

# Levamos a sério as penas de substituição? Algumas propostas *de iure condendo*

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto  
e da Universidade Lusíada Norte (Porto)*

---

---

SUMÁRIO: I. Razão de ordem. II. Certeza, efectividade e eficácia das penas substitutivas. III. Eliminação da prisão por dias livres e do regime de semidetenção? Novo campo de aplicação para o então artigo 44.º (hoje, artigo 43.º). IV. Admoestação? V. Alterações na pena de multa.

---

---

## I. RAZÃO DE ORDEM

Em 1977, RONALD DWORKIN publicava a monografia *Taking rights seriously*, a qual teve um considerável impacto na Filosofia do Direito e daí, na prática, em todos ou quase todos os ramos da nossa ciência. Adaptando o título da obra, tem sido vulgar perguntarmo-nos, a propósito de variados institutos, até que ponto o que se pretende deles está ou não a ser cumprido, assim permitindo uma salutar instância crítica.

Desde que defendemos, em provas públicas, a nossa dissertação de doutoramento na Faculdade de Direito do Porto, em Março de 2016, sobre as penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática, temos vindo a publicar várias partes, em revistas diversas, tudo com o objectivo de contribuirmos para esse debate.

O artigo que ora se dá à estampa é apenas mais um desses escritos inéditos e que deve ser lido em conjugação com os demais. Nele procuramos analisar alguns nódulos problemáticos das penas substitutivas, em especial algumas propostas que vão surgindo, não nos furtando, como fizemos na dissertação, a uma redacção *de iure condendo*.

Estamos cada vez mais convencidos que as penas em estudo devem ser *certas, seguras, eficazes e fiáveis*, tanto mais que são as mais aplicadas no nosso ordenamento jurídico-criminal e naqueles que nos são mais próximos. E se tal necessita de factores extrajurídicos, desde logo a melhoria de condições de resposta da DGRSP (Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais), também é exacto que nem sempre o texto da Lei ajuda.

São alguns desses exemplos que abordaremos, obviamente já tendo em conta a Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto, entrada em vigor após a defesa da nossa dissertação.

## II. CERTEZA, EFECTIVIDADE E EFICÁCIA DAS PENAS SUBSTITUTIVAS

Porventura um dos desafios mais prementes que se coloca à matéria de que curamos prende-se com a manutenção das penas substitutivas como sendo percebidas pelos operadores judiciários, pelos agentes de crimes, pelas vítimas e pela comunidade no seu conjunto como *verdadeiras penas* e não como «simulacros». Isso mesmo é assumido pelo legislador na exposição que acompanhou a Revisão de 1995 do Código Penal (CP), em que se verificava que a prática judiciária de 1982 até aí apontava para um uso da pena suspensa em domínios onde seria preferível lançar mão da multa, «gerando-se a ideia de uma «quase absolvição», ou de impunidade do delincente primário, com descrédito para a justiça penal». Na verdade, a umbilical relação delas à ressocialização reclama,

como bem refere, entre outros, DOLCINI, que as sanções em estudo sejam dotadas de um grau de efectividade que se aproxime, normativamente, daquele que se atribui às penas principais<sup>[1]</sup>.

Idêntica preocupação é apresentada para justificar o abandono da suspensão de execução da pena de multa principal, bem como do regime da multa cumulativa. Nem por isso o nosso legislador, como regra escrita, afastou das penas de substituição os agentes já com inscrições no registo criminal, ao invés do que sucede, p. ex., em Espanha, não se considerando para o efeito as meras «faltas» e os crimes negligentes, nem aqueles que já não constem do registo criminal, por cancelamento. Exige-se que o agente seja primário<sup>[2]</sup>. A exigência tem marcadas raízes históricas. Entre tantos outros, ENRICO FERRI<sup>[3]</sup> propendia para a instauração, em Itália, de um regime mais próximo da *probation* que da *sursis* franco-belga e em que a suspensão estava dependente do pagamento obrigatório de indemnização ao ofendido<sup>[4]</sup>. Em Itália, também se não aplica a pena suspensa, *v. g.*, se do registo criminal do arguido constar qualquer inscrição por crime punido com pena de prisão. Do mesmo modo se não pode aplicá-la mais de uma vez<sup>[5]</sup>. Esta é uma interessante questão que, de entre outros, TATJANA HÖRNLE<sup>[6]</sup> problematiza. Segundo ela, a agravação da pena em virtude da reincidência fundamenta-se na ideia de que se o agente já foi condenado com trânsito em julgado e já cumpriu pena efectiva, então serão maiores as inibições que terá de ultrapassar para voltar a delinquir. Dito de outro modo: na medida em que o delincente já teve ao menos um

[1] EMILIO DOLCINI, «Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente», in: *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, II-III (2005), p. 80.

[2] Criticando este requisito, ELENA LARRAURI, «Suspensión y sustitución

de la pena en el nuevo Código Penal», in: *Jueces Para la Democracia*, 25 (1996), p. 54.

[3] *Relatório sobre o Projecto Preliminar do Código Penal italiano*, livro I, Lisboa: Livraria Moraes, 1925, p. 181.

[4] *Ibidem*, pp. 83-85.

[5] FRANCESCO ANTOLISEI (colaboração de LUIGI CONTI), *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 15.<sup>a</sup> ed., Milano: Giuffrè, 2000, pp. 782-784.

[6] «Distribution of punishment: the role of a victim's perspective», in: *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (1999), p. 202.