc*, apenas nos cabe sinalizá-lo. Como se sabe, tal como o *Model Penal Code* dos EUA, de 1962, também se têm dado passos no sentido de criar um *Corpus Iuris 2000* que tivesse idêntica função. Concorde-se com WEIGEND na crítica quanto a uma unilateralidade decisória da Comissão encarregue de redigir o documento, na medida em que praticamente se preocupa com a protecção dos interesses da própria UE. Seria mais profícuo alargar o âmbito (*ibidem*, p. 40). Também crítico de uma ideia de se adoptar uma espécie de «Código Penal Modelo», salientando a urgência da protecção dos interesses financeiros da própria União e o combate ao terrorismo e à criminalidade altamente organizada como domínios por excelência em que os esforços do dito «Direito Penal Europeu» deve incidir, *vide* CLAUS ROXIN, «La ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 416-421. Princípios como o da culpa, da proporcionalidade, da justiça, da protecção de bens jurídicos, são alguns dos que devem fazer parte de uma codificação deste estilo (THOMAS WEIGEND, «Europäisches Strafrecht...», pp. 40-42). THOMAS ROTSCH, «Tempos modernos...», p. 70 critica esta codificação por não ter «um fundamento comum, uniforme e consistente». O *Corpus Iuris 2000* acha-se acessível em [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus\\_juris\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_en.pdf), consultado em 18/5/2015.

É ainda essencial contar com o que já foi considerado entre nós como um «activismo à outrance» do Tribunal de Justiça da União Europeia que, em alguns dos seus arestos, acaba por operar «uma revisão encapotada do Tratado, atentatória da soberania nacional dos Estados-membros» (PEDRO CABRAL, «União Europeia e Direito Penal (Breves observações sobre duas decisões recentes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias)», in: *RPCC*, 17, 2 (2007), p. 368). Referimo-nos ao

Os diplomas concretizadores da Lei-Quadro sobre Política Criminal e que estabelecem os respectivos objectivos, prioridades e orientações têm vindo a reservar para a «pequena criminalidade» um campo específico de aplicação de penas substitutivas, se e na medida em que as mesmas se revelem compatíveis com as exigências preventivas-gerais e especiais que o caso reclame.

---

marcante acórdão do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 16/6/2005, no âmbito do processo de reenvio prejudicial conhecido como *Maria Pupino*, quanto à interpretação a dar a algumas normas da entretanto já revogada Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15/3/2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Nos dois arestos proferidos sobre a matéria, seja invocando a necessidade de uma hermenêutica conforme entre os instrumentos de Direito da UE derivados e os ordenamentos jurídico-criminais dos Estados, seja mesmo afirmando a competência daquela organização internacional *sui generis* no estrito domínio (de algum) Direito Penal, as decisões assumiram uma marcada dimensão constitucional, embora com deficiente fundamentação para tão *long shot*. Donde, não será por acaso que o TJUE é amiúde considerado como «pretoriano». A mesma tendência se detecta em múltiplos outros arestos, de entre os quais salientamos o ac. do TJUE (Grande Secção), de 14/11/2013, a propósito também de um reenvio prejudicial quanto à interpretação de «tribunal competente» para efeitos do disposto na Decisão-Quadro 2005/214/JAI do Conselho, de 24/2/2005, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias, entretanto alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26/2/2009. Também aí se salienta que o conceito não pode ser deixado à hermenêutica de cada Estado-Membro, decorrendo «da exigência de aplicação uniforme do direito da União», aludindo-se a «um conceito autónomo do direito da União [que] deve ser interpretado no sentido de que abrange qualquer tribunal que aplique um procedimento que reúna as características essenciais de um processo penal».

Interessante ainda a defesa feita por JOSÉ DE FARIA COSTA («O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado. *Babel* ou *Esperanto universal?*», in: FABIO ROBERTO D'AVILA (org.), *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011, pp. 11-24) de uma internacionalização e de uma «europeização» que não perca o sentido das diversas concepções jurídico-culturais dos Estados, o que remete para a utilização da linguagem como instrumento fundamental do Direito, porventura um mecanismo «débil», mas essencial e cuja legalidade (entendida como «narrativa de factos hipotéticos», quando analisada no âmbito da tipicidade — *ibidem*, p. 16) é baluarte.