



Direito Penal III

2º Semestre

Professor Doutor André Lamas Leite

Autoria: Alexandra Caetano Domingues

É importante mencionar que estes apontamentos consistem apenas num guia de estudo, por isso, não é de modo nenhum dispensável a consulta de bibliografia obrigatória, ainda que contenha excertos da mesma.

08.02.18

Facto ilícito típico ≠ crime – o primeiro pode ser praticado por um inimputável, ao qual serão aplicadas medidas de segurança, mas atenção, estas não se aplicam apenas a inimputáveis – ex: art. 101º (cassação da carta de condução + art. 69º), medida de segurança que se aplica também a imputáveis, trata-se de uma pena acessória, que se baseia numa ideia de perigosidade (≠ culpa).

Penas (culpa):

- Principais – “encontrando-se expressamente previstas para sancionamento dos tipos de crime, podem ser fixadas pelo juiz na sentença, independentemente de quaisquer outras.”:
 - Prisão;
 - Multa;
- Acessórias – “aplicação pressupõe a fixação na sentença de uma pena principal”;
- Substituição – “aplicadas e executadas em vez de uma pena principal”.

Medidas de segurança (perigosidade):

- Detentivas;
 - Não detentivas.
- ➔ Consoante impliquem ou não a privação da liberdade

Prevenção Geral Positiva – 2 fins:

1. Proteção de bens jurídicos (prevenção geral);
2. Ressocialização (prevenção especial).

Nota: nos termos do art. 70º, *Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.*

15.02.18

Quando temos uma norma jurídico-penal temos a previsão e a estatuição. Neste curso apenas vamos tomar atenção à estatuição, à consequência jurídica do crime.

Vamos ter de nos habituar a 3 grandes conceitos:

- **Moldura penal abstrata/pena aplicável** - *quantum* de pena previsto no tipo legal de crime e que abrange qualquer comportamento que a ele se possa subsumir – ex: de 1 até 5 anos, o mínimo e o máximo que o legislador estabelece e que se aplica a qualquer hipótese de, por exemplo,

abuso de confiança – é a dosimetria que o legislador entende suficiente para qualquer situação em geral;

- **Moldura penal concreta** - dentro da moldura penal abstrata o juiz vai construir a moldura penal concreta, atendendo à culpa e às exigências de prevenção. O juiz vai determinar, naquele caso concreto, tendo em conta a factualidade dada como provada na audiência de julgamento, qual é para a situação o limite mínimo e o limite máximo – **ex:** entre 1 e 3 anos, determinada dentro da moldura penal abstrata, mas ligada ao concreto facto praticado pelo agente;
- **Pena concreta/concretamente aplicável/aplicada** – seria inconstitucional condenar entre 1 a 3 anos, temos de ter um *quantum* exato, esse *quantum* de pena dizemos que é a pena concreta/concretamente aplicável/aplicada, é aquela que é especificamente determinada para aquela situação em concreto.

Estas 3 noções vão ser importantes para fazer funcionar vários mecanismos para compreendermos o CP.

Todo o nosso curso se estrutura, desde 2007, em 2 grandes ramos: as consequências jurídicas aplicáveis às pessoas singulares e, por outro lado, às pessoas coletivas ou pessoas equiparadas. Até 2007 isso não era necessário, havia apenas uma pequena referencia às pessoas coletivas, mas a partir de 2007 o legislador alterou profundamente esta matéria.

Pessoas coletivas são as associações, fundações, sociedades civis ou comerciais e pessoas equiparadas (como sociedades de facto e associações de facto, sem verdadeira personalidade jurídica – **ex:** comissões de festa – sem o substrato do reconhecimento, mas mesmo assim atuam no tráfego jurídico e podem também praticar crimes, apesar de não serem dotadas de personalidade jurídica, são centro autónomos de imputação de responsabilidade civil e, em alguns casos, de responsabilidade criminal). Esta conceção vem quebrar uma regra milenar do DP de que somente as pessoas singulares podem ser objeto de responsabilidade criminal, afinal, como é que é possível dirigir um juízo de culpa a uma pessoa coletiva? As pessoas coletivas, sendo elas abstrações jurídicas/construções jurídicas, durante muito tempo dizia-se que *societas delinquere non potest*, este era um princípio inabalável.

No entanto, entre nós, a partir do atual CP de 1982, alterado mais de 40 vezes, sabemos que logo em 1984, pela primeira vez, há uma brecha neste princípio geral, mas essa brecha que depois foi sendo acrescentada a diplomas avulsos dizia sempre respeito ao DP Secundário¹ (que se opõe-se ao DP

¹ Contende com valores que ainda não estão suficientemente interiorizados na comunidade e que dizem respeito a ramos que, pela sua própria natureza, estão sujeitos a uma grande volatilidade, havendo uma grande sucessão de leis no tempo e, em regra, contidos em diplomas avulsos.

clássico²). Essa brecha dá-se no DL 28/84, que regula as infrações contra a economia e a saúde pública, admitindo, pela primeira vez, a possibilidade de responsabilizar PC. Hoje, no Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), também admite no seu art. 7º a responsabilidade das PC pela prática de crimes fiscais – **ex**: crime de fraude fiscal, abuso de confiança fiscal.

Em 2007 muda o paradigma, porque o art. 11º do CP sofre uma grande alteração em relação a tipos legais de crime expressamente previstos e só em relação a eles (elenco taxativo), o art. 11º estabelece a possibilidade de em matéria de DP clássico haver a responsabilidade penal de pessoas coletivas, dizendo os termos em que responde a pessoa singular e também a PC. O art. 11º é o coração da responsabilidade das PC, é o seu regime substantivo e foi preciso pensar nas penas a aplicar às PC, porque não as podemos prender, mas podemos aplicar outro tipo de penas, previstas nos art. 90ºA e seg. (fazer remissão). Nos art. 90ºA e seg. encontramos também as penas aplicáveis às PC, sendo que nestes artigos vamos encontrar a mesmíssima qualificação das penas: principais, acessórias e de substituição.

Deste modo, temos de estudar esta dicotomia de consequências jurídicas aplicáveis a pessoas singulares e pessoas coletivas e entes equiparados.

No âmbito da teoria dos fins das penas, o nosso sistema adota a prevenção geral positiva ou de integração³. O CP tem uma especificidade que não há na maioria dos CP europeus (influência do Código austríaco no parágrafo 2º) e que está previsto no art. 40º, nº1 (*A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*). O nosso legislador, mal ou bem (há quem diga que não se devia pronunciar, mas o prof acha que fez bem), aderiu à doutrina da prevenção geral positiva. O legislador estabeleceu para que quis que se aplicassem penas e

² Tendencialmente contido no CP e que diz respeito aos valores básicos da sociedade e que em processos de socialização vamos aprendendo.

³ Apontamentos de Direito Penal I: Parte da ideia de atribuir à pena um efeito sobre a generalidade da comunidade, é positiva ou de integração, pois o objetivo primeiro das penas é a reafirmação contrafáctica e reforço da vigência da norma. Visa também a restauração da confiança da sociedade no Direito. As normas penais são normas de determinação e ao serem violadas põem em causa a vigência da norma, diminuindo a sua força vinculativa e o respeito da mesma aos olhos da comunidade. A pena pretende reafirmar a norma, é uma função simbólica, no sentido em que está afirmar a validade e vigência da norma violada e a necessidade de continuar a ser respeitada no futuro. Ao aplicar a pena está-se a incutir aquele valor na consciência comunitária e a aprofundar o respeito daquela norma pela comunidade. A pena intervém no sentido do reforço da vigência da norma na reafirmação contrafáctica da norma e na restauração da paz social. Esta ideia traz consequentemente outra: se o objetivo é reafirmar a vigência da norma, então a sanção tem de ser conforme ao Direito e tem de ser justa, isto é, tem de ser proporcional à gravidade, pois se for injusta não restaura a confiança no Direito. A pena nunca pode ultrapassar a medida da proporcionalidade da culpa (é o limite). Assim, não há pena sem culpa e a pena não pode ultrapassar a gravidade da culpa, mas pode haver culpa sem pena, quando não for necessário – **ex**: instituto da dispensa de pena, art 74º. A pena é justa e proporcional, exigindo que em cada caso concreto se tome em causa a individualidade/subjetividade do agente, devendo atender-se às características da prevenção especial.

pedidas de segurança: para proteger bens jurídicos (prevenção geral positiva) e para reintegrar o agente (prevenção especial, em regra, em sinal positivo). O art. 40º é uma norma importante, que o juiz tem de ter em conta sempre que vai aplicar uma concreta pena ao agente, levantando-se as seguintes questões: será que é adequada? É proporcional (art. 18º, nº3 CRP)?

Em Portugal há a recusa da pena de morte. Portugal foi dos primeiros países do mundo a abolir a pena de morte, o primeiro passo deu-se em 1852, através de um ato adicional à Carta Constitucional de então, foi preciso alterá-la e começou por abolir para os crimes políticos. Mais tarde, em 1867 é abolida a pena de morte também para os crimes comuns, mas apenas para a metrópole, apenas em Portugal continental e insular. Finalmente, em 1890, a pena de morte é abolida em todo o império português. Ainda assim, ela foi reinstaurada num curto período de tempo, para os crimes militares durante a IGM, mas apenas foi aplicada em 2 casos. O art. 24º, nº2 CRP diz-nos isso mesmo, *em caso algum haverá pena de morte*, é um limite absoluto.

Relacionado com este tema, interessa-nos para o instituto da extradição: Portugal não extradita cidadãos de nenhum país que se encontrem em território nacional e que o Estado requisitante (Portugal será o requisitado) para aquele crime pelo que o agente está a ser perseguido é punível com pena de morte, nestes casos, Portugal nunca extradita, seja ele português ou de qualquer outra nacionalidade. Dentro do espaço da U.E isto não levanta problemas, há um princípio escrito no Tratado de Lisboa que proíbe a pena de morte, até mesmo para entrar na U.E. é requisito necessário abolir a pena de morte. Portugal vai julgar em território português, havendo a transmissão do processo, se as autoridades do país requisitante o autorizarem. Há um princípio de DIPúblico que aqui se aplica: *punire aut dedere* (ou se pune ou se entrega) para se evitar vazios de punição. Iguamente, se um país prevê para o crime que o agente esteja a ser perseguido a prisão perpétua, Portugal só extradita se o Estado requisitante der garantias concretas de que naquele caso específico não vai aplicar a prisão perpétua. Se nós não temos prisão perpétua, não vamos entregar cidadãos a um país que tenha prisão perpétua. Portugal não entrega a não ser que receba garantias – quais são? Garantias de cariz diplomático, depois de entregue, perde-se o controlo, mas depois podem haver sanções diplomáticas em caso de incumprimento. Também não se entrega quando o crime tenha uma pena de duração indeterminada, apenas entrega com garantia de que a pena será determinada. Toda esta disciplina vem prevista no art. 33º CRP.

Portugal baseia a sua intervenção por recusa da pena de morte, recusa da prisão perpétua e estabelecimento da pena prisão como uma sanção de última *ratio*.

O art. 70º estabelece um comando ao juiz, diz que quando num caso concreto houver a possibilidade de aplicação de pena de prisão ou de multa, o juiz deve preferir a multa, a não ser que não cumpra as finalidades de punição, previstas no art. 40º, nº1. A prisão tem efeitos estigmatizantes, efeitos deletérios

(nocivos para o condenado). Consequências: preferência que o legislador estabelece no art. 70º que diz que em igualdade de circunstâncias, o juiz deve preferir uma pena não privativa da liberdade, a multa. Como tal, devemos ter um leque amplo de penas de substituição, que se aplicam em vez de uma pena principal – **ex**: pena suspensa, que pode ser simples (não pode cometer crimes durante a suspensão), com imposição de deveres, regras de conduta ou de regime de prova.

Se a prisão é uma tutela de *ultima ratio*, qualquer crime tem sempre de ser possível de lesar um bem jurídico, porque se não percebermos qual é o bem jurídico protegido pela norma, a norma é materialmente inconstitucional. **Ex**: enriquecimento ilícito (2 iniciativas do antigo governo), em que se criminaliza a conduta da pessoa que apresenta um estilo de vida que não está de acordo com as suas declarações de rendimento, pois de algum lado aquele dinheiro virá e provavelmente não virá de uma forma lícita – esta norma, que tem uma intenção político-criminal, é uma norma de muito difícil concretização, por 2 vezes a AR através de proposta de lei do Governo tentou fazê-lo, mas o diploma foi enviado para o TC, que a declarou inconstitucional, porque não era possível encontrar um bem jurídico-penal claramente protegido – era o património? A arrecadação de receita pelo Estado? O próprio tipo legal de crime recorria a muitos conceitos indeterminados, o que punha em causa o princípio da legalidade criminal, mais concretamente, o seu subprincípio da determinabilidade/taxatividade penal, de acordo com o qual quando se lê uma norma temos de perceber que comportamentos são proibidos, se a norma é tão abstrata não conseguimos aceder ao conteúdo da proibição da norma, esta é inconstitucional, e isto era o que acontecia.

O DP português consagra um sistema tendencialmente monista⁴ integrado por um princípio de vicariato na execução, na verdade, temos um sistema dualista, mas isso veremos mais à frente.

A pena não é só uma pretensão do Estado, mas também um direito do condenado, por isso é que deve ter um efeito ressocializador – **ex**: a liberdade condicional requer consentimento do condenado. Dentro do EP (estabelecimento prisional) é preciso que sejam dados meios de ressocialização ao condenado, mas não se pode impor. Neste âmbito, a diferença entre *law in books* e *law in action*, às vezes, é abismal.

Nota: não vamos dar os modelos que estão no manual de Figueiredo Dias, porque é muito difícil categorizar os sistemas, o nosso sistema está sempre em mudança.

McClintock – “a única regra é não haver regra, vivemos no momento da desordem dos Governos.”

⁴ Um sistema monista é aquele que “tendencialmente não aplica ao mesmo agente, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade.”

PENAS PRINCIPAIS

Pena de prisão ou pena privativa de liberdade:

A pena de prisão tem muitos defeitos, mas é o sistema menos imperfeito dentro daqueles que conhecemos (= democracia – Winston Churchill). Tal como refere o autor de “Vigiar e Punir” (Michel Foucault), por muito que seja pernicioso, a pena de prisão é aquela que melhor temos ao nosso dispor, em termos de custos-benefícios. No projeto alternativo do CP de 1966 na Alemanha dizia-se que “a prisão é o remédio amargo numa sociedade de seres imperfeitos”.

No CP de 1982 acaba-se com uma tradição que vinha do CP de 1886 que previa 2 tipos de penas de prisão: pena de prisão maior e a pena de prisão correccional. A partir de 1982 isto acabou e dizemos que temos um sistema de pena única (só conhece uma modalidade de execução da pena) e simplex (porque a pena de prisão não implica imediatamente que o condenado seja privado de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, não é condenado a suspensão ou interdição de direitos civis, profissionais positivos – art. 30º, nº4 CRP e 65º, nº1 CP – princípio da não automaticidade dos efeitos das penas, ou seja, não é pelo facto de o agente ser condenado a pena de prisão que vai perder direitos civis, profissionais ou políticos).

“A pena de prisão é uma pena única e simples: única, por não haver formas diversificadas da prisão; simples, por à condenação em pena de prisão se não ligarem, por força da sua natureza, efeitos jurídicos necessários ou automáticos que vão para além da sua execução.”

16.02.18

Em relação à pena de prisão, o atual código de 1982 conhece uma alteração profunda em relação ao regime anterior do Código de 1886, onde haviam 2 tipos de penas de prisão (pena de prisão maior e pena de prisão correccional). O atual código vem apenas instituir uma pena de prisão única, no sentido em que só há uma modalidade de execução da pena de prisão.

Curiosidade: a diferença entre pena de prisão maior e pena de prisão correccional tinha a ver com a natureza dos crimes, aos mais graves era aplicada a prisão maior, que também tinha um cumprimento de pena mais gravoso, até os EP eram adequados ao seu cumprimento e os incidentes de execução das penas eram mais complexos e menos fáceis de aplicar. Já a prisão correccional era reservada para os crimes menos graves e para figuras que se achavam próximas dos crimes, que eram as transgressões (ilícitos penais, que fomos abandonando, tendo uns sido convertidos em crimes, outros em contraordenações), habitualmente cumpridas das prisões comarcãs e tinham um regime de execução menos severo do que o regime da pena de prisão maior, também era mais fácil a concessão de liberdade condicional.

A pena de prisão atual é também uma pena de prisão simples, no sentido em que o seu decretamento por um tribunal não implica automaticamente quaisquer outros efeitos, que não sejam os decorrentes da privação da liberdade – art. 30º, nº4 CRP e 65º, nº1 CP. Não há privação de direitos civis, políticos e profissionais – princípio da não automaticidade dos efeitos das penas.

Toda a pena de prisão é uma pena de prisão delimitada no tempo, isto é, conhece um *quantum* específico de acordo com o modelo de determinação da pena - entre nós podemos falar em limites normais ou comuns e em limites especiais ou excepcionais.

Limites normais ou comuns:

Nos termos do art. 41º, nº1 CP: *A pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de um mês e a duração máxima de vinte anos.*

Em regra, a pena de prisão oscila entre o mínimo de 1 mês e o máximo de 20 anos. Porquê que o nosso legislador teve o cuidado de dizer que oscila, *em regra*? Pode haver pena de prisão, em alguns casos, abaixo de um mês, pode ser aplicada pena com duração inferior a 1 mês quando o agente é condenado em pena de multa e, apesar da lei prever um conjunto de possibilidades para que o condenado liquide a multa de várias formas que não seja um pagamento imediato dessa multa, o condenado não a paga. Nestes casos, o legislador tem sempre na pena de multa de colocar uma sanção (sanção de constrangimento) que vai procurar fazer com que o condenado pague a pena de multa. Esse constrangimento só pode ser estabelecer que se o condenado não liquidar a pena de multa, vai cumprir pena de prisão subsidiária. Assim, terá que se converter a pena de multa em prisão subsidiária. Esta possibilidade de conversão da multa principal em prisão subsidiária consta no art. 49º, nº1. **Ex:** agente condenado a 90 dias de multa e que, apesar da lei prever varias hipóteses para liquidar a multa, não o faz, nos termos do art. 49º, nº1, o juiz em ultima *ratio*, tem de determinar a conversão da pena de multa em prisão subsidiária/sucedânea. No entanto, não pode ser uma conversão proporcional, porque 90 dias de multa não tem o mesmo grau de sofrimento para o condenado que 90 dias de prisão, então o legislador estabelece um critério de redução a 2/3, logo, vai cumprir 60 dias de prisão subsidiária, porque foi condenado a uma pena de multa e não a liquidou, e para a tornar efetiva temos de ter este mecanismo, pois se não tivermos esta ameaça e sanção de constrangimento, a pena de multa era letra morta.

Deste modo, constatamos que pode no nosso OJ haver uma pena de prisão inferior aos tais 30 dias que é o limite geral, daí a o legislador estabelecer esta possibilidade. Claro que esta pena de prisão é cumprida da mesma forma, mas a sua natureza é diferente, não é uma pena de prisão principal, é uma pena de multa principal, que contudo acabou por ser convertida em prisão subsidiária,

porque o condenado não cumpriu a pena de multa principal, é a sanção de constrangimento para que liquide a pena de multa.

O limite máximo de pena de prisão é de 20 anos. Entre este limite mínimo e máximo temos uma grande elasticidade. Temos alguns tipos legais de crime em que as molduras de penas variam muito – **ex:** art. 131º. Por vezes, já tem chegado ao TC alguns recursos de constitucionalidade a propósito da elasticidade das molduras penais, advogados já têm questionado o TC de até que ponto pode o legislador ordinário prever molduras penais tao elásticas. O que o TC tem dito (e bem) é que o legislador ordinário goza de uma margem de relativa discricionariedade no estabelecimento das molduras penais aplicáveis, dentro de limites de proporcionalidade⁵. Desde que esta proporcionalidade não seja posta em causa, não se levanta um problema de inconstitucionalidade. O princípio da proporcionalidade funciona como freio.

Limites especiais ou excepcionais:

Os limites especiais/excepcionais dizem fundamentalmente respeito ao limite máximo da pena de prisão, porque dissemos que quanto ao limite geral vai até 20 anos, mas todos nós sabemos que a pena máxima que o nosso ordenamento conhece é de 25 anos de prisão (“máximo dos máximos” – Eduardo Correia). Nos termos do art. 41º, nº2, *O limite máximo da pena de prisão é de vinte e cinco anos nos casos previstos na lei* - quais são os casos previstos na lei? Aqueles em que o próprio tipo legal de crime prevê essa punição, são os mais graves – **ex:** art. 132º e Lei do Direito Penal Humanitário Internacional⁶.

O limite máximo de 25 anos pode verificar-se em 2 casos:

1. Estar previsto no tipo legal de crime, seja no CP, seja em legislação extravagante;
2. Nas hipóteses de concurso efetivo de crimes (art. 30º, nº1 CP).

Pode existir uma pena que chegue a 25 anos de prisão em situação de concurso de crimes, resultante de uma forma especial de determinação da pena. **Ex:** agente comete 3 crimes em concurso e os 3 crimes são puníveis com determinada moldura penal abstrata: 2 a 12 anos; 2 a 8 anos e 1 a 5 anos (o art. 335º é um crime formal ou de mera atividade, pode ser por influencia real ou suposta); dentro delas o juiz determina as molduras penais concretas: 3 a 10 anos, 2 a 8 anos e 2 a 5 anos; depois determina a pena aplicada: 9, 8 e 5 anos, respetivamente. O nosso sistema é um sistema de cúmulo jurídico, partindo de

⁵ Prof. considera que o princípio da proporcionalidade é o amor maior do DP.

⁶ Aí encontramos normas que já estiveram previstas no CP e que depois do 11 de setembro de 2001 todos os legisladores do mundo ocidental sentiram a necessidade de agravar as suas penas, destacando-se no âmbito do terrorismo, bem como do genocídio, prevendo-se a pena máxima de 25 anos de prisão. Na opinião do prof. é criticável que esta matéria que trata de crimes de tao grande ressonância axiológica não esteja no CP, o prof teria preferido que não tivessem sido autonomizados numa lei avulsa.

um sistema de pena conjunta, porque temos de começar por determinar a medida concreta de cada um dos crimes e só depois a medida do concurso. Nesta matéria somos originais e o nosso sistema é um *mix* de vários modelos utilizados por outros países. Primeiro é necessário determinar as medidas concretas das penas de cada um dos crimes, depois a moldura penal abstrata do concurso. O limite mínimo é dado pela mais grave das penas concretas (9) e o limite máximo pela soma das medidas concretas das penas (9+5+8=22). O limite máximo nunca pode ser mais do que 25 anos, porque o nosso OJ só conhece esse máximo. Se se tratar de pena de multa terá o limite máximo de 900 dias de multa. No exemplo dado, entre 9 a 22 dias de prisão, o tribunal vai ter de determinar uma pena de concurso, uma pena única, imaginemos que estabelece a pena de 20 anos.

Em suma, nos termos do art. 40º, nº2, podem haver limites excepcionais que apenas têm a ver com o limite máximo da moldura penal abstrata, seja quando o tipo legal de crime o prevê ou em função da pena de concurso.

Nota: não é branqueamento de capitais, mas tão só branqueamento.

No art. 41º, nº4 temos que *A contagem dos prazos da pena de prisão é feita segundo os critérios estabelecidos na lei processual penal e, na sua falta, na lei civil.* Temos de ver o dia em que o condenado entra no EP e contar o tempo de privação de liberdade. Este remete-nos para os critérios estabelecidos no PP e subsidiariamente no Direito Civil. No âmbito do processo penal, destaca-se o livro 10º do CPP (art. 477º e seg), que diz respeito à execução de penas e de medidas de segurança. No art. 479º temos o artigo relativamente à contagem⁷. Podemos eventualmente ter de recorrer à lei civil, destacando-se o art. 279º CC relativo ao computo dos prazos, salientando-se que o prazo não se conta no dia em que o ato foi praticado.

No art. 42º vem prevista a execução da pena de prisão e é um artigo muito importante, muitas vezes muito subvalorizado, que deve ser conjugado com o art. 40º, nº1 CP. Diz-nos algo essencial quanto ao fim das penas, diz-nos que *A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes* – prevenção geral e especial, de preferência, positiva, bem como prevenção da reincidência (cópia do CP alemão). O art. 40º diz para que serve a pena, o art. 42º diz para que serve a pena de prisão.

A lei tem que prever mecanismos para que se o condenado quiser, possa reinserir-se na sociedade. Procura-se a prevenção da reincidência (Beleza dos Santos). O art. 42º, nº2 remete para legislação especial: Código de Execução das Penas e Medidas de Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei 115/2009, de 12 de outubro e Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais,

⁷ Fazer remissão do 41º, nº4 CP para o art. 479º do CPP.

aprovado pelo DL 51/2011, de 11 de abril - estes 2 diplomas são de grande importância.

A posição jurídica do recluso:

“O recluso mantém a titularidade dos DF do Homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença condenatória, bem como as impostas em nome da ordem e da segurança do EP.”

O recluso é um ser humano, dotado de todos os direitos que um não recluso tem, exceto aqueles que por via da condenação foram retiradas, como o direito de locomoção (*ius ambulandi*) e eventuais direitos civis e políticos, (**ex:** condenado por pedofilia que é impedido de trabalhar com crianças). Tirando esses direitos que foram restringidos, o recluso mantém a total titularidade dos restantes direitos – **ex:** direito ao voto. Não há nada na lei que impeça um recluso de dar entrevistas.

Ainda assim, temos sempre uma válvula de escape que é a questão da segurança do próprio EP, o prof diria que se abusa da segurança para pôr em causa alguns direitos dos reclusos. Uma entrevista pode ser concedida, não se pode é falar de questões de internas de funcionamento do EP. Assim, há direitos que pelo funcionamento dos EP são limitados – **ex:** acesso ao telemóvel, supostamente são proibidos, assim como o acesso à internet está vedado, a não ser nos pontos que existem nos EP e que são devidamente controlados.

Otto Bachof desenhou a Teoria das relações especiais de poder de acordo com a qual haviam pessoas que, em função da situação jurídica em que se encontravam, estavam privados do exercício de determinados DF, seriam elas os reclusos, os internados em estabelecimentos hospitalares e os estudantes. Relativamente a estas pessoas, entendia que a AP exercia sobre eles poderes especiais e podia restringir DF. Atualmente, esta conceção está ultrapassada, não há relações especiais de poderes, em relação aos reclusos, a limitação de DF decorre apenas da sua condenação. No entanto, na prática, a efetivação dos direitos dos reclusos é complexo – **ex:** direito à educação, recluso que quer fazer uma licenciatura, mas tem de ser acompanhado por um guarda para assistir às aulas, não havendo meios para tal, não o pode fazer.

Pena de multa ou pena pecuniária:

Quanto à pena de multa ou pena pecuniária, os seus antecedentes históricos encontram-se numa fase de desenvolvimento do DP que é a fase da *compositio*. O DP conhece 3 grandes fases:

- 1. Vingança privada** - perda da paz absoluta e relativa;

2. **Compositio** - composição pecuniária, em que havia o estabelecimento de valores pecuniários, umas vezes, escrito outras vezes resultava do costume legal, que deram lugar a uma importante na suavização da barbárie e importante para estabelecer uma proporcionalidade entre a gravidade do crime e da sanção;
3. **Monopolização do *ius puniendi* por parte do Estado** - nascimento do Estado em sentido moderno – Jean Bodin, Maquiavel, etc.

A *compositio* é o antecedente histórico da pena de multa, de onde surge a obrigação ressarcir pela prática de um determinado crime.

A pena de multa, nos dias que correm, não tem nada a ver com a *compositio*, no atual CP foi uma grande aposta do legislador. Se lermos o preambulo do CP vamos perceber que foi intenção do legislador, marcado pelo projeto de parte geral de Eduardo Correia, assumir a ideia de que a pena de multa é uma pena principal e que tem a mesma valia da pena de prisão, obviamente de que com a ressalva de que há crimes que, pela sua natureza e gravidade, não admitem a punição através da pena de multa, mas a ideia geral foi de vulgarizar a aplicação da pena de multa. Manifestação disso mesmo é a preferência por reações de natureza não detentiva, que consta do art. 70º CP.

Os sistemas de determinação de pena de multa foram variando ao longo de tempo, assim como a sua própria previsão nos Códigos. No CP de 1852, previa-se ao lado da pena de prisão, a pena de multa como pena principal. No CP de 1886 eliminou-se a existência de pena de multa. Em 1982 o legislador previu-a como pena principal e deu-lhe uma valia forte.

Como pode ser determinada a pena de multa? Temos 2 grandes modelos:

1. **Sistema da soma complexiva ou da multa global** – desdobra-se em 2 modalidades:
 - a. Estabelecimento de um *quantum* fixo de pena de multa – **ex**: pela prática de crime de lesões corporais, pena de multa de 500 mil reis. O legislador diz claramente que a pena de multa é esta e só esta, estabelece o *quantum* exato. Isto é, desde logo, bastante criticável, em primeiro lugar, porque 500 mil reis para alguém que fosse rico podia não ser nada, mas para alguém que fosse pobre seria muitíssimo e fazia com que, na verdade, a pena de multa fosse criminógena, isto é, conduzisse à prática de crimes, pois o agente para pagar a pena de multa praticava crimes para conseguir dinheiro. Era um sistema desigualitário, um DP a perseguir os pobres. “Viola princípios jurídico-constitucional: o princípio da culpa, o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.”
 - b. Seguida no nosso CP de 1852 – estabelece um limite mínimo e máximo, fixado na moeda que na altura tinha curso legal – **ex**: pena de multa por lesões corporais entre 100 e 500 mil reis. Ultrapassam-se alguns problemas anteriormente indicados, porque estabelece-se uma moldura abstrata que vai permitir uma

adequação ao caso concreto, atendendo à situação económico-financeira do condenado e à sua culpa, bem como às exigências de prevenção. No entanto, continua a ser insuficiente e à luz da CRP atual seria inconstitucional, porque estabelece logo um valor, é em dinheiro e, ao sê-lo, está a confundir 2 coisas: a gravidade intrínseca do crime praticado pelo agente (a culpa e as exigências de prevenção geral e especial) não se pode confundir com a situação económico-financeira do condenado (pode ter muita culpa, mas fraca situação económico-financeira e não temos neste sistema um mecanismo para adequar as 2 coisas), confunde 2 aspetos da determinação da pena que não podem ser confundidos.

2. **Sistema dos dias de multa/modelo escandinavo** – é o sistema usado entre nós e na maioria dos Estados ocidentais, encontrando-se consagrado no art. 47º. Jescheck diz-nos que este modelo escandinavo, na verdade, é um modelo português, mais concretamente, do Brasil, mas na altura em que era uma colónia portuguesa. Determina-se em 2 momentos e tem a vantagem de não confundir o que o anterior confundia. **Ex:** art. 205º: pena de prisão até 3 anos (mínimo é de 1 mês, nos termos do art. 41º, nº1 CP) ou pena de multa (art. 47º, nº1: limite mínimo de 10 dias e limite máximo 360 dias) – preferência pelas sanções não detentivas (art. 70º). “A fixação da pena de multa processa-se através de 2 operações sucessivas e autonomizadas: uma primeira, através da qual se fixa o número dos dias de multa em função dos critérios gerais de determinação da pena (culpa e prevenção); uma segunda, através da qual se fixa o quantitativo de cada dia de multa em função da capacidade económico-financeira do agente.”

A pena de multa pode ser:

- ❖ **Alternativa** – a pena de multa é prevista no tipo legal de crime como forma de aplicação ao lado da pena de prisão → modelo mais comum entre nós. Se a pena de multa funciona como uma espécie de equivalente funcional da pena de prisão, é normal que na maior parte dos crimes seja assim;
- ❖ **Autónoma** – tipo legal de crime que só prevê a punição com pena de multa, o legislador entende que basta a punição com pena de multa. Estes casos são muito raros, porque apesar da pena de multa ser também uma pena principal, o *quantum* de sofrimento para o condenado é muito diferente da privação da liberdade, daí que seja prevista em casos muito contados – **ex:** art. 265º, nº2, al. b, 268º, nº3 e 366º, nº2;
- ❖ **Cumulativa** – legislador prevê pena de prisão e pena de multa. Ainda existe no nosso ordenamento jurídico-penal, mas não no CP, encontrá-las-emos em legislação extravagante, como no Código de Direitos de Autor e direitos conexos e no DL 28/84. É um sistema que deve ser abandonado em definitivo e o legislador nas várias revisões do CP tem-

no feito, porque na versão originária tínhamos alguns casos, mas a comissão em 1995 (dirigida por Figueiredo Dias) terminou com todas as situações de multa cumulativa. Não faz sentido, porque se a pena de multa é equivalente a uma pena de prisão, qual é o sentido de exigirmos que o agente cumpra uma pena de prisão e pague uma pena de multa? Estamos quase a duplicar a pena, não tem sentido porque se quis conceber como pena principal a pena de multa e este sistema é politico-criminalmente inconveniente, porque se o agente está privado de liberdade, está também privado de obter rendimentos do seu trabalho e, portanto, vai ter muitas mais dificuldade de liquidar a pena de multa, logo terá mais probabilidade de ser convertida em prisão subsidiária, daí que seja um sistema altamente inconveniente.

Bibliografia principal: -Antunes, Maria João, "Consequências Jurídicas do Crime", Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 7-26. -Dias, Jorge de Figueiredo, "Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime", reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 39-57 (§§ 1-28); 61-86 (§§ 34-77); 89-93 (§§ 78-85); 98-106 (§§ 91-104); 108-113 (§§ 108-115) BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR: -Leite, André Lamas, "A mediação penal de adultos: um novo «paradigma» de justiça?", Coimbra: Coimbra Editora, 2008. -Leite, André Lamas, «Justiça prêt-à-porter? Alternatividade ou complementaridade da mediação penal à luz das finalidades do sancionamento», in: RMP, 117 (2009), pp. 85, ss. -Leite, André Lamas, «Nova penologia, punitive turn e direito criminal: quo vadimus?: pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», in: Manuel da Costa Andrade et al. (org.), "Direito Penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld", Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 395-476. (existe tradução espanhola disponível online em: <http://www.indret.com/pdf/965.pdf>)

22.02.18

Entre nós, o sistema adotado é o sistema de dias de multa, sistema comum à maioria dos Estados. Não foi historicamente o único modelo de que o legislador se serviu, houve também o sistema da multa complexiva ou da multa global, sendo este totalmente de rejeitar, por violação de preceitos constitucionais, nomeadamente os princípios da igualdade e da culpa.

O sistema dos dias de multa pressupõe a determinação desta sanção em 2 momentos:

1 - Determinação dos dias de multa – nos termos do art. 47º, nº1, *A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º, sendo, em regra, o limite mínimo de 10 dias e o máximo de 360.* O limite máximo pode ser elevado se os tipos legais preverem um limite máximo superior ou por via do funcionamento das regras do concurso, nos termos do art. 77º, nº2, a pena de multa máxima pode ir até aos 900 dias de multa. Determina-se em função de 2 critérios, porque o 47º, nº1 remete para o 71º, nº1, que é o

artigo onde se estabelecem os critérios a terem em conta na determinação da pena de prisão e aí diz-se que a pena de prisão é determinada tendo em conta a culpa e a prevenção geral e especial, logo, os mesmos critérios têm de ser aplicados à pena de multa, porque ambas são penas principais e é natural que a sua determinação seja feita de acordo com os mesmos critérios. O legislador tem uma margem de liberdade vinculada para determinar o *quantum* dos dias de multa em função destes critérios e não há aqui nenhum tipo de raciocínio de: se o tipo legal prevê uma multa alternativa, o juiz não tem de primeiro pensar no número de meses da pena de prisão e depois aplicar os mesmos dias em multa, NÃO, são coisas autónomas. Nos termos do art. 70º, o ordenamento tem uma preferência pelas penas não detentivas.

2 - Determinar a taxa diária ou o quantitativo diário – nos termos do art. 47º, nº2 estabelece-se que oscila entre 5€ e 500€ por dia para as pessoas singulares.

Esta norma do art. 47º, nº2 suscita algumas críticas: em 2007, o limite mínimo era de 1€ por dia e há um consenso na doutrina de que se tratou de um brutal aumento do limite mínimo. Para muitas pessoas, mesmo fixando o juiz o valor na taxa mínima, é muito dinheiro quando multiplicado pelos dias de multa, chegando a valores de difícil liquidação por parte do condenado. O CP alemão prevê o limite mínimo de 1€, mas o limite máximo é de 30 000€.

Uma outra crítica que podemos dirigir é: como é que o juiz determina a situação económica e financeira e que tipo de encargos se devem ter em conta? Considera o encargo do condenado que vai ao ginásio? O ginásio é uma necessidade básica do ser humano? Será, obviamente, de considerar a prestação com a casa, a água, a luz, o aquecimento e a tv por cabo. O nosso legislador não dá uma resposta, o legislador alemão está melhor do que nós, porque diz que quanto à situação económica e financeira se deve atender ao rendimento bruto do condenado. Ainda assim, há um consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que para determinar a situação económica e financeira se deve partir do seu rendimento bruto. No plano de *iure condendo* seria útil que o legislador concretizasse um pouco mais o que é a situação económica e financeira e quais os encargos pessoais a ter em conta. Se não temos indicação nesse sentido, o juiz goza de uma latitude relativamente ampla para determinar que tipo de encargos vai ter em conta e que situação económica e financeira vai considerar. A doutrina foi desenvolvendo que para a situação económica e financeira do condenado não respondem os bens que advenham ao condenado por via de herança.

O grande princípio que deve orientar o juiz quando faz a determinação da situação económica e financeira é: a pena de multa é uma pena pessoalíssima⁸,

⁸ “A pena de multa é, como toda a pena criminal, um efeito de natureza pessoalíssima: não podem por ela ser responsáveis as forças da herança; não pode ser paga por terceiro; não pode

por isso deve afetar apenas e tão-só a situação financeira do condenado e não de terceiros, ou seja, para que a pena de multa seja sentida como verdadeira pena pelo condenado e não se transforme como um “cômico negócio de pagamento em prestações” e a comunidade a percecionice como uma verdadeira punição, devendo ser efetiva. Assim, deve afetar só e apenas o património do condenado e não terceiros – **ex**: mulher, marido, pais, etc. Por isso mesmo, a lei prevê que se um terceiro liquida a pena de multa em vez do condenado, está a praticar um crime, o crime de favorecimento pessoal (art. 367º, nº2).

O quê que não responde pela pena de multa? Os bens que advêm por via de herança e por via de doação. O quê que pode responder pela situação económica e financeira? Se a pessoa contrair um mútuo, porque num mútuo, seja ele mutuo gratuito ou oneroso, há sempre um dispêndio de uma quantia monetária pelo condenado, estamos a afetar a sua situação financeira. Pelo contrário, não pode o condenado celebrar um contrato de seguro para liquidar a pena de multa, porque o contrato de seguro depende sempre uma *alea* (sorte ou azar). Quanto aos encargos pessoais do condenado, o julgador deve ter em conta aqueles que são considerados normais para a maioria da população, são as despesas normais que qualquer pessoa suporta.

Há aqui esta margem de discricionariedade vinculada do julgador. Como é que na prática os tribunais determinam a situação económica e financeira? Normalmente, no final do julgamento, o juiz pergunta ao arguido quanto é que ele ganha, onde trabalha e que despesas tem, assim, o juiz fica-se pelas declarações do arguido, o que é um método muito primitivo para determinar a situação económica e financeira, porque o arguido pode mentir (crime de falsidade de declarações). Era necessário que depois houvesse uma investigação. O arguido diz e o juiz dá como certas as declarações. Outros juízes mais cautelosos pedem que a secretaria recorra à consulta de bases de dados de onde se podem retirar conclusões quanto à situação económica e financeira do condenado – **ex**: Segurança Social, Autoridade Tributária (declaração de IRS), Registos, OPC (órgãos de policia criminal). O nosso sistema é ainda primitivo neste aspeto, em todos os casos deveria ser uma tarefa oficiosa da secretaria, procurando averiguar os elementos necessário e colocados à disposição do juiz, sob pena de se poder perguntar ao arguido.

O património do condenado deve ser tido em conta? Os rendimentos que relevam para determinar a situação económica e financeira são todo o tipo de rendimentos: provindos do trabalho, capital e prediais. No entanto, já os abonos, não são tidos em conta, tendo em conta o seu carácter de prestação social. Mesmo as ajudas de custo que em algumas profissões se recebe, também não são tidas em conta, pelo facto de nem sempre serem recebidas, dependerem da profissão da pessoa e da entidade patronal. Quando dizemos património

ter lugar para o seu pagamento doação ou negócio afim; não pode, de igual modo, haver um contrato de seguro relativamente a ela.”

estamos a incluir património mobiliário (instrumentos de carácter financeiro – **ex:** ações, obrigações), que são tidos em conta, mas e o imobiliário? Há pessoas que não têm liquidez, mas que têm um património imobiliário considerado (“condes arruinados”). No projeto da parte geral de 1963 de Eduardo Correia, este defendia que sim, ou seja, o património imobiliário é para ser tido em conta na situação económica e financeira, porque tem a ver com a riqueza que a pessoa é titular. Na Comissão revisora houve várias pessoas que entenderam a perspectiva contrária, nomeadamente o prof. Gomes da Silva, que dizia que não, porque isso violaria a CRP, pois a CRP proíbe o confisco de bens e, portanto, a necessidade de vender o património constitui um verdadeiro confisco, proibido constitucionalmente – saiu vencedora esta perspectiva.

Contudo, não encontramos nenhum reflexo disso na lei, nem diz que “sim”, nem que “não” quanto a saber que o património imobiliário deve ou não ser tido em conta. O elemento histórico diria que não, mas essa interpretação carece de sentido. Que sentido tem o sujeito não ter liquidez, ter património e não lhe poder mexer? Seria beneficiar os grandes proprietários de bens e, por isso, hoje em dia, o património tem que ser tido em conta para determinar a situação económica e financeira e não é nenhum confisco. Paulo Pinto de Albuquerque também diz no seu comentário do CP que o património deve ser tido em conta. Caso contrário, seria uma situação de violação do princípio da igualdade.

A pena de multa comporta inúmeras vantagens, entre elas, o facto de não cortar vínculos laborais, familiares, sociais e afetivos, bem o facto de não ter o efeito estigmatizador da pena de prisão.

Ainda assim, a pena de multa não é uma pena consensual, há um autor italiano, Luigi Ferrajoli, que é um opositor à pena de multa. Este defende que a pena de multa é um instrumento de perseguição dos mais pobres em relação aos mais ricos, diz que devíamos abandonar a pena de multa, porque ela introduz um instrumento de benefício dos mais ricos em relação aos mais pobres. No entanto, esta é uma voz minoritária.

O problema da pena de multa existe fundamentalmente com dois grupos de pessoas:

- **Pessoas que vivem no limiar da pobreza** - até que ponto é que a pena de multa não será violadora da própria dignidade da pessoa e não prejudicará as pessoas com rendimentos reduzidos? “Relativamente a condenados que vivam no mínimo existencial ou abaixo dele e relativamente aos quais não possam ter aplicação os critérios de determinação do quantitativo diário da pena de multa (art. 47º, nº2) deve ser fixado o quantitativo no mínimo legal, ter lugar a conversão da multa em prisão subsidiária e haver suspensão da execução desta com

subordinação ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro (art. 49º, nº1 e 3).”

- **Pessoas que carecem de rendimento próprio** – são pessoas que têm rendimentos por via de terceiros – **ex.:** unidos de facto, cônjuges, estudantes, etc.. Do ponto de vista do próprio casamento há um conjunto de deveres legais e um é o de assistência que também consiste nisto. Não viola o facto da pena ser pessoalíssima por decorrer da imposição de deveres legais, designadamente do dever de assistência (cônjuges) ou do dever de auxílio (pais e filhos que são estudantes).

Apesar destas críticas, a pena de multa não está ferida de nenhuma inconstitucionalidade, porque a pena de multa pode ser liquidada de várias formas: prestações, pagamento diferido e o condenado pode pedir que a liquide através de trabalho a favor da comunidade e ainda temos a via de quando o juiz converte a pena de multa em prisão subsidiária (art. 49º, nº1), havendo ainda a possibilidade de o condenado dizer que não pagou, mas tem uma débil situação e o juiz ainda pode, nos termos do art. 49º, nº3, suspender a execução da pena de prisão subsidiária. Há todo um conjunto de mecanismos em que vamos ver que a pena de multa não é ferida de inconstitucionalidade, porque há uma serie de outros meios para liquidar a pena de multa que não passam pelo pagamento em dinheiro.

AULA PRÁTICA

O cumprimento e o incumprimento da pena de multa como pena principal⁹:

Hipótese A

A queixa pode ser apresentada nos órgãos de polícia criminal e na secretaria do MP.

O assistente tem de se constituir em 10 dias (art. 68º, nº2), tem de ter advogado (art. 70º), tem de pagar um taxa (art. 519º) e será o JIC que irá decidir da constituição ou não de assistente (art. 268º e 169º), mas antes disso, o MP tem de dizer se tem alguma coisa ou não para se opor e se o arguido também já estiver constituído nos autos, também ele se tem de pronunciar. Caso o JIC admita a constituição de assistente, este será notificado por despacho judicial. Se num crime particular, não se constituir assistente, há lugar a um arquivamento. Na prática, os procuradores notificam o ofendido para o advertir da necessidade de se constituir como assistente e concedem-lhe mais 10 dias,

⁹ Ver PowerPoint.

embora não eram obrigados a fazê-lo. Se o arguido for condenado, a taxa de assistente é restituída.

Depois de uma decisão condenatória¹⁰, ela tem de ser notificada ao condenado. A notificação no processo penal dá-se, em regra, presencialmente através leitura da sentença ou do acórdão, mas há casos de julgamento na ausência/à revelia, caso em que o arguido não está presente durante o julgamento, contando-se o prazo da notificação da decisão a partir da notificação na pessoa do seu defensor, o condenado tem-se por notificado nessa mesma data, seja por notificação pessoal, seja por notificação na pessoa do seu defensor.

Depois da notificação condenatória, tem de decorrer o tempo para que a decisão transite em julgado (30 dias – art. 411º CPP). Esses 30 dias contam-se sem o dia de hoje, porque o art. 279º, al. b CC determina que no cômputo do prazo não se considera o dia a partir do qual se inicia essa contagem, logo, hoje não começa a contagem do prazo, começa amanhã. Os 30 dias são em prazo corrido. Se o 30º dia calhar a um dia não útil (sábado, domingo ou feriado), transfere-se para o dia útil seguinte. Caso incumpramos o prazo, temos ainda uma ultima hipótese de praticar o ato fora do prazo nos 3 dias úteis seguintes, mediante o pagamento de uma multa processual, que tem de ser logo liquidada com a prática do ato. A multa varia em função do dia, no 1º dia é de meia unidade de conta, no 2º dia é uma unidade de conta e no 3º dia é de 2 unidades de conta. Neste momento, uma unidade de conta vale 102€, em Portugal (prática extemporânea de atos processuais penais – art. 107ºA CPP)¹¹.

Findo o prazo do trânsito em julgado, é o condenado notificado da conta de custas (onde se inclui a pena de multa), podendo haver reclamação (apresentada ao juiz) e eventual recurso da conta para o TR. Se não houver reclamação (em 5 dias – o 5º dia não conta, mas a partir do subsequente, mesmo que seja um sábado, domingo ou feriado, porque o prazo é corrido), a conta de custas transita, porque só pode haver recurso da conta de custas se tiver havido reclamação, não são meios alternativos. A partir daí começa a contar o prazo para liquidar a pena de multa.

Após, o prazo para liquidar a pena de multa é de 15 dias (art. 489º, nº2 CPP). A multa não vence juros, a multa é a que foi determinada na decisão condenatória. Esta notificação é a notificação da conta de custo, onde vem também o valor da pena de multa e o tribunal notifica o condenado com a guia para liquidar a pena de multa com as referências de multibanco.

Após esse prazo, ou antes dele, o condenado paga, assim cumprindo a pena e a pena de multa vai ser declarada extinta pelo cumprimento. Esta

¹⁰ Que pode assumir a forma de: sentença, acórdão ou despacho (mero expediente).

¹¹ Anteriormente, esta disciplina não estava prevista no CPP, por isso tinha de se recorrer à previsão do CPC, que se aplica subsidiariamente, nos termos do art. 4º CPP.

condenação é transcrita para o registo criminal. Contudo, a lei do registo criminal prevê que na primeira condenação de um arguido, o tribunal possa, se considerar que a condenação não foi grave (como acontece com as penas de multa ou com as penas de prisão com um *quantum* pequeno) não ordenar a transcrição para o registo criminal, a pedido do condenado. Também nada impede que o juiz oficiosamente determine a não transcrição para o registo.

- É extemporâneo o pedido de aplicação do art. 58º depois de findo este prazo – cf. Art. 48º e 49º e art. 489º e 490º CPP (ac. TRP de 08/02/2017, Eduarda Lobo – o prazo dos 15 dias para pagamento da pena de multa é um prazo perentório, findo, deixa de poder liquidar);
- A dação em cumprimento do crédito laboral detido pelo arguido sobre terceiro, judicialmente reconhecido em processo de insolvência, não constitui forma válida de extinção da pena de multa (ac. TRC de 10/12/2013, Cacilda Sena – o condenado em pena de multa disse que tinha créditos laborais a receber sobre a empresa que foi declara insolvente em processo de liquidação e lembrou-se de recorrer à dação do crédito laboral, na 1ª instância o juiz não admitiu e o TR veio dizer que a dação em cumprimento não é uma forma válida de cumprir a pena de multa, pois esta tem de ser liquidada por um valor que já esteja na esfera do condenado, não se pode liquidar a pena de multa sobre um crédito).

Hipótese B

Hipótese diferente é aquela que se verifica quando o condenado, notificado para pagar, nos termos do art. 489º, nº2 CPP, não paga dentro do prazo de 15 dias, nem requer qualquer medida. Nestes casos, a secretaria vai ter de abrir vista ao MP.¹² A secretaria abre vista para o MP, porque a lei determina que uma das competências do MP é dar execução às penas, promover a execução das penas (art. 53º, nº2, al. e e 469º CPP). O MP promove a execução patrimonial dos bens (art. 491º, nº 1 e 2 CPP), porque a conversão em pena de prisão é uma última *ratio*. O MP diz “promovo” (pr.), o juiz, quando lhe é aberta conclusão, diz como se se promove.

Se houver bens do condenado, então vão ser esses bens que respondem pelo valor da multa. O processo de execução segue os termos da execução por custas (art. 491º, nº2 e 510º CPP). Se existirem *bens suficientes e desembaraçados*¹³, de conhecimento oficioso ou nomeados pelo executado, são penhorados e, em última instância, são estes vendidos – com o valor da venda, o Estado vai se ressarcir do seu crédito, se sobrar algum, é entregue ao

¹² Quando um processo é remetido para despacho a um procurador, dizemos que é aberta vista; se for remetido o processo em despacho para o juiz falamos em conclusão.

¹³ É um bem sobre o qual não impende nenhum ónus ou nenhum encargo.

condenado. O condenado é notificado do processo de execução e pode nomear bens à penhora.

Nesse processo executivo, nos termos do CPC, pode o condenado requerer o pagamento em prestações – cf. Ac. TRP de 28/05/2003, Francisco Marcolino. O processo executivo permite que a quantia exequenda possa ser paga em prestações.

Se não forem conhecidos bens (após realização das necessárias diligências), não se instaura o processo executivo, pois seria a prática de um ato inútil. Então aí, caso não existam, o juiz profere despacho determinativo da conversão da pena de multa em prisão subsidiária, de duração reduzida a 2/3 (art. 49º, nº1 CP e ac. TRP de 07/07/2010, de Ângelo Morais). Há um procedimento para o juiz declarar convertida a pena de multa em pena de prisão, tem de ser precedido de requerimento do MP e depois de fazer cumprir o direito ao contraditório a exercer pelo condenado.

Pode haver divergência entre a conclusão do MP e do juiz quanto ao bem-estar desembaraçado, o juiz pode considerar existirem bens para a execução e aí não declara a conversão e o MP pode recorrer para o TR do despacho do juiz que ordena a continuação do procedimento de execução. Nestas hipóteses, ou o MP reconhece as razões do juiz inicia o processo executivo ou recorre do despacho que não procede à conversão. Pode sempre acontecer que a execução não seja apta ao pagamento, caso em que se procede à conversão.

A qualquer momento, pode o condenado evitar o cumprimento da prisão através do pagamento total ou parcial (art. 49º, nº2 CP – a lei quer que a privação da liberdade seja uma última *ratio*), esta é uma sanção de constrangimento, o legislador não está interessado em ter reclusos a cumprir prisão subsidiária, portanto, não há vantagens político-criminais para o sistema, mas se eles não liquidam, não há outra solução, se não a pena de multa seria letra morta. Mesmo no decurso do cumprimento da pena de prisão subsidiária (cf. Ac. STJ de 02/03/2011, Maia Costa) é possível o pagamento da pena de multa. Se o pagamento for parcial, ter-se-á de reduzir proporcionalmente o número de dias de prisão a executar. Pode ainda o condenado invocar a verificação dos requisitos do art. 49º, nº3. O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão mediante o cumprimento de injunções de caráter não económico. O que se suspende é a pena de prisão, não há suspensão da pena de multa, esta é uma pena de prisão subsidiária, que nasce do incumprimento da pena de multa. Mas não é uma suspensão simples, é sempre uma suspensão com injunções, com deveres, com regras de conduta que são aplicadas ao condenado. Estes deveres e regras de conduta têm de ter natureza não económica (art. 51º e 52º CP, os que não tiverem conteúdo económico podem se aplicar aqui, não normas meramente enunciativas). Uma das possíveis injunções aplicáveis pode ser o trabalho comunitário – cf. Ac. TRC de 10/12/2013, Cacilda Sena.

□ Nesse caso (art. 49.º, n.º 3, CP), o Tribunal:

■ **Indefere o requerido**, pelo que o condenado cumpre prisão sucedânea (inconstitucionalidade afastada, *inter alia*, pelo ac. TRP de 17/5/2000, Teixeira Pinto), se o despacho não for alterado em sede de recurso, restando-lhe o pagamento a que alude o art. 49.º, n.º 2, CP.

■ **Defere o requerido:**

- Se os deveres e regras de conduta são cumpridos, a pena é declarada extinta (art. 49.º, n.º 3, *in fine*, CP).
- Se não são, cumpre prisão subsidiária, sem distinção quanto à existência ou não de culpa do condenado em tal inadimplemento (art. 49.º, n.º 3, CP).

O procedimento de conversão era ilegal e inconstitucional, porque o arguido tem de ser sempre ouvido. O art. 61.º CPP diz respeito a direitos e deveres do arguido, sendo um deles o direito a ser ouvido em qualquer decisão que o afete. Violar-se-ia o CP e o art. 332.º, n.º 5 CRP.

Conversão - verificado o não pagamento, com emissão simultânea de mandados de condução é inconstitucional e ilegal por:

- Violação do art. 61.º, n.º 1, al. b), CPP e do art. 32.º, n.º 5, CRP: direito de audição do arguido e exercício do contraditório;
- Não dá lugar a que o arguido lance mão do art. 49.º, n.º 3, CP – não pode requerer suspensão provisória da pena;
- O “trânsito imediato” do despacho de conversão viola as garantias do recurso – cf. art. 32.º, n.º 1, *in fine*, CRP, e artigos 399.º e 400.º, CPP. O arguido devia ainda poder impugnar em sede de recurso, mas o tribunal estaria a determinar um trânsito em julgado imediato da decisão implicitamente. Uma decisão que admita recurso para o TR quando é notificada para o arguido para o arguido querendo invocar a nulidade da sentença.

O quê que deve o juiz fazer?

O procedimento da conversão é um verdadeiro incidente processual pós-sentencial.

1. Requerimento do MP para a conversão (artigos 53.º, n.º 2, al. e), e 469.º CPP).
2. Cumprimento do contraditório quanto ao requerimento do MP (por notificação ao arguido), sob pena de nulidade insanável do art. 119.º, al. c), CPP (ac. TRP de 8/2/2017, Luís Coimbra). Se o juiz declara imediatamente a conversão e pede detenção imediata, diz que essa

decisão está ferida de nulidade insanável, que é o regime mais gravoso para o incumprimento da lei.

3. Decisão do juiz do processo, a qual tem de transitar.

Hipótese C:

Dentro do prazo de 15 dias contados da notificação da conta de custas, o condenado (e não *ex officio*) requer a substituição da multa por trabalho (art. 48.º CP).

O Tribunal:

- Defere o requerido – observância do art. 490.º, n.ºs 1 a 3, CPP. O trabalho do 48.º não é só para os pobres, é para quem quiser, o único limite é que o tribunal se convença que as finalidades da pena se concluem com o trabalho.
- Indefere o pedido – o prazo para pagamento conta-se a partir da data da notificação desse ato de indeferimento judicial (art. 490º, nº4 CPP e ac. do TRP de 21.03.2012, Joaquim Gomes). O condenado pode ainda requerer o pagamento diferido ou em prestações (art. 47º, nº3 a 5 CP).

Deferido o pedido:

- O condenado cumprir os dias de trabalho – a pena é declarada extinta. Há limite máximo de 480 horas.
- A prestação de trabalho pode ser suspensa caso sobrevenham motivos indicados no art. 59.º, n.º 1, aplicável *ex vi* do art. 48.º, n.º 2, ambos do CP.
- O condenado incumprir:
 - **Por facto que lhe é imputável**: cumpre prisão subsidiária, exceto se pagar a multa no todo ou em parte (art. 49.º, n.ºs 4 e 1 e 2, CP).
 - **Por facto que lhe não é imputável**: pode o tribunal suspender a execução da prisão sucedânea mediante imposição de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro – art. 49.º, n.ºs 4 e 3, CP.
 - ❖ Se esses deveres forem cumpridos: a pena é declarada extinta.
 - ❖ Se não forem: executa-se prisão subsidiária, ainda com a possibilidade do art. 49.º, n.º 2 CP (cf. art. 49.º, n.º 3, *ex vi* do n.º 4, CP).
- **Ac. do TRP de 24/1/2018**, Pedro Vaz Patto:

I - O artigo 49.º, n.º 3, do CP, na interpretação que faz recair sobre o condenado o ónus de alegar e provar que a falta de pagamento da multa lhe não é imputável não contraria os artigos 6.º, n.º 2, da CEDH, e 32.º, n.º 2, da Constituição.

II - Nos termos desse artigo 49.º, n.º 3, CP, ao tribunal não cabe averiguar oficiosamente a situação económica do condenado, nem a razão da falta de

pagamento da multa em questão. Mas, perante um requerimento de suspensão de execução de uma pena de prisão incompleto, pode convidar o requerente a completá-lo, sem se substituir a este. E deve mesmo fazer tal convite, para evitar que uma decisão tão grave como o cumprimento de uma pena de prisão acabe por depender de razões de ordem formal, da imperfeição de um requerimento, mais do que razões de ordem substancial. É o condenado que tem de provar a sua situação económica. Como esta é uma regra de última ratio, não está na disponibilidade do juiz, mas do condenado, que deve suprir esta falta. O juiz apenas pode convidar.

○ **Ac. do TRP de 26/10/2016**, Luís Coimbra:

Em sentido contrário ao anterior. Aqui pressupõe os autos de prova. Existindo nos autos elementos demonstrativos da precária situação económica do arguido, conducente à conclusão de que o não pagamento da multa não lhe é imputável, deve a tal situação ser conhecida pelo tribunal mesmo que o arguido nada tenha requerido com vista à suspensão da execução da pena subsidiária.

Hipótese D:

- O condenado, dentro do prazo previsto no art. 489.º, n.º 2, CPP, requer o pagamento diferido ou em prestações do valor da multa (art. 49.º, n.º 3, CP). Se patrocinarmos esta tese, pode-se dizer isto em relação às outras formas, há igualdade de razão.
 - Há jurisprudência que entende que o pagamento em prestações (e o diferido, ao que se crê) pode ser deferido **oficiosamente** – cf. ac. TRP de 26/2/2003, António Gama.
- O Tribunal:
 - **Indefere o pedido:** o condenado pode ainda requer a substituição da multa por trabalho ou pagar total ou parcialmente a multa.
 - **Defere o requerido** - se o tribunal **deferir o requerido:**
 - Pode haver alteração dos prazos inicialmente previstos, quando verificados os condicionalismos do art. 47.º, n.º 4, CP.
 - Cumprindo pontualmente, a pena é declarada extinta.
 - Incumprindo o pagamento no prazo diferido ou uma das prestações com o vencimento de todas as outras (art. 47.º, n.º 5, CP):
 - Pode ainda requerer a substituição da multa por dias de trabalho (ac. TRC de 17/3/2009, Baptista Gonçalves), dado que o prazo de pagamento se

suspende por efeito do pedido de diferimento ou liquidação em prestações (art. 489.º, n.º 3, CPP) e a faculdade do art. 48.º CP pode ser requerida nesse prazo (artigos 490.º, n.º 1, e 489.º, n.ºs 2 e 3, CPP).

Críticas a esta interpretação:

- Na hipótese de pagamento em prestações, a liquidação de alguma delas implica o necessário desconto no número de dias de trabalho do art. 48.º CP. O professor considera que isto é contra a efetividade da pena de multa.
- Não tendo requerido a aplicação do art. 48.º CP, procede-se à execução patrimonial (art. 491.º, n.º 1, CPP).
- Pode a qualquer momento o condenado obviar ao cumprimento da prisão sucedânea através da liquidação total ou parcial da multa (art. 49.º, n.º 2, CP).
- Pode também lançar mão da suspensão da execução prevista no art. 49.º, n.º 3, CP.
 - Último mecanismo para evitar a **prisão por dívidas**, com consagração constitucional indireta no **art. 27.º, n.º 2**, da CRP (direito à liberdade e à segurança).

O nosso legislador é extremamente flexível com a pena de multa, porque ninguém ganha com a ida para a prisão, o Estado não ganha, o condenado não ganha e o sistema prisional também não.

No caso de pagamento em prestações e no caso de incumprimento desse pagamento, resta sempre a possibilidade de execução patrimonial de bens.

23.02.18

O pagamento é apenas uma das formas de liquidar a pena de multa, sendo a mais normal, mas no art. 47.º, n.º3 vemos um pagamento a prestações, que se pode prolongar dois anos desde a data de trânsito em julgado da decisão. A pena de multa não é uma espécie de criminalização da pobreza? À semelhança do CC, quando o condenado incumprir uma das obrigações das prestações, vencem-se as demais (art. 47º, nº5) e o condenado passa a ter de liquidar o resto do que falta. A pena de multa não é um crédito que o Estado tem sobre o condenado, trata-se de uma pena. O Estado tem uma pretensão punitiva, mas não é titular de nenhum direito de crédito. Não podemos confundir a pena de multa com uma qualquer obrigação pecuniária do DC.

O condenado pode pedir o pagamento diferido no tempo, no máximo do trânsito da decisão em julgado a um ano (art. 47.º, n.º3, 1ª parte), porque pode não ter condições para pagar naquele momento, mas saber que vai arranjar trabalho, ou está em situação de partilhas e atrasa o mesmo. Assim, o condenado pode requerer que o pagamento seja diferido no prazo máximo de um ano.

A liquidação da pena de multa ocorre não apenas através de quantitativo monetário, mas também através de trabalho comunitário (art. 58.º) - pena de substituição. São situações em que o juiz condena no máximo a pena de prisão de 2 anos, mas o juiz crê que não se justifica que se lhe aplique a pena principal de prisão, mas uma pena de substituição, a prestação de trabalho a favor da comunidade.

O art. 48.º é diferente do 58.º, isto porque o 58.º é a prestação de trabalho a favor da comunidade e o art. 48.º, por seu lado, é uma forma de liquidação da pena de multa, como pena principal. Uma vez que em ambos os casos o condenado trabalha numa instituição do Estado ou a que o Estado reconhece o estatuto público (IPSS), é normal que o 48.º remeta para o 58.º, mas não é correto dizer-se que prevê uma verdadeira pena de substituição.

O tribunal elabora um juízo de prognose favorável, considerando que em face dos elementos dos autos, do tipo legal, de prevenção geral e especial, que seja expectável que não é necessária a proteção da pena principal prisão ou de multa, mas a pena de substituição, que são cumpridas na comunidade pelos efeitos vantajosos que tem para o próprio condenado. Em função desse juízo de prognose, o juiz não vai substituir a pena de multa a que condenou o agente, aplicando a pena principal, mas a lei concede ao condenado formas de liquidar a pena de multa.

O 48.º é uma das modalidades de liquidar a pena de multa, mas como na prática ambas consistem em trabalho gratuito, é normal que seja recalcado com o 58.º. Se o condenado requerer a substituição da multa (art. 48.º CP e 490º CPP), a pergunta que se coloca é quantas horas de trabalho terá que prestar para liquidar a pena de multa. Aí o art. 58.º, n.º3 diz que há um critério de correspondência, cada dia de prisão ou multa é substituído por 1 hora de trabalho, com o máximo de 480 horas. O 58.º, n.º 3 aplica-se *ex vi* ao 48.º, podendo ser ultrapassado o limite máximo em duas situações: art. 77.º + pena de prisão seja superior a 360 dias.

Em relação ao concurso efetivo de crimes (art. 77.º), não vamos poder dizer no art. 58.º, n.º 3 que o condenado pode prestar trabalho em 700 horas de multa, por causa do limite do n.º 3. O legislador considerava que não é proporcional, o que é criticável tanto no art. 48.º como no art. 58.º. A própria correspondência 1 dia = 1 hora de trabalho é criticável.

Quando aplica a pena de multa, não pode o juiz dizer que vem condenado a 120 dias de multa que, nos termos do 48.º corresponde a 120 horas de trabalho, o condenado tem de requerer esta pena, este trabalho (art. 490º, nº1 CPP). Por outro lado, se o juiz condena a 120 dias de prisão, o condenado tem de aceitar este trabalho (art. 58º, nº5). A nossa CRP proíbe o trabalho forçado, o condenado tem de dar o seu consentimento para se aplicar qualquer dos artigos. Isto leva a um certo descrédito da prestação de trabalho, não beneficiando a efetividade da pena de substituição ou como forma de liquidar.

Bibliografia: Antunes, Maria João, op. cit., pp. 26-31. Dias, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 114-150 (até § 186), 154-156. _____, «Problemas de igualdade na estruturação e aplicação da pena de multa», in: Estudios Penales en memoria del Profesor Agustin Fernandez-Albor, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 289-305. Leite, André Lamas, «Algumas considerações em torno do art. 49.º, n.º 3, do CP. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7/1/2015», in: RMP. Monte, Mário Ferreira, «Multa. Fixação do quantitativo diário», anotação ao ac. do STJ de 2/10/1997, in: RPCC, 9, 1 (1999), pp. 121-129.

PENAS ACESSÓRIAS

O que é uma pena acessória? A própria designação indica que é a que é aplicada para além de uma pena principal na decisão condenatória. “Ao lado” de uma pena principal. **Ex.:** o art. 152.º do CP prevê o crime de violência doméstica, que prevê a possibilidade de o tribunal aplicar para além da pena de prisão, outras penas acessórias, como por exemplo, a proibição de contactos. O tribunal determina em muitos casos que o condenado seja proibido de se aproximar da vítima (PC inominada em defesa dos DF), pode ser fiscalizado com pulseira eletrónica e a ofendida fica com o aparelho que comunica com a pulseira. Tem uma taxa de sucesso de 95%. Pode ser afastado da própria propriedade por suspeitas fortes de violência doméstica, proibição de uso e porte de arma, obrigação de frequentar programas de prevenção de violência doméstica, etc.

Ex.: o regime jurídico de entrada e expulsão de cidadãos estrangeiros em PT tem uma pena acessória típica: a expulsão. Reagrupamento familiar - as medidas de graça ou clemência são 3: o PR indulta (abrange somente penas acessórias, é um ato livre e discricionário do PR e a tendência é a diminuição da concessão de indultos e tem sido não aplicar a pena de expulsão do território nacional); amnistia (AR); perdão genérico (AR).

“Estão em causa verdadeiras penas: ligam-se, necessariamente, à culpa do agente; justificam-se de um ponto preventivo; e são determinadas concretamente em função dos critérios gerais de determinação da medida da pena previstos no art. 71º. Em matéria de execução, vale o disposto nos art. 499º e 500º CPP.”

Temos penas acessórias previstas na parte especial do CP, mas também na parte geral do CP, bem como em legislação avulsa – *numerus apertus* das penas acessórias. Vamos ficarmo-nos pelo estudo das penas acessórias previstas na parte geral no CP – 65.º e seg..

A pena acessória está ligada umbilicalmente à pena principal, no sentido em que se não houver aplicação de pena principal, também não se aplica pena acessória. Também o facto de estar dependente da pena principal significa que se a pena principal prescreve¹⁴, se houver algum pressuposto negativo de punição, isso comunica-se à pena acessória. Se a pena principal estiver prescrita, a pena acessória também vai cair. Há uma relação umbilical entre a pena principal e a pena acessória.

Em determinados pontos a pena acessória mantém autonomia em relação à pena principal. **Ex.:** condenado a pena de prisão mas suspende essa pena, e se não incumprir as injunções ao fim de dois anos esta está cumprida, acompanhada de proibição de contactos. Se a pena principal for suspensa, também não se pode aplicar o mesmo à pena acessória? Não. As penas acessórias são verdadeiras penas, têm uma intencionalidade própria, diferente da das penas principais. O facto de o juiz ter entendido que não se justificava a pena de prisão e a ter suspendido, não significa que se deva suspender a pena acessória, porque não há nada no CP que preveja que a pena acessória possa ser substituída por outra, como a suspensão. A pena acessória é sempre para cumprir, mesmo que a principal esteja suspensa.

Isto levantou a questão a propósito do art. 69.º - pena acessória de inibição de conduzir veículos com motor. Imaginemos que o tribunal aplicou uma pena de multa, mas acabou por substituir esta pela admoestação – art. 60.º CP. O tribunal entende que as finalidades estão cumpridas com a admoestação. Pelo facto de o tribunal ter admoestado, já se questionou se a substituição da pena principal se comunica à pena acessória. Isto não é possível, por falta de previsão legal e pela própria natureza das penas acessórias, que são aplicadas como complemento da pena principal, servem para a reforçar-la. Isso justifica-se por razões de culpa e prevenção. A prevenção geral e a prevenção especial nesta matéria vêem-se em situações como a emenda cívica do condenado, por isso se aplica o 69.º CP. Qualquer uma das penas acessórias não pode ser objeto de pena de substituição, porque são verdadeiras penas, têm finalidades próprias, o juízo que se faz nas penas acessórias é autónomo do das penas principais.

¹⁴ No DP conhecemos dois tipos de prescrição: do procedimento criminal (art. 118º) e das penas (art. 122º). A prescrição do procedimento criminal diz respeito desde a prática de um crime até existir uma decisão final nesse processo, há prazos que o julgador tem de cumprir, se estes não forem cumpridos, não se podem perseguir criminalmente as pessoas – 118.º CP. Quanto à forma como os contamos, há eventos que suspendem e interrompem estes prazos. Se há um crime praticado há quase 2 anos, existem prazos para que a pena seja cumprida, estes estão previstos no art. 122.º CP, é a ideia de que não se pode esperar eternamente para que a pena seja cumprida.

O legislador criou o tipo legal de crime para quem viole a pena acessória. Se o condenado é fiscalizado e vê-se que não está a cumprir, nos termos do art. 353.º, incorre em prática de crime autónomo.

Isto levou à distinção entre penas acessórias e efeitos das penas. Não basta a pena principal e, por isso, ela deve ser reforçada com a pena acessória, mas há também efeitos das penas. Os efeitos das penas estão ligados a particulares exigências de culpa apenas, não levam em conta questões de prevenção geral e especial. Num concreto caso, se tivermos dúvida quanto a saber se a norma se refere a pena acessória ou efeitos das penas temos de ver se é justificada essa pena por razões de culpa só ou culpa e prevenção, sendo neste último caso penas acessórias.

Ex.: crimes eleitorais – art. 336.º CP. No art. 246.º há a possibilidade de penas acessórias, pode ser incapacitado para eleger PR, etc., perde a capacidade eleitoral ativa e passiva.

Art. 179.º antes de estar revogado → agora art. 171.º. O legislador alterou essa matéria e deixou de ser um efeito das penas e passou a ser uma pena acessória – 69.º-B CP + 69.º-C CP. Algo que começa por ser efeito das penas passa a ser considerado como verdadeira pena acessória. Os efeitos das penas tendem a ser cada vez menos, estes vão desaparecendo e vão ficando apenas as penas acessórias, porque estas são um mecanismo de combate para se conseguir aquelas finalidades, porque respondem a finalidades de culpa e prevenção geral e especial. É mais vantajoso do ponto de vista político-criminal que se aplique uma pena acessória.

O art. 65.º trata de um afastamento por imperativo constitucional previsto no art. 30.º, n.º 4, que diz que as penas não podem envolver a perda de direitos civis, políticos e profissionais – “princípio do caráter não automático dos efeitos das penas.”

Esta proibição da automaticidade da perda de direitos civis e políticos, contende com, por exemplo, o art. 69.º, em que se tem de aplicar a pena acessória deste artigo aos casos nele previstos. Já se questionou se esta obrigação não violava a CRP, pois esta prevê que a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos não pode ser efeito automático ou necessário da aplicação de uma pena principal (art. 30º, nº4). O TC considerou que não há um problema inconstitucionalidade quando se aplica a determinados crimes uma pena acessória, pois, nestes casos, o juiz não tem liberdade de a aplicar, tem sempre de o fazer, e isto não é inconstitucional, porque o 65.º, n.º 2 diz que a lei pode associar a determinados crimes a perda de determinados direitos.

A pena acessória tem sempre de ser determinada dentro de uma moldura penal para permitir que o juiz adapte a pena acessória às exigências do caso concreto.

Art. 66.º CP – proibição do exercício de função:

É uma pena reservada para certas categorias de condenados, os que tenham alguma relação de emprego público. Esta é uma pena acessória que dizemos que é específica, porque o agente tem de ter uma relação com determinadas pessoas. O CP tem uma norma definitiva do que entenda como funcionário, prevista no art. 386.º do CP. **“O agente passivo da pena é o funcionário público.”** Esta pena acessória pode ser aplicada desde que seja um crime praticado no exercício da atividade, da função.

Requisito formal: a pena de prisão tem de ser superior a 3 anos. Se todos os requisitos estão cumpridos, tem de se preencher as alíneas do n.º 1, que têm um polo aglutinador comum. Exige que a pessoa não desprestígie o cargo que ocupa – **ex.:** desembargadores. Nestes casos, o condenado é proibido de exercer a sua função durante um período de tempo, se se provar que não é digno da mesma. Esta mesma pena não é só aplicável aos funcionários públicos, mas também aos profissionais cujo exercício depende de um título de autorização pública e a todas as profissões sujeitas a título público – n.º 2.

“Requisitos (1): agente passivo da pena é o funcionário público; (2) formal - crime punido com pena de prisão superior a 3 anos; material - *a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes; b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função.*”

01.03.18

“Trata-se de uma inabilitação para o exercício de uma função concreta e determinada, por isso, lhe será permitido desempenhar outros cargos, ainda dentro da função pública, relativamente aos quais não valham as razões determinantes da inabilitação; o que, sem prejudicar a função pública como tal, pode revelar-se do mais alto valor do ponto de vista da prevenção especial de socialização.”

Há dúvidas na nossa jurisprudência quanto à hipótese em que se o agente cometeu um concurso de crimes, e em relação a estes os demais requisitos de aplicação do 66.º estão cumpridos, temos de saber se se aplica ou não a esta pena, a pena acessória do art. 66.º – **ex.:** num concurso de crimes de tráfico de influência, peculato e corrupção. Se o tribunal previa 7 anos pelos 3 crimes, a dúvida não se levanta em relação à medida concreta da pena a aplicar, mas se virmos as penas parcelares de cada um, só na corrupção a medida concreta da pena é superior a 3 anos, o requisito formal está preenchido na corrupção apenas. Entende-se que para aplicar esta pena acessória à pena de concurso basta que todos os crimes sejam passíveis de aplicação pelo art. 66.º e que um dos crimes preencha o requisito formal. No caso em questão poder-se-ia aplicar.

Art. 67º - Suspensão do exercício da função:

A suspensão do exercício de função também exige que o arguido exerça uma função pública, mas tem de permanecer o arguido, enquanto agente, a cumprir a pena de prisão, havendo uma suspensão automática do exercício das suas funções enquanto durar o seu cumprimento – **ex.:** presidente de CM é punido com determinada pena de prisão, não pode durante esta exercer a função de PCM. Esta norma também se aplica a todos cujo crime seja cometido no exercício da função, o condenado vai ser condenado a pena de prisão e vai ser suspenso durante o período que está no interior do estabelecimento prisional. O art. 67.º vem previsto ao pé das penas acessórias, mas o professor crê que não é uma pena acessória, porque isto é um efeito inarredável da pena, acaba por ser uma espécie de verdade *lavoisiriana*. Isto não é uma condenação acrescida, é um efeito da pena principal, por isso o professor crê que é uma norma infeliz.

“Verdadeiramente trata-se aqui de um efeito material inarredável da pena de prisão, não de um efeito jurídico da pena, nem, muito menos, de uma pena acessória. Se o fosse, de resto, seria então inconstitucional face ao art. 30º, nº4 da CRP, pois nada pode ser de produção mais automática ou necessária do que a suspensão do cargo de um funcionário durante o tempo em que esteja a cumprir pena privativa de liberdade. Regular as consequências que daqui decorrem para o estatuto do agente deve pertencer ao direito da função pública, não ao DP.”

Art. 69º - Inibição da condução de veículos com motor:

É a pena acessória mais aplicada no nosso país, foi introduzida em 2013 e tem conhecido várias alterações, a última das quais em 2013 e sempre no sentido de ampliar o seu campo de aplicação.

É de destacar que não há liberdade de não aplicar esta inibição de condução de veículos automóveis, se se verificarem os requisitos do 69.º, n.º 1, sendo o tribunal obrigado a aplicar essa pena acessória.

O 65.º, n.º 2 admite que em relação a determinados crimes a lei aplique penas acessórias, proibindo-os de exercer determinados direitos ou profissões. Perante comportamentos em que se conclui que o condutor tem uma atitude leviana em relação ao tráfego rodoviário, não estamos perante a aplicação de uma medida de segurança, pois há uma ideia de culpa gravada, ainda que não chegue para a aplicação de pena principal, pois tendo em conta a prevenção especial, deve-se procurar a emenda cívica do condenado. Visa afastar o condutor da condução de 3 meses a 3 anos, porque o condutor provou que não é um condutor zeloso e cuidadoso num tráfego automóvel, afasta-se durante algum tempo para que depois volte a conduzir sem praticar crimes rodoviários.

Em que situações pode ser aplicado ao agente esta pena acessória? Anteriormente, o art. 69.º, n.º 1 tinha uma redação infeliz, pois apenas fazia

referência aos crimes previstos nos art. 291.º e 292.º. Se houvesse um crime de homicídio negligente ou ofensa à integridade física negligente, a lei não previa a possibilidade da sua aplicação – **ex.**: alguém que atropelou peão que passava numa passadeira e que é condenado com pena principal, mas não acessória, por falta de previsão legal. Isto não fazia sentido nenhum, por isso, antes da alteração de 2013, os tribunais tentaram aplicar o art. 69.º, mas não podiam colmatar lacunas com recurso a analogia de política criminal, pois não há pena *sine lege*. Daí a intervenção legislativa em 2013, que veio alargar a possibilidade de aplicação desta pena acessória.

Em relação da aplicação desta pena acessória ao homicídio ou ofensa de integridade física, não diz no artigo se estes são dolosos ou negligentes, mas da leitura da alínea seguinte retira-se que apenas se pode aplicar na forma negligente. Não está prevista a situação em que se quer matar alguém.

A al. b) diz que também se aplica esta pena por crime cometido com utilização de veículo e cuja execução tiver sido por este facilitada de forma relevante. Isto não se aplica aos casos em que o veículo é utilizado como arma de arremesso. O veículo automóvel é um meio também perigoso e pode ser utilizado como instrumento para a prática de um crime. Aqui é que cabem as situações de homicídio doloso ou ofensa à integridade física dolosa.

Quando alguém se recusa a submeter-se às provas de despiste de substâncias psicotrópicas comete crime de desobediência e, para além deste, é condenado a pena principal de prisão ou de multa e é-lhe aplicada também esta pena acessória (art. 69º, nº1, al. c).

Sempre que aconteça alguma destas situações do 69.º, n.º 1, o tribunal aplica sempre a pena acessória. Há acórdãos de uniformização de jurisprudência que dizem que não poderia deixar de se aplicar esta pena acessória mesmo que a culpa fosse diminuída, tem de se aplicar sempre a pena acessória de inibição de conduzir veículos automóveis uma vez verificados os seus requisitos.

No art. 101.º vemos prevista uma medida de segurança e não uma pena. Se o indivíduo é muito reincidente na prática deste crime, vai-se concluir que ele é perigoso para a segurança rodoviária. Esta medida de segurança é aplicada a imputáveis, o agente vai ter de voltar a tirar a carta de condução se quiser voltar a conduzir, mas está inibido de o fazer. Esta inibição pode ir até aos 5 anos.

O art. 69.º tem uma série de problemas. O n.º 2 prevê que a proibição de condução de veículos com motor aplica-se a qualquer categoria e há dúvidas quanto ao seguinte: será que só se fica inibido de conduzir a categoria que utilizou para perpetrar o crime ou toda e qualquer categoria de veículos? Há um acórdão da Relação de Évora que diz que, atendendo ao princípio da proporcionalidade, só podia ser inibido de conduzir a categoria do crime, mas o elemento literal da norma aponta para a outra interpretação e o elemento

teleológico também e seria caricato do ponto de vista de prevenção geral se assim não fosse.

Ac. STJ 2/2018 de 13 de fevereiro de 2018 – A atropelou B na passadeira e B fica numa situação de perigo de vida e depois recupera (crime de ofensa à integridade física grave – 144.º). Acaba por atropelar o C mais tarde, que morre (art.137.º CP - homicídio por negligência). Esta é uma situação de concurso de crimes, até porque há pluralidade de eventos. Visto que em relação a todos estão preenchidos os requisitos do art. 69.º, n.º 1, vai ter de se aplicar penas acessórias. Na jurisprudência havia dúvidas e na doutrina Faria Costa defendia que as penas acessórias não estavam neste caso sujeitas ao princípio do cúmulo jurídico. Faria Costa referiu que estaríamos perante um sistema de acumulação material, seria apenas necessário somar as penas de cada crime individual. No entanto, o sistema de concurso do art. 77.º não distingue se se aplica a penas principais ou acessórias, devendo aplicar-se a ambas as mesmas regras do concurso e foi isso que foi confirmado pelo STJ. Quando há concurso de penas acessórias, temos de fazer o mesmo que fazemos em relação às penas principais. «Em caso de concurso de crimes, as penas acessórias de proibição de conduzir veículos com motor, com previsão no n.º 1, alín. a), do artigo 69.º do Código Penal, estão sujeitas a cúmulo jurídico»

Ac. STJ nº 4/2017 de 16.06.2017 – ao arguido tinha sido aplicada a suspensão provisória do processo, em que uma das injunções era a inibição de conduzir veículos com motor, que este cumpriu durante um ano, tendo a injunção sido de 2 anos. Ao fim de um ano esta é incumprida. Nestes casos, o juiz vai revogar a suspensão provisória do processo e vai continuar para julgamento o processo, em julgamento o agente é condenado e também lhe é aplicada a pena acessória do 69.º, n.º 1, em 2 anos. A pergunta óbvia é o que se faz ao ano em que ao abrigo da SPP cumpriu a inibição de conduzir veículos com motor? Não tem relevância jurídica ou importa para desconto? O Ac. STJ de uniformização da JP diz que esse tempo não deve ser descontado na pena acessória do PP.¹⁵

Ac. STJ n.º 7/2008 de 30.07.08 - que nos diz que o MP na acusação ou o juiz, no caso de despacho de pronúncia, tem de indicar a possibilidade de aplicar em julgamento o art 69.º, o arguido tem de ser informado da possibilidade de aplicar o artigo da pena acessória. Se eles se esqueceram esta não pode ser aplicada sem que, em sede de audiência do julgamento, o tribunal se aperceba e lance mão do 358.º CPP, ou seja, deve avisar que vai proceder à alteração da qualificação jurídica e deve conceder prazo para a defesa se preparar em função desta. Se não está na pronúncia, na acusação e o tribunal não se apercebe ou

¹⁵ «Tendo sido acordada a suspensão provisória do processo, nos termos do art. 281.º do Código de Processo Penal, com a injunção da proibição da condução de veículo automóvel, prevista no n.º 3 do preceito, caso aquela suspensão termine, prosseguindo o processo, ao abrigo do n.º 4, do art. 282.º, do mesmo Código, o tempo em que o arguido esteve privado da carta de condução não deve ser descontado, no tempo da pena acessória de inibição da faculdade de conduzir, aplicada na sentença condenatória que venha a ter lugar.»

não comunica ao arguido a alteração, a consequência jurídico-processual penal é a nulidade da sentença – art. 379.º, n.º 1, b) CPP.¹⁶

Assento n.º 5/99 de 20/07/99 – estabelece que esta pena de inibição tem sempre de ser aplicada quando há o preenchimento das alíneas do 69.º, n.º 1, não há discricionariedade.

69.º-A – declaração de indignidade sucessória:

Foi uma pena introduzida em 2004 e a sua aplicação dá-se quando a pessoa não é digna de suceder ao *de cuius*. Este pode afastar da sucessão determinadas pessoas em situações muito precisas no CP, uma delas é se os sucessíveis tiverem cometido crime contra o operador da sucessão. Não se aplica a qualquer crime, mas apenas aos previstos na disposição. Antes, se alguém tentou matar o pai, para o pai o afastar da sucessão tinha que provar num processo civil e, neste, o filho teria de ser declarado impedido para a sucessão. O que a lei agora permite é que logo na sentença condenatória o tribunal declara uma indignidade sucessória, logo na ação penal.

02.03.18

Não interessa o grau de participação, tanto pode ser do art. 24º, como 27º, se for praticado contra e pelas pessoas indicadas pode ser considerado como indigno para efeitos de sucessão. Assim, a vítima deixa de ter necessidade de no futuro propor uma ação civil com base na ação penal já transitada, porque este efeito acessório da pena consegue imediatamente chegar a esse objetivo, o que significa que temos uma decisão penal que projeta os seus efeitos para além do ilícito penal, tem efeitos também no ilícito civil.

Art. 69º-B - Proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual:

O legislador, em 2015, introduziu este artigo, mas esta pena não é nova entre nós, já estava prevista na parte especial relativamente a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Os crimes contra a autodeterminação são crimes que obrigatoriamente têm como ofendidos menores, o que se entende

¹⁶«Em processo por crime de condução perigosa de veículo ou por crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, não constando da acusação ou da pronúncia a indicação, entre as disposições legais aplicáveis, do n.º 1 do artigo 69.º do Código Penal, não pode ser aplicada a pena acessória de proibição de conduzir ali prevista, sem que ao arguido seja comunicada, nos termos dos n.os 1 e 3 do artigo 358.º do Código de Processo Penal, a alteração da qualificação jurídica dos factos daí resultante, sob pena de a sentença incorrer na nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º deste último diploma legal. (Proc. n.º 4449/07).»

por menores é que pode variar: pode ser até 14, 16 ou 18 anos. Os crimes contra a liberdade sexual têm como ofendidos um adulto ou pode ser um menor quando não encontramos tutela nos crimes de autodeterminação sexual, por exemplo, a violação de menores é crime contra a liberdade sexual.

O legislador entendeu que deveria transferir esta pena para a parte geral de modo a que qualquer crime que atinja este BJ possa ver aplicada uma pena acessória. O que a lei prevê no art. 69ºB, nº1 que o agente *pode ser condenado na proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, ainda que não remuneradas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por um período fixado entre dois a 20 anos*. Aqui temos a ideia da pena acessória como algo que vai reforçar a prevenção geral, mas até pode reforçar mais a prevenção especial, porque se vão criar condições fácticas para que este agente, que já provou que tem propensão para crimes com menores, fique impedido de exercer profissão que implique o contacto com menores.

A lei manda fixá-la com um limite mínimo e máximo, no entanto, há algo criticável, que tem a ver com a moldura que é fixada, porque ela é bastante ampla, pode se fixar entre 2 e 20 anos, o que é criticável do ponto de vista da proporcionalidade da pena. É certo que o legislador goza de discricionariedade no âmbito da fixação da moldura penal abstrata, mas não deve ser tao ampla, permitindo tanta discricionariedade. O artigo também diz que a fixação da pena acessória leva em conta *a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente*.

Art. 69º-C - Proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais:

O art. 69ºC vai um pouco na mesma linha da hipótese anterior, porque prevê uma outra pena acessória que prevê a proibição de confiança de menor ou do exercício das responsabilidades parentais, que também oscila entre 2 e 20 anos, o que são penas muito severas.

Estabelece-se para os crimes contra a autodeterminação sexual a inibição de exercer as responsabilidades parentais ou de lhe ser confiado menores. No processo de adoção há uma fase em que há uma confiança de menor, o menor é entregue à família a título de confiança de menor. Nestes casos, o agente fica inibido em relação às responsabilidades parentais, assim como se quiser adotar um outro menor, ficando inibido de o fazer. A confiança de menor é uma fase prévia do processo de adoção. Se o individuo se mostra incapaz de exercer as responsabilidades parentais quanto, por exemplo ao filho/filha, em principio será incapaz de ser um adotante competente.

Bibliografia: Antunes, Maria João, op. cit., pp. 34-35. Dias, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 93-97; 157-175; 177-182. Leite, André Lamas, «Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-

criminal dos "shoplifters"», in: André Lamas Leite (org.), As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma «cirúrgica»? , Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 31-43.

DETERMINAÇÃO DA PENA

A determinação da pena, ao longo da história do DP, tem conhecido uma “juridificação da determinação da pena” (Rudolphi). Durante muito tempo, entendeu-se que esta era uma matéria que contedia com a arte de julgar, queria com isto assinalar-se que era uma questão de maior ou menor experiência do juiz. Assim, à medida que o juiz ia caminhando na sua carreira, ia se tornando mais exato na determinação da pena e o seu critério pessoal de juízo seria mais apurado. Deste modo, no início o juiz teria mais dificuldade na dosimetria, porque estaria a construir a sua própria experiência.

No entanto, entendeu-se que o juiz tinha um amplo espaço de discricionariedade. Principalmente com o iluminismo, com a reação ao Estado absolutista, passamos a ter uma perspetiva diferente e a ideia de que a aplicação da pena não é uma arte de julgar, pois não pode ser uma questão de apetite do juiz, “de boa ou má digestão do juiz”. Montesquieu e Locke defendiam que o juiz devia ter uma intervenção bastante limitada. Por reação ao despotismo esclarecido, reino da discricionariedade quase absoluta, defendia-se que o juiz devia estar o mais limitado possível pela lei. Defendia-se que o juiz nada mais devia ser do que a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*), um autómato da subsunção. Na tarefa de determinação da pena era atribuído ao legislador, a lei devia ser o mais clara e objetiva possível. Na obra “Os delitos e as penas” já Beccaria dizia que as leis deviam ser “certa em nome das funções de prevenção geral de intimidação e de retribuição factual que primariamente teria de cumprir, enquanto a atividade do juiz devia limitar-se a um puro ato de subsunção formal, imposto pelo entendimento que então se fazia dos princípios do contrato social e da divisão de poderes”. “Estes postulados conduziam diretamente ao dogma das penas fixas estabelecidas por lei e como consequência a inexistência de qualquer verdadeiro procedimento de determinação da pena.” Queriam que a lei fosse tão clara que não fosse precisa qualquer interpretação da mesma, bastando tao só a sua leitura. Contudo, este entendimento é uma utopia e quimera, pois por muito claro que a lei seja, ela exige sempre um trabalho hermenêutico. Acreditava-se que o legislador deve definir quais são os crimes, quais os critérios a aplicar e quais são as finalidades das penas. Deste modo, o papel principal na determinação da pena cabia ao legislador. A perspetiva maioritária era a da prevenção geral negativa (Feuerbach), as penas seriam severas e fixas com o objetivo de afastar a prática do crimes, não dando espaço para o juiz determinar a pena. Única vantagem: o espaço de discricionariedade do juiz é quase negativo.

Este movimento conhece uma inflexão no sec. XIX com a Escola Positivista¹⁷. Quando falamos na determinação da pena, esta está sempre ligada a uma conceção base em termos dos fins das reações criminais. A perspectiva de base quanto aos fins das penas desta Escola é a de prevenção especial negativa, ideia de que o crime era uma doença, uma patologia social, logo era necessário reagir através da prevenção especial, agindo sobre o concreto agente. O criminoso era encarado como um doente, por isso a pena deveria durar o tempo necessário à recuperação do doente. É o mundo das penas absolutamente invariáveis, as penas não eram determinadas. Esta teoria do positivismo defende uma transição completa da figura principal do legislador para o juiz. É o juiz que vai ter nas suas mãos a determinação do *quantum* exato de pena que o condenado vai cumprir. No positivismo nem era correto falar em penas ou medidas de segurança eram tudo medidas, era uma questão de higiene social. Era o reino da pura discricionariedade, considerando como um fim importante a proteção da sociedade contra os doentes, os criminosos.

Hoje, ninguém defende nem uma teoria, nem outra, são apenas 2 exemplos históricos. O que hoje se diz é que entre o juiz e o legislador deve haver uma cooperação, mas também uma limitação clara das funções de cada um. O nosso art. 111º CRP prevê a separação e interdependência de poderes. Os poderes do Estado têm de ser independentes entre si, ou seja, têm a sua esfera de atribuições e nela não pode intervir outro poder do Estado, mas com o advento do Estado Social de Direito, este papel entre os órgãos de soberania não é só de puro negativismo, de abstenção e não invasão da esfera de atribuições, mas também de interdependência, porque os poderes têm de colaborar uns com os outros. O poder do Estado que deve ter uma menor interdependência é o poder judicial, este não tem qualquer relação com o PR, nem com a AR, mas com o Governo tem alguma relação na medida em que ao Ministério da Justiça cabe atribuir as condições para o melhor funcionamento da justiça. Na determinação da pena há esta cooperação entre o juiz e o legislador.

Que funções competem ao legislador? O legislador tem de determinar quais os comportamentos humanos por ação ou omissão que merecem a censura do DP, a construção dos tipos legais de crime - o juiz não tem qualquer intervenção neste domínio. Ao legislador também cabe determinar as circunstâncias modificativas, atenuantes ou agravantes a que o juiz deve atender. Estas 2 funções são obrigatórias em qualquer Estado de Direito. Por outro lado, há um terceiro aspeto que é um aspeto facultativo, não existe em todas as legislações, nós temos-la, e diz respeito à identificação das finalidades punitivas (art. 40º, nº1 CP). O nosso art. 40º é uma cópia do Projeto Alternativo do CP na Alemanha que foi na década de 60 apresentado por vários professores de DP, mas que é um instrumento que tem servido de inspiração para muitas

¹⁷ Escola Moderna Alemã (Liszt) e Escola Positivista Italiana (Lombroso e seus seguidores).

legislações. Cá estão 3 funções que cabem em exclusivo ao legislador, embora esta última não seja comum a todos os Estados.

Ao juiz competem as seguintes tarefas: determinar dentro da moldura penal abstrata a moldura penal concreta e, dentro da moldura penal concreta, determinar a medida concreta da pena. Falamos em 2 molduras: moldura penal abstrata fixada pelo legislador e moldura penal concreta dada pelo juiz (moldura judicial) e dentro dela a pena aplicável, que é o *quantum* exato de pena. Esta é uma função exclusiva do juiz, atendendo aos critérios que a lei estabelece, que designamos como **fatores de medida da pena**, que estão previstos no art. 71º CP. Antes da determinação da moldura penal concreta, o juiz vai ter de verificar se os factos se subsumem ou não a um tipo legal de crime, a primeira função é a qualificação jurídica dos factos, a subsunção dos factos ao Direito. Ao juiz cabe a subsunção jurídica, a construção da moldura penal concreta e a medida concreta da pena. Mas ao juiz cabe também aplicar as circunstâncias modificativas, que o legislador constrói. O juiz vai ter ainda de se pronunciar quanto à espécie da pena, que pode ocorrer em 2 momentos:

1. Logo na moldura penal abstrata, quando estamos perante um sistema de multa alternativa, quando o tipo legal prevê que o crime é punido com pena de multa ou pena de prisão e o legislador tem de escolher qual vai aplicar¹⁸.
2. Um segundo momento é aquele que diz respeito às penas de substituição, mas que ocorre no fim de todo o processo de determinação da pena. O primeiro momento ocorre no início, este momento ocorre no fim do processo determinativo.

Quando a media concreta da pena vai até 5 anos, o juiz tem ainda de decidir se a espécie de pena é a pena principal (de prisão ou de multa) ou se há condições para substituir por uma outra pena de substituição.

Por força do art. 71º, nº3 CP, todas as decisões judiciais têm de ser fundamentadas, quando o juiz determina uma pena concreta, tem sempre de fundamentar porquê que chegou àquela medida concreta da pena e vai fazê-lo por 2 motivos: para que a decisão judicial cumpra o objetivo de estabilização das expectativas comunitárias e devido à recorribilidade da medida concreta da pena, já que a dosimetria da pena é recorrível para o tribunal superior. Há recursos em que não se discute a matéria de facto provada e onde é possível discordar apenas da dosimetria da pena.

Existe o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 409º CPP), que não é um princípio absoluto, porque só há esta proibição no caso de o recurso ser interposto pelo arguido ou pelo MP no interesse do arguido, em todas as

¹⁸ O legislador estabelece um comando ao legislador, que é o do art. 70º, de acordo com o qual o julgador deve preferir a aplicação de penas não detentivas, assim, em regra, escolhe a pena de multa e apenas escolhe a pena de prisão quando considera que a pena de multa não é suficiente para cumprir o art. 40º.

outras hipóteses a reforma pode ser para pior. Nos casos em que há posições divergentes, o TR é livre de alterar a medida concreta da pena e aumentar o *quantum* punitivo, a proibição é apenas para os casos em que só o arguido recorre ou o MP também, mas no exclusivo interesse do arguido. Esta é uma forma de garantir que o arguido fica com uma maior liberdade para pedir reapreciação do *quantum* da pena.

Em matéria da pena de multa, esta garantia existe também quanto à fixação dos dias de multa, podendo o condenado recorrer, sabendo que nos dias de multa não se vai mexer, mas o quantitativo pode ser alternado, nos casos em que a situação económica e financeira do arguido melhora. As considerações de culpa e de prevenção que estão na base dos dias de multa têm em conta aquilo que era exigido no momento da prática do crime (*tempus delicti*), mas no momento de fixação do *quantum* diário (taxa diária) é tido em conta o último momento a que o juiz pode recorrer, que não é a situação económica que ele tinha quando praticou o crime, mas que tem quando está a ser julgado. No caso de um recurso de pena de multa, o número de dias não pode ser alterado, mas o *quantum* pode ser alterado e pode a taxa diária de pena de multa ser alterada, mesmo contra o arguido.

Esta recorribilidade da decisão é também amplificada, nos termos do art. 410º, nº2 CPP, prevendo o recurso de revista alargada ou ampliada, ou seja, mesmo quando se recorre só da matéria de Direito, há um conjunto de vícios da decisão que constam desta disposição que os juízes da Relação ou do STJ devem oficiosamente conhecer, mesmo que não sejam alegados na motivação de recurso, o tribunal *ad quem* deve sempre os conhecer *ex officio*.

Podemos classificar a determinação da pena em sentido amplo ou em sentido restrito. A determinação da pena em sentido amplo abrange os 2 momentos de determinação da espécie da pena e da medida da pena. Quando falamos em determinação da pena em sentido estrito estamos apenas a aludir à pena concreta da pena principal de pena de prisão ou de multa.

Partes em que subdivide a determinação da pena:

Na determinação da pena, há uma primeira fase em que todos os autores estão de acordo, depois há autores que juntam a determinação da moldura penal concreta com a medida concreta da pena, considerando como uma única fase e depois há a fase da escolha da espécie da pena. Deste modo, há quem considere que há 3 fases e há quem considera que há 4.

“A determinação definitiva da pena é alcançada pelo juiz da causa através de um procedimento que decorre em 3 fases distintas: na primeira, o juiz investiga e determina a moldura penal (dita também medida legal ou abstrata da pena) aplicável ao caso; na segunda, o juiz investiga e determina, dentro daquela

moldura legal, a medida concreta (dita também judicial ou individual) da pena que vai aplicar; na terceira o juiz escolhe a espécie de pena que efetivamente deve ser cumprida.”

1 - Moldura penal abstrata:

“Num primeiro momento cabe ao juiz determinar a pena aplicável ao agente da prática do crime, por via da determinação do tipo legal de crime e da averiguação de circunstâncias modificativas, o que pode envolver também a escolha entre uma pena de prisão ou uma pena de multa, se estas 2 penas principais estiverem previstas enquanto penas alternativas.”

“A investigação da moldura da pena tem o seu ponto de partida no tipo legal de crime contido na parte especial do CP ou na legislação penal extravagante, cabendo ao juiz subsumir os factos dados como provados no processo em determinado tipo legal de crime.”

A pena aplicável é de tarefa exclusiva do legislador - **ex:** art. 131º: 8 a 16 anos. O juiz tem de ter em conta as circunstâncias modificativas. Circunstâncias modificativas são o pressuposto ou o conjunto de pressupostos que não contêm diretamente nem com o tipo de ilícito, nem com a culpa, nem com a punibilidade, mas que permitem uma imagem global do facto.¹⁹

As circunstâncias modificativas podem atenuar especialmente a pena, porque alguém cometeu um crime de omissão impura e não contende diretamente com o tipo de ilícito, nem com a culpa, nem com a punibilidade, mas entende-se que, em regra, é mais grave cometer um crime por ação do que por omissão, daí que o legislador abra esta possibilidade ao juiz. No art. 23º, nº2, o legislador diz que a tentativa *é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada*. Como não há desvalor de resultado, mas tão-só de ação, a pena deve ser atenuada, o que remete para o art. 73º, sendo os 2 limites são atenuados.

As circunstâncias modificativas podem ser classificadas de acordo com vários critérios. Quanto ao efeito que a circunstância modificativa vai ter na moldura penal abstrata, este pode ser no sentido agravante ou no sentido atenuante, e pode fazer-se nos 2 limites, no mínimo e no máximo ou apenas num deles. Neste momento, só temos uma circunstância modificativa agravante prevista no nosso ordenamento jurídico que é a reincidência, circunstâncias modificativas atenuantes temos várias – **ex:** art. 10º, nº3, 17º, nº2, 23º, 27º, 33º, nº1, 35º, nº2, 72 e 73 CP, art. 4º DL 401/82. Para além destas, há um conjunto

¹⁹ Segundo Figueiredo Dias, “pressupostos ou conjunto de pressupostos que, não dizendo diretamente respeito nem ao tipo de ilícito (objetivo ou subjetivo), nem ao tipo de culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, todavia contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo e relevam para a doutrina da determinação da pena.”

de circunstâncias modificativas que o legislador pode prever no CP na parte especial e em legislação extravagante.

Podem ainda ser circunstâncias modificativas comuns ou específicas, a circunstancia modificativa comum é a que se aplica a todos os tipos legais de crimes (**ex:** reincidência), a circunstancia modificativa específica não se aplica a todos os tipos legais de crimes, mas somente a alguns, “sendo, por isso, reguladas na parte especial do CP” - na parte especial temos algumas circunstancias modificativas que só se aplicam a alguns tipos legais de crimes (**ex:** 374ºB CP).

As circunstâncias modificativas podem ser nominadas e inominadas. As CM nominadas são aquelas que têm expressa previsão na lei, as inominadas não têm expressa previsão literal na lei. Em Portugal, por obediência ao princípio da legalidade penal, não temos CM inominadas²⁰ “e devem ser descritas pelo legislador com um grau de precisão e de determinabilidade análogos ao que se exige para os elementos do tipo.” As CM que o juiz tem de levar em conta são aquelas que constam expressamente do texto da lei. O CP alemão prevê CM inominadas quando se refere a alguns tipos legais de crime àquilo que designam “casos especialmente graves” ou “casos especialmente pouco graves”. Esta CM está escrita na lei, mas é tao ampla e vaga, que é como se não estivesse. Há muitos autores que defendem que é inconstitucional em função da Lei Fundamental Alemã. No nosso caso, quando o caso é especialmente grave, construímos um tipo qualificado – **ex:** 204º, 218º. Se o caso é especialmente pouco grave, então não deve ser crime, mas uma contraordenação. Um sistema como o alemão seria inconstitucional, porque violaria o princípio da legalidade penal, mais concretamente da taxatividade.

Técnica dos exemplos-padrão – importação da Alemanha. **Ex:** art. 132º CP. O que é especial censurabilidade ou perversidade? O nº2 tem uma listagem e dá-nos exemplos do que se entende como tal. “Trata-se de CM que o legislador se não contenta com indicar através de uma pura clausula indeterminada de valor, mas que também não descreve com a técnica detalhada que utiliza para os tipos, antes nomeia através da sua exemplificação padronizada. Com esta dupla consequência: a de que, por um lado, a descrição feita constitui exemplo indiciador das situações que devem conduzir à agravação, podendo, todavia, o juiz negar aquele efeito indiciador mesmo a uma situação coincidente com um exemplo de que o legislador se serviu, se considerar que a razão não se verifica em concreto; e a de que, por outro lado, não sendo a enumeração da lei esgotante, mas só exemplificativa, o juiz pode no entanto considerar que a razão de ser da agravação vale apesar de a situação do caso não integrar a

²⁰ A não ser no DL 28/84 em que a lei utiliza expressões tipicamente germânicas, como “casos especialmente graves” ou “casos especialmente pouco graves”. São CM que violam a CRP, mais concretamente, o princípio da legalidade e o seu subprincípio da taxatividade.

enumeração legal.” É uma técnica que fica a meio caminho entre as CM nominadas e as inominadas.

08.03.18

O nosso legislador recorre a esta técnica em varias normas do CP e também em legislação extravagante, a mais emblemática é a utilizada no art. 132º CP. Os tipos legais podem ser tipos legais simples/matriciais (tipo comum e base – **ex:** art. 131º), tipos legais qualificados (em função da gravidade do ilícito ou da culpa, ou de ambos, o legislador logo no desenho do tipo legal de crime considera que a moldura penal abstrata prevista para o tipo legal simples não é suficiente, daí que preveja uma mais grave – **ex:** art. 132º) e tipo legal privilegiado (em função da acentuada diminuição da culpa ou ilicitude, ou de ambas, o legislador parte do princípio de que a moldura penal prevista para o tipo comum é demasiado severa, não se justifica que seja tao forte – **ex:** art. 133º, 134º e 135º). Se ficássemos só pelo art. 132º, nº1, levantava-se problemas de inconstitucionalidade, porque o conceito é altamente indeterminado, ficando na casuística do julgador determinar o que seria. Por influência germânica, adotamos esta técnica e no nº2 está escrito que “de entre outras circunstâncias” relevam as que constam das várias alienas.

Esta norma necessita de ser bem interpretada, e nem sempre a jurisprudência o faz, porque a primeira impressão que podemos ter é que, uma vez verificado uma das hipóteses previstas nas alíneas, automaticamente é um tipo qualificado, mas esta é uma interpretação errada, os exemplos que constam do nº2 não vivem sem a clausula geral no nº1, pode não ser necessariamente um crime qualificado, porque tem de se ver se é especialmente censurável e revela perversidade. Quando uma situação factícia se enquadra em algum dos exemplos padrão é apenas um indício de resposta, mas temos sempre de conjugar o exemplo padrão com o conceito geral que esse exemplo vai exemplificar. Exemplo padrão é um conjunto de circunstâncias de facto que servem de exemplo de uma cláusula geral. Os exemplos padrão não são de verificação automática, implicam sempre uma conjugação do exemplo padrão com aquilo que exemplifica, temos de ir ao conceito ou cláusula geral primeiro. **Ex:** 71º, nº2 CP.

Isto tem uma outra consequência: podemos estar perante um homicídio qualificado que não esteja em nenhum exemplo padrão, porque o núcleo é a especial censurabilidade e perversidade do agente. A exemplificação é meramente enunciativa e não taxativa, pode acontecer que o julgador, analisando a situação de facto, não possa se não concluir que há ali uma especial censurabilidade ou perversidade do agente e assim podemos identificar um homicídio qualificado só pelo art. 132º, nº1 - é menos comum, porque quando lemos o nº2 vemos que essa enumeração é bastante ampla.

Podemos ter uma concorrência de CM, isto é, várias CN num caso concreto – **ex**: situação de reincidência, tentativa, cumplicidade e o agente pode beneficiar do regime de jovens adultos (DL 401/82). As CM neste caso não têm todas o mesmo final. A reincidência (art. 75º e 76º) é uma CM agravante, as restantes são atenuantes. Podemos ter concorrência de CM todas no mesmo sentido ou dos dois tipos. Quando as CM são todas da mesma natureza, os sistemas jurídicos conhecem 1 de 2 modelos:

1. **Sistema da acumulação** – o julgador vai fazer funcionar cada uma das CM, ou todas agravantes, ou todas atenuantes de forma sucessiva, sem obedecer a nenhuma ordem específica, a não ser a que resulta de que se tivermos CM previstas no CP ou em legislação penal extravagante, devemos começar sempre pelas que não constam no CP. Se estão todas no CP não importa por qual começar. É o art. 73º que nos diz como é se aplicam as CM, uma vez feita a modificação da moldura penal abstrata. Primeiro começar-se-ia pela do DL, depois seria indiferente, porque são ambas da parte geral. Este é o sistema adotado.
2. **Sistema da absorção pura** – o julgador iria ver daquelas 3 CM atenuantes/agravantes qual delas tem o maior efeito ao nível da moldura penal abstrata e se fosse a questão da tentativa, só fazia funcionar a tentativa. Uma CM absorveria as demais.

Quanto à concorrência de CM de sinal diverso, não temos uma norma no CP que responda a este problema, mas temos uma construção doutrinal e que a jurisprudência tem aceite. A regra é devemos começar por agravar e só depois atenuar, primeiro funcionam as CM agravantes e, em segundo lugar, as atenuantes, por uma questão prática, pois se começássemos ao contrário, podíamos correr o risco de ficar sem moldura penal abstrata. Para evitar isto mesmo, começamos por agravar e apenas depois se atenua. No entanto, há 2 exceções a esta regra:

1. A reincidência, apesar de ser uma CM agravante, quando no caso exista, opera sempre em último lugar;
2. As CM da parte especial do CP ou em legislação extravagante têm sempre de ser primeiramente aplicadas, sejam elas agravantes, sejam elas atenuantes, pois a lei especial logra uma aplicação primeira relativamente à lei geral.

Ex: Se tivermos um CM previstas na parte geral e dentro da parte especial uma atenuante e outra agravante: primeiro aplicam-se as CM da PE e dentro dela segue-se a regra geral, primeiro agrava-se, depois atenua-se, em terceiro lugar passamos para o funcionamento da CM da PG.

2 - Determinação da moldura concreta da pena e da medida concreta da pena:

Temos de funcionar com 2 conceitos, para o juiz determinar dentro da moldura penal abstrata a moldura penal concreta, já ligada ao caso específico, terá de atender à ilicitude e à culpa manifestada pelo agente no caso específico.

Todas as penas têm uma duração certa e determinada, logo o juiz dentro da moldura penal concreta tem de determinar o *quantum* exato de pena. A resposta é nos dada pelo legislador no art. 71º, nº1. A medida da pena é dada pela conjugação de 2 elementos: a culpa e a prevenção geral e especial.

Um problema com que se tem batido a ciência penal é saber como é que estes 2 fatores se conjugam. Em função da teoria que adotemos, vamos ter resultados concretos em termos de medida concreta da pena muito diferentes, não é apenas uma questão teórica, mas eminentemente pratica. Qualquer que seja a teoria que vamos estudar quanto à forma de concatenar a culpa com a prevenção é sempre uma teoria que está ligada à temática dos fins das reações criminais. A culpa e a prevenção não caminham sempre no mesmo sentido, até podem caminhar em sentidos opostos, havendo antinomias entre culpa e prevenção.

Teoria do valor da posição ou de emprego – é uma teoria marcadamente ético-retributiva e visa uma aplicação mais simples possível deste problema da determinação da medida da pena. Defendiam que não há nenhuma contradição entre culpa e prevenção, porque procuram estabelecer um campo específico da culpa e outro da prevenção, os campos de atuação são distintos. A culpa serve apenas para determinar a medida concreta da pena e a prevenção serve para uma fase, que é meramente eventual, que é a fase da determinação da espécie da pena, porque o juiz vai ter de fazer um juízo de prognose favorável para chegar à conclusão se determinada pena é suficiente ou não.

Tem a vantagem de ser uma teoria simples e que procura afastar antinomias, mas é uma teoria hoje perfeitamente ultrapassada, desde logo, porque ela viola a lei. O art. 71º, nº1 diz-nos que para determinar a pena o juiz não tem de ter só em conta a culpa, também tem de ter em conta as exigências de prevenção. Não é verdade que a medida da pena só se justifique por razões de culpa, mas também de prevenção. É uma teoria marcadamente ético-retributiva, entende a culpa como o valor supremo do DP. Tem a vantagem de que, no momento da escolha da pena (espécie da pena) diz-se que este juízo é só orientado por razões de prevenção, não tem a ver com razões de culpa, estando certa neste aspeto.

Teoria da pena da culpa exata – é uma teoria também ético-retributiva, que é mais um complemento da teoria anterior, do que até uma teoria nova. Diz que a culpa é aquela que determina a medida da pena, mas ainda vai mais longe, procurando desenvolver a teoria anterior, mas sendo ainda mais radical. “A medida da pena é fornecida pela medida da culpa, à qual corresponde uma medida exata, podendo as exigências preventivas ser tomadas em conta, quanto muito, na parte em que relevem dentro do conceito de culpa.” Considera que a questão da prevenção é de pouca importância, não tem um valor *per se*, esses valores são para ser tidos em conta junto com a culpa, isto é, o juízo de culpa acabava por ser um juízo complexo que abrangia a culpa e a prevenção. A moldura penal concreta e dentro dela a medida concreta da pena determinar-se-ia apenas em função de exigências de culpa, mas essas exigências de culpa não seriam entre um determinado limite mínimo e máximo, mas num determinado ponto. Moldura penal abstrata → moldura penal concreta → medida concreta da pena, considerando que apenas este último cumpre as exigências de culpa. O juiz vai ter a tarefa de, dentro de uma moldura construída apenas em razão de culpa, determinar o único ponto que satisfaz as exigências de culpa. Há só um ponto que corresponde à exigência de culpa e se não for esse ponto já não chega para cumprir a exigência da culpa, tem de ser o ponto exato.

Esta teoria compartilha das críticas quanto à base ético-retributiva, seria ilegal e não é realizável, porque não é possível dizer que a única pena justa é aquela que corresponde ao ponto preciso – como é que o juiz vai determinar esse ponto? É uma teoria que não é realizável e parte de um conceito de justiça absoluto, entendendo que só há um ponto exato que cumpre as exigências de justiça. No entanto, o conceito de justiça absoluta não existe, é utópico e não é operacionalizável na prática. É uma teoria absolutamente inconcretizável na pena.

09.03.18

O art. 71º, nº1 aplica-se quer à pena de prisão, quer à pena de multa (por remissão do art. 47º, nº1). Já vimos 2 teorias que se encontram completamente postas de parte, sendo elas incompatíveis com o texto da nossa lei, que aponta para a culpa e para a prevenção. Ambas concedem um espaço excessivo à culpa ou nenhum espaço ou insuficiente à prevenção.

Teoria da margem/do espaço da liberdade ou da moldura da culpa (Eduardo Correia e Cavaleiro Ferreira: Escola Normativista) – ainda é hoje maioritária na doutrina e na jurisprudência alemã, porque a redação do seu CP é diferente, lá diz-se que é dada por exigências de culpa só. É de feição ético-retributiva. A norma alemã aponta apenas para culpa e não para a prevenção. Ainda hoje há alguns autores que propendem para esta teoria, entre os quais, Taipa de Carvalho e José Sousa e Brito, mas é uma teoria largamente minoritária na doutrina e na jurisprudência portuguesa.

Defendem que dentro de uma moldura penal abstrata o juiz vai construir a moldura penal concreta e dentro dela vai determinar o *quantum* exato de pena/medida concreta da pena, esta teoria defende que os limites a atribuir à moldura penal concreta se justificam por razões de culpa, logo, vai ser a culpa que vai determinar a maior ou menor gravidade da moldura penal concreta a determinar dentro da moldura penal abstrata. O limite mínimo e máximo da moldura penal concreta estabelece os limites da culpa – cumpre o disposto no art. 40º, nº2 CP (a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa). Assim, o julgador constrói a moldura concreta da pena apenas tendo em conta considerações de culpa, fixando um limite mínimo e máximo compatível com a culpa. A culpa retira-se do art. 1º e 2º CRP.

Que papel é que desempenha a prevenção geral? Não tem um papel propriamente definido, é uma teoria que não concede espaço à prevenção geral. Não há um espaço autónomo para a prevenção geral. O juiz quando constrói a moldura penal concreta vai fazê-lo tendo em conta a culpa, dentro da multiplicidade de pontos que existem dentro de 10 e 14 anos, não se considera que há apenas um ponto ótimo, mas que entre os 2 pontos o juiz tem a margem de liberdade, ele é livre de entre estas 2 margens chegar a uma determinada medida concreta da pena. Dentro da moldura concreta da pena o que vai determinar a medida concreta da pena serão considerações de prevenção especial. Em primeiro lugar dá-se preferência à prevenção especial positiva, se não for possível, ficaremos pela negativa (simples intimidação individual do agente).

“A medida da pena deve ser dada essencialmente através da medida da culpa, que se oferece ao aplicador como uma moldura de culpa: com um limite mínimo em que a pena já se revela adequada à culpa; com um limite máximo em que a pena ainda se revela adequada à culpa. Qualquer pena dentro destes limites realiza a finalidade de prevenção geral positiva ou de integração (a pena será sempre uma pena justa), cabendo à prevenção especial de socialização ditar, em última instância, a pena a aplicar ao agente.”

Roxin defende uma especificidade em relação a esta teoria: em determinadas circunstâncias, que são circunstâncias excecionais, pode acontecer que o limite mínimo da moldura penal concreta possa baixar até ao mínimo da moldura penal abstrata. Defende que há a possibilidade de, em função de razões especiais de prevenção especial, se aplique uma pena que possa exceionalmente baixar para além daquilo que é o limite mínimo da moldura penal concreta. Pode verificar-se quando o agente é uma pessoa especialmente carecida de ressocialização, tem um percurso anormativo, uma verdadeira carreira criminal. Nesses casos, Roxin admite que, quando haja muita necessidade de ressocialização, a medida concreta da pena possa baixar entre a moldura penal concreta e a moldura penal abstrata.

É uma teoria de filiação ético-retributiva, porque a moldura da pena é nos dada pela culpa, portanto, as críticas que lhe fizemos em DP I e II também aqui encontram o seu assento. Esta teoria confere um papel muito reduzido à prevenção geral, pois propriamente não há nenhuma categoria autónoma em que o legislador mande ter em conta a prevenção geral, dizem que se encontra na previsão da moldura penal abstrata, mas isso é evidente. Não nos dá resposta quanto à prevenção geral, atual grande eixo estruturante da pena.

Quanto ao entendimento de Roxin, a sua posição percebe-se no sentido de favorecer a ressocialização do agente e por se aplicar em situações excepcionais, mas ela não deixa de ser criticada, porque não deixa de ser estranho o facto de: se a culpa ocupa o papel central, como é que se admite que se possa aplicar uma pena que supostamente não é suficiente para retribuir o mal do crime? É uma contradição que insere aqui: parte do princípio que se retroceda à culpa e se dê mais valor à prevenção especial, o que é uma contradição face ao defendido pelos autores da moldura da culpa. A moldura penal abstrata é construída para casos gerais, para toda e qualquer circunstância a que se possa aplicar aquele tipo legal de crime, logo, há uma contradição em defender que a moldura concreta da pena possa chegar ao limite mínimo da moldura penal abstrata que não foi feita a pensar num caso individual e concreto, mas para casos gerais e abstratos. É uma contradição dos termos, porque dá mais relevo à prevenção especial do que à culpa e admite que a moldura concreta da pena, que é individual e concreta, coincida com a moldura penal abstrata, que é geral e abstrata.

Teoria da moldura da prevenção – entre nós, os introdutores desta teoria foram Anabela Miranda Rodrigues e Figueiredo Dias. Premissa base: o DP é sempre um DP de bens jurídicos, de mínima intervenção possível, do facto e nunca do agente e que quando aplica penas e medidas de segurança o faz no âmbito da prevenção geral positiva (“reafirmação contrafáctica da norma”). É uma teoria que nos diz que para determinarmos a medida concreta da pena o juiz vai construir uma moldura concreta da pena que tem em conta não já considerações de culpa, mas de prevenção geral positiva. O limite mínimo é o ponto de defesa de ordenamento jurídico²¹, mínimo de pena em que a comunidade já fica satisfeita e pacificada, já se conseguindo a reafirmação contrafáctica da norma, se for menos não se consegue. O ponto máximo é aquele em que a comunidade ainda acha que a norma está a ser reafirmada.²² Nos termos do art. 40º, nº2, a culpa funciona como limite máximo da moldura concreta. Se atribuir mais, já está a violar a culpa. São as considerações de

²¹ **Ex:** se o juiz, num caso concreto, aplicar uma pena de prisão inferior a 9 anos, o ordenamento jurídico ressentir-se, na medida em que a comunidade geral não vai perceber como é que é possível aplicar-se menos do que 9 anos.

²² **Ex:** mais que 15 anos a comunidade já acha que a pena seria desproporcionada, violaria o princípio da proporcionalidade.

prevenção especial que nos conduzem a definir a medida concreta da pena. Dentro da moldura concreta, o que vai justificar o *quantum* da pena são as considerações de prevenção geral, de preferência, positiva (ressocialização) ou negativa (intimidação), se não for possível cumprir as exigências positivas.

“A medida da pena há de ser dada pela medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos, sem ultrapassar a medida da culpa, atuando os pontos de vista de prevenção especial de socialização entre o ponto ótimo e o ponto ainda comunitariamente suportável de tutela de bens jurídicos. A medida da pena há de ser dada pela medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos, face ao caso concreto, num sentido prospetivo de tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou mesmo no reforço) da vigência da norma infringida. Neste sentido, é a prevenção geral positiva (e não a culpa) que fornece a moldura dentro da qual vão atuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que, em última instância, vão determinar a medida da pena. Constituindo a culpa o limite inultrapassável de quaisquer considerações preventivas (art. 40º, nº2 CP), a culpa fornece somente o limite máximo da pena.”

O nosso CP não nos dá nenhuma indicação quanto à teoria a seguir, e bem, porque estas questões doutrinárias, não devem ser tratadas pela lei, mas pela doutrina e pela jurisprudência. As teorias não são meramente teóricas, na prática, isto tem resultados concretos. **Ex:** agente atua com uma culpa leve, mas aquele crime é um crime que está a ser praticado em abundância naquele momento temporal e as exigências de prevenção geral são elevadas, se formos um autor da moldura da culpa, o mais importante é saber qual é o grau da culpa; se olhar para o mesmo problema e participarmos de uma teoria da moldura da prevenção já vamos construir a moldura penal concreta diferentemente, porque o mais importante são as exigências de prevenção geral, que são elevadas, logo, nunca se poderia dizer que o mínimo da moldura penal concreta começa em 8, mas 9. A forma como construímos a maneira de determinar a medida da pena tem consequências muito importantes, não é uma construção meramente teórica. Em todas as teorias, dentro da moldura concreta da pena o que vai dar o *quantum* da pena são as exigências de prevenção especial, mas o resto é diferente.

Dentro da moldura penal concreta, o legislador criou os **fatores de medida da pena**, previstos no art. 71º, nº2. Uma vez já construída a moldura concreta da pena, vamos determinar o *quantum* exato de pena. No nº2 temos a palavra “circunstâncias” e podíamos nos questionar se são as CM, mas não são, esta referência diz respeito a conjunto de factos da vida social, onde está “circunstância” podíamos ler situações, não é no sentido técnico-jurídico de CM. Os fatores de medida da pena são fatores de medida da pena agravantes ou atenuantes, são agravantes porque vão depor contra o agente e são atenuantes porque vão depor a favor do agente.

Quando o artigo refere “não fazendo parte do tipo de crime”, consagra o **princípio da proibição da dupla valoração** – o que é?²³ O que este princípio propugna é que não se pode valorar 2 vezes a mesma realidade: o tipo legal já é privilegiado e não podemos usar uma parte do tipo legal privilegiado para diminuir a gravidade da moldura concreta da pena. Se já fizerem parte do tipo de crime, não se pode voltar a ter em conta. “Não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que façam já parte do tipo de crime. O juiz não deve utilizar para determinar a medida da pena as circunstâncias que o legislador já tomou em consideração ao estabelecer a moldura penal do facto.” **Ex:** se entendermos que o agente praticou um homicídio qualificado por ódio racional, depois na fundamentação não se pode validar isso, porque isso já foi tido em conta. As várias alíneas do art. 71º, nº2 podem ser agrupadas em 3 grupos:

1. Contendem com a personalidade do agente –al. d e f;
2. Contendem com o modo de execução do crime/facto –al. a, b, c e e;
3. Contendem com a conduta/comportamento anterior e posterior do agente – al. e.²⁴

Estes fatores de medida da pena são dotados de uma forte ambivalência, por exemplo, os sentimentos manifestados durante a prática do crime podem depor contra ou a favor do agente, o mesmo fator pode ser valorado de modo agravante ou atenuante. O fator é ambivalente, porque pode ser avaliado como um fator agravante ou atenuante. Esta forte ambivalência contende com outro aspeto: como é que são justificados esse fatores de medida da pena: culpa ou ilicitude?²⁵ Os fatores de medida da pena são dotados de forte ambivalência em 2 sentidos: podem depor a favor ou contra o agente, podem ser circunstâncias (enquanto conjunto de factos e não em sentido técnico-jurídico) agravantes ou atenuantes e podem intervir por via da ilicitude, por via da culpa e, as vezes, por via de ambas.

Bibliografia: Antunes, Maria João, op. cit., pp. 37-46. Dias, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 213-255. Rodrigues, Anabela Miranda, A Determinação

²³ **Ex:** art. 136º CP, é um homicídio privilegiado, mas é preciso que se preencham os requisitos aqui previstos: morte do filho seja dada durante o parto ou logo após o parto (24h a 48h depois do parto segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência, a lei não o diz). Ir até a 5 anos é favorável, porque admite pena suspensa, a partir de 5 anos não temos nenhuma pena de substituição. Porquê que o legislador entendeu que deve ser punido menos grave do que o art. 131º? Tem de se provar que a mulher estava sob a influência perturbadora do parto. O legislador consagra aqui um conhecimento que é da medicina: ao longo da gravidez e durante o parto, há uma série de alterações hormonais, psicológicas e psiquiátricas na mulher, portanto, o nosso legislador foi sensível a que a situação da mulher ter um parto, em algumas circunstâncias, leva a alterações biológicas/químicas.

²⁴ “A conduta posterior ao facto, enquanto fator de medida da pena, revelará somente para as exigências de prevenção (não é um fator ambivalente).”

²⁵ **Ex:** o modo de execução do crime, se é consumado de uma forma particularmente grave, é uma ilicitude mais severa, se a execução é mais leve, a ilicitude será menos, mas também há aspetos que contendem diretamente com a culpa do agente, temos uma circunstância que vai depor a favor, por via da culpa.

da Medida da Pena Privativa de Liberdade, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 545-576. ____, «A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade e a escolha da pena», in: RPCC, 1, 2 (1991), pp. 243-258. ____, «O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena», in: RPCC, 12, 2 (2002), pp. 147-182.

Casos especiais de determinação da pena:

REINCIDÊNCIA (art. 75º e 76º):

A reincidência é muito antiga a ideia de que se um agente pratica um crime pelo qual é condenado e se depois volta a praticar o mesmo crime ou viola outros tipos legais de crime, ele deve ser especialmente censurado, porque isso significa um desrespeito pela solene advertência que o ordenamento lhe dirigiu.

A reincidência é uma CM agravante, é então uma forma de determinação da pena que é simultaneamente uma CM agravante, funciona logo ao nível da moldura penal abstrata. Quando há concorrência de circunstâncias de sinal diverso, a reincidência funciona sempre em último lugar.

Uma discussão particularmente quente nos séc. XVIII e XIX foi a circunstância de sabermos se a reincidência devia ser homótopa ou polítropa. Já tivemos estas 2 concepções ao longo da nossa história. A reincidência diz-se homótopa sempre que o agente só vai ser punido como reincidente se tiver cometido um crime da mesma natureza, violando o mesmo bem jurídico. A reincidência diz-se polítropa quando o sistema a admite a reincidência em relação a tipos legais diversos, não há só reincidência em relação ao mesmo tipo legal de crime, mas em qualquer tipo legal de crime, desde que haja repetição criminosa, haverá reincidência. Atualmente, o que é defendido maioritariamente é que o nosso CP consagra um sistema de politropia, podendo haver reincidência quando há repetição criminosa de qualquer tipo legal de crime, mesmo que sejam diferentes ou protejam bens jurídicos diversos.

Esta discussão também está ligada à questão: quem é o agente mais perigoso, o que reincide no mesmo tipo legal de crime e se especializa nele, ou aquele que mostra ter violado vários tipos legais de crime que protegem vários bens jurídicos, demonstrando um desrespeito generalizado pelo DP? Porquê que se pune de forma mais grave alguém que é considerado reincidente?

- Posição maioritária – a agravação da pena por via da reincidência justifica-se por uma ideia de culpa agravada, o agente mostra que ao cometer vários ilícitos tem um grau de censura ético-jurídica maior.
- Posição minoritária – concepção ligada a uma ideia de perigosidade, o agente que reincide é tendencialmente mais perigoso, representa um grau de risco maior para a comunidade, porque mesmo sendo condenado, isso não serviu de suficiente advertência para se afastar da prática criminosa.

Quando alguém reincide é o sistema que se tem de confrontar com as próprias limitações, significa que não está a funcionar, porque se aplica uma pena para que o agente não reincida. Figueiredo Dias entende que a perigosidade é apenas uma ideia reflexa e o que justifica a reincidência é a culpa agravada. O prof manifesta dúvidas, considerando que não podemos afastar de todo a perigosidade. O prof. diria que a agravação da reincidência se justifica pelas 2 razões, não só a culpa, mas também a perigosidade do agente, o sistema reage a ambas.

Quais são os pressupostos da reincidência? Vamos dividi-los em pressupostos de natureza formal e material. Todos os pressupostos são cumulativos, basta que falte um deles para que o agente não possa ser julgado como reincidente.

- **Pressuposto material** – genericamente defende-se que é uma ideia de culpa agravada, o prof considera que não é apenas, mas também a perigosidade do agente (art. 75º, nº1, parte final²⁶). De acordo com Figueiredo Dias, só se pode elaborar este juízo de culpa agravada ou de perigosidade, quando há uma íntima conexão entre os crimes – e quando é que existe? Existe quando o agente viola o mesmo tipo legal de crime ou tipos legais de crime diversos que protegem sensivelmente o mesmo bem jurídico.
- **Pressupostos formais:**
 - Prática de crimes dolosos. Nunca opera em relação a crimes negligentes. “Só relativamente a crimes que tenham sido previstos e queridos pelo agente e se fundamenem numa atitude pessoal contrária ou indiferente às normas jurídico-penais”;
 - É necessário que pelo crime que se esteja a julgar o tribunal conclua pela aplicação de uma pena de prisão efetiva superior a 6 meses. Temos de afastar as penas de substituição e nunca há reincidência em relação a penas de multa, é um instrumento privativo da pena de prisão, nunca opera em relação a penas de multa. Pelo menos uma das inscrições do registo tem de cumprir os requisitos (não precisa que todas cumprem).²⁷
 - É necessário que se verifique a prescrição da reincidência (art. 75º, nº2), é um requisito de natureza negativa (os anteriores são positivos). Não se pode verificar a prescrição da reincidência para que ela se aplique, se houver prescrição da reincidência, não há reincidência. A lei manda-nos ter em conta a data da prática dos factos (*tempus delicti*), comparando as datas da prática dos crimes e diz-nos que se entre o crime que se está a julgar e os crimes

²⁶ (...) o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

²⁷ Segundo Figueiredo Dias, “é necessário, em terceiro lugar, que a condenação pelo crime anterior já tenha transitado em julgado quando o novo crime é cometido, pois, de outro modo, a hipótese reconduzir-se-ia ao concurso de crimes.”

anteriores não podem ter passado mais de 5 anos, porque se passaram mais, esse crime já não releva para a reincidência. Dentro do cômputo do prazo deve-se descontar todo o período em que o agente esteve privado de liberdade.²⁸²⁹ O legislador entendeu que se censuramos a conduta do agente, porque ele é mais culpado e também mais perigoso, essa culpa ou perigosidade tem de estar relacionado com o facto anterior em relação aos quais em termos temporais ainda haja uma conexão anterior. Este consenso de 5 anos é-nos dado por estudos criminológicos, se se admitisse um intervalo de tempo superior, a própria personalidade do agente ou a culpa que podemos ligar àquele facto, já não teria uma íntima conexão, daí este requisito da prescrição. Se não tivéssemos este requisito, haveria sempre uma inscrição no registo que seria sempre tida em conta e do ponto de vista da proporcionalidade podia ferir preceitos constitucionais e ser considerado desrazoável.

15.03.18

A reincidência é uma forma especial de determinação da pena e tem a particularidade de ser também uma CM nominada e agravante. A reincidência não opera nunca entre litígios negligentes, nem quanto a pena de multa, nem quanto a penas de substituição.

Anteriormente, tínhamos 3 tipos de penas de substituição detentivas: por dias livres, semi-detenção e obrigação de permanência na habitação, todavia, a Lei 94/2017 revogou as 2 primeiras e a única pena de substituição detentiva que temos atualmente é a obrigação de permanência na habitação (art. 43º e 44º CP). Apesar de ser uma pena de substituição, o juiz entende que a pessoa não pode cumprir a pena na comunidade, porque aquilo que é normal é que elas sejam cumpridas na comunidade, sem a privação de liberdade do condenado. Defende a doutrina e a jurisprudência que esta pena de substituição privativa da liberdade não afasta a reincidência. Se no certificado de registo criminal do agente tivermos uma inscrição de uma pena de prisão, a qual o juiz entendeu substituir por uma obrigação de permanência na habitação, não afasta a reincidência, porque ela também implica uma privação da liberdade.

E que dizer dos casos em que a pena de multa não é cumprida e, como ultima *ratio*, é convertida em prisão subsidiária? Se esta inscrição consta do registo do agente, pode ou não funcionar a reincidência? Não, se alguém tem no

²⁸ “Durante o período de privação de liberdade, o efeito esperado de admoção da condenação anterior não está em causa, porque, enquanto privado da liberdade, o agente não esteve a ser experimentado quanto à particular advertência contida na condenação de que não cometa, no futuro, outros crimes.”

²⁹ **Ex:** durante esse período de tempo, o agente esteve durante 3 anos privado de liberdade, de 2008 a 2015 passaram 7 anos, 1 mês e 2 dias, seria superior, mas esteve 3 anos em cumprimento de pena, se os tirar, chegamos a um valor inferior a 5 e já será tido em conta para efeitos de reincidência, porque ela não prescreveu.

reu registo criminal uma condenação numa pena de multa que depois foi convertida em prisão subsidiária, isso não permite que a reincidência funcione, porque o agente foi condenado a uma pena de multa. Esta prisão subsidiária é mais uma sanção de constrangimento.

Figueiredo Dias defende uma posição que parece ao prof impensável, diz que se alguém foi condenado numa pena de prisão substituída por prestação de trabalho a favor da comunidade e, se incumpre, deve ser tida em conta para efeitos de reincidência. A pena de prisão principal tem de ser aplicada, a pena de substituição é sempre uma pena sob condição do seu cumprimento, se não for cumprida, aplica-se a pena principal.³⁰ Nos termos do art. 56º, se há uma revogação da pena suspensa e está no registo criminal do agente, será que vai permitir que a reincidência funcione, porque ele acabou por cumprir a pena principal? Não, porque se alguém é condenado numa pena de substituição, isso faz com que a reincidência não funcione, tem de ser uma pena de prisão efetiva, que tanto é para os casos em que cumpra a pena de substituição, como para os casos em que incumpra e tenha de cumprir a pena principal. Deste modo, não se percebe que Figueiredo Dias defenda que se PTFC for incumprida, a pena de prisão funcione para razões de reincidência, não tem sentido, tem de haver um regime unitário. Assim, se há aplicação de uma pena de substituição, mesmo que ela seja incumprida, não permite a reincidência, com a exceção da pena de substituição preventiva de permanência na habitação.

Basta que haja uma condenação no registo criminal do agente para que ele possa ser julgado reincidente. Qualquer situação de reincidência só existe se tiver havido em relação às decisões anteriores o seu trânsito em julgado. A reincidência implica que os crimes anteriores já tenham transitado em julgado. Isto vai ser importante para distinguir a reincidência do concurso, porque o que os distingue é, fundamentalmente, na reincidência há trânsito em julgado das condenações anteriores, no concurso não há nenhum trânsito em julgado.

Ex: alguém é condenado a uma pena de prisão efetiva, por um crime doloso, não há prescrição da reincidência, está preenchido o requisito material, mas ele não cumpriu a pena, porque fugiu? A lei não exige o cumprimento da pena, fala sempre em condenação, basta a condenação para que a reincidência funcione, porque se há a ideia da culpa agravada quando alguém é condenado em trânsito em julgado, se ele cumpre ou não cumpre a pena é importante para o ordenamento, mas isso não impede a solene censura, se o agente se furta ao cumprimento da pena, continua a haver a solene censura, ainda é mais gravosa até. O cumprimento efetivo da pena apenas conta para efeitos da prescrição (art. 75º, nº2).

³⁰ No âmbito das penas de substituição, alguém pode ser condenado a uma pena de prisão por um ano, mas suspensa por 5 (art. 50º, nº5), não há necessidade de correspondência.

Não é verdadeiramente um sistema de politropia, mas de homotropia mitigada, têm de ser crimes próximos em termos de bens jurídicos ofendidos, mas têm que ser o mesmo tipo crime (ver antes).

Diz o art. 75º, nº3 que as condenações estrangeiras também funcionam em Portugal para efeitos de reincidência, com o requisito da dupla incriminação. Nos termos do art. 75º, nº4, se o agente beneficia de alguma das medidas de graça, isso não impede a reincidência, o que interessa é a pena a que o agente foi condenado, a solene censura está no momento da condenação e no seu trânsito em julgado.

Nos termos do art. 76º, nº2, *As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência.* A pena relativamente indeterminada é a sanção que o ordenamento jurídico prevê para os delinquentes por tendência e pode haver um espaço de coincidência entre a reincidência e a pena relativamente indeterminada, porque em ambas se pune agente porque praticou vários crimes ao longo do tempo. A lei diz que se uma situação se subsumir simultaneamente à reincidência e à PRI, prefere-se a PRI, porque é o instituto que está previsto de forma especial para os delinquentes por tendência.

A reincidência funciona de acordo com um esquema que retiramos do art. 76º:

1. Determinar a medida concreta da pena do crime que se está a julgar, sem considerar a reincidência³¹ - temos de começar por aqui, porque só aqui é que se sabe se um dos requisitos da reincidência existe, o crime a ser julgado tem de ser doloso e punido com pena de prisão efetiva superior a 6 meses, se não determinarmos, não sabemos se este requisito está preenchido. Para além disso, esta primeira fase vai ser importante para fazer funcionar a última.³²
2. Determinação da moldura penal da reincidência³³ – a reincidência é uma CM agravante, logo, ela funciona ao nível da moldura penal abstrata. Quando alguém é julgado como reincidente, o limite máximo permanece inalterado e o limite mínimo é sempre agravado em 1/3, o que significa que o legislador, quando nos manda construir a moldura da reincidência, considera que 1/3 é o *quantum* mínimo de pena que deve justificar a tal culpa grave acrescida. O limite máximo não é alterado, porque o legislador não quer que a reincidência seja desproporcionada e o limite mínimo é um *quantum* fixo, é sempre 1/3.

³¹ “Seguindo o procedimento normal de determinação da pena (art. 70º e 71º).”

³² “Torna-se indispensável começar por esta operação por 2 razões: para assim se determinar se se verificam os pressupostos formais da reincidência e para tornar possível a última operação, imposta pela segunda parte do art. 77º, nº1.”

³³ “Observando os critérios gerais previstos no art. 71º.”

3. Dentro da moldura assim alterada (da reincidência), o juiz vai, sabendo que o agente é reincidente, determinar a moldura concreta da pena de modo mais grave.
4. Operação de limitação (Figueiredo Dias)/ Operação de comparação e eventual limitação (Lamas Leite) – vamos comparar as duas medidas da pena: a medida da pena com reincidência com a medida da pena sem reincidência (ex: 8-6) e vamos ver em quanto a circunstancia do juiz ter considerado o agente reincidente se traduz numa pena a mais, isto é, ver em quanto a medida concreta pena foi agravada pelo facto de o agente ser reincidente (ex: 2). O art. 76º diz-nos que a medida da agravação não pode ser superior à mais grave das condenações anteriores - aqui funciona a eventual limitação. A mais grave das medidas anteriores vai determinar o máximo da agravação (ex: se for de 1 ano, 7 anos será o máximo). O objetivo da norma é que a reincidência não tenha um efeito agravante excessivo, mas proporcional.³⁴

O juiz quando determina a medida concreta da pena, se a medida concreta da pena vai até 5 anos, o juiz vai ter sempre de se questionar se pode aplicar ou não uma pena de substituição. Quando é que o juiz se deve questionar quanto à aplicação da pena de substituição quando há reincidência? Deve questionar-se no último momento, na 4ª fase.

Bibliografia: Dias, J. de Figueiredo, op. cit., pp. 232-268.

CONCURSO DE CRIMES:

O art. 30º, nº1 CP prevê o concurso efetivo ou real e só estamos aqui a tratar do concurso efetivo, porque o concurso aparente ou de normas, na verdade, é um falso concurso, por um processo de interpretação conseguimos afastar uma dessas normas e só aplicamos uma norma.

Apesar de não tratarmos do concurso aparente, há um aspeto que é importante: o do art. 77º, nº4 - **ex:** crime de violência domestica (art. 152º) e o crime de sequestro (art.158º), a pena do sequestro é mais grave e é o próprio art. 152º que nos diz que é o crime com punição mais grave que se aplica, mas ao aplicarmos só o art. 158º, a vítima ficaria desprotegida, porque o art. 152º prevê um conjunto de penas acessórias que o art. 158º não prevê. Nestes casos, determina o art. 77º, nº4 que *As penas acessórias e as medidas de segurança são sempre aplicadas ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis.*

³⁴ Segundo Maria João Antunes, “trata-se aqui, em bom rigor, de um limite absoluto e externo e não exatamente de uma regra de determinação da pena, que pode levar a que a medida concreta da pena do reincidente fique aquém do limite mínimo da moldura penal da reincidência.”

16.03.18

O concurso de crimes já foi configurado entre nós como uma CM, Eduardo Correia entendia, em linha com o pensamento normativista, que se tratava de uma CM atenuante. Esta conceção hoje está completamente posta em causa e é de afastar, uma vez que o art. 77º não nos manda aplicar o concurso à pena aplicável (a moldura penal abstrata), onde as CM operam, logo, não é correto dizermos que o concurso é um CM, é antes uma forma especial de determinação da pena.

Ao longo do tempo e, tendo em conta os vários ordenamento jurídicos, temos varias formas de punir o concurso de crimes. O concurso de crimes verifica-se quando o agente praticou vários tipos legais de crime ou uma realização plurima de um mesmo tipo legal de crime, que se afere em função do número de conteúdos de ilicitude da conduta, de projetos criminosos. Os sistemas vêm tratando a punição do concurso de crimes de varias formas e essas formas podem ser classificadas em 2 grandes modelos de punição.

Princípio da acumulação material (*common law*, anglo-americano, Espanha) – é a forma mais simples de punir o concurso, porque aquilo que defende é que para cada uma das condutas, se não tiver havido trânsito em julgado, o julgador terá de determinar, de acordo com critérios gerais, a medida concreta da pena de cada um dos crimes e depois terá de as somar. Primeiro determina a medida concreta da pena de cada um dos crimes e depois procede a uma soma destas medidas concretas das penas. Este sistema tem vantagens, porque é de fácil aplicação prática e pode ter uma vantagem do ponto de vista de quem tiver uma conceção ético-retributiva, concedendo bastante importância à culpa e, de uma forma reflexa, consegue-se uma prevenção geral negativa.

No entanto, conhece várias críticas: pode levar a uma alteração da natureza da pena, transformando uma pena temporária numa pena perpétua (proibida pela nossa CRP); há um efeito multiplicador da culpa, porque o juiz vai somar as várias culpas de cada um dos crimes (viola o princípio da culpa, nos previsto no art. 40º, nº2, de acordo com o qual a culpa funciona como limite da pena); pela sua natureza de mera acumulação não nos confere nenhum sentido à ressocialização do agente, até porque nas situações extremas em que o condenado não tem possibilidades de sair ainda vida, não podemos saber se se ressocializou ou não.

Este sistema pode conhecer modalidades, por exemplo, com um limite máximo, como acontece em Espanha, em que o juiz soma as penas, mas depois a lei não permite que se aplique mais, por exemplo, do que 40 anos. É menos mau, mas acaba por ser um sistema que “não é carne, nem é peixe”, está a trair a própria pureza do sistema, há uma contradição intrasistematica.

Princípio da pena única ou da pena de concurso – determinação de uma pena que não resulta de uma simples soma das medidas concretas da pena, mas da determinação de uma medida única para todos os crimes. Penas parcelares são as penas que integram o concurso.

- ❖ Pena unitária – as medidas concretas de cada um dos crimes que estão em relação de concurso perdem a sua autonomia, o juiz nem sequer tem de determinar a medida concreta de cada um dos crimes, vai antes ficcionar uma única pena que vai aplicar em função da gravidade dos factos, mas fundamentalmente em função da personalidade do agente, que se revela contrária ao dever-ser jurídico-penal.³⁵

Crítica: as penas parcelares perdem autonomia e acaba por violar o princípio do DP do facto, conforme a um DP do agente, porque o que vai determinar a aplicação da pena vai ser o grau de censura que o juiz vai dirigir a determinada personalidade. O juiz chega lá por uma imagem global do facto, ficcionando. Para além disso, isto tem uma dificuldade prática, é muito difícil construir uma ficção, dando um elevado grau de discricionariedade ao juiz - “é uma determinação da pena pelo cheiro”.

- ❖ Pena conjunta – cada um dos crimes que integram o concurso não perdem a sua autonomia, o que significa que o juiz, antes de mais, vai ter de determinar a medida concreta da pena de cada um dos crimes que integra o concurso - eles mantêm-se como crimes autónomos e o juiz vai pronunciar-se sobre a pena de cada um deles.
 - Princípio de absorção pura – o juiz deve aplicar a pena mais grave dos crimes que estão em concurso. **Ex:** 5, 12 e 3, pune com 12 anos, absorvendo o conteúdo de ilicitude e de culpa dos outros crimes. Quanto muito, os outros crimes podem funcionar como fatores de medida da pena, podendo funcionar como forma de a elevar. A punição mais grave vai absorver as outras punições, o que tem um grave inconveniente político-criminal: os crimes menos graves acabam por não ter relevância quase nenhuma, concedendo quase uma impunidade aos crimes menos graves, podendo até nem chegar a cumprir o ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico, o ponto a partir do qual já estão a ser cumpridas as exigências de prevenção geral.
 - Princípio da exasperação ou agravação – o juiz vai ter de determinar cada uma das penas, começa por ver as molduras penais abstratas de cada um dos crimes. **Ex:** 1-5, 1-8, 12-25. Mesmo antes de determinarmos a medida concreta de cada um dos crimes, o juiz vai trabalhar com a moldura penal abstrata mais grave, mas depois vai ter de determinar as molduras penais concretas dos outros crimes, que vão funcionar como meros

³⁵ “A punição do concurso ocorre sem considerar o número de crimes concorrentes e independentemente da forma como poderiam combinar-se as penas que a cada um caberiam.”

fatores de agravamento. “A punição do concurso ocorre em função da moldura penal prevista para o crime mais grave, devendo a pena concreta ser agravada por força da pluralidade de crimes, com a consequência de o efeito agravante ser tanto menor quanto maior for o número de crimes praticados pelo agente.” **Ex:** 16 seria o que o juiz aplicaria pela prática do terceiro crime, 19 seria a pena conjunta pela prática dos 3 crimes.

O nosso sistema, dentro da pena conjunta, não é um sistema nem de absorção pura, nem é um sistema de exasperação, mas é o princípio do cúmulo jurídico (art. 77º), cumula características dos vários sistemas anteriores. Desde a reforma judiciária de 1837 que o nosso legislador adota um sistema de punição de concurso de pena conjunta. Os CP liberais de 1852 e 1886 também se mantiveram fieis a um sistema de pena conjunta, oscilando entre o sistema de absorção pura ou de exasperação. O CP de 1982 traz-nos um sistema único dentro da pena conjunta. Vamos ter de fazer uma distinção entre penas da mesma natureza (ou só penas de multa ou só penas de prisão) ou penas de diferente natureza. O art. 77º não se aplica apenas às penas principais, mas também às penas acessórias, no entanto não se aplica quanto às penas de substituição.

Quando as penas parcelares têm a mesma natureza, o juiz deve determinar a medida concreta de cada um dos crimes, quando temos um sistema de pena alternativa, a primeira coisa que tem de decidir é aplicar a pena de prisão ou pena de multa. A segunda operação consiste na construção da moldura do concurso e essa construção faz-se de uma forma que acaba por conciliar alguns dos princípios que vimos para trás: o limite mínimo é a mais grave das penas parcelares, esta opção legislativa é uma concessão ao princípio da absorção pura, e o limite máximo é dado pela soma das medidas concretas das penas, concessão ao princípio da acumulação material, mas com limites, porque o art. 77º, nº2 determina que não pode resultar em mais do que 25 anos de prisão ou mais do que 900 dias de multa - mesmo que a soma ultrapasse, este é sempre um limite inultrapassável. A terceira operação é dentro da moldura do concurso determinar a moldura concreta da pena única do concurso, que se faz de acordo com um critério que o CP estabelece, que é o seguinte: *são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente* (art. 77º, nº1, 2ª parte) - a moldura concreta não resulta de uma simples adição da personalidade manifestada nos atos do agente, resulta de uma consideração autónoma do conteúdo ilícito específico que o juiz vai ter de elaborar. O juiz vai ter de fazer um juízo complexivo total e verificar que conteúdo de ilicitude e que conteúdo de culpa é que correspondem à prática dos crimes em concurso, não é uma mera soma dos ilícitos e culpas, é um novo conteúdo de ilícito, uma nova conceção de culpa, que é uma culpa unitária. Esta autonomia tem de estar devidamente fundamentada na decisão (art. 77º e 71º, nº3). Na sentença, o juiz vai ter de especificar porquê que aplicou determinada medida do concurso e essa

fundamentação vai ter de ser autónoma e própria para a pena unitária de concurso, aludindo ao autónomo sentido de ilicitude e de culpa. Em relação à pena única, só neste momento é que se pode questionar se o agente pode ou não beneficiar de alguma pena de substituição, isto reforça a ideia de que há aqui um autónomo conteúdo de ilicitude e de culpa.

Quando as penas parcelares são de diversa natureza (penas de prisão e penas de multa), o nosso CP tem uma norma (art. 77º, nº3) que parece relativamente clara quanto ao prof: *a diferente natureza destas mantém-se*. A interpretação que resulta mais direta da lei e que tem sido apresentada de forma quase unanime pela doutrina é: se as penas são de diferente natureza, o agente vai ser punido com uma pena de prisão e uma pena de multa. Em relação às penas da mesma natureza fazemos operar as regras do concurso e a esta vamos adicionar a pena de diferente natureza que se mantém autónoma. **Ex:** 2 penas de multa e uma pena de prisão, às penas de multa aplicam-se as regras que anteriormente vimos de concurso e a pena de prisão. No entanto, isto não é unanime na nossa doutrina, Maria João Antunes, defende uma posição, defendida também por Figueiredo Dias, considerando que não tem sentido esta diferente natureza das penas, porque o agente pode a qualquer momento liquidar a pena de multa. Assim, interpreta o 77º, nº3 como devendo haver uma conversão da pena de multa em prisão subsidiária (art. 49º, nº1), fazendo com que haja uma única natureza das penas e depois teria de se fazer operar as regras gerais da moldura do concurso. Deste modo, defende que se mantém a vantagem politico-criminal de o agente ser punido com uma pena da mesma natureza. Estes autores dizem sempre que quando o juiz faz esta conversão, o agente pode evitar este acréscimo de pena que resulta do acréscimo da pena subsidiária, pagando a pena de culpa - não afastam a possibilidade de liquidar a pena de multa. No entanto, se o condenado não cumprir, fica desde já determinada a pena concreta de prisão que ele vai ter de cumprir pelo concurso de crimes. Todavia, esta é uma posição que não encontra acolhimento legal no art. 77º, nº3. Defendem estes autores que tem a vantagem de permitir ao agente liquidar a pena de multa, mas este argumento não convence, porque no outro entendimento também pode, a questão está em saber se esta posição respeita o art. 77º, nº3? O prof entende que não. A nossa jurisprudência adota a diferente natureza das penas, sem haver esta conversão.

Há um caso especial de concurso, que é o que está previsto no art. 78º CP. O art. 78º diz respeito ao **conhecimento superveniente do concurso**, isto é, há uma decisão transitada em julgado em que se julgou um concurso de crimes, mas mais tarde chega ao conhecimento do tribunal que o agente teria cometido outros crimes que estariam também em relação de concurso com os anteriores, mas os quais o tribunal não teve conhecimento, porque estavam a ser julgados numa outra comarca e nem sempre há uma boa comunicação – são os crimes ocultos. Agora em face do conhecimento superveniente do concurso, já depois da condenação, algum dos juízes tem de fazer alguma coisa? O

conhecimento só opera caso haja trânsito em julgado (art. 78º, nº2) e se se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes (art. 78º, nº1). Este art. 78º tem de ser conjugado com o art. 471º CPP, que determina que o tribunal competente é o tribunal da última condenação. Ambas as decisões já transitaram em julgado, os crimes ocultos foram praticados antes da data da última condenação, então o tribunal da última condenação vai ter de refazer a pena do concurso. O momento da condenação é o último momento em que o juiz poderia ter tido em conta os crimes ocultos, uma vez proferida a sentença, esgota-se o seu poder jurisdicional.³⁶ Trata-se de refazer a situação que existiria se o tribunal da última condenação tivesse tido conhecimento de todos os crimes que o agente praticou dentro daquele período de tempo, sem que tenha havido trânsito em julgado quanto a nenhum deles. Não se pode mexer nas penas unitárias que já foram dadas pelo outro juiz, a outra decisão acaba por ser integrada na decisão a tomar pelo tribunal da última condenação. Na nova pena de concurso, o tempo que o agente já esteve em cumprimento de pena vai ter de ser descontado na nova pena de concurso, caso contrário haveria violação do princípio do *ne bis in idem*.³⁷ O conhecimento superveniente do concurso visa reconstruir a situação que existiria no momento da última condenação se o tribunal tivesse tido conhecimento de todos os crimes que o agente praticou naquele período de tempo.

PUNIÇÃO DO CRIME CONTINUADO:

A punição do crime continuado vem previsto no art. 79º. O crime continuado está previsto no art. 30º, nº2 e é uma verdadeira ficção que o legislador construiu com base num conjunto de pressupostos: o agente tem de ter atuado de modo homogéneo (*modus operandi* parecido); vários atos criminosos em relação ao mesmo tipo legal de crime ou a crimes que são próximos; é necessário que haja uma circunstância exógena que diminua sensivelmente a sua culpa e só opera em relação a crimes que não tenham natureza pessoal, não se aplica em relação a bens jurídicos iminentemente pessoais (30º, nº3). O grande campo de aplicação do crime continuado são os crimes patrimoniais. O crime continuado está sujeito a várias críticas, porque na verdade é um concurso de crimes, por isso não se justifica esta punição mais benéfica.

A punição ocorre de acordo com o princípio da exasperação, ou seja, é punível com a moldura penal abstrata mais grave, pune-se o agente de acordo com a moldura penal abstrata mais grave. O agente vai ser punido com uma única pena, como se se tratasse de um único crime e manda olhar para a

³⁶ “O momento decisivo para a questão de saber se o crime agora conhecido foi ou não anterior à condenação é o momento em que esta foi proferida e não o do seu trânsito em julgado.”

³⁷ Maria João Antunes entende que “a parte final do nº1 do art. 78º valerá, então, estritamente, para os casos em que a pena ainda esteja a ser cumprida.”

moldura penal mais gravosa, onde juiz vai fazer refletir na medida concreta aplicável a censura pela prática dos restantes crimes. Os outros crimes vão servir como fator de agravação. O agente é punido pela mais grave moldura penal abstrata e os outros crimes que integram a continuação criminosa servem como fatores de agravação, como fatores de medida da pena. O art. 471º e 472º também se aplicam ao crime continuado.

22.03.18

Deve fazer-se uma aplicação conjugada do art. 30º, nº2 com o art. 79º. Na revisão de 2007 foi acrescentado o nº2 ao art. 79º que aponta para a relevância do conhecimento superveniente de condutas que integrariam o crime continuado. Se depois do trânsito em julgado se tem conhecimento de condutas que também integraram a continuação criminosa e que não foram conhecidas até ao trânsito em julgado, de acordo com o princípio da exasperação, é normal que o art. 79º, nº2 nos diga que é necessário refazer a moldura penal. No entanto, só vamos ter de refazer se algum desses atos for punível com uma moldura penal abstrata mais grave, só aí é que faz sentido fazer essa alteração da medida concreta da pena, devido ao fundamento do princípio da exasperação do art. 79º.

Há ou não efeito preclusivo do trânsito em julgado em relação ao crime continuado? Até 2007, havia a convicção de que mesmo que tivessem ocorrido mais atos, os demais atos que integravam a continuação criminosa ficavam abrangidos pelo efeito preclusivo do caso julgado. Assim, se tiverem ocorrido outros factos que não foram conhecidos pelo tribunal, em regra, tirando a situação de concurso, respeitava-se o efeito do caso julgado e aqui também havia esse respeito. Se os atos não tivessem sido conhecidos na decisão condenatória, mesmo que mais tarde fossem conhecidos, não os poderíamos ter em conta - efeito preclusivo do caso julgado. Em 2007, o Código foi alterado e o legislador passa a dizer que depois do trânsito em julgado se se conhecer a prática de algum ato que integra o crime continuado, ato esse mais grave do que os conhecidos, vamos ter que refazer a pena do crime continuado, porque se esse ato é mais grave, isso vai aplicar uma alteração na moldura penal abstrata e, de acordo com o princípio da exasperação, justifica-se que haja uma exceção ao efeito preclusivo do caso julgado.

Se depois do trânsito em julgado, pela condenação do art. 30º, nº2 e conhecida a prática de factos que deviam ter sido levados em conta, mas não foram, porque não conhecidos, o que fazer se forem de igual ou diminuta moldura penal abstrata? Uma leitura imediatista do art. 79º, nº2 dir-nos-á que esses factos não têm qualquer relevo para a punição. O que fazer quando os atos ocultos sejam de gravidade igual ou inferior àquele facto dentro da moldura penal abstrata em que se constrói a punição pelo crime continuado? Há quem defenda que esses factos que são conhecidos mais tarde, depois do trânsito em julgado, mas que não são de gravidade acrescida, antes igual ou inferior à moldura penal abstrata que determinou a punição do agente, devem ser tidos

em conta como fatores de medida de pena, como forma de punir mais gravemente o agente, porque não foram x os atos praticados, mas mais, logo, a punição necessariamente teria de ser uma punição mais severa. Esta posição se, do ponto de vista político-criminal, tem acerto, esbarra com a letra da lei, não tem o mínimo de correspondência. Não podemos defender esta posição que nos diz que os atos que integram o crime continuado de gravidade igual ou inferior devem ser tidos em conta para refazer a punição do crime continuado, porque há o efeito preclusivo do caso julgado e a única exceção que o legislador abre é quando a conduta conhecida posteriormente ao trânsito é mais gravosa. Se as condutas são de gravidade igual ou inferior, por muito que político-criminalmente digamos que era útil as conhecermos, a lei não nos permite fazê-lo, portanto, é uma conceção de rejeitar.

Bibliografia: Antunes, Maria João, op. cit., pp. 55-63. Costa, José de Faria, «Penas acessórias – cúmulo jurídico ou cúmulo material? [a resposta que a lei (não) dá]», in: RLJ, 136.º, n.º 3945 (2007), pp. 322-328. Dias, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 276-297. Monteiro, Cristina Líbano, «A pena «unitária» do concurso de crimes», in: RPCC, 16, 1 (2006), pp. 162, e ss.

DESCONTO:

O desconto vem previsto nos art. 80º a 82º e justifica-se por uma questão de justiça material, que se relaciona com a proibição constitucional do *ne bis in idem*. O desconto determina que quem já sofreu uma pena anterior, deve ver esse *quantum* de sofrimento devidamente descontado na nova pena a que vem a ser condenado. Não se trata de uma forma de punição da pena aplicável apenas a penas anteriores, o nosso CP consagra para medidas de coação processual detentivas da liberdade e até para a própria detenção enquanto medida cautelar e de polícia (art. 254º e seg. CPP). O legislador trata o desconto em artigos autónomos, distinguindo as medidas processuais e a detenção (art. 80º) das penas anteriores.

No art. 80º o legislador estabelece uma forma de desconto que é um desconto por inteiro. **Ex:** sujeito em prisão preventiva durante 1 ano e vai ser condenado numa pena de 6 anos, o tribunal quando profere a decisão condenatória vai já operar a medida do desconto por inteiro, terá de cumprir 5 anos. Isto justifica-se por razões de justiça material e porque entre a prisão preventiva e a prisão principal não há diferenças assinaláveis, embora a títulos jurídicos diversos. Quato à obrigação de permanência na habitação não é o mesmo, mas o agente também se encontra privado da liberdade de circulação. O *quantum* de sofrimento é equiparável.

O que interessa é o critério da unidade processual para procedermos a este desconto – **ex:** o agente é julgado por concurso de crimes, mas só é condenado por alguns, mas teve 1 ano em prisão preventiva, isto em nada impede que o desconto funcione. O que interessa é que haja uma condenação

para que o ano seja aproveitado em sede de desconto e que o agente logo na decisão condenatória veja esse tempo descontado. O que interessa é que a medida de coação processual que o agente sofreu seja determinado no âmbito do mesmo processo em que há a condenação, não interessa se ocorre por todos os crimes ou apenas por um deles.

O art. 80º, nº1, 2ª parte estabelece uma situação que até então não era objeto de qualquer desconto, mas que passa a ser. **Ex:** agente era arguido em 2 processos, à ordem de um deles teve 8 meses em OPH, estava também a responder por outro processo e não lhe foram aplicadas medidas de coação detentivas. No primeiro processo, o agente acabou por ser absolvido, no segundo processo o agente vai ser condenado a uma pena de prisão de 2 anos. Até 2007 não podíamos aproveitar os 8 meses em OPH, porque à ordem do processo em que ele esteve a cumprir a medida de coação detentiva, ele foi absolvido, o que a lei abre em 2007 é a possibilidade de este tempo em que o agente esteve privado de liberdade, seja aproveitado noutra processo em sede de desconto. A partir de 2007 isto é possível, mas de acordo com um critério temporal, constante no art. 80º, nº1, 2ª parte. Para que haja aproveitamento é necessário que a data da prática do facto por que foi condenado tenha sido anterior à decisão final do outro processo. O que se trata aqui não é de criar uma conta corrente a favor do condenado, o legislador foi sensível a esta circunstância. Só há possibilidade de se aplicar o desconto a outro processo quando aquele à ordem do qual o agente que cumpriu medida detentiva termine com decisão absolutória, no entanto, com o limite temporal, é necessário que a data da prática do facto seja uma data anterior à data da decisão à ordem do qual o agente esteve em medida de coação processual detentiva, porque na data de decisão já se deveria ter sabido que o agente estava a ser julgado por um potencial crime que teria cometido antes desta decisão. Compara-se a data da prática do facto do processo à ordem do qual é condenado com a data da decisão do processo à ordem do qual o agente esteve em medida de coação processual detentiva e foi absolvido.

O art. 80º, nº2 estabelece-nos a correspondência em sede de desconto quando as penas forem de natureza diversa. O art. 80º, nº1 parte do princípio que as penas são da mesma natureza, mas se forem de natureza diversa, aplica-se o disposto no art. 80º, nº2. Aqui o desconto é por inteiro, mas pode até ser superior à razão de 1 para 1. **Ex:** agente esteve 1 mês em OPH, mas foi condenado numa pena de multa, pelo menos 1 dia de privação de liberdade, vamos ter que retirar em 500 dias de multa os 30 dias em que o agente esteve em OPH, mas pode o juiz determinar que 1 dia de OPH equivale a 2 dias de multa, logo descontavam-se 60 dias.

O art. 81º diz respeito ao desconto de verdadeiras penas, sanções principais devidamente transitadas em julgado. Isto é possível no conhecimento superveniente do concurso (art. 78º, nº2, que manda aplicar as regras gerais de punição do art. 77º). Há um outro caso em que isso pode acontecer: no recurso

extraordinário de revisão (art. 499º e seg. CPP) sempre que depois do trânsito em julgado sejam conhecidos novos factos que ponham em causa a justiça da condenação anterior, havendo a possibilidade de se reabrir o processo, apesar de já ter transitado em julgado. Na nova pena tem que se descontar o tempo em que ele já esteve em cumprimento de pena. O art. 81º permite-nos fazer este desconto, mesmo relativamente a decisões já transitadas em julgado, em conhecimento superveniente do concurso e em recurso extraordinário de revisão. Se as penas forem da mesma natureza o desconto faz-se por inteiro, mas se a condenação for em pena diferente, o legislador dá uma discricionariedade vinculada ao juiz, fazendo-se de acordo com aquilo que ao tribunal parecer equitativo – remete-se para juízos de equidade.

Nos termos do art. 82º, qualquer que seja a medida de coação processual, desde que ela seja detentiva, ou pena anterior sofrida pelo agente no estrangeiro, também é para descontar. O art. 82º estabelece uma equivalência entre as medidas de coação e as penas cumpridas no estrangeiro para efeitos de desconto.

23.03.18

ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA:

A atenuação especial da pena é uma forma especial de determinação da pena. Se ela é tecnicamente uma CM atenuante, dúvidas não podem existir que esta forma de determinar a pena tem a particularidade de operar logo ao nível da moldura penal abstrata. Quando o legislador, seja no CP na parte geral, seja na parte especial, cria as molduras penais abstratas está a pensar numa infinidade de casos, em toda e qualquer situação que possa subsumir-se a um determinado tipo legal. Contudo, há situações especiais em que a moldura penal abstrata para o tipo legal de crime aparece-nos logo sensivelmente diminuída, daí a ideia de atenuação especial.

A atenuação especial da pena é conhecida desde os nossos Códigos em sentido moderno, bem como nas 3 ordenações do reino, normalmente ligada a considerações de culpa. Nos nossos primeiros CP de 1852 e 1886 já se fazia referência a este instituto como “atenuação extraordinária da pena” – esta designação ainda hoje é útil, porque nos permite perceber o que está em causa: este instituto é de aplicação extraordinária. O nosso legislador na versão originária do CP 1982 considerava que a atenuação especial da pena se justificava apenas por razões de menor ilicitude ou de menor culpa, contudo, esta ideia de que só a ilicitude ou só a culpa, ou ambas, justificavam uma atenuação especial da pena, era uma ideia incompleta, porque muitas vezes também contende com questões de prevenção. Deste modo, em 1995, Figueiredo Dias conseguiu com que hoje, quando lemos o art. 72º CP³⁸, tenhamos 3 razões justificativas da atenuação especial da pena: diminuição acentuada da ilicitude

³⁸ Artigo matricial que determina quando é que o juiz está autorizado a atenuar especialmente a pena.

ou da culpa ou das exigências da prevenção. “A diminuição da culpa ou das exigências da prevenção só poderá ser considerada acentuada quando a imagem global do facto, resultante da atuação das circunstâncias atenuantes, se apresente com uma gravidade tao diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respetivo.”

A atenuação especial da pena é uma figura de aplicação extraordinária. No art. 72º, nº1 a palavra “circunstâncias” não está a ser usada em sentido técnico-jurídico, mas enquanto factos. A última parte do art. 72º, nº1 não constava da versão originária e, em 1995, foi acrescentada, devido a Figueiredo Dias.

No art. 72º, nº2 o legislador utiliza uma técnica que nos indica fatores de atenuação especial da pena, isto é, temos uma técnica dos exemplos-padrão. No art. 72º, nº2 temos “circunstâncias” como conjuntos de factos e não em sentido técnico-jurídico. No art. 72º, nº2 temos o adverbio “nomeadamente”, introduzindo exemplos. No art. 72º, nº1 temos os fundamentos, mas o legislador ciente de que se ficasse por aqui, esta norma teria muitas dificuldades de aplicação e poderia levantar problemas de constitucionalidade, na vertente da legalidade, mais concretamente, quanto à taxatividade ou determinabilidade legal, introduziu os exemplos do nº2. Estes vários exemplos-padrão têm todos a uni-los as circunstâncias que estão no nº1 – **ex:** art. 72º, nº2, al. d, o que é “ter decorrido muito tempo”? Tem de ser casuisticamente determinado pelo juiz. “Boa conduta” é não praticar crimes. A ilicitude e a culpa são aferidas no momento da prática do facto, aqui temos de atender ao que ocorreu depois do crime, o que justifica são as necessidades de prevenção.

Às vezes, encontramos uma linha de fronteira nem sempre fácil de distinção entre a atenuação especial da pena e de tipos justificadores ou de causas de exclusão da culpa. O art. 72º nestes casos é para aplicar quando não estão preenchidos os requisitos dos tipos justificadores ou de uma causa de exclusão da culpa, porque nesses casos nem sequer há crime.

O art. 72º, nº3 é ainda uma concretização do princípio da proibição da dupla valoração do art. 71º, nº1, porque nos diz que numa determinada situação podemos ter o preenchimento do que mais do que uma alínea do art. 72º, nº2 e, por isso, quando isso aconteça, quando haja uma concorrência de factos que se apliquem a uma determinada situação jurídica, não podemos aplicar varias vezes esta atenuação especial, só a devemos aplicar uma vez. Isto tem que ver com o que também está dito no art. 72º, nº1, isto está previsto na parte geral, mas há uma serie de normas na parte especial em que o legislador manda atenuar especialmente a pena a propósito de concretos tipos legais de crime –

ex: art. 368ºA, nº7³⁹, temos um caso de um tipo legal de crime em que se prevê uma atenuação especial da pena e que não tem que ver com o art. 72º, que é para as circunstâncias que não contam da parte especial do CP. O que o art. 72º, nº3 diz é que não se pode cumular esta atenuação com outras previstas na parte especial ou em legislação extravagante. O art. 72º, nº2 apenas nos dá alguns exemplos de casos de atenuação especial da pena, o que não quer dizer que não possam haver outros casos que se subsumam ao mesmo.

Existem 2 grandes tipos de atenuação especial da pena, a chamada facultativa e a obrigatória. Sempre que o legislador utiliza a expressão “a pena é especialmente atenuada”, essa atenuação é obrigatória, o juiz não tem que fazer nenhum juízo de avaliação do caso concreto, é o caso do art. 368ºA, nº7 e do 364º. Não há qualquer espaço para o juiz dizer que não aplica a atenuação especial da pena. Mas também há casos de atenuação especial facultativa, é o caso do art. 368ºA, nº 8 e 9 (“a pena pode ser especialmente atenuada”). Nestes casos, o juiz tem a liberdade de atenuar ou não, consoante aquilo que ache adequado ao caso concreto.

Como é que se faz a atenuação especial da pena? A resposta consta do art. 73º CP. Na versão originária do Código de 1982, a lei referia-se apenas à atenuação especial da pena de prisão, não havia atenuação de pena de multa, coisa que em 1995 foi corrigido (e bem). O art. 73º, nº2 não constava da redação originária do Código, foi também introduzido em 1995, sendo este um preceito que nos parece evidente, mas que durante algum tempo deixou a jurisprudência dividida. Perguntava-se se a pena que resultava da atenuação podia ou não ser acompanhada de uma pena de substituição, havia tribunais que entendiam que não, pois a pena já estava atenuada e outros que, pelo contrário, entendiam que não havia nada que impedisse a sua aplicação, foi esta última a teoria plasmada no CP. De uma forma incorreta, o legislador refere “nos termos gerais”, o que não faz sentido. O juiz pode atenuar especialmente a pena, porque a culpa, a ilicitude ou a prevenção surgem diminuídas e pode ainda aplicar uma pena suspensa.

DISPENSA DE PENA:

A dispensa de pena é uma forma de determinação especial da pena e tem uma consagração legislativa no art. 74º CP. Ela é dogmaticamente importante, porque a conceção que hoje temos do princípio da culpa é uma conceção unilateral ou unívoca, significa isto que não pode haver culpa sem pena, mas pode haver culpa sem pena. “A culpa é pressuposto e limite da pena, mas não seu fundamento.” Nestas hipóteses, o agente pratica um crime em que há um

³⁹ O crime de branqueamento é um crime dual: só há branqueamento quando há um delito antecedente (*predicate offence*), o agente provou desta forma que a culpa dele se procurou diminuir, mas que sobretudo se diminuíram as necessidades de prevenção.

comportamento humano que é típico, ilícito, culposo e punível.⁴⁰ A dispensa de pena contende com a ideia da não necessidade de pena. O facto de o legislador ter querido autonomizar o art. 74º é um bom argumento para os que defendem que a punibilidade é uma categoria autónoma.

A dispensa de pena é uma construção alemã, o parágrafo 60 do CP alemão é manifestação de um princípio unilateral da culpa. Pode haver um caso em que o agente pratica um crime, mas em que no fim o tribunal considera que não se justifica a aplicação de uma pena por exclusivas razões de prevenção geral e especial. Tal como a atenuação especial da pena, a dispensa de pena pode estar prevista na parte geral do CP (art. 74º), mas também há uma série de casos previstos na parte especial.

Estamos a falar de criminalidade bagatelar, crimes pouco graves, o 74º diz que só pode haver lugar à dispensa de pena relativamente a crimes puníveis com pena de prisão não superior a 6 meses ou com pena multa não superior a 120 dias. São crimes com potencial ofensivo reduzido. Só há dispensa de pena quando há decisão condenatória que é inscrita no registo criminal. Se alguém for condenado em pena, dispensada que seja essa pena, nunca entra para efeitos de reincidência, mas também nunca poderia entrar, porque estamos a falar de crimes puníveis não superiores a 6 meses e apenas temos em conta aqueles que são puníveis com pena superior a 6 meses para a aplicação da reincidência. Não é só este requisito formal da moldura penal abstrata, mas tem também de se preencher cumulativamente as alíneas do art. 74º, nº1.

A dispensa de pena é um instituto de aplicação rara, porque os crimes a que se pode aplicar são poucos e as exigências são acrescidas. Na al. b, ao contrário do que acontece no art. 72º, nº2, al. e⁴¹ (em que basta que o agente se esforce por reparar as consequências do crime, podendo nunca o conseguir), aqui o dano tem de ser efetivamente reparado e há crimes em que isso não é possível pela sua natureza. A dispensa de pena do art. 74º tem requisitos muito exigentes.

Nos termos do art. 74º, nº2, se a reparação do dano ainda não ocorreu, mas se é expectável que ocorra dentro de um prazo máximo de 1 ano, a lei prevê um adiamento da sentença. O juiz vai fixar data para dali a um ano ler a sentença, recaindo um ónus sobre o arguido de vir provar que durante um ano conseguiu reparar o dano. O processo vai ficar em suspenso durante o prazo máximo de um ano, porque há boas razões para crer que o dano será reparado. A lei quer ao máximo que os danos sejam efetivamente reparados.

A dispensa de pena pode ser obrigatória ou facultativa. No art. 186º, nº1 CP (“o tribunal dispensa de pena”), a dispensa de pena pode ultrapassar a moldura penal do art. 74º, porque se o art. 180º prevê uma punição com prisão

⁴⁰ “Trata-se de um caso especial de determinação da pena, em que a sentença que decreta a dispensa da pena é uma sentença condenatória (art. 375º, nº3 e 521º CPP).”

⁴¹ Fazer remissão com ≠.

até 6 meses, estes podem ser agravados, nos termos do art. 183º. Mesmo no caso de difamação com publicidade em que a moldura penal abstrata ultrapassa os 6 meses, não há necessidade de prevenção geral e especial. O regime do art. 74º é uma dispensa de pena geral, mas há dispensas de pena na parte especial ou em legislação extravagante que se podem aplicar a molduras penais abstratas superiores a 6 meses de pena de prisão ou 120 dias de pena de multa. Trata-se de uma dispensa de pena obrigatória, um poder-dever que impende sobre o juiz, não é uma mera faculdade. O art. 278ºB, nº2 (neocriminalização em 2010) é também uma dispensa de pena obrigatória. O art. 278ºB, nº1 prevê uma dispensa de pena facultativa, bem como o art. 143º, nº3. Na dispensa de pena obrigatória, verificados os seus requisitos, o juiz não tem qualquer liberdade e tem de aplica-la, na dispensa de pena facultativa o juiz tem liberdade para decidir se no caso concreto isso acontece ou não.

Nos termos do art. art. 74º, nº3, *quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1.* “Outra norma” terá de ser da parte especial ou de legislação extravagante, quando estamos perante uma dispensa de pena facultativa. Se estivermos perante uma situação do art. 143º, nº3, que é uma dispensa facultativa de pena, não podemos limitar-nos a aplicar este artigo, temos sempre de aplicar os requisitos do art. 74º, nº1. Quando há uma dispensa de pena facultativa na parte especial ou em legislação extravagante não basta que hajam os requisitos da norma, tem de ser conjugado com o art. 74º, nº1.

Bibliografia: Antunes, Maria João, op. cit., pp. 63-68. Dias, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 297-324

INSTITUTOS DE NATUREZA ESPECIAL

Liberdade condicional:

“O instituo da liberdade condicional surge como uma providencia que, procurando responder ao aumento significativo da reincidência observado no segundo quartel do séc. XIX, visava essencialmente promover a ressocialização de delinquentes condenados a penas de prisão de media ou de longa duração através de da sua libertação antecipada e, deste modo, de uma sua gradual preparação para o reingresso na vida livre. O agente, uma vez cumprida parte da pena de prisão a que foi condenado, vê cair sobre ele um juízo de prognose favorável sobre o seu comportamento futuro em liberdade, eventualmente condicionado pelo cumprimento de determinadas condições que lhe são aplicadas. Foi, desta forma, uma finalidade específica de prevenção especial positiva ou de socialização que conformou a intenção politico-criminal básica da liberdade condicional desde o seu surgimento.”

A liberdade condicional remonta ao último quartel do sec. XIX, em consequência de se ter assistido um pouco por toda a Europa a um aumento da reincidência e os legisladores tentarem atuar contra este aumento. Bonneville de Marsangy foi o juiz da mais alta instância em França que introduziu no espaço europeu a liberdade condicional em 1846. Este juiz procurou encontrar um instituo jurídico que pudesse combater o aumento da reincidência e para isso foi se inspirar no instituto francês da *liberté préparatoire/provisoire*, mas não ficou só por estudar o Direito Penal francês, foi também buscar influencia a uma figura que já existia no DP mediável chamado *tickets of leave* e da conjugação destes 2 institutos nasce a liberdade condicional. Nos finais de 1800 nasce em França a liberdade condicional, o primeiro país da Europa que cria uma lei da liberdade condicional.

O objetivo da liberdade condicional nasce imbuída no espírito de combate à reincidência. Provavelmente a dificuldade que existia devia-se ao facto de as pessoas, principalmente os condenados que cumprem penas de prisão longas, saírem automaticamente das prisões mal terminasse as suas penas. Para evitar a reincidência procurou-se então, antes do fim da pena, reservar um período de tempo em que o individuo é libertado mais cedo e vai ser acompanhado nessa liberdade antecipada, daí a ideia de liberdade preparatória para a liberdade plena. A liberdade condicional é uma antecâmara para a liberdade plena, é um período de tempo em que o condenado é libertado antes de terminar de cumprir a sua pena e vai ser acompanhado por técnicos ou vai ter uma regra de injunções, deveres, regras de conduta que lhe vão permitir fazer uma transição mais suave para a liberdade plena. Esta ideia foi aceite pelos Estados e Portugal também foi dos primeiros países, em 1893, a ter a primeira lei de liberdade condicional. Mostrou-se que esta aplicação da liberdade condicional tinha virtualidades, era mais um instrumento de luta contra a reincidência.

O regime concreto da liberdade condicional vai variando de país para país. Somos dos países da Europa que tem um sistema de liberdade condicional mais suave, porque temos uma liberdade condicional obrigatória, até um ponto em que o juiz é obrigado a libertar o condenado. Os últimos anos têm sempre de ser cumpridos em liberdade condicional. Alguém que é condenado a uma pena superior a 6 anos, ao fim do cumprimento dos 5/6 é colocada em liberdade condicional (art. 61º, nº4). Esta liberdade condicional é impropriamente chamada obrigatória, porque há um algo que pode impedir a aplicação da liberdade condicional do art. 61º, nº4, que é a vontade do condenado - não pode haver liberdade condicional se o condenado não quiser, isto é, sem o seu consentimento (art. 61º, nº1). A pena para além de ser uma pretensão do Estado, é também um direito do condenado, aqui está uma manifestação desse direito, o direito de não querer beneficiar da liberdade condicional, porque pode considerar que os fins da pena se cumprem melhor no estabelecimento prisional do que fora.

O nosso regime de liberdade condicional foi variando ao longo do tempo e hoje estabilizou num conjunto de requisitos: não há possibilidade de liberdade condicional em penas que sejam inferiores ou iguais a 6 meses, a partir de 6 meses é possível, menos do que 6 meses nunca é possível a liberdade condicional. As penas que se apliquem com duração inferior a 6 meses são penas que são absolutamente essenciais para a comunidade, porque o nosso país luta o mais possível contra as penas curtas de prisão, porque as grandes vantagens da pena não se sentem e, à partida, o condenado vai ficar pior, a não ser que tenhamos uma conceção que é típica dos países do norte da Europa, que defende a aplicação de penas curtas de prisão. O nosso ordenamento jurídico defende que as penas curtas de prisão, em si, são um mal, daí termos penas de substituição, mas há países do norte da Europa que defendem a política dos 3 Ss: *short, sharp and shock*, esta é uma conceção que não defendemos em Portugal e que é uma conceção da Escandinávia, principalmente para a criminalidade de colarinho branco. Em Portugal, o legislador só permite a pena curta de prisão em última instância.

Quando é que libertamos alguém condicionalmente? Não é o juiz de condenação que aplica a pena de prisão, são os tribunais de execução da pena.

1. Tem de haver consentimento do condenado (art. 61º, nº1);
 2. Cumprimento mínimo de 6 meses de pena de prisão;
 3. Cumprida que esteja metade da pena e no mínimo 6 meses (art. 61º, nº2);
 4. Não se oponham à libertação razões de prevenção geral;
 5. Não se oponham à libertação razões de prevenção especial (art. 61º, nº2, al. a) – prognose de exacerção, ou seja, possibilidade de o juiz concluir que em função do percurso que o condenado teve no EP é de prever que este agente em liberdade condicional vai cumprir as injunções e regras de conduta que lhe vão ser impostas.
- Só quando tudo isto se verifica é que o condenado pode sair em liberdade condicional, cumprida que esteja metade da pena.

05.04.18

A liberdade condicional é uma forma de adaptação à liberdade plena. Para além de ser um instituto de natureza especial, é um incidente de execução da pena de prisão, enquanto incidente que é, é uma questão que se levanta no âmbito de um processo em curso ou então de um processo a empreender (preliminar, antes mesmo de a ação vir a ser julgada) – **ex**: incidente de liquidação de sentença (não se sabe o *quantum* da indemnização, o tribunal condena o arguido em montante a determinar em liquidação de sentença). Este incidente é um conjunto de atos processuais encadeados, é um incidente porque surge no decurso do cumprimento de uma pena de prisão já transitada em julgada. É um incidente de execução, porque a partir do momento que a decisão transita em julgado, já estamos na fase executiva, fase em que há o cumprimento efetivo da pena. Não há liberdade condicional em sede de multa. À prisão

subsidiária (art. 49º, nº1) não se aplica a liberdade condicional, é um instituto privativo da pena de prisão.

O nosso sistema de liberdade condicional consagra uma série de requisitos para que possa aplicar-se a liberdade condicional. A competência para a sua aplicação é dos Tribunais de Execução de Penas (TEP - Porto, Coimbra e Lisboa – as que sejam julgadas nas RA são em Lisboa – “art. 470º, nº1 e 477º, nº1 CPP, art. 138º, nº4, al. c do CE e 114º, nº3 da LOSJ + art. 173º e seg. CE”). A liberdade condicional, nos termos do art. 61º, nº1, só pode ser aplicada com o consentimento do condenado, já que o condenado pode entender que o processo de ressocialização se consegue de uma melhor forma, estando ele a cumprir a totalidade da pena de prisão. A pena, para efeitos de filosofia do sistema, é também um direito do condenado. Exige-se este consentimento por razões até pragmáticas, se o condenado estivesse mais interessado em não estar em liberdade condicional, esta não faria sentido.

Uma outra questão é: pode acontecer que na altura da prolação da decisão condenatória o condenado já esteja em condições de beneficiar da liberdade condicional ou que com a decisão condenatória o condenado já não tenha mais nenhuma pena a cumprir – **ex**: condenado a 3 meses de prisão, mas esteve 10 meses em prisão preventiva, o condenado já não vai ter mais nenhuma pena a cumprir, nos termos do art. 80º, nº2. // Alguém é condenado a 2 anos de prisão e já tinha estado em prisão preventiva 1 ano, sabemos já que o juiz no momento de prolação da decisão vai ter de proceder ao desconto e o que lhe faltará cumprir é um ano, neste caso, já está o condenado em situação de poder, eventualmente, beneficiar da liberdade condicional, porque metade de um ano são 6 meses e o agente já esteve em medida coativa de prisão preventiva mais do que 6 meses, logo, os requisitos do art. 61º, nº2 podem já estar formalmente cumpridos no momento da prolação da decisão. Quem é que numa situação como estas tem competência: o tribunal do julgamento ou o de TEP? Tudo indica que seja o TEP, porque nos termos do Código da execução de penas e medidas privativas da liberdade é uma competência exclusiva.

Pode haver ligação entre a liberdade condicional e o instituto do desconto – **ex**: alguém é condenado a 10 anos de prisão e esteve 2 anos em prisão preventiva, o juiz vai ter que proceder ao desconto, nos termos do art. 80º, nº1, mas como é que o vai fazer para efeitos de liberdade condicional? Aquilo que nos surgiria como mais imediato era que o agente iria cumprir 8 anos de prisão - mas quando é que pode sair em liberdade condicional? Se contabilizarmos o período tendo em conta o desconto, o primeiro momento em que se pode colocar a questão é ao fim de 4 anos - o TEP um mês antes de chegar a metade da pena começa a organizar o processo. Se for este o sistema, o agente esteve privado de liberdade durante 6 anos e isso não é metade da pena a que o agente foi efetivamente condenado, será mais. O instituto do desconto não se pode fazer desta forma, porque isso levaria a que o agente cumprisse sempre mais tempo de pena de prisão. A sentença condenatória é de 10 anos, o tempo é descontado

e terá de cumprir 8 anos, mas, para efeitos de liberdade condicional, o TEP vai ter de trabalhar com a condenação inicial e é a partir dela que vai determinar a metade da pena, os 2/3 e os 5/6. A ligação do desconto com a liberdade condicional opera-se sempre tendo em conta a efetiva condenação do agente, porque se não for assim, se fizermos operar a liberdade condicional após o desconto, o agente será sempre prejudicado, terá de cumprir uma pena de prisão que não corresponde a metade da pena de prisão efetiva a que foi condenado.

Outra questão levanta-se ainda relativamente às medidas de graça. Há pressupostos negativos da punição, isto é, institutos jurídicos que a ocorreram impedem a aplicação de qualquer sanção criminal – **ex**: morte, prescrição do procedimento criminal, prescrição da pena ou da medida de segurança, queixa, etc. As medidas de graça são: amnistia, indulto e o perdão genérico. **Ex**: o agente foi condenado a 2 anos de prisão e, entretanto, há uma lei que determina um perdão genérico, o que levaria a que só tivesse de cumprir 6 meses de prisão, já que houve um perdão de 1 ano e 6 meses – este condenado pode ou não beneficiar de liberdade condicional? Em relação aos 6 meses será que o agente pode beneficiar da liberdade condicional a metade da pena?

Temos jurisprudência divergente, há certos acórdãos que defendem que o que releva é a pena a que o agente foi condenado, por isso, admitem a concessão, porque a partir do momento em que o legislador perdoa, tudo se passa como se o condenado tivesse cumprido a pena, por isso não falta o requisito mínimo dos 6 meses. Há uma outra corrente, que o prof. considera preferível, que defende o contrário: o Estado dispensa o exercício do seu poder punitivo ao conceder o perdão genérico e o período mínimo de cumprimento de pena de 6 meses tem um sentido, permitir que o próprio sistema prisional veja como é que o condenado evoluiu na sua personalidade para poder fazer a prognose de exarcelação, o juízo favorável do ponto de vista da prevenção especial - como é que é possível fazê-lo se o indivíduo não recorreu um único dia ao estabelecimento prisional? Não significa que haja uma parificação entre o tempo do perdão genérico e o tempo de cumprimento efetivo de pena de prisão, por isso, aqui estaria vedada a aplicação da liberdade condicional. O prof considera este entendimento mais correto, até de acordo com um elemento teleológico, pois se a liberdade condicional se trata de uma antecâmara da liberdade, se o condenado não esteve dia nenhum privado da liberdade, qual será o objetivo da liberdade condicional nesse caso?

No art. 61º, nº2. al. a temos, desde 1995, uma redação da lei que é bastante diferente da versão originária, em 1982 a lei falava no “bom comportamento prisional”, conceito moralista que dava uma grande margem de liberdade ao juiz do TEP. A liberdade condicional exige um parecer técnico do EP, em que tem assento o diretor do EP ou em quem ele delegue, o chefe dos guardas prisionais ou em quem delegue e o técnico de reinserção social que está a acompanhar o recluso, no sentido de dizer se na sua perspetiva o requisito da prevenção especial está ou não verificado. Mas há crimes que, pela sua

gravidade intrínseca, muito dificilmente podem levar a liberdade condicional ao fim do cumprimento de metade da pena (**ex:** homicídio, abuso de menores), mesmo que o parecer seja favorável, porque aí o juiz tem sempre o outro requisito da prevenção geral e, nesses casos, a sociedade não se sentiria segura e essa decisão repugnaria a comunidade. O condenado volta a ser “julgado”, se é um condenado que já tem uma longa carreira criminal, no requisito de prevenção especial isso será considerado, é a lei que manda atender à vida anterior do condenado. A al. b prevê o critério da prevenção geral, ainda podemos encontrar um resquício, o ordenamento jurídico não está devidamente protegido se se admitir uma liberdade condicional a metade da pena.

Há um outro momento obrigatório da liberdade condicional, estando cumpridos 2/3 da pena (art. 61º, nº3). É natural que os requisitos sejam cada vez menos exigentes, porque aquele agente já esteve mais tempo privado de liberdade. Na liberdade condicional a 2/3 já não se exige o requisito da prevenção geral, mas exigem-se todos os outros. Já se parte do princípio que, uma vez que já estão cumpridos 2/3 da pena, a questão da prevenção geral já está ultrapassada, pro isso, é mais fácil a concessão da liberdade condicional.

Temos um outro momento de liberdade condicional, o da libertação a 5/6 da pena. Trata-se um momento meramente eventual, no sentido em que só se aplica a situações em que a medida concreta da pena seja superior a 6 anos, às penas de prisão até 6 anos (inclusive) não se aplica. A partir de 6 anos e 1 dia já terá de sair em liberdade condicional cumpridos que estejam 5/6 da pena (art. 61º, nº4). A lei apenas exige o consentimento do condenado, pois tudo o resto já está subentendido. O único requisito que pode obviar à sua aplicação é não querer o condenado ser colocado em liberdade condicional.⁴²

Quanto tempo é que dura a liberdade condicional? A regra é que dura o tempo que faltar cumprir da pena de prisão, no entanto, em alguns casos, a lei coloca um limite de 5 anos. Ninguém está mais do que 5 anos em liberdade condicional, o remanescente da pena a lei diz que se considera extinto (art. 61º, nº5). “5 anos corresponde ao tempo considerado suficiente para se poder afirmar que o condenado conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes.”

A liberdade é condicional, porque o seu regime implica que o condenado tenha uma serie de limitações a direitos, alguns deles direitos fundamentais, durante o período da liberdade condicional (art. 64º). O art. 64º é decalcado do regime de uma pena de substituição, que é a pena suspensa. A pena suspensa, nas suas várias modalidades (art. 50º e seg. – suspensão simples, suspensão

⁴² Maria João Antunes refere que “por contraposição ao disposto nos nº2 e 3 do art. 61º, a liberdade condicional aos 5/6 é denominada liberdade condicional obrigatória, o que encontra justificação na circunstância de não depender da verificação de qualquer pressuposto material de concessão. A denominação não contende, porém, com o pressuposto do consentimento do condenado.”

com deveres, suspensão com regras de conduta, suspensão com regime de prova), vai nos dizer quais são as concretas injunções que o tribunal pode impor ao libertado condicionalmente, daí que o art. 64º remeta para as injunções da pena suspensa.

06.04.18

Para que haja conhecimento superveniente do concurso é necessário que os crimes ocultos tenham sido praticados antes da data da condenação e tenham também transitado em julgado, se tiverem sido praticados a partir da condenação (antes ou depois do transito em julgado) já não há conhecimento superveniente do concurso. Se os crimes foram praticados já depois da condenação, então não há lugar à aplicação do art. 78º, mas há lugar à aplicação sucessiva de penas, ou seja, o agente vai cumprir as 2 penas cumulativamente. Isto tem também efeitos ao nível da liberdade condicional, afinal, como é que esta opera numa situação de **cumprimento sucessivo de penas**? O art. 63º prevê um sistema de somas. O agente está ligado a um processo, cumpre pena à ordem de determinado processo e vai cumprir a pena que tiver transitado em julgado primeiramente. Ao fim de metade da soma das 2 penas estará em condições de beneficiar da liberdade condicional, estando o TEP em condições de se pronunciar quanto à LC em ambos os processos. Quando há cumprimento sucessivo de penas utiliza-se o sistema de somas, o condenado começa a cumprir a pena à ordem do processo que tiver transitado em julgado primeiro, quando chegar a metade do cumprimento desliga-se e cumpre a pena do outro processo e, ao fim de metade da pena deste segundo processo, o TEP está em condições de se pronunciar sobre a LC. Basicamente, somam-se as penas e divide-se por metade.

Os 3 momentos de apreciação de liberdade condicional aplicam-se aqui também. Sempre que da soma das 2 penas chegemos a uma medida concreta superior a 6 anos, também o agente beneficia do regime da liberdade condicional a 5/6. Quando não opera o conhecimento superveniente do concurso, há uma situação de cumprimento sucessivo de penas, a este cumprimento também se aplica o regime da LC, nos termos do art. 63º, seguindo-se um sistema da soma. Se o TEP se pronunciasse por cada um dos processos, não faria sentido em termos de ressocialização, o tempo de adaptação à liberdade perder-se-ia, porque o condenado voltaria ao EP. Quando não há conhecimento superveniente de concurso, pode haver cumprimento sucessivo de penas. Pode o agente cumprir mais do que 25 anos de prisão, mas isso não viola os limites máximos da pena de prisão, porque vai cumprir à ordem de processos diferentes em cumprimento sucessivo de penas. Assim, é possível que tenhamos pessoas que cumpram mais do que 25 anos de prisão, desde que à ordem de processos diferentes, em que não foi possível elaborar o conhecimento superveniente do concurso, mas o cumprimento sucessivo de penas.

O art. 62º surgiu em 2007 e suscitou alguma polémica quando foi introduzida, surgindo em virtude da sugestão de quem era, na altura, o Provedor

de Justiça, bem como por recomendações do Conselho da Europa. Esta disposição prevê o regime de **antecipação da liberdade condicional**.⁴³ Este regime determina que um ano antes do momento normal da LC o condenado possa pedir ao TEC que esse ano que lhe falta cumprir para chegar a metade da pena não seja cumprido no EP, mas no seu domicílio ou outro lugar que escolha, mediante obrigação de permanência em habitação com vigilância eletrónica. Para que o tribunal conceda a antecipação à LC tem de se verificar os mesmos requisitos que se aplicariam à LC a metade da pena: consentimento, metade da pena e juízo de prognose favorável em termos de prevenção geral e especial. Se o tribunal concede a antecipação da liberdade condicional, o agente fica em OPH com vigilância eletrónica e, ao fim do ano, o tribunal de execução das penas vai ter de se voltar a pronunciar sobre a LC.

Normalmente, se o TEP concede a antecipação à LC, com base nos requisitos do art. 61º, nº2, normalmente, a LC também é concedida, porque os requisitos são exatamente os mesmos. Ainda assim, o condenado vai ser acompanhado pelos técnicos da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) e, se o relatório for favorável, a LC é concedida, mas se as coisas não correrem bem (**ex**: corta a pulseira), é revogada a antecipação da LC e o agente volta para o EP, porém há outros incumprimentos menos graves (**ex**: vai passear e estava em OPC), que não determinam a revogação da antecipação da LC, mas que depois vão ser valorados no momento da concessão da LC.

Os tribunais aceitaram mal esta alteração legislativa, discordam dela, porque, este instituto, que aparece com uma capa de ressocialização do agente, tem por detrás uma questão económica, já que durante esse ano o Estado não tem de providenciar pelas despesas do condenado - o custo é cerca de 1/3 menor. Esta medida foi encarada como mais economicista do que voltada para a ressocialização. Os seus números são muito reduzidos, porque os juízes entendem que os requisitos não estão preenchidos. Para além do mais, quando o instituto foi criado, ele levantou uma dúvida na jurisprudência: aplica-se aos 3 momentos da LC ou, pelo contrário, só se aplica ao momento da liberdade condicional a 2/3 ou a 5/6? Houve vários TR que disseram que nunca se pode aplicar em relação a metade da pena, porque ainda se está numa fase incipiente do cumprimento da pena, logo, ainda não houve tempo para os EP saberem se o cumprimento do agente no EP é favorável ou não. Isto levou a que o STJ tivesse de se pronunciar em sede de Uniformização da Jurisprudência no sentido de que a lei não estabelece qualquer distinção, por isso, não é verdade que a antecipação da LC só se possa aplicar 1 ano antes do cumprimento de 2/3 ou

⁴³ Se a liberdade condicional já é uma antecipação à liberdade plena, a antecipação da liberdade condicional é uma antecipação à antecipação da liberdade plena, uma antecâmara da liberdade condicional, é uma adaptação dupla/ao quadrado da liberdade plena.

5/6 da pena – Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ de 14/2009, 20 de novembro.⁴⁴

Será que há liberdade condicional em relação à prisão subsidiária? O problema só se levanta se a prisão subsidiária tiver duração superior a 6 meses, logo, teremos de estar a falar de uma pena de multa elevada para que reduzida a 2/3 dê lugar a uma pena de prisão superior a 6 meses. A resposta é negativa, não há LC em relação à prisão subsidiária, embora a lei não tome posição definida sobre a matéria e, embora Figueiredo Dias defenda o contrário. Este defende que a LC pode existir quanto à prisão subsidiária, porque considera que a prisão como pena principal e a prisão subsidiária, na prática, traduzem-se na mesma coisa, em privação do *ius ambulandi*, portanto, se as finalidades da LC são a antecipação à liberdade plena, essa teleologia existe quer estejamos a falar da prisão como sanção principal, seja como prisão subsidiária ou sucedânea - onde a racionalidade é a mesma, a solução também deve ser a mesma. Esta posição é contrariada por Maria João Antunes e parece bem pelo prof, desde logo, pela diferente natureza dogmática desta prisão subsidiária. A prisão subsidiária é uma sanção penal de constrangimento (ideia de que o condenado em pena de multa tem uma espada em cima da cabeça), por isso, ela não é uma verdadeira pena de prisão, a pena principal é a pena de multa, trata-se de uma sanção de última *ratio*. A pena de prisão é tao politico-criminalmente indesejável, como necessária. Então, a finalidade não é a mesma, são figuras dogmáticas diferentes, logo, não deve o agente beneficiar da LC. O prof acrescenta ainda que a impossibilidade de se aplicar a LC à prisão subsidiária é uma forma de reforçar a sanção penal de constrangimento, porque, desde modo, o agente não só sabe que se não liquidar a pena de multa vai para a prisão, como também não beneficia da LC (e bem), porque, na base, a pena não é uma pena de prisão e a LC não está pensada para a pena de multa. Há um reforço contrafáctico desta ideia.

Quanto à liberdade condicional a 5/6 é uma liberdade em que o juiz tem um papel de mero tabelião, de mero notário, de ver se o condenado cumpriu os 5/6 e se ele consente. Durante algum tempo houve dúvidas na jurisprudência quanto a saber o seguinte: o Código de Execução de Penas e de Medidas Privativas da Liberdade prevê a possibilidade de saídas, hoje chamadas de saídas jurisdicionais e administrativas. O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ 3/2006, de 9 de janeiro, diz respeito à questão da LC concedida a 5/6 e a dúvida que existia estava relacionada com o facto de que na concessão das saídas jurisdicionais e administrativas o condenado nem sempre se apresenta no EP a dia e horas, havendo um incumprimento da saída que lhe foi concedida. A dúvida que surgiu foi a de saber como é que se entra em linha de conta com os períodos de ausência não autorizados? **Ex:** no total de

⁴⁴ «O período de adaptação à liberdade condicional previsto no artigo 62º do Código Penal, pode ser concedido, verificados os restantes pressupostos, a partir de um ano antes de o condenado perfazer metade, dois terços ou cinco sextos da pena, com o limite de cumprimento efectivo de um mínimo de 6 meses de prisão».

cumprimento da pena o condenado teve varias saídas administrativas e judiciais e, no cômputo global das várias, teve 3 dias de ausência ilegítima, a dúvida dos tribunais era a de saber se esse tempo era para ser descontado ou não, os 5/6 atingiam-se ao fim da pena ou se se tinha de ter também em conta aqueles dias em que aquele teve ilegitimamente ausente. O STJ decidiu que esse tempo não é para se descontar, o que interessa é a pena a que foi condenado, mesmo que agente tenha tido momentos de ausência ilegítima, não entram no cômputo dos 5/6⁴⁵ – o prof. não concorda e destaca o voto de vencido de Simas Santos.

O regime de LC implica que o condenado fique sujeito a um conjunto de injunções, decalcadas da pena suspensa, daí a remissão do art. 64º para o art. 52º. Está estruturado em regras de conduta de caráter positivo (52º, nº1) e de caráter negativo (art. 52º, nº2). Estas regras de conduta visam a reintegração social do agente. As regras que são indicadas são meramente exemplificativas, o TEP pode estabelecer outras regras que considere adequadas para aquele caso concreto. Há ainda a remissão para o art. 53º, nº1 e 2, o tribunal pode fixar a cumulação do plano com regras de conduta do art. 52º. Há ainda remissão para o art. 54º, dizendo este respeito ao plano de reinserção social e ao tipo de obrigações podem ser aí incluídas.

Há também uma remissão para as al. a a c do art. 55º, estando este artigo pensado para as situações em que há incumprimento por parte do agente das obrigações que lhe são impostas e o mesmo pode acontecer durante o período da LC. Nos termos do art. 55º, aplicado por via do art. 64º, nº1, o legislador pretende que a revogação da liberdade condicional seja uma sanção de ultima ratio e, por isso, prevê outras medidas para o evitar. Se a violação não tiver sido grave e reiterada, a lei estabelece a possibilidade de se aplicarem as sanções que estão previstas no art. 55º, al. a a c: pode o tribunal limitar-se a fazer uma solene advertência, exigir garantias de cumprimento das obrigações (**ex**: x euros a titulo de caução) ou impor novos deveres ou novas regras de conduta no plano de readaptação. O TEP, quando liberta condicionalmente o agente, estabelece qual é o regime próprio que o agente vai ter de cumprir e pode acrescentar mais deveres e regras de conduta, tornando o regime mais penoso para o libertado condicional. São estas formas que o TEP tem para evitar a revogação da liberdade condicional.

A revogação da LC resulta da remissão do art. 64º para o art. 56º. Quando o agente infringe de forma grosseira e repetida os deveres que lhe foram impostos ou quando comete outro crime, em função da gravidade desse crime, há a necessidade de se revogar a LC. Não é pelo simples facto de se cometer um crime que imediatamente há a revogação da LC, tudo depende da gravidade

⁴⁵ «Nos termos dos n.os 5 do artigo 61.º e 3 do artigo 62.º do Código Penal, é obrigatória a libertação condicional do condenado logo que este, nela consentindo, cumpra cinco sextos de pena de prisão superior a 6 anos ou de soma de penas sucessivas que exceda 6 anos de prisão, mesmo que no decurso do cumprimento se tenha ausentado ilegitimamente do estabelecimento prisional.»

do crime e do juízo que o TEP faz, consoante sejam postas ou não em causa as finalidades da LC – **ex**: crime de condução sob efeito de álcool. Se virmos o art. 56º, nº1, al. b, concluímos que não há um efeito automático da comissão criminosa no sentido da revogação da LC, há sempre a intermediação de um juízo, a elaborar pelo TEP, para saber se o crime põe em causa as finalidades da LC, dependendo da gravidade do mesmo.

Existe ainda a remissão do art. 64º, nº1 para o art. 57º, para as hipóteses em que o condenado cumpre pontualmente o plano que lhe é aplicado. Ainda estabelece o art. 64º, nº2 o que acontece quando há lugar à revogação da LC. Este artigo coloca-nos uma dificuldade de interpretação. **Ex**: o agente sai em LC ao fim de 5 anos, faltava cumprir 2 anos da pena, nem que seja no último dia, ele comete um crime que tem uma gravidade tal que implica a revogação da LC – o quê que se entende por *pena de prisão ainda não cumprida*? Será o dia que faltava ou, pelo contrário, é o tempo que falta cumprir de prisão (2 anos)? Há dúvidas na doutrina e na jurisprudência: há uma parte da doutrina (maioritária) que entende que, sendo a LC um incidente de execução da pena de prisão, é uma outra forma de cumprimento da pena de prisão, mediante um conjunto de limitações a direitos fundamentais, mas não deixa de ser uma forma de cumprir a pena de prisão, logo, se faltava 1 dia para o agente cumprir, então vai ser esse dia que ele vai ter de cumprir na prisão - o que tem de cumprir é o tempo que faltaria de LC. Há uma outra orientação que defende que, não obstante a LC se tratar de um incidente de execução de pena de prisão, tem uma natureza muito própria, porque, para todos os efeitos, o agente está em liberdade, logo, se ele incumprir o regime, o que ele vai ter de cumprir é a pena que ele teria de cumprir, até por uma razão de similitude do regime de suspensão – na pena suspensa se o agente incumprir os deveres de suspensão, nem que seja no último dia, vai cumprir a totalidade da pena. A nossa jurisprudência tem maioritariamente adotado a primeira conceção, o prof. tem dúvidas. Acórdão 181/2010 do TC: «não julga inconstitucional a norma do artigo 64.º, n.º 2, do Código Penal, interpretada no sentido de que o tempo que o condenado passou em liberdade condicional, sem cometer qualquer crime, não deve ser considerado tempo de prisão e, como tal, deduzido no tempo de prisão que lhe falta cumprir em virtude da revogação da liberdade condicional».

No art. 64º, nº3 prevê-se ainda que, mesmo alguém que incumprir a liberdade condicional, ainda pode haver de uma nova LC em relação ao tempo que faltar cumprir.

Bibliografia: Antunes, Maria João, op. cit., pp. 84-93. Dias, Jorge de Figueiredo, op. cit., pp. 527-554.

Pena relativamente indeterminada (PRI):

A PRI é um instituto de natureza especial prevista nos art. 83º e seg. CP. Depois da PRI aparece o capítulo relativo às pessoas coletivas, que surgiu em 2007, mas, no art. 91º, a epígrafe é medidas de segurança, ou seja, em termos de sistematização do CP, a PRI está na zona de ligação entre as penas e as medidas de segurança, e bem, porque é isso que ela é.

A PRI surge ligada ao problema da culpa e à teoria de Eduardo Correia, a Teoria da Culpa pela não formação da personalidade, teoria normativista. Eduardo Correia é o criador da PRI, porque na sua teoria da culpa ele enfrentava um problema grave. Eduardo Correia é um autor ético-retributivo, ele defendia uma posição totalmente indeterminista, partindo do princípio da liberdade da pessoa. Só se pode aceitar que alguém é culpado, porque ele é livre. Eduardo Correia era um autor que acreditava que a liberdade humana era um valor em si mesmo e que todos nós somos livres. Contudo, encontrava um problema nos delinquentes por tendência, aqueles que têm uma particular propensão para a prática do crime, logo, no momento da prática o crime, são menos livres. Isto significaria que aos delinquentes por tendência teríamos de aplicar uma culpa menos grave, o que é insuportável pelo sistema, porque, em geral, eles são os mais perigosos. Dificuldade: como responder aos criminosos por tendência, se eles são menos culpados? Para o efeito, Eduardo Correia construiu esta PRI, que é ainda uma pena, mas que tem uma série de características de medidas de segurança, por isso dizemos hoje que ela é um misto de pena e de medida de segurança.⁴⁶

Nas palavras de Figueiredo Dias, “o instituto da PRI foi introduzido no nosso DP pelo CP de 1982, procurando tornar politico-criminalmente frutuosa a já longa elaboração dogmática que, na ciência penal portuguesa, havia sofrido a ideia da referência da culpa à personalidade do delinquente, o instituto visa tornar viável um sistema monista relativamente aos delinquentes imputáveis, sancionando ainda com penas a delinquência especialmente perigosa.”

“Como o próprio nome sugere, o agente da prática do crime é condenado numa pena em relação à qual conhece apenas o mínimo e o máximo de duração, o que já levou a pedidos de apreciação da conformidade constitucional das normas que preveem a PRI relativamente ao art. 30º CRP: logo no Ac. 43/86, o TC decidiu não julgar inconstitucional as normas contidas no art. 83º e 84º CP, reiterando este juízo no Ac. 549/94.”

A previsão do art. 76º, nº2 diz-nos que quando estiverem preenchidos os requisitos da reincidência e da PRI, o juiz deve preferir a aplicação da PRI,

⁴⁶ Maria João Antunes refere que “a PRI é uma sanção de natureza mista: é executada como pena até ao momento em que se mostrar cumprida a pena que concretamente caberia ao crime; é executada como medida de segurança a partir deste momento e até ao seu limite máximo.”

porque é um instituto mais adequado. Deste modo, ir-se-á aplicar uma PRI quando o agente tem várias condenações no seu registo criminal.

A PRI vai ser o instrumento privilegiado para os delinquentes por tendência e para os alcoólicos e equiparados – a lei distingue as 2 coisas. No capítulo V a primeira secção diz respeito aos delinquentes por tendência e a segunda secção aos alcoólicos e equiparados. A própria lei distingue várias graduações de delinquentes por tendência e nos alcoólicos e equiparados também.

Para preencher a PRI em relação a um delinquente por tendência do art. 83º - **Ex:** o agente comete um crime de roubo (art. 210º, nº1) e o tribunal entende como adequada a pena de prisão de 6 anos, porque estão verificados os demais requisitos da PRI, que passa pela gravidade do crime e similitude do que estava no registo criminal. O condenado, se for considerado como um delinquente por tendência, vai cumprir uma pena que vai oscilar entre o mínimo e o máximo, vamos ter aqui uma moldura em que o mínimo é de 2/3 da medida concreta da pena que foi determinada pelo juiz, ou seja, 4 anos, e o máximo depende da gravidade dessa tendência, porque o máximo é dado pelo número de anos expressamente fixado na lei, por exemplo, no caso do art. 83º, a lei estabelece que, nestes casos, a PRI tem um mínimo correspondente a 2/3 da pena que caberia ao crime concretamente cometido e ao máximo corresponde a adição de um valor fixado na lei, neste caso, de 6 anos - é um valor fixo, não é variável de caso para caso.

O condenado então em PRI sabe que vai cumprir o mínimo de pena de 2/3 da medida concreta da pena e o máximo que resulta da adição de um valor que está expressamente fixado na lei e que se adiciona à medida concreta da pena. Em relação ao regime da LC, alguma vez beneficia desta a metade do cumprimento da pena? Nunca! Se é um delinquente por tendência, a lei presume que nunca estão preenchidos os requisitos de LC a metade, mas a 2/3 ele pode beneficiar da LC, porque corresponde ao mínimo que ele tem de cumprir. Até um mês antes, o TEP vai ver se estão verificados os requisitos para aplicar a LC, se estiverem, ele sai, mas, na generalidade dos casos, isto não acontece, porque estamos a falar de um delinquente especialmente perigoso, logo, o requisito da prevenção especial não está preenchido.

Neste caso, não poderíamos pensar na LC a 5/6, porque não ultrapassa os 6 anos, mas se fosse de 8 anos, será que poderíamos aplicar a LC dita obrigatória? Nunca, porque a lei o diz e porque é aquela que isenta o juiz de fazer qualquer juízo de prognose e se este é um delinquente especialmente perigoso, porque é que ele o iria colocar em LC? O agente só beneficia de um momento de LC, o de 2/3, se não beneficiou, ele vai cumprir, no mínimo, a medida concreta da pena (neste caso, 6 anos).

A PRI, a partir da medida concreta da pena já não é uma pena, é uma medida de segurança, é um misto de pena até à medida concreta da pena e a partir daí é uma medida de segurança.

12.04.18

A PRI é um instrumento destinado a combater a delinquência por tendência, mas aplica-se também aos alcoólicos e equiparados. A PRI é um misto de pena e medida de segurança: pena até à medida concreta da pena e a partir da medida concreta da pena trata-se de uma verdadeira medida de segurança. A PRI, formalmente, é uma pena, mas na materialidade das coisas é um misto de pena e de medida de segurança.

Quando o legislador nos diz que o limite mínimo é fixo, isto significa que se trata de um *quantum* mínimo de pena que o legislador considera como essencial para conter a perigosidade do agente dentro de margens que sejam comunitariamente suportáveis. Estes 2/3 são o mínimo que o legislador considera necessário para cumprir os objetos de prevenção especial.

O facto de haver um limite mínimo e máximo fixo, de não dependerem da personalidade ou das circunstâncias do caso, é uma clara marca de que estamos a falar de uma luta contra uma criminalidade por tendência, ligada às medidas de segurança. O limite mínimo e máximo são uma garantia que o condenado tem, porque, ao contrário das MS em que se pode prorrogar a internação, na PRI o condenado sabe que mesmo que ao fim do limite máximo se mantenha perigoso, ele terá de ser libertado. O agente não sabe à partida quanto tempo efetivo de pena vai cumprir, mas sabe que há um mínimo e um máximo que é sempre inultrapassável.

A aplicação da PRI cessa por 2 efeitos: funcionamento da liberdade condicional ou por via do fim do estado de perigosidade do agente.

Na PRI nunca há liberdade condicional a metade da pena e, para que haja ao fim do cumprimento de 2/3 da pena, é necessário que o condenado consinta e que seja possível elaborar um juízo de prognose de exacerlação, um juízo de prognose favorável quanto à prevenção especial, já que já cumpriu 2/3 da pena.

Quando a pena excede 6 anos de prisão, o art. 61º, nº4 tem ou não aplicação neste caso? Há possibilidade de beneficiar de liberdade condicional quando condenado a mais de 6 anos e cumpridos que estejam 5/6 da pena? Mesmo sem ler a lei podemos concluir que a resposta só pode ser negativa. ,Se alguém tem uma acentuada inclinação para o crime que persiste no momento da condenação, como é que seria possível, em relação a essa pessoa que representa um perigo comunitário, que a libertássemos condicionalmente, sem que o juiz pudesse verificar se as exigências de prevenção geral ou especial estavam cumpridas? Mesmo que a prevenção geral e especial deponham contra, o art. 61º, nº4 manda libertar o condenado, e isso seria incompatível com a natureza da PRI.

Em caso de aplicação de pena relativamente indeterminada, é elaborado um plano individual de readaptação do delinquente (art. 89º, nº1). “O plano individual de readaptação surge como uma peça verdadeiramente fundamental do conteúdo e da execução da PRI. E bem se compreende que assim seja, dada a circunstância de estarmos formalmente perante uma pena, mas substancialmente perante uma medida de segurança. Onde a finalidade de prevenção especial de socialização assume primado absoluto.”

Isso retira-se do art. 90º, nº1, e a sua epígrafe é mais uma prova de que estamos perante uma medida de natureza mista. A liberdade para prova é o paralelo da LC para as medidas de segurança. No art. 90º, nº1 há uma remissão para o art. 63º, nº1 e 3, não há para o art. 61º, nº4 e não se trata de uma lacuna ou esquecimento, foi realmente pretendido. Se o agente não beneficia da LC a 2/3, ele já sabe que vai cumprir a pena até à medida concreta a que foi condenado, a partir do momento a que atinge essa pena, o agente será libertado em função da cessação do estado de perigosidade, é a tal liberdade para prova prevista no art. 90º. O art. 90º, nº3 faz uma serie de remissões.

O art. 92º, nº1 determina que o cumprimento da pena de prisão finda quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade.

O art. 93º, nº1 e 2 são normas de garantia do condenado, mesmo que o condenado não requeira a sua libertação, há uma revisão periódica da situação em que se encontra para se saber se está em condições para ser libertado. Mesmo que o condenado nada diga a partir do cumprimento da medida concreta da pena, pelo menos, de 2 em 2 anos é obrigatória uma revisão da sua situação, independentemente do requerimento (é uma revisão *ex officio*).

Neste caso, liberdade condicional tem uma função que não é a sua função habitual, aqui vai funcionar como uma forma de determinar o próprio *quantum* de pena, de quanto tempo o agente vai estar privado da liberdade.

Quais são os requisitos para aplicar a PRI? Dentro dos delinquentes por tendência temos 2 modalidades de PRI: art. 83º (mais grave), 84º (menos grave) e podemos falar de uma especificação aplicada aos jovens (art. 85º). Os requisitos da PRI são, em muitos casos, similares aos requisitos da reincidência.

A PRI só funciona relativamente a crimes dolosos, exige-se que a pena a determinar ao agente seja uma pena de prisão efetiva superior a 2 anos (mais exigente do que na reincidência, apenas superior a 6 meses), não é possível aplicar a penas de substituição. A condenação que está na base da PRI pode ser pela prática de um só crime ou pela prática de um concurso de crimes (não interessam as penas parcelares, mas o que resulta do concurso e da regra do cumulo jurídico – art. 77º - vamos trabalhar com a pena do cumulo, mesmo que as penas parcelares não sejam superiores a 2 anos). No registo criminal do agente têm de estar previstos, no mínimo, 2 crimes dolosos, isto significa que há aqui uma diferença assinalável com a reincidência, os crimes têm apenas de ter

sido cometidos – aqui a lei já não fala em condenação, refere que o crime tenha sido cometido, ou seja, para que se aplique a PRI basta que o agente tenha praticado 2 ou mais crimes dolosos aos quais tenha sido aplicado prisão efetiva por mais de 2 anos ou possa ser aplicada, mesmo que não tenha havido a condenação (**ex:** prescreveu, crime semipúblico e não houve queixa, etc.). Basta que se prove que o agente cometeu esses crimes, a lei aqui é menos exigente do que na reincidência, porque nela o requisito era a culpa do agente, aqui é acentuada inclinação para o crime. O requisito material consta da parte final do art. 83º, nº1 – isto é a marca das medidas de segurança⁴⁷. Pode o tribunal concluir que, apesar de agente agora ser condenado a uma pena superior a 2 anos, ter cometido 2 ou mais crimes com as mesmas características, não há uma acentuada inclinação para o crime. Isto é o fundamental, que o agente está numa carreira criminal e não numa multi-reincidência.⁴⁸ A psicologia forense vai ser muito importante para o juiz, bem como as perícias sobre a personalidade (art. 160º CPP). A inclinação para o crime é um indicio para a perigosidade do agente. Outro requisito formal é o paralelo ao previsto no art. 75º, nº2, a prescrição da tendência, prevista no art. 83º, nº3. São tomados também em conta os factos julgados em país estrangeiro que tiverem conduzido à aplicação de prisão efetiva por mais de dois anos, desde que a eles seja aplicável, segundo a lei portuguesa, pena de prisão superior a dois anos (art. 83º, nº4).

O art. 84º trata dos casos de delinquência por tendência menos grave, por isso os requisitos são menos exigentes. Agora só se exige uma pena de prisão efetiva e que o agente tenha cometido 4 ou mais crimes dolosos, mas basta-se com a aplicação de pena de prisão efetiva, não se estabelece um *quantum* mínimo de pena que fosse de aplicar ao agente. De resto, os requisitos são os mesmos do caso anterior. Muda apenas que, ao invés de aplicar 6 anos, acrescentam-se 4 anos.

O art. 85º prevê o regime especial para jovens, todos aqueles que tenham praticados crimes antes de terem completado 25 anos de idade – porquê 25 anos? “Joga aqui o seu papel a convicção de que até aos 25 anos de idade a personalidade não atingiu ainda a sua completa maturidade, se encontra como que em evolução e se torna, por isso, mais permeável, por um lado, a esforços de socialização que sobre ela sejam exercidos, por outro lado, à estigmatização da pena e à conseqüente dessocialização que ela provoca.” O regime de jovens adultos estabelece como limite a idade de 21 e esta é a primeira e única vez em que se alude a 25 anos no CP. É criticável o índice formal de 25 anos, uma vez que o escalão etário normalmente utilizado aponta para os 21 anos e não para os 25 anos, pelo que não há grande justificação para esta opção. 21 anos estaria

⁴⁷ *sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista.* Figueiredo Dias refere que, “a medida de segurança não terá lugar (mas somente a pena) no caso de a perigosidade não persistir no momento da condenação.”

⁴⁸ “Decisivo é sempre que da avaliação conjunta dos factos e da personalidade resulte a imagem de um delinquente inserido numa carreira criminosa.”

mais de acordo com o sistema, mas o legislador assim entendeu. O limite máximo da PRI corresponde a um máximo de 2 anos. Ainda beneficia de uma outra vantagem, prevista no art. 85º, nº3, o prazo de prescrição da tendência já não é de 5 anos, mas de 3 anos, o que significa que há uma série de delitos anteriores que não vão ser tidos em conta. A lei também estabelece um outro requisito: para ele beneficiar deste regime especial ele tem de ter cumprido prisão, no mínimo, de 1 ano.

Quanto ao outro grande grupo a que a PRI se pode aplicar, são os alcoólicos e equiparados. O art. 86º levanta dúvidas: qual é a diferença entre alcoólicos e pessoas com tendência para abusar de bebidas alcoólicas? A lei equipara no art. 88º as duas situações. O que está na base é uma finalidade regeneradora e reeducativa, ao contrário do que acontece na PRI aplicada à criminalidade por tendência. Entende-se que estes agentes necessitam de ajuda, porque têm um comportamento aditivo e o objetivo está previsto no art. 87º. O objetivo é que o condenado passe por um processo de desintoxicação, mas sempre com a necessidade do seu consentimento. O objetivo não é combater a tendência para o crime, tem antes uma finalidade regeneradora, educativa e pedagógica. Procura-se que através do plano de ressocialização haja uma diminuição ou cura dos comportamentos aditivos dos delinquentes que apresentam este tipo de comportamento.

13.04.18

Monismo ou dualismo das reações criminais?

Habitualmente, caracteriza-se o sistema sancionatório português como um sistema tendencialmente monista integrado por um princípio de vicariato de execução (art. 99º), um “monismo prático” (Beleza dos Santos). Há uma tendência de manter o nosso sistema dentro dos quadros do monismo e rejeitar as teses dualistas, por cumprimento do princípio da culpa e por razões de proteção dos direitos do arguido, que têm consagração constitucional no art. 32º, nº1 CRP.

Podemos dizer que o nosso sistema é dualista, porque conhece a aplicação de penas e medidas de segurança, embora com desideratos e aplicações diversas, mas não é assim que se caracteriza, se assim fosse, quase todos os sistemas do mundo seriam dualistas, porque respondem à culpa com penas e à perigosidade com medidas de segurança. Esta é uma caracterização errónea, o que caracteriza um sistema como monista ou dualista é a possibilidade de se aplicar ao mesmo agente e pelo mesmo facto criminoso simultaneamente uma pena e medida de segurança.

No caso do ordenamento jurídico norte-americano e, em regra, nos sistemas da *common law*, há a possibilidade de se aplicar uma pena e uma MS simultaneamente pelo mesmo crime ao mesmo agente. São sistemas dualistas, a ideia é que não basta que se aplique só uma pena, é necessário que seja

completada com uma MS. Este sistema é menos garantístico dos direitos do condenado. Uma série de questões se levantam: como é que se cumprem as 2 reações criminais? Qual delas se começa a cumprir em primeiro lugar? E como é que vão comunicar entre si? Os sistemas que optam pelo dualismo, perfilham uma determinada perspectiva em questão dos fins das penas, sobretudo, nos EUA e no RU temos uma perspectiva mais baseada na *deterrence*, que mistura as conceções de prevenção geral negativa e ético-retributivas, procurando impedir que os condenados pratiquem outros crime, é um mecanismo de luta contra a reincidência. Assim, são sistemas de feição ético-retributiva, mas também de prevenção geral e de prevenção negativa, o que justifica a aplicação de uma pena e uma MS ao mesmo agente pelo mesmo facto.

Em Portugal, a nossa tendência é negarmos a possibilidade de aplicar simultaneamente pelo mesmo facto uma pena e uma MS. Eduardo Correia defende que o sistema continua a ser monista se se aplicar ao agente pelo mesmo facto simultaneamente uma pena e uma MS, desde que esta última não seja detentiva da liberdade. O fundamento do dualismo é a possibilidade de se aplicar uma pena e uma MS, mas quando ela é detentiva – **ex**: cumpre pena num EP e que a seguir a essa vai cumprir uma MS em internamento num estabelecimento destinado a inimputáveis.

Figueiredo Dias discorda deste entendimento e defende que não é pela natureza da MS ser detentiva ou não que o sistema deixa de ser dualista, logo que se possa aplicar uma MS com uma pena o sistema é dualista. O fundamento da MS não reside tanto em ser privativa ou não, mas em se basear na ideia da perigosidade do agente. O sistema é dualista quando aplica ao mesmo agente pelo mesmo facto uma pena e uma MS, independentemente desta ser detentiva ou não. Tem-se dito que o nosso sistema é tendencialmente monista, não é totalmente, porque podemos aplicar ao agente pelo mesmo facto uma pena e uma MS, embora esta última seja não detentiva.

A pena acessória do art. 101º acaba por ser uma MS preventiva de direitos, em que alguém que é punido com uma pena, porque cometeu um crime rodoviário, o julgador entende que já não é suficiente afasta-lo entre 3 meses e 3 anos da condução a automóvel (art. 69º), mas é necessária uma intervenção mais severa, porque o agente não só prova que é leviano na condução automóvel, mas também que é um perigo, daí que por um crime rodoviário se possa aplicar uma pena de prisão ou uma pena de multa e simultaneamente uma MS do art. 101º.

Problema da PRI: é um instituto híbrido, parte é pena e outra parte é MS e aquilo que vem sendo dito há várias décadas é que temos um sistema de vasos comunicantes entre as penas e as MS (art. 99º CP). No art. 99º temos um artigo que trata das hipóteses em que ao agente é aplicado simultaneamente uma pena e uma MS e mesmo uma MS detentiva da liberdade, dizendo que quando isso acontece, começa por se cumprir a MS. O art. 99º trata já da execução das 2

reações criminais, mas na perspectiva de que se aplica uma pena e uma MS por crimes diversos, logo, nesta perspectiva, parece que ainda estamos nos quadros do monismo. Embora o nosso sistema, admita uma aplicação simultânea pelo mesmo facto de uma pena e MS, desde que não seja privativa da liberdade. O art. 99º consagra o princípio vicariato da execução.

O nosso sistema não é de monismo puro, mas tendencialmente monista ou um sistema de monismo prático. Mas será que isso corresponde à materialidade do nosso sistema? Estamos muito ligados à ideia do monismo e portanto esforçamo-nos por aproximar dele, todavia, será que não estaremos a mascarar a realidade das coisas e já não temos um sistema verdadeiramente dualista?

Fernanda Paula e Pinto de Albuquerque, de entre outros autores, defendem a perspectiva de que, hoje em dia, já temos verdadeiramente um sistema dualista e o prof. considera que têm razão. A resposta é-nos dada fundamentalmente pela PRI, porque em sistemas que são assumidamente dualistas a principal categoria de criminosos onde se aplica simultaneamente penas e MS pelo mesmo facto é nos delinquentes por tendência. A partir do momento em que se chega ao cumprimento da medida concreta da pena, até ao limite da pena relativamente indeterminada, estamos no puro terreno das MS. A partir do momento em que o agente cumpra a medida concreta da pena, ele cessa o cumprimento da PRI a partir do momento em que deixa de ser perigoso. Aplica-se sempre mais o *quantum* fixado na lei, não há qualquer adaptação à personalidade do agente. Logo, aos delinquentes por tendência está-se a aplicar simultaneamente uma pena e uma medida de segurança, ainda que formalmente chamemos pena à, porque temos esta tradição de nos mantermos fieis a uma ideia de monismo, ela não é uma pena só, é um misto de pena e MS.

O sistema português é um sistema dualista que não é exatamente igual ao sistema norte-americano, onde não existe propriamente um máximo a partir do qual o agente tem de ser libertado. Não é o que acontece com a nossa PRI, ela dá uma garantia ao condenado e estabelece um limite máximo, atingindo-se, mesmo que o condenado continue perigoso, tem de ser libertado. A ideia de que não consentimos num sistema de base dualista parece que não corresponde à verdade daquilo que acontece no nosso OJ, por isso, devemos dizer antes que temos um sistema tendencialmente dualista.

Porquê que é tao importante esta discussão? Não é só uma discussão teórica, porque para o agente é muito diferente ter um sistema monista ou dualista. Habitamo-nos a ligar o sistema dualista a um sistema menos garantístico e, como tal, fugimos a esse sistema com este medo. No sistema norte-americano a ideia da culpa não é tao importante como para nós e é substituída pela ideia da proporcionalidade, o que não é uma ideia tao justa, por isso é que o nosso sistema tem fugido aos sistemas dualistas.

O nosso sistema tem procurado resistir a autocaracterizar-se como sistema monista com receio daquilo que seja uma diminuição das garantias dos arguidos e da diminuição do caráter precativo que a culpa tem. Contudo, não precisamos de ter receio, o princípio da culpa tem consagração constitucional, o nosso TC já o retirou dos art. 1º e 2º (princípio do Estado de Direito). Em relação aos delinquentes por tendência temos um mecanismo de garantia, desde logo, o limite máximo que vão cumprir e que, uma vez cumprido, não há forma de o privar da sua liberdade. Tudo indica que já temos um sistema de base tendencialmente dualista, embora certamente não um dualismo puro.

PENAS APLICÁVEIS A PESSOAS COLETIVAS E ENTIDADES EQUIPARADAS

Durante muitos séculos, o DP não admitiu que uma PC pudesse responder criminalmente e isso mudou nos últimos anos, principalmente a partir de 2007. Atualmente, as penas principais, acessórias e de substituição também se aplicam às PC.

O art. 11º é a sede de toda esta matéria, consagra uma espécie de dogmática das penas aplicáveis às PC e entidades equiparadas (doravante apenas PC). Temos também as concretas penas aplicáveis às pessoas coletivas que estão previstas nos art. 90ºA e seg., tratam-se de artigos que foram aditados pela reforma de 2007.

As PC durante vários séculos não foram passíveis de responsabilidade criminal, porque dizia-se que não podiam delinquir/praticar crimes (*delinquere non potest*). Para se aplicar uma pena é necessário que haja um crime e para haver crime é necessário que haja culpa, logo, como é que uma PC, que é uma criação humana, pode ser passível de responsabilidade criminal? Se o DP é um direito da culpa e a culpa é um juízo de censura dirigido a um concreto agente, como é que se pode dirigir a uma PC, que apenas existe juridicamente e não fisicamente? Mesmo que alguém estivesse inserido numa PC e tivesse uma posição de liderança (art. 11º, nº4) isso não era possível de aplicação de pena ou MS pela circunstância de a PC não ter culpa.

“Os grandes argumentos da dogmática penal para negar essa responsabilidade foram os da incapacidade de ação e da incapacidade de culpa dos entes coletivos. Estes seriam incapazes de culpa, porque não poderiam nunca agir por eles próprios, mas sempre e só através de pessoas físicas. Assim sendo, os entes coletivos não poderiam ser punidos criminalmente e passíveis de punição seriam aquelas pessoas singulares. Outro obstáculo seria a incapacidade de culpa dos entes coletivos. A culpa, entendida como um juízo de censura ético-pessoal, com fundamento na liberdade do homem, na sua vontade consciente e livre, seria própria das pessoas singulares. Os entes coletivos,

porque incapazes de culpa, seriam desta forma insuscetíveis de responsabilidade penal. Não podendo os entes coletivos cometer crimes, a responsabilidade criminal deveria ser imputada aos indivíduos que tivessem praticado esses atos em nome ou no interesse daqueles.”

A regra da restrição da responsabilidade às pessoas coletivas levava a vazios de punição, por força da dificuldade de determinar o responsável, agravada pelo princípio *in dubio pro reo*. No entanto, devido à danosidade socioeconómica, impunha-se a responsabilidade politico-criminal. Pela dificuldade de se encontrar a responsáveis individuais procurou colmatar-se este problema. As coisas foram mudando, fundamentalmente, com a complexificação das sociedades e da economia. **Ex:** chocolates que matam pessoas e há responsabilidade do produtor, este vai ter de indemnizar os danos patrimoniais e não patrimoniais. Para chegar às pessoas que se podem responsabilizar ao nível da culpa, há muita dificuldade e muitas vezes não se consegue chegar a nenhuma conclusão, porque quando a responsabilidade é repartida por muitas pessoas, ninguém tem responsabilidade. Chegamos a uma altura em que o DP não tinha instrumentos para reagir a esta complexificação da vida económica e social, a política criminal começou a pressionar a dogmática e esta começou por experimentar a responsabilidade criminal das PC no DP secundário.

Mesmo antes da aprovação do CP de 82 já tínhamos uma Lei da década de 50 que admitia a responsabilidade das PC. O DL 28/84 foi também um instrumento em que se admitiu a responsabilidade das PC, mas na área do DP secundário. Há medida que o tempo foi passando, esta possibilidade foi alargada, designadamente no regime geral das infrações tributárias. Também com o DL 15/2003 se admite a responsabilidade das PC. Também a Lei que combate a criminalidade no fenómeno desportivo o admite. A partir da década de 80 passamos a ter uma panóplia de leis em que a responsabilidade das PC foi admitida. O TC foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade e, no acórdão de 1995, o nosso TC não encontrou nenhuma questão de inconstitucionalidade nesse regime do Direito Penal secundário. Desde 2007 a questão não se levantou junto de TC, mas não é de prever que o TC mude a sua visão.

Houve uma serie de países que, na sequencia de instrumentos de Direito Internacional Público e DUE, que vão no sentido de recomendar a adoção da responsabilidade criminal das PC, o fizeram. Esta questão de saber se as PC devem ou não ser responsabilizadas na área do DP clássico ou de justiça é uma matéria que ainda não está legislada no DP alemão, porque ainda existe um intenso debate doutrinal e legislativo – apenas existe no DP secundário.

Há uma serie de teorias para justificar a razão de ser da responsabilidade das PC. A teoria mais celebrada entre nós é a **Teoria analógica** de Figueiredo Dias, que segue a posição de Vogel. Esta teoria diz-nos que não está inscrita na natureza das coisas que as PC não possam ser responsabilizadas

criminalmente, se negamos a responsabilidade das PC significa que temos uma excessiva conceção ontológica do conceito de ação. Figueiredo Dias entende que nesses casos há uma excessiva ontologificação do conceito de ação, porque afirma que as PC são uma construção humana, o resultado do pensamento e liberdade humana, se assim são, não há razões objetivas e de fundo para negar a responsabilidade das PC. Pode-se dirigir um juízo de censura a quem esteve na base da criação da PC. A PC para existir precisa de um substrato (pessoal ou patrimonial) e de um reconhecimento de utilidade social dessa obra humana através da atribuição da personalidade jurídica. Não é verdade que não se possa dirigir um juízo de culpa à PC, não é à PC *qua tale*, mas a quem esteve na base da sua criação e a quem ocupa os seus órgãos sociais, pois são quem manifesta a vontade da PC. Em suma, analogicamente podemos dirigir um juízo de culpa às PC.

Houve também a **Teoria dos lugares inversos** de Faria Costa e a **Teoria da culpa na organização** (defendida sobretudo na Alemanha). Esta última teoria defende que partir do momento em que uma PC atua no comércio jurídico, há um dever que impende sobre todos aqueles que ocupam uma posição de liderança na PC de manterem um nível adequado de cuidado e vigilância para que a PC não seja utilizada para cometer crimes. Quando, no âmbito de uma PC se cometem crimes, é porque existe culpa na organização, porque esta não é suficientemente perfeita. Não há uma culpa direta da PC, mas uma culpa da PC, porque não se organizou devidamente para evitar que quem nela atua tenha responsabilidade criminal.

Em 2007, o legislador alterou o art. 11º do CP e passou a prever a possibilidade de no DP clássico haver a responsabilidade das PC, mas o nosso legislador fez-lo de uma forma particularmente cautelosa, pois não são todos os crimes que podem ser cometidos por PC. Quando temos um crime cometido por uma PC, a primeira coisa é ir ao art. 11º, nº2 e verificar se estamos perante um dos tipos legais de crime aqui indicados, se não estivermos, não há responsabilidade da PC. O nosso legislador não estabeleceu uma responsabilidade irrestrita das PC. O legislador no art. 11º, nº2 optou, em linha com outros OJ e instrumentos de Direito Internacional Público, colocar fora da responsabilidade criminal o próprio Estado e todas as pessoas coletivas públicas – o que é altamente criticável e pode levantar dúvidas de constitucionalidade por violação do princípio da igualdade.

Para que exista responsabilidade da PC é necessário que se verifique alguma das 2 condições previstas no art. 11º, nº2, bastando-se que verifique apenas uma delas:

- *Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança* - é necessário que se prove que a pessoa atua em nome da pessoa coletiva e no seu interesse, se concluirmos que a pessoa singular não atuou no interesse da pessoa coletiva, não haverá

responsabilidade da PC. A regra é que todas as deliberações tomadas por uma PC são no seu interesse, acaba por haver um princípio geral de Direito que faz com que todas as deliberações se repercutam na esfera jurídica da PC *qua tale*. A lei definiu no nº4 quem ocupa uma posição de liderança – esta norma é importante, porque nos dá mais uma achega quanto à culpa, atribuindo-a à pessoa que devia controlar e fiscalizar e não o fez devidamente. Esta responsabilidade das PC é construída com base na teoria da omissão, alguém não fez uma coisa e devia, alguém que tinha um dever de garante não atuou com os deveres de cuidado, supervisão e controlo. A pessoa coletiva é encarada como uma fonte de perigo e a RC desta é fundada no incumprimento de deveres da pessoa que está numa posição de liderança.

- Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem - quem atuou não é já a pessoa que tem a posição de liderança, mas quem age sob a autoridade da pessoa que tem a liderança.

Em suma, há responsabilidade da PC quando quem atua tem uma posição de liderança ou quem está numa posição de liderança é incapaz de exercer adequadamente os deveres de controlo e fiscalização das pessoas que estão sob a sua autoridade.

Esta responsabilidade da PC é uma responsabilidade cumulativa, responde quer a pessoa singular, quer a pessoa coletiva, não é uma responsabilidade excludente, nos termos do art. 11º, nº 7. Mesmo que não se consiga responsabilizar criminalmente a pessoa singular que efetivamente atuou, isso não impede que se possa responsabilizar a PC. O quadro da responsabilidade da PC pode ter varias hipóteses: responde a PC e a pessoa singular, responde só a PC e não a pessoa singular, responde só a pessoa singular e não a PC – **ex**: se se prova que quem atuou foi um trabalhador da empresa que foi devidamente vigiado, mas não foi possível controlar tudo.

O art. 11º, nº6 é muito importante, porque tirando os casos em que é possível provar que quem tinha a posição de liderança fez tudo o que devia fazer, a PC só pode deixar de ser responsabilizada se ocorrer esta causa de não punição: quando a pessoa singular tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. A PC vai ficar isenta da responsabilidade criminal. Não pode ser uma instrução tácita ou uma recomendação, tem de ser expressa e vinculativa. A PC não pode ser responsabilizada, porque a pessoa singular atuou contra a deliberação e ordem.

Como não é difícil de imaginar, a pena de prisão não se pode aplicar a uma PC, logo, as penas principais que se podem aplicar são as penas de multa. A pena principal por excelência aplicada às PC é a pena de multa, mas não há só esta, existe também a pena de dissolução. A dissolução é uma pena de morte da PC, porque significa que há a perda da personalidade jurídica que foi atribuída à PC. A pena de dissolução é uma pena de última *ratio*, porque é a pena mais

grave de todas. A pena de dissolução aplica-se quando a PC foi desde o início criada para praticar crimes – **ex**: criada para branquear capitais. Ou então não foi criada apenas para isso, mas o seu principal objetivo era esse. A dissolução é aplicada quando a PC foi criada com a finalidade exclusiva de praticar crimes ou quando foi criada com a finalidade predominante de praticar crimes.

Importante também é o art. 11º, nº9. Quando há responsabilidade da PC e da pessoa singular, quem paga as multas é a PC, mas se a PC não tiver património para liquidar, quem paga subsidiariamente são as pessoas singulares

As penas principais aplicadas às PC estão indicadas no art. 90ºA, estabelece-se o regime de multa como pena principal no art. 90ºB e o 90ºF prevê a pena de dissolução.

19.04.18

A responsabilidade criminal das PC é uma criação também muito do DUE. O *Corpus Iuris* 2000 tentou ser um primeiro esboço de um CP Europeu, não aplicável a comportamentos cujos interesses fossem dos próprios E-M, mas da própria U.E., sabendo que há uma série de crimes cometidos contra a U.E, que têm sobretudo a ver com os fundos comunitários. Esses são interesses juridicamente protegidos que não violam apenas o OJ português, mas também comunitário. Procurou-se criar uma série de tipos legais relacionados com interesses da U.E. Foi um passo em frente no sentido da previsão da responsabilidade criminal das PC. No entanto, este projeto não avançou, sobretudo, por oposição do Reino Unido. Tal nunca saiu do papel, mas houve lugar a uma série de Diretivas posteriores sobre a responsabilidade criminal das PC.

O art. 11º, nº9 CP consagra a possibilidade de uma responsabilidade cumulativa entre a pessoa singular e a PC e diz-nos que pelas penas de multa e pelas indemnizações a que a PC venha a ser condenada, em primeiro lugar, é responsabilizado o património social da PC e, se esse património não for suficiente, acaba por haver uma responsabilidade subsidiária do património pessoal da pessoa singular. Assim, responde o património da PC e subsidiariamente o património das pessoas singulares. Esta norma tem sido considerada por alguns autores como uma norma que é inconstitucional, porque viola o princípio da culpa e da proibição da intransmissibilidade penal, segundo o qual as penas não se transmitem e aqui acaba por haver uma transmissão da responsabilidade penal que é da PC para a pessoa singular. Se houver várias pessoas singulares que respondem de forma subsidiária, quando o património social da PC não chega para liquidar a pena de multa a que foi condenada e as indemnizações aduzidas no processo penal, podem as várias pessoas responder de forma solidaria (o Estado pode exigir a todos a totalidade da pena que falta, ficando o que paga com um direito de regresso sobre os restantes).

Há aqui uma ideia de violação do princípio da culpa, porque todo o instrumento da responsabilidade das PC é baseado em teorias que acabam por ser construções dogmáticas que têm dificuldade de aderir à realidade. Os defensores desta norma dizem que uma coisa é a responsabilidade singular da pessoa *qua tale*, outra coisa é a responsabilidade da PC, porque quando a pessoa singular atua, atua a 2 títulos: a títulos individual, mas também em representação da PC, por isso, diz-se que não há aqui violação do princípio da culpa, nem transmissão da responsabilidade penal, nem violação do *ne bis in idem*, porque os tipos de responsabilidade são diversos. Mesmo que consideremos que o problema está resolvido ao nível formal, na prática, vai responder pela PC e enquanto pessoa singular. O TC foi chamado a pronunciar-se sobre esta matéria e adotou esta corrente mais formalista, dizendo que os títulos de responsabilidade são diversos, mas o prof considera que esta é uma visão muito formalista e positivista, mas se o TC dissesse que esta norma é inconstitucional, todo o instituto das PC seria inconstitucional, porque ele baseia-se na teoria da representação orgânica. O legislador está ciente de que esta figura levanta grandes problemas com a dogmática, mas adota um pensamento muito pragmático: já que não se consegue chegar à responsabilidade criminal das pessoas singulares dentro de empresas muito complexas, pelo menos a PC será responsabilizada, havendo uma contrapartida para a sociedade pela prática de um crime.

O quadro sancionatório das PC está previsto no art. 90ºA. Aqui podemos utilizar a caracterização de penas principais, penas acessórias e penas de substituição. As penas principais são as penas de multa e a pena de dissolução (que é uma *ultima ratio*). As finalidades da punição são iguais. A questão da culpa está aqui mitigada, porque estamos perante PC e não pessoas singulares. A pena de dissolução corresponde à perda da personalidade jurídica (art. 90ºF). Podemos criticar a sistematização dos artigos, uma vez que o legislador não colocou as penas principais seguidas, o art. 90ºF deveria ser antes o art. 90ºC, encontrando-se assim as penas principais todas juntas, as acessórias e depois as de substituição.

Quanto à pena de multa, ela está prevista no art. 90ºB, sendo útil o art. 47º, daí as remissões. A pena de multa funciona de acordo com o mesmo sistema dos dias de multa que estudamos para as pessoas singulares, mas com uma diferença ao nível da taxa diária, sendo esta mais elevada, nos termos do art. 90ºB, nº5. A fixação destes limites mínimos e máximos têm merecido críticas pela doutrina, há quem critique o limite máximo, porque o nosso tecido empresarial é maioritariamente constituído por PME's e quando lhes é aplicada uma pena de multa pode significar o fim, entrando em insolvência, e associado a isso a perda de empregos, perda de receita para o Estado, etc. Apesar de não ser uma pena de dissolução, acaba por o ser. Mas a questão não parece ser tao grave, porque o juiz tem de ser cuidadoso a aplicar a uma sociedade comercial uma pena de multa cuja taxa diária seja de 10 000, obviamente que só o fará a

uma grande sociedade comercial. Uma crítica mais correta é a questão do limite mínimo, pela mesma razão, já que 100€ por dia, para a realidade portuguesa, provavelmente, é demais. No entanto, esta é uma crítica que temos de relativizar, pois cada pena tem efeitos negativos de modo indireto e não é por isso que as deixamos de aplicar.

Os critérios são os previstos no art. 90ºB, nº5 e diz-se que o tribunal fixa a pena de multa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores – que tipo de encargos da pessoa coletiva? O que o legislador nos diz são os encargos com os trabalhadores. É louvável esta proteção dos interesses dos trabalhadores, mas não é politicamente correto dizer que estes são os únicos encargos que uma PC tem. O legislador deveria ter ido mais longe e prever outro tipo de encargos – **ex**: com os fornecedores, fiscais, etc. O legislador parece que ficou aquém daquele que é a própria realidade. O mesmo preceito prevê remissões para os nº3 a 5º do art. 47º, assim sendo, a PC pode requerer o pagamento de multa a prestações, o pagamento diferido e há a possibilidade de alteração dos prazos de pagamento. A falta de pagamento de uma das prestações, implica o vencimento das restantes prestações.

E como é que se determina a fixação do nº de dias? **Ex**: o crime A é punível com uma pena de prisão até 5 anos, o crime B é punível com pena de prisão até 3 anos ou multa até 240 dias e o crime C é punível com pena de multa até 120 dias. Aqui temos 2 modalidades da pena de multa: o crime B prevê o sistema de multa alternativa, o crime C prevê o caso da multa autónoma. Quando temos alguma referência à pena de multa, as coisas são fáceis. O raciocínio do art. 70º aqui não tem sentido, porque a PC não pode ser presa. Quando é um sistema de multa alternativa, utiliza-se a pena de multa prevista. O problema está nos crimes que só preveem a punição com pena de prisão. A lei tem de estabelecer um critério de conversão da pena de prisão em pena de multa e o critério de conversão refere que um mês de prisão equivale a 10 dias de multa (art. 90ºB, nº2).

Uma PC também pode ser reincidente e pode praticar um concurso de crimes. Pode haver atenuação especial e dispensa de pena aplicável às PC. Pode se aplicar uma PRI às PC? Não, pela própria natureza das penas e porque só se aplica a penas de prisão, por isso não se pode aplicar às penas de multa. O fundamento da reincidência é a solene censura, da culpa acrescida, a partir do momento que temos este critério de conversão, podemos fazer funcionar a reincidência.

Problema: o crime A é punido com pena até 5 anos e o crime B é punido com pena de prisão até 8 anos – $12 \times 5 = 600$ dias; $12 \times 8 = 960$ dias. A pena de multa tem como limite máximo os 900 dias de multa (art. 77º, nº2). Temos aqui uma lacuna: não tem sentido, porque aplicar o limite máximo da pena de multa iria beneficiar sem motivo algum as PC. O legislador não previu esta situação.

Tem-se defendido que isto é insustentável, seria beneficiar a PC, assim sendo, como o limite máximo do concurso é de 25 anos de prisão ou 900 dias de multa, então nas PC não é possível aplicar uma pena de prisão e existe esse critério de conversão da prisão em multa, então podemos, sem violar o princípio da legalidade, dizer que o máximo que o legislador terá pensado foi 25 anos de prisão, que correspondem a 300 meses, ou seja, o máximo até ao qual podemos ir são 3 000 dias. Nuno Brandão defende que houve uma revogação implícita do limite máximo dos 900 dias de pena de multa para as pessoas coletivas, o prof. não considera que tenha havido, simplesmente o legislador não pensou sobre o assunto. Estes 900 dias de multa que estão previstos no art. 77º foram sempre pensados para as pessoas singulares, o que o legislador nos obriga a fazer é utilizar o outro critério máximo e como ele nos dá um critério de enquadramento, não há aqui uma revogação implícita. O prof. diria antes que temos uma lacuna, que temos preenchido pela analogia, mas esta analogia acaba por ser a favor do arguido, porque os 900 dias não foram pensados para as PC, eles são-no para as pessoas singulares, pior seria se fizéssemos tão-só uma soma dos dias de multa e não houvesse qualquer limite máximo

O quê que acontece quando a PC não tem condições de pagar? O art. 48º está fora de causa, também não podemos aplicar o art. 49º, quando não há a liquidação da pena de multa, há a execução patrimonial dos bens e quando estes não forem suficientes, há a insolvência da PC (art. 90ºBº, nº6).

20.04.18

Penas acessórias aplicáveis às pessoas coletivas:

As penas acessórias aplicáveis às PC estão indicadas no art. 90ºA, nº2. No DP estamos sempre subordinamos ao princípio da legalidade, por isso, só existem as penas expressamente previstas na lei.

As penas acessórias tratam-se de penas aplicáveis para além das penas principais, tratam-se de verdadeiras penas que cumprem as mesmas finalidades que as penas principais, justificam-se pela culpa e prevenção e têm uma relação umbilical com as penas principais, no sentido de que se não for aplicada uma pena de multa à PC, não se pode aplicar uma pena acessória. Se for aplicada uma pena de dissolução, não faz sentido aplicar penas acessórias, porque esta pena principal é de tal forma grave que corresponde à morte da pessoa coletiva. Estas penas acessórias têm como campo de aplicação a pena principal de multa aplicável às PC. O legislador procurou através destas penas acessórias evitar a reincidência. O polo aglutinador do art. 90ºB, nº2 é evitar que a PC volte a reincidir.

Podemos fazer uma crítica à forma como as penas estão aqui sistematizadas, faria sentido que estivessem na seguinte ordem: primeiros as penas principais, depois as penas acessórias e, por fim, as penas de substituição, mas o legislador misturou-as.

Injunção judiciária (art. 90ºA, nº2, al. a e 90ºG):

A pena de injunção é uma pena que se aproxima daquilo que podemos dizer ser um sistema de *probation*⁴⁹. Esta pena acessória da injunção judiciária aproxima-se do sistema de *probation*, porque o que nos diz é que para além da pena de multa, *o tribunal pode ordenar à pessoa coletiva ou entidade equiparada que adote certas providências, designadamente as que forem necessárias para cessar a atividade ilícita ou evitar as suas consequências.*

O que o tribunal vai fazer é aplicar uma pena de multa e dizer que tipo de providências tem a PC de adotar para evitar a reincidência. Isto ajuda-nos a perceber a culpa na organização, porque se está a dizer que este crime aconteceu, porque houve quebra dos deveres de vigilância, por isso, o tribunal, para além da pena de multa, vai fixar um conjunto de mecanismos que a PC tem de implementar - o objetivo é prevenir a reincidência, atuando sobre situações que possam representar um perigo para a reiteração criminosa. Não há designação de uma pessoa que fique responsável por este cumprimento, como acontece na *probation*.

O art. 90ºG, nº2 é altamente criticável e é materialmente inconstitucional, porque não tem um prazo expresso na lei. A CRP no art. 30º prevê a proibição de penas de duração indefinida. Assim, é materialmente inconstitucional, porque não se estabelece um prazo, estamos no plano da pura discricionariedade.

Se durante o período determinado a injunção judiciária for incumprida, o quê que acontece? Preenche-se o previsto no art. 353º, CRP que diz respeito ao crime de incumprimento de penas acessórias. Deste modo, quem incumpra esta

⁴⁹ A *probation* é um instituto de natureza americana, surgido em Massachusetts, pela mão de John Augustus (shoemaker). Este Senhor era um filantropo e que estava particularmente ligado à questão do alcoolismo. Ele gostava de passar pelos tribunais e assistir a julgamentos e ficava surpreendido por ver certas pessoas ligadas ao alcoolismo que cometiam crimes bagatelares. Assim sendo, num dado processo, no final do mesmo, em que determinada pessoa foi condenada, dirigiu-se ao juiz e fez-lhe um pedido: que se queria responsabilizar ele mesmo por aquela pessoa, que se comprometia a dar-lhe trabalho e a apresentar aquele individuo ao fim X tempo e que tudo faria para que ele se voltasse a ressocializar. O juiz aceitou, suspendeu a pena de prisão, e passado o X tempo o condenado apareceu perante o juiz e era um homem novo. A partir desse momento, John Augustus conseguiu recuperar centenas de pessoas. Até que primeiro nesse Estado e depois noutros Estados passou a haver uma lei da *probation*. Os *probation officers* são trabalhadores do Estado cuja função é acompanhar quem está em *probation*, isto significa que o agente é julgado e condenado. A *probation* nasce nos EUA, mas é rapidamente importada para o Reino Unido. A *probation* é uma verdadeira pena, o mais próximo que temos dela no regime português é o sistema de prova na PRI. Se alguém comete um crime e esse se trata de um crime pouco grave, o juiz pode dizer que não vai aplicar já uma pena, vai determinar que o condenado fica em *probation* durante determinado período de tempo e durante esse período de tempo vai ser acompanhado por um *probation officer*, que vai elaborar um programa de ressocialização. Este *probation officer* tem poderes de polícia, por isso é que pode andar armado. Se o condenado incumprir o plano, é presente perante o tribunal e o tribunal vai verificar o incumprimento da *probation* e determinar a pena de prisão que vai ter de cumprir. O *quantum* de pena exato vai ficar por determinar aquando da aplicação da *probation*, sendo apenas determinada se o condenado incumprir a *probation*.

pena acessória de injunção judiciária incorre na prática do crime do art. 353º na vertente de incumprimento de penas acessórias.

Interdição de exercício de atividade (art. 90ºA, nº2, al. b e art. 90ºJ):

Aplica-se a pena de multa e a PC vai ficar impossibilitada de exercer a sua atividade quando o crime tiver sido cumprido no exercício dessa atividade - **ex:** banco e falsificação de documentos, burlas, etc. Esta pena acessória exige uma ligação entre o tipo de crime que foi praticado e a concreta atividade. Assim, temos de comparar o objeto social da PC e o tipo de crime que foi praticado, e apenas se houver ligação entre eles é que o juiz está legitimado a aplicar esta pena acessória.

A pena acessória prevista no nº2 é claramente mais gravosa, porque agora estamos a falar de um crime que conduziu à aplicação de uma pena de multa superior a 600 dias e em que aí o juiz pode determinar a interdição definitiva de certas atividades. Temos de ter cuidado ao aplicar esta norma, porque ela pode confundir-se com a pena de dissolução. **Ex:** se o crime que foi cometido tem a ver com a aquisição de ações na bolsa, fica proibido de lá atuar, mas pode continuar a laborar no mercado obrigacionista, crédito público, depósitos, etc. Em função das exigências da culpa e da prevenção, o juiz pode como pena acessória interditar para sempre o exercício de certas atividades, mas não é uma interdição total de todas as atividades. Dá-se a interdição de só certas atividades, e não da totalidade, caso contrário esta pena acessória seria uma pena de dissolução mascarada.

Se a PC foi impedida de exercer definitivamente determinadas atividades, o nº3, por obediência ao princípio da proporcionalidade, permite que esta situação possa ser revertida, isto é, aquilo que foi uma pena acessória que, à partida, tinha uma duração indefinida, pode cessar. A PC pode ser reabilitada e há aqui um paralelo com o que existe no âmbito do registo criminal. As condenações quando transitadas em julgado, são escritas no registo criminal, ao fim de um determinado conjunto de anos, a inscrição do registo é cancelada e isto detém-se com finalidades de ressocialização do agente. Sendo cancelado o registo criminal, tudo se passa como se o crime não tivesse existido. Se o nosso sistema se baseia na ressocialização, não faria sentido que tal não acontecesse também com as PC. Assim, no registo criminal em que antes de decorrer o prazo legal em que automaticamente a condenação é cancelada, pode se requerer a reabilitação e provar em tribunal que tem tido uma conduta devida que permite de acordo com um juízo de prognose não ter durante tanto tempo o crime no registo. A ideia aqui é exatamente a mesma, o juiz pode levantar esta interdição, que à partida seria definitiva, ao fim de 5 anos, a pedido da PC, desde que seja razoável supor que esta não praticará mais crimes.

Proibição de celebrar contratos (art. 90ºA, nº2, al. c e art. 90ºH):

A proibição de celebrar contratos nunca é uma pena acessória total, porque isto na prática poderia levar a uma total inoperacionalidade da PC – **ex:** se assim fosse, a PC ficaria privada de celebrar contratos de fornecimento, transporte, contratar novos trabalhadores, etc. O juiz na sentença condenatória tem que dizer que contratos é que a PC fica proibida de celebrar. O juiz vai proibir a celebração de contratos que tenham ligação com os crimes que foram praticados.

Uma coisa é proibir a celebração de contratos, outra coisa é proibir a PC de participar em concursos públicos. Depois há outros instrumentos de outros ramos de Direito que proíbe as PC que tenham regime criminal de sequer se candidatarem a concursos públicos. Nos termos do Código de Contratos Públicos, a PC tem de provar que não tem antecedentes criminais, pelo menos, com ligação à contratação. Consoante a finalidade do registo criminal, o âmbito de pesquisa é diferente. O tribunal tem acesso à totalidade dos registos criminais.

Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (art. 90º, nº2, al. d e art. 90ºI):

Estamos a falar de incentivos do Estado e de pessoas coletivas públicas, nada impede que uma pessoa coletiva privada o faça. Aqui entram os conhecimentos de DA e pessoa coletiva pública abrange as Fundações Privadas às quais tenha sido reconhecido o estatuto de utilidade pública ou as IPSS, porque fazem parte da AP do Estado – **ex:** Fundação Calouste Gulbenkian.

Encerramento de estabelecimento (art. 90ºA, nº2, al. e e art. 90ºL):

É uma pena acessória de grande gravidade para a PC. O juiz tem que ponderar muito bem a aplicação desta pena acessória. O tribunal pode determinar o encerramento definitivo do estabelecimento (nº2). Também se permite a reabilitação (nº3).

Publicidade da decisão condenatória (art. 90ºA, nº2, al. f e art. 90ºM):

A publicidade é uma pena acessória que é muito usada – **ex:** a Autoridade da Concorrência quando aplica uma coima, no seu *site* vamos encontrar a publicitação de uma serie de condenações de pessoas coletivas ou pessoas singulares. Isto é complicado para as PC, é mais difícil ainda do que pagar a multa, porque a publicidade gera danos reputacionais que podem ser muito fortes - os consumidores podem boicotar a compra de determinados de produtos sociedades comerciais em consequência disso.

Penas de substituição aplicáveis às pessoas coletivas:

Pena de admoestação (art. 90º C):

Admoestar é repreender e a admoestação consiste na solene censura que é feita pelo tribunal. Quem recebe a admoestação não é a PC *qua tale*, mas quem na empresa ocupar uma posição de liderança. Para que se possa aplicar esta pena de substituição há um limite máximo de 240 dias de pena de multa.

Como a admoestação também existe para as pessoas singulares, é natural a remissão do legislador para o art. 60º CP onde está prevista a admoestação aplicável às pessoas singulares, daí que se diga que a admoestação do art. 90º C tem necessariamente de cumprir os requisitos do art. 60º, nº2 e 3.

Se olhando para o passado, verificarmos que nos 3 anos anteriores tiver sido aplicada qualquer pena, não há lugar à aplicação da admoestação, mesmo que tenha sido apenas admoestada anteriormente, porque significa que os efeitos da admoestação não se fizeram sentir.

A admoestação é uma sanção de substituição que tem uma finalidade muito discutível – qual é o efeito da solene censura? A sua finalidade e utilidade são muito discutíveis, até que ponto tem algum efeito ou não?

Como qualquer pena de substituição, ela baseia-se sempre num juízo de prognose favorável, daí a remissão para o art. 60º, nº2, o juiz tem de estar convencido de que a admoestação bastará para impedir que a PC volte a reincidir. Esta solene censura é feita em audiência e o seu conteúdo está previsto no art. 90º C, nº2.

A lei no CPP prevê que no caso da admoestação se possa antecipar os efeitos do caso julgado. Assim, se a uma PC for aplicada uma pena de multa até 240 dias, ela teria de transitar em julgado para haver lugar à admoestação, mas a lei no art. 497º CPP prevê que se possa, logo a partir do momento em que a decisão é proferida, fazer a admoestação, porque se não teria de se esperar para o trânsito o julgado e convocar uma nova audiência de julgamento para fazer uma solene censura. O direito ao recurso é um direito subjetivo renunciável, daí isto ser possível. Se todos prescindirem do prazo para recurso, a admoestação dá-se de imediato, se algum deles não renunciar, temos de aguardar pelo trânsito em julgado. O normal é que todos estejam de acordo, porque a admoestação é sentida como uma não pena, o que pode acontecer é que o MP considere que é uma pena demasiada branda e não prescinde do prazo e recorre para o TR.

Caução de boa conduta (art. 90ºD):

A designação da pena já nos diz o essencial sobre o quê que ela consiste. Uma vez aplicada esta pena de substituição, a PC vai ter de depositar uma quantia depositada à ordem do tribunal por um prazo e esta é uma garantia de que durante aquele período de tempo a PC não vai praticar crimes. Se cumprido o prazo em que a PC presta esta caução, a PC não praticou qualquer crime, é-lhe devolvido esse dinheiro (sem juros), mas se a PC praticar algum crime, a caução é declarada perdida a favor do Estado. O tribunal tem de adequar a caução as condições económico-financeiras da PC.

Vigilância judiciária (art. 90ºE):

A vigilância judiciária só pode ser aplicada a penas de multa que não excedam os 600 dias. Assim, podemos concluir que só há penas de substituição a PC se a pena de multa não exceder os 600 dias de multa.

A nossa jurisprudência tem entendido que se houver a possibilidade em abstrato de aplicar uma pena de substituição, o tribunal tem sempre na sua decisão condenatória de se pronunciar sobre a questão da pena de substituição, nem que seja para dizer que no seu entendimento não estão verificados os requisitos para aplicar a pena de substituição. Se o tribunal nada fizer, estamos perante uma nulidade insanável da sentença, tendo de se proferir uma nova.

Esta vigilância é a mais grave das penas de substituição, no sentido de ser mais intrusiva, uma vez que tem o objetivo de fiscalizar a atividade dessa PC. Esta vigilância não significa uma substituição dos órgãos de gestão da PC. Este representante judicial que o tribunal vai nomear para exercer a vigilância da PC não vai substituir os órgãos sociais da PC. Este representante judicial vai apenas fiscalizar a atividade da empresa. Este representante judicial vai ser um fiscal do tribunal, uma espécie de *longa manus* do tribunal dentro da PC. *O representante judicial não tem poderes de gestão da pessoa coletiva ou entidade equiparada (nº2).*

O representante judicial está obrigado a comunicar ao tribunal qualquer ocorrência, se o representante judicial verificar que a PC se prepara para cometer algum crime ou que não aplicou as providencias, ele terá de informar o tribunal, para que este adote as medidas adequadas (nº3). Esta vigilância pode ser revogada se a PC cometer crime pelo qual vem a ser condenada (nº4) e, nesse caso, cumpre-se a pena principal,

A ESCOLHA DA PENA E AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

Pena de substituição é toda aquela pena que é aplicada em vez de uma pena principal e, se assim o é, na opinião do legislador aquela pena de substituição vai cumprir as mesmas finalidades punitivas da pena principal, que constam do art. 40º, nº1.

Bonneville de Marsangy, Franz von Liszt e John Augustus são 3 grandes figuras nas penas de substituição. Segundo Liszt, “as penas curtas de prisão seriam não apenas inúteis, mas produtoras de danos mais graves do que aqueles que derivariam da plena impunidade dos agentes.”

As penas de substituição visam o combate às penas curtas de prisão. As penas curtas de prisão têm, em regra, menos vantagens do que inconvenientes, porque permitem o contacto do recluso com um meio que, em princípio, não se sai melhor. Desde sempre, a pena de substituição é, em regra, uma punição menos severa para o agente.

As nossas ordenações já tinham penas de substituição (**ex**: desterro), o próprio Direito Romano também. As penas de substituição surgem principalmente a partir do séc. XIX pelos legisladores europeus e por influência das sociedades científicas que nascem nesse seculo, e que vão fazendo sucessivos congressos em várias cidades. Nos sucessivos congressos de associações científicas saem recomendações e todas elas vão no sentido de tentar limitar ao máximo o contacto dos condenados com o meio prisional em penas curtas.

Logo nesses congressos se colocou uma questão muito pertinente: o que é uma pena curta de prisão? Há uma panóplia enorme de soluções. Não há nenhuma noção legal, entre nós ou nos países que nos são próximos, do que é uma pena curta de prisão, mas a concepção mais aceite entre a doutrina e dentro destas associações científicas de DP é que penas curtas são aquelas que vão até 6 meses de prisão, mas esta não é uma posição consensual.

Este combate contra as penas curtas de prisão intensifica-se no séc. XIX. O séc. XIX é um seculo em que há um aumento da reincidência e a luta contra as penas curtas de prisão acabam por beber da mesma ideia. O substrato de onde se bebe a ideia das penas de substituição é o substrato comum de evitar o contacto do condenado com o meio prisional e evitar a reincidência do condenado.

As penas de substituição baseiam-se todas elas na possibilidade de o juiz elaborar um juízo de prognose favorável, o tribunal só substitui uma pena principal se achar que as finalidades de punição também se cumprem daquela outra forma. Durante muito tempo, o que não foi o caso em Portugal, discutiu-se ou discute-se se são verdadeiras penas ou um diferente modo de execução das

penas. A OPH ainda se discute se é uma pena de substituição ou um modo diferente de execução da pena de prisão.

Todo o instituto das penas de substituição se baseia na ideia de o juiz poder fazer um juízo de prognose favorável e para isso o juiz tem de atender aos fatores da medida da pena do art. 71º, nº1. Qualquer juízo de substituição é sempre um juízo de prognose favorável.

As penas de substituição em sentido próprio são aquelas que são cumpridas na comunidade⁵⁰, as penas de substituição em sentido impróprio são aquelas não são cumpridas na comunidade, no sistema jurídico português, a única é a OPH, todas as outras penas de substituição são cumpridas na comunidade – **ex:** pena suspensa, substituição da prisão por multa, proibição do exercício de determinada função, etc. Estas últimas são tudo penas de substituição que são não detentivas, e são, por isso, penas de substituição em sentido próprio, porque correspondem à natureza que é evitar o contacto do recluso com o estabelecimento prisional.

26.04.18

O momento da escolha da pena é eventual, apenas quando a medida da pena é até de 5 anos (inclusive) (art. 50º, nº1) ou até 240 dias (inclusive) (art. 60º, nº1) se coloca a questão de haver condições de substituir a pena de prisão ou de multa por uma pena de substituição. A jurisprudência tem defendido que se a medida concreta da pena permite a aplicação de uma pena de substituição e o juiz não lhe faz referência, justificando porque não a aplica, estamos perante uma nulidade insanável.

De acordo com as estatísticas da justiça portuguesa, a maior parte das decisões condenatórias são em penas de substituição. O nosso catálogo de penas de substituição é um dos mais ricos no panorama europeu, fruto de uma tradição humanista e de ressocialização do nosso OJ. O nosso país assume-se como um sistema jurídica que vive em contracorrente, em que a tendência tem sido de reforço das penas. Esse catálogo é, contudo, muito diminuído em relação à pena de multa, que conta apenas com uma pena de substituição, que é a pena de admoestação. A nossa história tem sido de constante aumento das penas de substituição, seja através da criação de novas penas de substituição, seja no sentido de aumentar cada vez mais as medidas concretas da pena até às quais se permita a aplicação de penas de substituição. A pena de substituição de mais largo espectro é a pena suspensa. O legislador em 2007 elevou a medida

⁵⁰ Figueiredo Dias refere que “estas penas de substituição deverão responder a um duplo requisito: terem, por um lado, caráter não institucional ou não detentivo, isto é, serem cumpridas em liberdade (no sentido extramuros), correspondendo, deste modo, pelo melhor, aos propósitos político-criminais do movimento de luta contra a pena de prisão; e pressuporem, por outro lado, a prévia determinação da medida da pena de prisão, para serem então aplicadas em vez desta.”

concreta da pena por prestação de trabalho a favor da comunidade de 1 para 2 anos.

O quê que determina a aplicação de uma pena de substituição? Aquilo que é dito de uma forma praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência é que somente razões preventivas justificam a aplicação de uma pena de substituição. Quando o juiz decide aplicar uma pena de substituição, fá-lo em obediência a um juízo de prognose favorável, sendo ele preenchido somente por razões de prevenção geral e de prevenção especial. Anabela Miranda Rodrigues defende que são só razões de prevenção geral e de prevenção especial que justificam a aplicação de uma pena de substituição.⁵¹

Contudo, o prof. Lamas Leite está isolado no sentido de defender que quando olhamos para uma sentença judicial vemos que o juiz só substitui uma pena quando as circunstâncias do caso, o modo de execução do crime e a personalidade do agente forem favoráveis a isso mesmo, ou seja, quando houver uma possibilidade de o juiz fazer um juízo que é próximo (não a mesma coisa) na matéria/substância acaba por verificar que a imagem global do facto aparece sensivelmente diminuída. Se o modo de execução for grave, as circunstâncias também e a personalidade do agente igualmente desfavorável, dificilmente o juiz vai substituir a pena de prisão ou a pena de multa efetiva. As penas de substituição aproximam-se, no ponto de vista da substância, da atenuação especial da pena, ou seja, quando o juiz se decide por um juízo de prognose favorável de pena de substituição, fá-lo também ainda tendo em conta considerações de culpa e não só de prevenção especial e geral. Não é uma valoração dupla da culpa, porque esta culpa que é trazida à colação não é a culpa que nos serviu de fundamento para saber se houve ou não crime. O que parece ao prof é que, quando o juiz se decide por uma sanção de substituição, há como que uma sobrevigância do juízo de culpa, ou seja, o juiz não a apaga do seu processo de decisão. Embora seja prevalecente a ideia de prevenção, a ideia de culpa traduzida numa ideia paralela à da atenuação especial da pena, também encontra aqui a sua fundamentação. Se a culpa do agente for bastante

⁵¹ Maria João Antunes defende que “são, pois, finalidades exclusivamente preventivas, de prevenção geral e de prevenção especial (art. 70º e 40º, nº1), que justificam e impõem a preferência por uma pena não privativa da liberdade (pena alternativa ou pena de substituição). Não é, por conseguinte, uma qualquer finalidade de compensação da culpa. Se a culpa é o limite da pena (art. 40º, nº2), desempenha esta função estritamente ao nível da determinação da medida concreta da pena principal ou da pena de substituição (art. 71º, nº1). Sem prejuízo de a finalidade preventiva primordial ser a de proteção de bens jurídicos, atuando a defesa da ordem jurídica e da paz social como limite à atuação de exigências de prevenção especial. Pelo que, em caso de conflito, prevalecerá o conteúdo mínimo da prevenção geral positiva. Ainda que seja compatível com a reintegração do agente na sociedade, o tribunal não dará preferência à pena não privativa da liberdade, se esta não realizar de forma adequada e suficiente a finalidade de proteção do bem jurídico violado com a prática do crime. Com respeito por uma certa “hierarquia legal das penas de substituição”, já atuarão exclusivamente considerações de prevenção especial na hipótese de haver, no caso, mais do que uma pena de substituição adequada e suficiente a realizar as finalidades de prevenção. O tribunal aplicará então a que melhor satisfizer a finalidade de reintegração do agente na sociedade.”

elevada, dificilmente o juiz vai substituir a sua decisão, há como que uma sobrevivência da culpa. No juízo de prognose que é elaborado pelo juiz, parece ao prof que não são há considerações de prevenção especial e geral, mas também considerações que contribuem para uma imagem global do facto. Assim, se os fatores de medida da pena depuserem contra o agente, dificilmente o juiz vai considerar que o agente está em condições de beneficiar de uma pena de substituição.

A determinação ou a escolha da pena faz-se tendo em conta o ultimo momento que o juiz pode lançar mão. Quanto à determinação da culpa, a culpa é sempre determinada tendo em conta o momento da prática do crime, o juiz tem de se colocar no *tempus delicti* e aferir que tipo de culpa tinha o agente. Quanto às exigências de prevenção especial e geral, essa determinação é também a do último momento em que o tribunal pode conhecer, ou seja, até à prolação da decisão condenatória. Para a aplicação da pena de substituição é exatamente a mesma coisa, no juízo de prognose favorável o momento processual a ter em conta é o momento até à prolação da decisão.

A questão da escolha da pena pode colocar-se em 2 momentos:

- O momento por excelência é o momento em que uma vez determinada a medida concreta da pena, o juiz vai decidir se ao invés de aplicar a pena principal, os objetivos da punição se conseguem através de uma sanção substitutiva, é aqui que se coloca a questão eventual, porque apenas até 5 anos (inclusive) de pena de prisão e até 240 dias de multa (inclusive) o juiz pode aplicar a pena de substituição – “terceira operação de determinação da pena”;
- Nos sistemas de multa alternativa, quando os tipos legais preveem a punição por pena de prisão ou por pena de multa, o juiz tem de decidir qual aplicar, a lei estabelece no art. 70º o critério geral de escolha preferencial de sanções não detentivas. Há este primeiro momento em que se levanta a questão da escolha da pena, nestes casos de pena multa alternativa, os juízes sabem que existe a norma do art. 70º, de acordo com a qual a não ser que a prisão seja de todo necessária, devem dar preferência à pena de multa, mas também sabem que só há uma pena de substituição de pena de multa, por isso, às vezes, pode produzir-se uma espécie de desvio de sistema, isto é, os tribunais são levados a num primeiro momento dizerem que se justifica a aplicação de uma pena de prisão, justificando que só assim se concretizam as finalidades do art. 40º, nº1, porque assim sabem que vão ter ao seu dispor um conjunto muito mais lato de penas de substituição. Deste modo, por vezes, na prática, os juízes decidem logo ao nível das molduras penais abstratas pela pena de prisão, porque depois sabem que há um conjunto mais lato de penas de substituição, o que não é o que o sistema quer, por isso se diz que se trata de um desvio do sistema. O prof. defende que se devia voltar ao

sistema originário do código de 1982, em que a pena suspensa também se aplicava à pena de multa.⁵²

O nosso sistema conhece penas de substituição não detentivas e detentivas, as não detentivas são as chamadas penas de substituição em sentido próprio e as detentivas em sentido impróprio, o que tem a ver com a natureza do instituto. O que deu origem à pena de substituição foi a luta contra as penas curtas de prisão, que têm efeitos criminogénicos, daí devermos evitar ao máximo que o agente ingresse no EP. Isto leva-nos também a dizer que as penas de substituição não detentivas é que correspondem à razão de ser última das penas de substituição e já se discutiu se as penas de substituição detentivas são uma verdadeira pena de substituição ou uma mera forma de execução da pena de prisão. Há alguma divergência doutrinária, mas a doutrina maioritária defende que as penas de substituição detentivas continuam a ser verdadeiras penas, até a própria designação de penas de substituição em sentido improprio é algo que devemos evitar. Assim, mesmo as penas de substituição detentivas são verdadeiras penas de substituição, porque as penas de substituição detentivas, no nosso caso a OPH, exige sempre que o juiz determine uma medida concreta da pena e só depois de finalizado todo o processo de determinação da medida concreta da pena é que o juiz vai decidir-se pela sua substituição ou não. Por outro lado, a razão de ser, não só de uma perspectiva dogmática, mas também político-criminal, da pena de substituição é evitar o contacto do condenado com o EP e, apesar de restringirmos a liberdade do condenado, restringimo-la de uma forma diversa do ingresso no EP, o condenado fica na sua residência ou local que indicar, logo o desiderato de impedir a entrada no EP, também se consegue desta forma, ainda que mais compressora de DF, porque impede o *ius ambulandi*.

Uma outra questão que ocupou durante muito tempo a doutrina diz respeito ao facto de ser possível ou não elaborar uma espécie de teoria geral de penas de substituição. Temos de prestar homenagem à doutrina italiana nesta matéria. Contudo, esta é uma tarefa que está votada ao insucesso, não é possível construir uma teoria geral das penas de substituição, porque temos uma multiplicidade de penas de substituição que, sem dúvida, têm um fundamento comum, mas no seu regime têm aspetos muito concretos. Apesar disso, não significa que não possamos encontrar traços comuns em relação às penas de substituição – **ex**: ideia de que todas elas se inserem no movimento contra as penas curtas de prisão, todas elas visam combate aos efeitos criminogénicos da

⁵² “Trata-se, em qualquer caso, de um poder-dever para o tribunal, com a consequência de também dever fundamentar a não aplicação da pena não privativa da liberdade (fundamentação negativa), quando dê preferência à pena privativa da liberdade. O TC já julgou «inconstitucionais, por violação do artigo 205.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, as normas dos artigos 50.º, n.º 1, do Código Penal e 374.º, n.º 2, e 375.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, interpretados no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução de pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos» (Ac. n.º 61/2006).”

pena de prisão, todas elas exigem um juízo de prognose favorável, todas elas se fundamentam numa ideia da prevenção geral e especial, etc..

Pena de suspensão de execução da prisão/pena suspensa (art. 50º e seq.):

A pena suspensa é a pena de substituição que se aplica mais estatisticamente. Esta foi sofrendo grandes evoluções ao longo de Código: na versão originária do CP tínhamos um verdadeiro sistema de *probation*, em 1985 terminou-se com este regime de prova que, na verdade, era uma verdadeira pena principal e não de substituição, porque não exigia a determinação de um *quantum* exato de pena que depois era substituído por uma outra pena. A partir de 1985, temos um sistema de pena suspensa que encontra os seus antecedentes históricos no instituto jurídico franco-belga da *sursis*. A *sursis* começou por ser uma construção francesa e belga, nos finais de séc. XIX, surgindo com uma lei de Bérenger, que foi o seu criador. A *sursis* baseia-se na ideia em que basta a ameaça da pena e não a efetiva aplicação da pena. A Lei Bérenger partia do princípio de que a mera ameaça do cumprimento efetivo da pena bastava para afastar o agente da reincidência. Deste modo, temos um sistema que fica na confluência entre a *sursis* e a *probation* e temos vários sistemas de pena suspensa.

Na pena suspensa simples (art. 50º) há apenas a ameaça de pena, se o agente é condenado, por exemplo, a 2 anos de prisão e o juiz determina a sua suspensão, se apenas determinar isto, estamos perante uma pena suspensa simples.

O art. 50º, nº5, até 2007, previa que o juiz podia escolher o período de suspensão, desde que fosse entre 1 ano e 5 anos. Em 2007, o legislador entendeu que o período de suspensão deveria estar indexado à pena, ou seja, se a pena é fosse de 1 ano, a suspensão seria de 1 ano, com uma ressalva, o mínimo de suspensão seria sempre de 1 ano – ex: pena de prisão de 11 meses, pena suspensa teria no mínimo de ser de 1 ano. Muita gente criticou a alteração da lei e o legislador, no ano passado, voltou ao regime anterior, considerando que o juiz tem a liberdade de determinar o tempo da suspensão, desde que ele seja entre o mínimo de 1 ano e o máximo de 5 anos. O juiz pode entender que é adequado ao caso concreto a pena de 1 ano de prisão e porquê que tem de ficar indexado? As vezes, é útil, por razões apenas de prevenção, de por que o agente ficasse à experiência não só por 1 ano, mas por mais, ou até por menos.

O legislador no art. 50º, nº1 foi bastante feliz ao indicar um conjunto de elementos que o juiz tem de ter em consideração para se decidir pela execução suspensa da pena. Na verdade, o prof defende que estes critérios para a suspensão da pena de prisão devem valer para todas as penas de substituição, porque quando formos estudar as demais, vamos ver que esta é aquela em que

o legislador foi mais longe. Por razões de certeza e segurança jurídica na aplicação do Direito, seria bom que esse conjunto de elementos fosse aplicado em todas as penas de substituição.

O legislador foi também feliz na seguinte expressão: *concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição*. A pena suspensa não pode ser encarada como uma espécie de pena de segundo nível, nem uma despenalização encapotada. No art. 45º, nº1 está uma perspetiva altamente incompleta da finalidade da pena de substituição, a pena de substituição não serve apenas para isto, não é apenas uma forma de prevenção de reincidência, a pena de substituição serve para as mesmas finalidades da pena principal, logo as do art. 40º, nº1, por isso o legislador esteve mal ao apontar para finalidades menores e deveria ter apontado para o previsto no art. 50º, nº1.

Há 4 modalidades da pena suspensa: a suspensão simples, a suspensão com deveres (art. 51º), a suspensão com aplicação de regras de conduta e a suspensão com regime de prova (art. 53º e 54º). O que distingue a suspensão com deveres e a suspensão com regras de conduta? O art. 51º, nº1 diz-nos que os deveres têm o objetivo de reparar o mal do crime, logo, aponta para uma finalidade retrospectiva, procurando-se compensar aquilo que o agente fez de mal ao *tempus delicti*. Por outro lado, as regras de conduta têm uma finalidade prospetiva, nos termos do art. 52º, nº1, têm por desiderato promover a reintegração na sociedade do condenado, têm uma finalidade pedagógica e educativa. Pode o juiz cumular deveres com regras de conduta? Sim, nos termos do art. 50º, nº3. O juiz pode aplicar outros deveres ou regras de conduta que não estejam cá previstos, desde que não viole a dignidade do arguido - o elenco é meramente exemplificativo.

O art. 52º, nº2 foi alterado na reforma de 2007 e o legislador não foi muito feliz. “Complementarmente” – como interpretar? Tem de se aplicar primeiro uma regra de conduta do nº1 e depois uma do nº2? Não, o “complementarmente” não significa que para se aplicar uma regra de conduta negativa (nº2), se tenha de aplicar uma regra de conduta positiva (nº1), o juiz pode aplicar apenas uma regra de conduta de caráter negativo.

27.04.18

Desde 1995, o legislador prevê a suspensão só para a pena de prisão. Quando a pena de multa não é liquidada através de uma das várias formas que estudamos, nos termos do art. 49º, nº3 há uma suspensão, mas é da prisão subsidiária ou sucedânea, que não é uma verdadeira pena principal, uma vez que a pena principal era a pena de multa que, sob pena de não ser cumprida e não ter uma eficácia concreta, exige-se, nos termos do art. 49º, nº1, que ela se transforme em pena de prisão subsidiária e permite o art. 49º, nº3 que essa sanção de prisão seja suspensa. No entanto, a suspensão do art. 49º, nº3 é uma suspensão até atípica, porque se podem impor ao agente injunções somente de

carater não económico e não financeiro, porque se ele não pagou a pena de multa, não fazia sentido aplicar-lhe injunções deste tipo.

Desde 1995, deixamos de ter o regime de prova como uma verdadeira pena principal, o regime da pena suspensa acabou por se purificar e o legislador prever um conjunto de modalidades, que, na verdade, são 4 e já vimos 3 delas. A suspensão com deveres, nos termos do art. 51º, implica que o juiz, de acordo com o elenco que é meramente exemplificativo, promova a reparação do mal do crime. Por outro lado, o art. 52º tem uma visão prospetiva. Temos de fazer uma leitura corretiva do “complementarmente”, até convém nem lê-lo, para não correremos em leituras erradas.

Como qualquer pena, a pena de substituição pode ser cumprida ou incumprida e, para ser uma verdadeira pena, estão sujeitas aos critérios do art. 71º, nº1, ou seja, da culpa e da prevenção.

Quanto à quarta modalidade, é o regime de suspensão com regime de prova. Esta é a modalidade que mais se aproxima do sistema de *probation*, mas não o é, porque há uma efetiva determinação da medida concreta da pena. Nos termos do art. 53º e 54º, este regime é o regime mais impositivo e restritivo de DF que pode ser aplicado a quem o juiz entenda suspender a pena de prisão. O regime de prova tem o seu fundamento no art. 54º, no plano de reinserção social (até 2007 era plano de readaptação) – este documento é a peça fundamental do regime de prova e é elaborado pelos técnicos de reinserção social, não pelo juiz. Isso mesmo retiramos do art. 53º, nº2. A norma do art. 53º, nº3 é importante, há aqui o estabelecimento de um pensamento, que não é único apenas desta norma, encontrando-o normas de DP secundário, como no RJIT.⁵³ Não há aqui nenhuma inconstitucionalidade, cabe dentro da discricionariedade do legislador estabelecer o regime punitivo que considera mais adequado para o caso concreto, desde que não viole o princípio da proporcionalidade. No art. 53º, nº3 ordena-se sempre o regime de prova se até ao *tempus delicti* o agente tem 21 anos. O regime de prova é aquele em que o condenado mais se encontra acompanhado pelos técnicos de reinserção social, logo, se estamos a falar de jovens, justifica-se ainda mais este acompanhamento, pois a lei parte do princípio que não é habitual que um jovem pratique crimes, se o faz, há um défice de interiorização dos valores do Direito e o método mais adequado que o legislador encontrou foi este, porque permite um acompanhamento mais próximo.

⁵³ Estabelece o dever do contribuinte retribuir o valor dos impostos ou tributos com que se tiver injustamente locupletado – **ex**: alguém pratica um crime de fraude fiscal, o juiz determina a medida concreta da pena, e se entender que está em condições de suspender a pena, deve o fazer sempre com a obrigação de o condenado restituir aquilo com que se locupletou. Se há uma relação direta entre o locupletamento do agente e o próprio crime é de todo proporcional que se estabeleça que a suspensão só é possível, mediante a entrega dos valores com que o agente se tenha locupletado.

O art. 53º, nº4 estabelece uma outra categoria de condenados aos quais sempre que é aplicada uma pena suspensa é também aplicado o regime de prova. Quando se trate de um agente maior que pratique crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de uma vítima é menor, o regime de prova é sempre ordenado. Estas condutas, muitas vezes, têm questões psicológicas e que só no âmbito de um regime de prova podem ser eliminadas ou melhoradas. Destaca-se também o previsto no art. 54º, nº4.

O art. 54º, nº3 tem uma aparente falta de sintonia com o art. 50º, nº3, pois, *a contrario sensu* se o legislador só fala em cumular regras de conduta e deveres, poderíamos pensar que não seria possível cumular com o regime de prova, mas não é verdade, dentro desse regime de prova podem ser impostos deveres e regras de conduta. Pode haver a cumulação entre deveres, regras de conduta e regime de prova, desde que o tribunal decida pela aplicação do regime de prova, desde que cumpram a finalidade prevista na lei.

Ex: pena de suspensão com um dever de liquidar uma indemnização à vítima, é um dever, porque tem uma finalidade retrospectiva, destina-se a reparar o mal do crime. Durante o tempo da suspensão, o agente não paga totalmente a indemnização ou simplesmente não paga nada. O juiz que vai verificar do cumprimento não é o juiz do TEP, porque este decide quanto a decisões transitadas em julgado de penas efetivas, se estamos a falar uma pena substituição, ela está sujeita a uma cláusula *rebus sic stantibus*. Quem acompanha é o tribunal da condenação, porque qualquer das condenações em pena de substituição está sempre sujeita a uma cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto as coisas se mantiverem assim. Se alguém é condenado a uma pena suspensa, essa pena só é cumprida se o agente cumprir qualquer um dos regimes. Se no período de suspensão, o agente liquidar a indemnização, findo prazo de suspensão, o juiz profere um despacho de que a pena se considera extinta pelo cumprimento, passando a estar inscrita no registo criminal.

Enquanto o agente cumprir a condenação, não há problema, mas muitas vezes isso não acontece e poderíamos ter um problema processual: quando alguém é condenado numa pena de substituição, a decisão tem de transitar em julgado, se transitou em julgado, o cumprimento da pena de substituição é sempre um cumprimento para o futuro, depois do trânsito em julgado, assim sendo, como é que o juiz pode mexer na condenação depois do trânsito em julgado? O juiz pode alterar a sua decisão, porque as circunstâncias também se alteraram, portanto, há toda a legitimidade processual para que o tribunal revise o caso e decida em conformidade com o incumprimento.

A revogação de qualquer pena de substituição vai ser sempre uma revogação que se defende ser uma decisão de última *ratio*. Se o incumprimento for de tal forma grave e reiterado ou se o agente durante o período da suspensão da pena cometer um crime, o juiz não tem outra solução que não seja revogar a pena suspensa, e essa revogação está prevista no art. 56º. A revogação existe

se ocorrer uma de 2 circunstâncias: não é qualquer incumprimento, tem de ser um incumprimento grosseiro ou repetido. Ao revogar a pena suspensa, a pena principal já está determinada na sentença condenatória, logo, aplica-se a pena principal que já está determinada. A outra hipótese é o agente ter cometido um crime, mas não há um efeito automático entre a prática de crime e a revogação, esse crime tem de ter certas características, dá-se aqui um um espaço de discricionariedade vinculada ao juiz para saber se aquele crime justifica ou não a revogação da pena suspensa – **ex**: crime de violência domestica e durante o período de suspensão é condenado por um crime de condução sob o efeito de álcool, aqui o tribunal não vai revogar a pena suspensa, porque aqui não há o tal efeito automático, este ultimo não poe em causa as finalidades da punição, são crimes que não têm qualquer relação direta.

Aqui surge uma questão: imaginemos que o tempo de suspensão é de 3 anos, o quê que acontece se ele no ultimo dia de suspensão comete um crime? O quê que acontece ao período de tempo em que ele esteve a cumprir adequadamente? Há ou não desconto do tempo de cumprimento correto da pena suspensa? Depende das penas em concreto: na pena suspensa não há lugar a qualquer desconto, se o juiz revoga a pena de substituição, ele vai cumprir a totalidade da pena principal de prisão que está prevista na decisão condenatória, sem que haja qualquer desconto (art. 56º, nº2). **Ex**: agente até tinha pago a indemnização, não pode voltar a exigí-lo, não há lugar à sua restituição. O legislador é particularmente exigente no caso da pena suspensa.

A revogação da pena suspensa é uma ultima *ratio*, logo, o que o tribunal faz, muitas vezes, é lançar mão do art. 55º, em que há um incumprimento, mas não é de molde a pôr em causa o funcionamento do art. 56º. O art. 55º prevê uma série de mecanismos que visam reforçar a pena suspensa e exigir mais do condenado. Estão indicados no art. 55º por uma ordem crescente de gravidade e mediante um elenco taxativo. Há casos em que não podemos prorrogar o tempo da pena de suspensão, porque 5 anos é o máximo de pena suspensa. Os tribunais só em última linha é que aplicam logo o art. 56º. O tribunal mediante o incumprimento da pena suspensa ou entende que esse cumprimento não é de tal forma grave e aplica alguma das medidas do art. 55º, se essas medidas não são cumpridas resta-lhe o art. 56º; se o incumprimento é de tal modo grave, o tribunal aplica logo o art. 56º. O tribunal não tem sempre de passar pelo art. 55º para aplicar o art. 56º, depende da gravidade do incumprimento.

A extinção da pena dá-se pelo cumprimento das injunções que foram impostas ao condenado. Infelizmente, o CP não tem um regime único de incumprimento das penas de substituição. O prof. defendeu na sua tese que o art. 55º deveria se aplicar a todas as penas de substituição, porque se o objetivo é sempre que a revogação da pena de substituição seja uma ultima *ratio*, porque que a pena suspensa tem este regime privilegiado?

Prestação de trabalho a favor da comunidade:

A PTFC é uma sanção que tem uma larga história no nosso OJ e nos que nos são próximos. Não estamos a falar em trabalho forçado, exige sempre o consentimento do condenado. O Reino Unido é o país onde a PTFC está mais enraizado, até há um Act de 1991 que é um marco da PTFC.

Já se pensou na possibilidade de a PTFC deixar de ser uma pena de substituição para passar a ser uma pena principal. O prof. considera que é uma ideia interessante, mas não a defende, pois todos nos percebemos a vantagem que o trabalho a favor da comunidade tem, por isso o legislador sempre acarinhou esta pena de substituição, no entanto, coloca-la como uma pena principal seria muito complicado para não dizer impossível, afinal, que crimes iríamos aplica-la? Por outro lado, esta PTFC exige o consentimento do condenado, então quase que era anedótico dizer que seria condenado com uma pena de prisão, ou uma pena de multa, ou em PTFC. A PTFC não está determinada como uma verdadeira pena principal, porque depende sempre do consentimento do condenado, qual é o sentido disto no âmbito da reafirmação da norma? Se assim fosse, estaríamos a colocar nas mãos do condenado, até certo ponto, a escolha que o juiz podia fazer de aplicação da pena principal.

A PTFC aplica-se só e apenas a medidas concretas até 2 anos de prisão, é uma pena de substituição privativa da pena de prisão e aplica-se desde que se conclua que as finalidades são adequadas e suficientes. Aquilo que tem de novo da alteração do ano passado é dizer-se que o tribunal deve levar em linha de conta a idade do agente. O legislador quis que a PTFC passasse a ser uma pena de substituição privilegiada em relação aos jovens. Trata-se de uma pena de substituição que exige sempre o consentimento do condenado (art. 58º, nº5) e o trabalho é não remunerado. Estamos a falar fundamentalmente das IPSS, não só entidades do Estado, mas também entidades privadas que tenham uma finalidade pública, esteja ou não reconhecida essa utilidade pública, não se exige esse reconhecimento administrativo prévio.

O tribunal profere a decisão e depois vai aguardar o requerimento do condenado para poder substituir essa pena por PTFC, no entanto, nada impede que o juiz logo na audiência do julgamento, quando lê a sentença condenatória, questione o condenado se aceita que substitua a pena de prisão por uma PTFC. O condenado até pode na audiência de julgamento dizer que concorda com a PTFC, mas pode ainda recorrer da decisão e inverter a sua posição.

Do art. 496º CPP se pode retirar que o tribunal deve dar preferência ao local que o condenado sugerir para prestar o seu trabalho, porque isso demonstra uma maior vontade de cumprimento.

É preciso estabelecermos uma forma de conversão da pena principal de prisão em horas de trabalho e o nosso CP é particularmente benévolo, porque no art. 58º, nº3 estabelece que cada dia de prisão é substituído por uma hora de

trabalho (1 dia de prisão = 1 hora), o prof considera que o legislador foi demasiado benévolo, o que faz com que a PTFC perca efetividade. Para além disso, estabelece ainda um teto máximo de 480 horas. O que significa que, a partir de 480 dias, “é tudo lucro”, ou seja, o condenado sabe que não pode ser condenado a mais tempo. Não há uma correspondência aritmética entre o número de dias de prisão e as horas de trabalho, o que é criticável, porque se perde a efetividade da PTFC.

Quando é que o trabalho é prestado? A lei pretende evitar que esta PTFC impeça o trabalho normal do condenado, o objetivo do legislador é que não colida com o seu horário normal de trabalho, daí que se diga que pode ser prestada aos sábados, domingos e feriados, bem como em dias uteis, mas em cada dia útil não se pode ultrapassar o regime das horas extraordinárias e que, em regra, é de 2 horas por dia. O condenado não pode prestar mais do que 2 horas por dia de trabalho, a não ser que consinta nisso. O objetivo é fazer com que a PTFC não colida com o horário normal de trabalho, pois isso teria efeitos dessocializadores e até criminógenos.

O art. 58º, nº6 trata de uma matéria que a doutrina norte americana e inglesa vem designando como *interchangeability*, correspondendo a uma ideia de interpenetração. A ideia é que, cada vez mais, temos uma paleta de penas de substituição mais ampla e os legisladores tendem a conjugar o regime de varias penas de substituição, de forma a adequa-las ao caso concreto e aqui temos um caso em que o legislador aposta nesta *interchangeability*. Podemos ter uma PTFC juntamente com regras de conduta, típicas da pena suspensa.

No art. 59º vem prevista a possibilidade de o condenado ver adiado o cumprimento da PTFC, podendo igualmente se suspender. Há os casos de revogação da PTFC previstos no art. 59º, nº2. Se ele cometer um crime, não há uma revogação automática, é preciso ver se poe em causa a finalidade da punição. A PTFC é extinta pelo cumprimento. Se houver revogação da PTFC, há desconto das horas de trabalho que o condenado prestou – o legislador trata a PTFC de uma forma mais benévola em relação à pena suspensa. **Ex:** o agente foi condenado a 365h, cumpriu 300h, restam 65, logo irá cumprir 65h dias de prisão. Mas há ainda uma válvula de escape no art. 59º, nº5. Logo, apesar de ter incumprido a PTFC, se o tribunal entender que as 300h que prestou foram adequadas, pode o tribunal determinar que, apesar de não ter cumprido toda a PTFC, declara extinta o resto. O desconto na PTFC até vai mais longe do que o mero retirar da parte cumprida, até permite que uma parte que não seja cumprida, desde que respeite os requisitos temporais do art. 59º, nº5, o tribunal pode declarar extinta.

Se o agente enquanto cumpre a PTFC, praticar um outro crime e for condenado numa pena, se o juiz considerar que essa pena poe em causa a PTFC, ele não a cumpre mais, desconta-se o tempo em que prestou a PTFC e cumpre a pena de prisão previamente determinada, mais o tempo pelo novo

crime. Se o juiz considerar que aquele crime não põe em causa a PTFC, ele cumpre a PTFC, mas se recolhe ao EP, há uma suspensão e cumpre a PTFC quando for libertado.

O art. 59º, nº6 é importante, porque permite outras penas que permitam substituir a PTFC, assim, está prevista uma substituição da pena de substituição, com o fundamento de o agente não estar em condições por facto que não lhe é imputável de cumprir a PTFC.

O nosso legislador trata a PTFC de uma forma muito mais benévola do que trata a questão da pena suspensa e tem-se levantado uma questão na jurisprudência: será que existe uma hierarquia nas penas de substituição? A lei estabeleceu alguma preferência por certas penas de substituição? Há jurisprudência contraditória, há tribunais que entendem que sim, e há outra parte da jurisprudência que entende que não. O prof. considera que a resposta mais correta é a resposta negativa, que o nosso legislador não estabeleceu nenhuma hierarquia entre as penas de substituição. Deste modo, o tribunal não está predeterminado a seguir um caminho, que poderia começar, por exemplo pela PTFC, isso seria demasiado limitador do objetivo que se pretende. Se há uma panóplia de penas de substituição, a lei quer que o juiz olhe para as várias e decida qual é a mais correta face a cada caso concreto.

Substituição da prisão por pena de multa:

O art. 45º é incompleto, porque só fala em *exceto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes*. A sua epígrafe também não está em consonância com o nº1, porque este não fala só na multa, fala também em outra pena não privativa da liberdade. Deste artigo retira-se que o legislador para além de nos ter dito, logo por via do art. 70º, que se preferem as não detentivas, no art. 45º, nº1 reforça que se o juiz aplicar uma pena até 1 ano, tem de pensar bem, porque prefere que se aplique a pena de multa ou outra pena não detentiva. Este 45º, nº1 tem um valor interpretativo muito forte, porque nos está a dizer que o regime regra da pena de prisão até um ano é o da substituição. Também daqui há autores que tiram a ideia de que para nós, em Portugal, a pena curta de prisão é até um ano.

A pena de multa de substituição determina-se nos mesmos termos que estudamos para a determinação da pena de multa principal, daí que haja a remissão para o art. 47º no art.º, nº1. Numa pena de substituição admite a lei o pagamento diferido ou em prestações. Aquilo que se tem discutido é saber se também se pode aplicar à pena de substituição o trabalho, ou seja, a aplicação do art. 48º. Aqui há o Acórdão Uniformizador da Jurisprudência n.º 7/2016 do STJ que vem fixar que também se pode pedir a substituição por trabalho, ou

seja, aplica-se o 48º também ao 45º.⁵⁴ O prof. discorda deste Acórdão, porque o juiz tem ao seu dispor varias penas de substituição entre as quais a PTFC, logo, se ele escolheu a pena de multa, implicitamente afastou a PTFC, então que sentido tem admitir que o condenado possa requerer a substituição da multa por trabalho? O prof. considera que se está a violar a decisão do julgador ao admitir-se isto e, para além disso, o art. 48º não está pensado para a multa de substituição, mas para a pena de multa, como pena principal. Desta forma, estamos a fazer uma substituição da substituição e isso traz a perda da credibilidade das penas de substituição, deve se lutar contra isto. O prof. considera este acórdão *contra legem*.

E se o agente não cumpre a pena de multa? Também não há desconto nenhum, mesmo no caso do trabalho (mais um argumento para discordar do previamente dito, porque o trabalho no art. 58º é para descontar, estamos a introduzir aqui para a mesma realidade, regimes diferentes). Se a multa não é paga, o condenado cumpre a pena de prisão (art. 45º, nº2). Ainda pode pedir a suspensão da pena de prisão, a lei remete para o art. 49º, nº3, ou seja, também aqui foi a própria lei que previu a substituição da substituição (quando a lei o quis, disse-o, mais um argumento a favor do defendido anteriormente).

Proibição do exercício de profissão, função ou atividade:

A pena de substituição prevista no art. 46º começou por ser o art. 43º, nº3, estava muito mal inserida e era criticado. Em 2007, legislador autonomizou esta pena, e bem, porque é uma pena autónoma.

Obrigação de permanência na habitação:

A OPH está prevista no art. 43º. Se o agente não liquida as multas de substituição não está em condições de se aplicar o art. 49º, nº3, mas pode beneficiar da OPH (art. 43º, nº1, al. c). Esta é uma OPH que não é totalmente fechada, como comprovamos no art. 43º, nº3 e 4, o regime agora é mais aberto, permitindo a ressocialização do agente. É necessário ver também o art. 44º e articular os seus regimes.

⁵⁴ «Em caso de condenação em pena de multa de substituição, nos termos do art. 43.º, n.º 1, do CP, pode o condenado, após o trânsito em julgado daquela decisão, requerer, ao abrigo do disposto no art. 48.º, do CP, o seu cumprimento em dias de trabalho, observados os requisitos dos arts. 489.º e 490.º do CPP.»

Pena de admoestação:

A pena de admoestação é a única pena de substituição aplicada à pena de multa principal. A pena de admoestação tem uma larga tradição histórica entre nós, correspondendo à pena de repreensão no nosso antigo CP. Esta pena prevista no art. 60º tem conhecido alguma evolução, até 2007 só era aplicável a penas de multa até 120 dias, a partir daí, o legislador decidiu duplicar a sua aplicação, hoje temos que a admoestação se pode aplicar a penas de multa até 240 dias, isto significa que se o juiz aplica uma pena de multa superior a 240 dias, não temos possibilidade de a substituir por qualquer outra pena.

A admoestação consiste numa solene censura, procurando obstar o condenado da prática futura de ilícitos. É uma pena simbólica e, por isso, é muito discutível até que ponto se devia manter uma pena como esta no nosso OJ, porque no âmbito da prevenção geral o seu significado é diminuto, exigiria que fosse feita em público, mas isso poderia contender com DF, designadamente o direito à honra. Em relação à prevenção especial, depende muito do condenado. Já se defendeu entre nós que a pena de admoestação devia ter mais efeito no âmbito dos jovens-adultos, nos quais poderia ter um efeito de prevenção especial maior.

A pena de admoestação pode ser aplicada logo depois da decisão condenatória, desde que os sujeitos processuais concordarem com a dispensa do prazo para o recurso. O recurso é um direito subjetivo, sendo em regra um direito disponível, por isso nada impede que os sujeitos processuais abdicuem do prazo para recurso, que é de 30 dias. Esta possibilidade está prevista no art. 497º, nº2 CPP. Ao invés de se ter de marcar uma nova data, ela é feita *ad acontuum*.

A admoestação para ser aplicada tem um conjunto de requisitos que constam do art. 60º: só pode haver se tiver havido uma reparação de dano, não basta um mero esforço de reparação do dano, neste ponto, aproxima-se da dispensa de pena (art. 74º). A reparação do dano tem de ser interpretada naquilo que é humanamente possível, pois há danos que são irreparáveis – **ex**: ofensa à honra ou integridade física – mas o agente pode tentar repará-las, seja por suportar as despesas médicas, seja por um pedido de desculpa. O requisito comum a todas as penas de substituição é o juiz entender que, tendo sido reparado dano, se realizam as finalidades punitivas do art. 40º, nº1. Temos uma limitação que constam do art. 60º, nº3 e que é uma limitação que não é absoluta (“em regra”), o juiz pode entender que é de aplicar na mesma a admoestação. Se nos 3 anos anteriores ao *tempus decliti*, o agente tiver sido condenado em qualquer facto, em regra, não se pode aplicar a admoestação e fica-se com a pena principal de multa, este é um princípio geral que o legislador estabelece ao julgador, mas que pode ser ultrapassado, a própria lei o diz em “em regra.”

INSTITUTO DA PERDA DE INSTRUMENTOS, PRODUTOS OU VANTAGENS DERIVADOS DA PRÁTICA DO FACTO ILÍCITO-TÍPICO

O instituto da perda de instrumentos, produtos ou vantagens derivados da prática do facto ilícito-típico está previsto nos art. 109º e seg. CP. A ideia basilar do instituto é a ideia de que se algum instrumento foi utilizado para a prática de um ilícito típico, ou se o agente retirou alguma vantagem, o agente não deve ficar na posse desse mesmo bem, porque esse instrumento, em si mesmo, é perigoso, e em relação às vantagens vigora a ideia de que o DP tem de tudo fazer para que consiga passar a mensagem à comunidade e ao concreto agente de que o crime não compensa e que as vantagens que tiver retirado da prática do ato ilícito não podem estar na sua propriedade ou posse.

Há uma infinidade de diplomas avulsos que nos dizem o que fazer com esses instrumentos ou vantagem, no âmbito do DL 15/93, o legislador estabeleceu um procedimento para os produtos derivados da prática dos crimes relacionados com a droga. O legislador diz-nos que a droga apreendida num determinado processo é destruída em fornos próprios, depois do trânsito em julgado, com a presença de autoridades policiais. A essa destruição tem de assistir um magistrado e um funcionário judicial, que vão lavrar um auto em que descrevem o que aconteceu: quantidade e tipo de droga que foi destruído, sendo assinado por ambos. O dinheiro apreendido à ordem de um processo é declarado perdido a favor do Estado e depois a repartição dentro do Estado depende do tipo de crime que é praticado, o princípio geral é que se se trata de dinheiro apreendido à ordem do processo, que não provém da droga, esse valor reverte para o Estado, em 2 partes iguais, uma para o Instituto de Gestão Financeira e do Crédito Público e para a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

Perda de instrumentos e produtos:

Os instrumentos da prática do crime (*instrumenta sceleris*) são todas as coisas corpóreas/físicas (não podem ser direitos) que são utilizados como um meio para a prática de um facto ilícito-típico – **ex**: revolver, navalha, etc.. Outra coisa são os produtos (*producta sceleris*), que são tudo aquilo que é produzido pela própria atividade criminosa – **ex**: fabricação de drogas, moeda contrafeita, etc. Podemos usar um instrumento para produzir um produto.

Diz-se facto ilícito-típico e não crime, porque este instituto não exige a prática de um crime, pois um inimputável também pode ver perdido a favor do Estado um instrumento ou uma vantagem.

Quanto a estes instrumentos ou produtos, já se tem discutido qual é a sua natureza jurídica: são uma pena acessória? São um efeito das penas? São uma

medida de segurança? Aquilo que tem sido maioritariamente defendido entre nós é que o instituto da perda dos produtos e instrumentos não são nenhuma pena acessória, porque se no fim do processo ele é arquivado, porque não se conseguiu determinar quem foi o agente desse facto, não se impede que esses instrumentos ou produtos sejam declarados perdidos a favor do Estado, por isso não se trata de uma pena acessória, porque esta para se aplicar é necessário também se aplicar uma pena principal. Não é uma pena acessória, porque não se exige que se consiga determinar quem foram os agentes responsáveis pela prática. Também não é um efeito das penas, porque nos art. 65º e seg não encontramos qualquer referência a este instituto da perda e nunca poderia ser, porque não tem de haver uma aplicação efetiva de uma pena e pode ser um facto praticado por inimputável e a um inimputável não se aplicam penas. Não é também uma verdadeira e autentica medida de segurança, porque esta diz respeito a pessoas.

Deste modo, se não é nada disto, diz-se que é uma natureza análoga a uma medida de segurança, não é exatamente uma medida de segurança, mas tem uma natureza similar por via da ideia da perigosidade. Deste modo, o Estado só pretende a perda de instrumentos ou de produtos perigosos, porque se eles não o forem, não têm de ser declarados perdidos a favor do Estado. Esta ideia de perigosidade tem de ser vista numa perspectiva marcadamente objetiva e não subjetiva. Para considerarmos que determinado instrumento ou produto é perigoso temos de atender ao momento da prática do facto, é um juízo *ex ante* facto, e temos de recorrer aos critérios da imputação objetiva, isto é, perguntar se naquele momento, de acordo com um juízo de prognose póstuma, é de prever que aquele instrumento ou produto possa constituir um perigo para a comunidade. Isto não implica que não tenhamos em conta os conhecimentos do concreto agente, já que determinados tipos de produtos podem, em si, não ser perigosos, mas se estamos a falar de um agente concreto, que tem especiais conhecimentos, por exemplo, na área da química, sabe que tipo de combinações entre determinadas substâncias químicas podem ser fatais. Aí temos em conta os conhecimentos também do concreto agente. O primeiro requisito para se declarar a perda de instrumentos ou produtos é aferir-se a sua perigosidade, em regra, de natureza objetiva, mas tendo também em atenção os conhecimentos do concreto agente.

O instituto da perda está dominado pelo princípio da legalidade, só a existência prévia de um ilícito-típico é que pode despoletar este instituto. Este instituto da perda que implica a existência de um facto ilícito-típico e perigosidade do instrumento ou produto, mas tem ainda um terceiro requisito para poder ser aplicado, que é a proporcionalidade entre a gravidade das consequências do facto que foi cometido e a própria perigosidade intrínseca do instrumento ou do produto que foi utilizado. Assim, em suma, para se aplicar o instituto da perda de instrumentos ou de produtos é necessário da verificação cumulativa de 3 requisitos:

1. Prática de um facto ilícito-típico;
2. Verificação da perigosidade do instrumento ou do produto;
3. Proporcionalidade entre a gravidade das consequências que derivam do facto e a perigosidade intrínseca do próprio instrumento ou produto.

Do ponto de vista do processo penal, o mais normal é que seja em sede de julgamento e na própria decisão condenatória que surja esta ordem de declarar a perda a favor do Estado, mas também nada impede que as autoridades judiciais que presidem às 2 fases anteriores, no inquérito o MP e na instrução o JIC, tenham competência para tal. Normalmente, nestes casos, o próprio MP pode declarar a favor do Estado essa droga, claro que fica uma amostra em tribunal e se faz um relatório para entregar ao tribunal.

No art. 109º a lei trata dos instrumentos e no art. 110º dos produtos e vantagens.

No art. 109º, nº1, primeira parte vem prevista a noção de instrumentos, que são sempre coisas corpóreas, nunca podem ser direitos, e não dizem respeito sempre a ilícitos na forma consumada, se o ilícito fica na sua forma tentada, também pode acontecer a declaração da perda. “Moral e ordem pública” não é uma conceção moralista. Nesta perigosidade o agente também procura evitar a reiteração criminosa. O art. 109º, nº2 diz que para se aplicar este instituto não é necessário que se determine quem praticou o facto, por isso é que não é uma pena acessória e o nº4 diz-nos que há uma panóplia de diplomas avulsos em que se trata do destino a dar a estes produtos e instrumentos – **ex:** DL 483/82.

Temos depois um problema que entrecruza entre o DP e o Direito Civil, previsto no art. 111º. Nem sempre o instrumento que é utilizado pertence ao agente do ilícito, estando em causa o direito de propriedade de terceiro, que tem consagração constitucional no art. 62º CRP. A regra geral é a do art. 111º, nº1 que nos diz que se o instrumento ou produtos detidos forem propriedade de terceiro, não há lugar à perda, contudo, há um conjunto de exceções previstas no art. 111º, nº2. No art. 111º, nº2, al. a também pode estar em curso na prática de um crime de favorecimento pessoal (art. 368º e 369º). Na al. b vem prevista a prática de um crime por terceiro de recetação. Na al. c vem prevista a hipótese em que o agente do facto ilícito sabe que pode vir a perde-los, então transfere para um terceiro, aí se justifica também que o bem seja declarado perdido a favor do Estado.

Pode haver lugar ao pagamento desses valores em favor do Estado, nos termos do art. 109º, nº3.

Estão em consideração meios aspetos de prevenção geral e de prevenção especial, não há qualquer ligação com a ideia da culpa.

Quando o arguido falece há igualmente perda, e quando seja declarado contumaz (quando se furta à administração da justiça) também, nos termos do art. 109º, nº2.

04.05.18

Perda das vantagens:

As vantagens são todo o acréscimo patrimonial que derivam da prática de um facto ilícito-típico.

Até à Lei 30/2017, a lei tinha um conceito de vantagens mais estrito de vantagens, porque se dizia que era todo o acréscimo patrimonial que resultasse da prática de um facto ilícito. Assim, a nossa lei estabelecia a possibilidade de ser declarada a favor do Estado a vantagem que tivesse uma ligação direta com o ilícito-típico praticado, no entanto, se a vantagem tivesse sido aplicada, por exemplo, em bolsa, a lei dizia que eram vantagens indiretas e que não podiam ser declaradas perdidas a favor do Estado.

Todavia, o ano passado, na sequência de uma Diretiva da U.E., mais concretamente o art. 110º, nº1, al. b, passa a considerar que vantagens indiretas também podem ser declaradas perdidas a favor do Estado. Deste modo, mudamos de paradigma a partir da Lei 30/2017 e passamos a considerar que as mais-valias também devem ser declaradas perdidas a favor do Estado. Na prática, isto levanta problemas concretos que não são de fácil solução – **ex:** agente obtém ilicitamente 100 000€, compra um apartamento e transforma-o num hostel, com isso ganha muito dinheiro e compra mais propriedades, acabando por construir uma rede de hosteis que lhe acaba por trazer muitos proventos económicos. Até ao ano passado, o nosso legislador limitava a perda das vantagens a esses 100 000€, com esta alteração, agora tudo o que ele conseguiu com esse montante é declarado perdido a favor do Estado. Este instituto foi ampliado, mas onde é que depois paramos?

O fundamento deste instituto é demonstrar que o crime não pode compensar, o ilícito não pode sobrepor-se ao lícito. Temos uma espécie de aplicação às perdas das vantagens da velha teoria das condições equivalentes/*conditio sine qua non*, o que nos faz aplicar a perda das vantagens a tudo aquilo que derivou da prática do ilícito-típico. Quis a U.E. harmonizar no espaço dos seus E-M esta ideia.

Nos termos do art. 110º, nº2, abrange-se também *a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem*. Esta norma quer-se aplicar aos crimes de corrupção e aos crimes que estão próximos deles, por exemplo, o recebimento indevido de vantagem. Nesse tipo de criminalidade, que é contra a realização do Estado de Direito, todas as vantagens que daí derivam são declaradas perdidas a favor do estado, mesmo que essa recompensa não seja dada ou que o corruptor

entregue, mas o corrompido acabe por não fazer o que tinha combinado, a quantia é declarada perdida a favor do Estado.

No art. 110º, nº3 a lei diz-nos que a perda dos produtos e vantagens *tem lugar ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado*. Há aqui, claramente, um alargamento que o nosso sistema não conhecia, em relação às vantagens.

O art. 110º, nº5 repete o que já vimos a propósito do art. 109º, nº2.

O art. 111º, nº1 prevê a regra geral de que se esses produtos, vantagens ou instrumentos estiverem na posse de um terceiro de boa fé, há uma proteção penal desse terceiro e eles não são declarados perdidos a favor do Estado, ainda assim, no nº2 a lei prevê um conjunto de exceções. Nas exceções incluem-se os crimes de recetação (art. 231º) e de favorecimento pessoal (art. 368º e 369º).

No art. 111º, nº4 temos uma norma importada do CP alemão e que nos diz que *se os instrumentos, produtos ou vantagens consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutra suporte ou meio de expressão audiovisual, pertencentes a terceiro de boa-fé, não tem lugar a perda, procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrem o facto ilícito típico. Não sendo isso possível, o tribunal ordena a destruição, havendo lugar à indemnização nos termos da lei civil*. **Ex:** alguém pratica um crime de falsificação de documentos, tratava-se de um foral, que estava na posse de um terceiro, esse foral tem um valor patrimonial elevado e o agente do crime escreveu algumas coisas nesse papel, a lei diz-nos que se esse foral pertencer a um terceiro que está de boa fé, em primeiro tenta-se apagar esses escritos e, depois de apagados, o foral seria restituído ao terceiro de boa fé, mas nem sempre isso é possível, se isso não for possível, o tribunal ordena que o agente do facto ilícito indemneze o proprietário, nos termos da lei civil.

Quanto às consequências práticas da perda destes instrumentos, produtos ou vantagens, a lei estabelece no art. 112º um regime de algum benefício para o autor desse facto ilícito. O agente pode não se encontrar em possibilidade económica de fazer uma restituição total e imediata, daí que o art. 112º admita a possibilidade de a restituição em dinheiro em relação ao Estado possa ser feita através de prestações ou de um pagamento fracionado, nos termos do art. 47º, nº3 e 4, para o qual faz remissão.

No art. 112º, nº2 a lei prevê uma espécie de válvula de segurança. **Ex:** agente praticou o crime com um punhal, mas depois vendeu-o para um colecionador na Arabia Saudita e o agente acabou por também ele ser enganado e nunca acabou por receber esse valor. O Estado determina a perda desse instrumento, como o agente já não o tem na sua posse, o agente fica numa situação ainda mais difícil, pois não o pode restituir, porque já não está na sua posse. O legislador entende que o condenado fica numa situação

particularmente complexa (“injusta ou demasiado severa”), por isso, a lei ainda se mostra compreensiva com estes casos e diz-nos que o tribunal pode atenuar equitativamente o valor.

O art. 112ºA diz respeito aos casos em que seja declarado perdido um instrumento, produto ou vantagem e o agente tenha dificuldade em liquidar esse valor, sendo necessário estabelecer limites máximos temporais para que esse valor seja liquidado. Há uma equiparação entre esse prazo máximo com o instituto da prescrição do procedimento criminal ou da prescrição das penas. O Estado não pode ficar *ad eternum* à espera do valor, por isso tem de haver um limite temporal máximo. Estes instrutos de prescrição estão previstos nos art. 118º e seg., mais concretamente, nos art. 118º a 121º temos a prescrição do procedimento criminal, nos art. 122º ao 127º temos a prescrição das penas.

Também a perda de vantagens é uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança.

Perda alargada ou perda ampliada:

Na sequência da Lei 30/2017, o legislador criou um instituto da perda alargada ou da perda ampliada, previsto numa lei avulsa, que é a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece um conjunto de medidas de combate à criminalidade organizada.

Esta lei começa no art. 1º por estabelecer qual é o seu âmbito de aplicação, onde temos um elenco taxativo de crimes em relação aos quais se pode prever a perda alargada ou ampliada. Este instituto está previsto no art. 7º. Estamos a falar de crimes de tráfico, de contrabando (DL 28/84), lenocínio, terrorismo, recebimento indevido de vantagens, corrupção, peculato, branqueamento de capitais, etc., ou seja, aqueles crimes que normalmente associamos a tudo o que é criminalidade organizada. Esta lei que se aplica somente a estes crimes tem de ser concatenada com o regime do instituto da perda.

O art. 7º, nº1 diz-nos que, se o agente cometer um dos crimes previstos no art. 1º, há um regime especial de perda. A vantagem é o valor que resulta da diferença entre o valor do património do arguido e o valor que seja congruente com o seu rendimento lícito, essa diferença é o valor da perda. A perda é determinada entre a diferença do valor do património efetivo do agente e o valor do seu rendimento lícito. Também tudo aquilo que sejam juros, lucros ou outros benefícios obtidos com essa diferença são considerados uma vantagem ilícita, nos termos do art. 7º, nº3. O nosso legislador foi particularmente severo, porque acaba por introduzir aqui uma presunção de que se há uma diferença entre aquilo que efetivamente é o património do agente e aquilo que o mesmo declara fruto da sua atividade lícita, presume-se como tendo sido obtida de atividade ilícita. As presunções em DP dão sempre lugar a grande controvérsia e esta

questão já chegou ao TC, que se tem pronunciado no sentido de que esta Lei não viola qualquer preceito constitucional. Assim, se o agente apresenta um património muito acima daquele que é o seu património declarado, que resulta de proveniência lícita, a lei manda presumir que a diferença terá sido objeto da sua atividade ilícita, sendo isto declarado a favor do Estado. É possível que o arguido, neste caso, já condenado, prove a licitude de determinadas vantagens, esta é uma presunção ilidível, que pode ser afastada, nos termos do art. 9º, nº1, assim, o condenado pode vir provar que essa diferença tem uma proveniência também ela lícita.

Nestes crimes, há uma grande tendência para que o agente deixe no nome de outros familiares e amigos parte do seu património. A lei presume que se nos 5 anos anteriores tiver havido negócios gratuitos, eles foram feitos com o objetivo de dissipar património e de dificultar a atuação da justiça e também eles são declarados perdidos a favor do Estado. Sempre com a possibilidade de se provar o contrário. Isto está previsto no art. 9º, nº3.

A lei criou um Gabinete de Recuperação de Ativos, que tem por função monitorizar este tipo de negócios, que sejam negócios suspeitos, e que tem por objetivo andar atrás desses valores.

Quem é que tem de dar o impulso processual para que esta perda ampliada seja decretada pelo tribunal? O MP, nos termos do art. 8º. Contudo, por vezes, o MP não está em condições de logo na acusação dizer qual é o valor que deve ser declarado a favor do Estado, por isso, o art. 8º, nº2 dá a possibilidade de essa liquidação se fazer até 30 dias antes do início da audiência do julgamento.

As medidas de garantia patrimonial, designadamente a caução económica e o arresto preventivo, visam, em fase de inquérito, se tivermos fundados receios de que o arguido se prepara para delapidar património para depois quando for condenado a pagar indemnizações, impedir que isso aconteça. Nestes casos, podemos requerer ao juiz medidas de garantia patrimonial, sendo praticado um ato jurisdicional em sede de inquérito. Essas medidas de garantia patrimonial visam que ao dispor do processo fiquem, desde logo, bens que possam vir a responder por eventuais condenações em dinheiro a que o arguido venha a ser condenado. Faz-se um pensamento igual às providências cautelares conservatórias.

O art. 10º desta lei trata do arresto, que é uma providência cautelar especificada/nominada, é uma medida rápida para que a decisão, uma vez saída, não perca utilidade, consistindo numa apreensão judicial de bens. A lei prevê a possibilidade de arrestarmos, ainda em fase de inquérito, bens que ficam à ordem do tribunal e que vão responder pela perda alargada e até o permite com mais facilidade, porque nos termos do art. 10º, nº3, até se dispensam os requisitos do art. 127º do CPP, facilitando-se a sua aplicação.

MEDIDAS DE GRAÇA/DIREITO DE CLEMÊNCIA

Estas manifestações de direito de graça têm um lastro histórico fortíssimo, já existem desde o início do DP, em que o monarca concedia amnistias, perdoes de pena, etc., com finalidades diversas, como com vista a aumentar a sua popularidade ou quando havia sobrelotação prisional.

As medidas de graça são um conjunto de medidas que estão, hoje em dia, sobre forte crítica da doutrina, porque, olhando para a realidade portuguesa, as medidas de graça têm sido utilizadas, muitas vezes, para supostamente comemorar dias felizes – **ex:** vinda do Papa, x anos do 25 de abril, etc. Estão em causa orientações de política-criminal.

O fundamento das medidas de graça é de prevenção geral e especial, ou seja, a falta de necessidades preventivas. Quando o legislador estabelece alguma medida de graça, fá-lo, porque entende que em determinados crimes ou agentes não há necessidades preventivas gerais ou especiais. O pensamento das medidas de graça aproxima-se do pensamento basilar do instituto da dispensa de pena do art. 74º. As medidas de graça não contendem com nenhuma ideia de culpa e, do ponto de vista técnico, funcionam como um pressuposto negativo à punição, isto é, um obstáculo à punição (como acontece também com a prescrição, a morte, etc.).

Estas medidas de clemencia funcionam como contraface do poder punitivo do Estado, isto é, o Estado tanto pune, como tem a possibilidade de, em determinados casos, afastar essa punição.

Há quem critique na doutrina estas medidas de graça, há uma serie de autores que dizem que deviam ser eliminadas do nosso CP, porque por muito que tentemos encontrar um fundamento politico-criminal, a história diz-nos que têm sido utilizadas para combater a sobrelotação criminal ou para aumentar a popularidade da AR ou do PR, designando-as como uma intromissão do poder legislativo na administração da justiça.

A amnistia e o perdão genérico são da competência da AR, nos termos do art. 165º, nº1, al. f CRP. A competência do PR para indultar está prevista no art. 134º, al. f CRP, e é uma competência exclusiva do PR, ouvido o Governo.

Estas medidas, apesar de serem 3, podem se agrupar em 2, porque a amnistia e o perdão genérico estão próximos e o indulto é que é uma categoria diferente.

A amnistia vem de uma palavra grega que significa esquecimento/apagar, ela tem esse efeito de pagar a existência do crime, nos termos do art. 128º, nº2 CP, extingue-se o procedimento e, se já tiver havido condenação, extinguem-se os seus efeitos. Verifica-se quando a lei se conduz a um conjunto de factos ou a um conjunto de agentes.

O perdão genérico, nos termos do art. 128º, nº3, extingue a pena no todo ou em parte, logo, “supõe necessariamente o trânsito em julgado da decisão”. A diferença é que as leis de amnistia dirigem-se a certos agentes ou a certos crimes – **ex**: AR decide amnistiar os crimes rodoviários praticados no ano de 2018 ou todos aqueles crimes praticados por estrangeiros tenham sido condenados à pena acessória de expulsão do território nacional. Quanto ao perdão genérico, diz respeito ao perdão de certas penas, atuando sobre as consequências jurídicas do crime – **ex**: lei diz que as vantagens provenientes da prática de determinados crimes que tenham sido declarados perdidos a favor do Estado em 2007, deixam de o ser.

O indulto não tem este caráter geral, tem sempre um caráter individual concreto, porque é dirigido a um concreto agente específico, e funciona sempre em relação a penas. O PR pode perdoar parcial ou totalmente a pena, o que implica um trânsito em julgado e que já há cumprimento, aqui aproxima-se do perdão genérico.

A amnistia é aquela medida de graça que pode ter efeitos mais extensos. O perdão genérico já é mais restrito e o indulto ainda é mais, porque versa sobre uma pena individual e concreta, não um conjunto de penas.

Quanto à amnistia, aplica-se também às medidas de segurança, mas quanto ao perdão genérico e ao indulto, a lei não o diz claramente, alias, se ficarmos por uma mera interpretação literal, diríamos que não se podem aplicar a medidas de segurança, porque a lei só fala em penas. Há alguma divisão doutrinária, Maia Gonçalves defende que só a amnistia se pode aplicar às medidas de segurança, as outras 2 medidas de graça não, desde logo pelo elemento literal e pelo facto de as medidas de segurança terem por base uma ideia de perigosidade, logo, dificilmente se poderia entender que mesmo que o agente se mantivesse perigoso, o PR pudesse perdoar uma parte ou toda a sua medida de segurança. Outros autores dizem que todas as medidas de graça podem ser aplicadas às medidas de segurança, porque na amnistia a AR também pode colocar em liberdade agentes perigosos. Assim, defendem uma interpretação extensiva, até porque é favorável ao condenado.

Já se questionou se alguém pode negar a amnistia, uma vez que o arguido pode querer ver o julgamento seguir até ao fim para provar a sua inocência, mas não há nada a fazer, porque isto é uma manifestação da soberania do Estado e o arguido/condenado não tem possibilidade de se opor à aplicação de uma lei da AR ou a um decreto do PR que indulta uma determinada pena. Deste modo, mesmo que o arguido/condenado não queira beneficiar de uma medida de clemência, é obrigado a beneficiar da mesma.

Se houver uma amnistia, indulto ou perdão genérico, isso não quer dizer que o processo penal não possa continuar para 2 finalidades: apreciar o pedido de indemnização civil arbitrada no processo penal e arbitrar o instituto da perda.

Outra questão que já foi debatida pelos nossos tribunais foi a seguinte: depois da aprovação de uma lei de amnistia, se o tribunal já tinha decretado a perda de bens ou o agente já tinha sido condenado ao pagamento de uma indemnização e já o tinha feito e depois entra em vigor a amnistia, o quê que acontece a essas quantias que já foram prestadas pelo arguido? Será que ele tem direito a reavê-las? Não, tudo aquilo que tenha sido já decretado em termos de perda, continua perdido e tudo aquilo que o agente já tenha liquidado em favor do ofendido, também fica na sua propriedade, não é restituído ao agente do crime.

Houve uma lei de amnistia em 1999 que converteu algumas penas de prisão em pena de multa e levantou-se a duvida sobre o quê que acontece se o agente não cumpre a multa? Acontece o que normalmente acontece quando não se liquida a pena de multa, que é o previsto no art. 49º, nº1, ou seja, converte-se a pena de multa em prisão subsidiária.

Ex: temos 3 crimes em concurso e a amnistia vem perdoar crimes rodoviários, mas apenas um deles dizia respeito a esse crime. Se entra em vigor esta lei de amnistia, como ela só abrange um crime, esse crime deixa de entrar no cômputo da pena de concurso, se estivermos antes do julgamento. Todavia, se a lei de amnistia entra em vigor depois do trânsito em julgado, temos de fazer uma reabertura de audiência para fazer um novo cúmulo, porque se há amnistia, um dos crimes não pode contar.