

Estas normas inovadoras reportam-se exclusivamente às penas, apesar de se inserirem num ordenamento jurídico – refiro-me ao direito constitucional (artigo 29.º da Constituição e, muito concretamente, ao invocado n.º 4 deste artigo) e ao direito infra-constitucional (artigos 1.º e 2.º do Código Penal) – que não distingue as penas das medidas de segurança, no que diz respeito à aplicação da lei criminal.

Compulsadas as alterações que a Lei n.º 59/2007 introduz em matéria de direito penal sancionatório, ressalvadas as que incidem sobre a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, não podemos deixar de lhes associar a oportunidade perdida de repensar o sistema de reacções criminais.

A mais uma alteração do Código Penal, desta feita extensa, continuamos a associar as mesmas penas principais – prisão e multa – e as mesmas sanções – a pena é a medida de segurança; o mesmo sistema de reacções criminais – sistema tendencialmente monista; e a regulamentação inalterada das sanções aplicáveis a imputáveis em razão de anomalia psíquica e a jovens adultos. Uma continuidade que não será, certamente, fruto de um debate sobre a introdução da reparação no elenco das sanções criminais; de uma reavaliação da regulamentação primitiva e ainda vigente da delinquência por tendência; ou de uma reflexão sobre o que é hoje a intervenção psiquiátrica e a criminalidade protagonizadas por jovens adultos.

Não se perdeu, portanto, a oportunidade para continuar a afirmar que *constitui uma das maiores singularidades da história do nosso pensamento que, desde que se conhecem, os Homens tenham punido crimes e que, desde que se conhecem, disputem entre si acerca do fim para que o fazem e acerca do modo como o fazem.*

A REVISÃO DO CÓDIGO PENAL:

ALTERAÇÕES AO SISTEMA SANCIONATÓRIO RELATIVO ÀS PESSOAS SINGULARES

Jorge Baptista Gonçalves

Juiz de Direito

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS ¹

A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que procedeu à vigésima terceira alteração ao Código Penal de 1982, manteve-se fiel à matriz deste diploma legal, na redacção que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, no que concerne ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares.

Com efeito, tendo em vista o assinalável desajustamento que se verificava entre as finalidades político-criminais subjacentes ao Código Penal de 1982 e a experiência resultante da sua aplicação prática, o legislador de 1995 quis afirmar, expressamente, no artigo 40.º então introduzido, como proposições basilares do programa político-criminal: que o direito penal é um direito vinculado à tutela de bens jurídicos; que a culpa é tão-só limite da pena; que a intervenção penal tem como finalidade a “protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.²

Foi reafirmado, igualmente, com a revisão de 1995, o princípio de que a pena de prisão constitui *ultima ratio*, valorizando-se o papel da multa como pena principal e alargando-se o âmbito de aplicação das penas de substituição.

¹ O texto ora apresentado corresponde aos tópicos da intervenção do signatário, no dia 27 de Setembro, nas Jornadas organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários sobre a revisão do Código Penal. Este texto esteve disponível em www.cej.pt, tendo sido introduzidos, posteriormente, alguns desenvolvimentos e efectuadas ligeiras correcções, tendo em vista a sua publicação.

² Sobre a revisão de 1995, *cfr.* Anabela Miranda Rodrigues, *Sistema punitivo português – Principais alterações no Código Penal revisto*, Revista *Sub Iudice*, 11, Janeiro/Junho 1996. pp. 27 e seguintes.

Na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 98/X (que está na origem da revisão de 2007) podemos ler que a revisão procura «fortalecer a defesa dos bens jurídicos, sem nunca esquecer que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política criminal do Estado», indicando-se, entre as principais orientações da revisão, «a diversificação das sanções não privativas da liberdade, para adequar as penas aos crimes; promover a reintegração social dos condenados e evitar a reincidência».

Da análise das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, conclui-se que a revisão mantém-se coerente com o programa político-criminal do Código Penal de 1982/1995, que vem aprofundar, aumentando o leque das penas de substituição e ampliando o âmbito de aplicação das penas substitutivas da prisão já anteriormente previstas.

Perdeu-se a oportunidade de repensar mais amplamente o sistema sancionatório relativo às pessoas singulares, o que poderia passar pela consagração de novas penas principais (hoje penas de substituição ou mesmo acessórias).

II. BREVE EXCURSO PELAS ALTERAÇÕES

1. O artigo 41.º passou a contar com um n.º 4 que se limita a reproduzir o anterior artigo 42.º («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»).

Por sua vez, o novo artigo 42.º passa a ter a redacção que era antes a do artigo 43.º, relativo à execução da pena de prisão e às finalidades que lhe presidem.

Trata-se de uma arrumação diferente dos preceitos, que não se traduz em qualquer alteração do regime anterior.

2. A revisão de 2007 introduz alterações importantes no artigo 43.º, correspondente ao anterior artigo 44.º, resultante da revisão levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

2.1. Prescreve o artigo 43.º, nos seus n.ºs 1 e 2:

Artigo 43.º

(Substituição da pena de prisão)

1 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano é substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável, excepto

se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 47.º.

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

Estes números correspondem ao anterior artigo 44.º, também ele com dois números, reportando-se a alteração introduzida à pena principal de prisão que deve ser substituída por multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável – antes era a prisão aplicada em medida não superior a seis meses e passa agora a ser a pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano.

A epígrafe do anterior artigo 44.º referia-se à *substituição da pena curta de prisão*.

Habitualmente, consideravam-se como *penas curtas de prisão* as não superiores a 6 meses – havia algum acordo quanto a este limite –, tidas como nocivas para a ressocialização do agente e por isso muito criticadas. Como reacção contra as penas curtas, impunha-se a obrigatoriedade da sua substituição, excepto, na letra da lei, «se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes», excepção que teria de ser devidamente fundamentada pelo julgador e respeitar a razões estritamente de prevenção.

Agora, amplia-se a obrigatoriedade da substituição para além do limiar das *penas curtas de prisão*, alargando-se até à pena de um ano de prisão.

2.2. Não se aborda na revisão do Código uma questão que por vezes se coloca que é a dos critérios de equivalência entre a prisão e a multa de substituição.

A prática quotidiana dos tribunais parece preferir o critério da equivalência automática entre 1 dia de prisão e 1 dia de multa.

É sabido que o artigo 43.º, na versão originária do Código Penal de 1982, preceituava a substituição da prisão *pelo número de dias de multa correspondente*.

Discutia-se se a *correspondência* era de natureza aritmética ou normativa. O Prof. Figueiredo Dias interpretava a mencionada correspondência como não aritmética, defendendo que nos casos em que o tipo legal cominasse multa em alternativa, o tribunal deveria remeter-se à moldura da multa daquele constante; se o tipo legal não cominasse pena de multa alternativa, o tribunal deveria remeter-se ao limite geral da multa constante

do artigo 46.º do Código Penal de 1982 (limite que hoje consta do n.º 1 do artigo 47.º).³

Com a revisão de 1995, desapareceu a menção ao *número de dias de multa correspondente*. A respectiva Comissão de Revisão, na sessão que teve lugar no dia 30 de Janeiro de 1989, discutiu a necessidade de se vincar a eliminação da correspondência automática, mediante a inclusão de um número que expressamente reenviasse o juiz, quanto à determinação da multa de substituição e ao seu regime, para os critérios enunciados nos artigos 46.º e 47.º então previstos. Porém, na sessão do dia 22 de Outubro de 1990, o tema foi retomado, pronunciando-se a Comissão no sentido do regresso à ideia de correspondência automática entre dias de prisão e dias de multa, considerada mais certa, com tradição e por isso mais convidativa à substituição.⁴

Apesar de ter sido aprovada uma nova redacção que consagrava a substituição da prisão “pelo igual número de dias de multa”, certo é que o texto introduzido pelo Decreto-Lei n.º 48/95 não conteve tal menção.

A parte final do artigo 44.º, n.º 1, com a redacção resultante da revisão levada a efeito em 1995, remetia para o artigo 47.º do mesmo Código.

A não consagração no texto legal da proposta da Comissão de Revisão e a mencionada remissão para o artigo 47.º, sem limitação quanto aos números aplicáveis, permitem sustentar a conclusão de que o legislador não adoptou a equivalência automática entre 1 dia de prisão e 1 dia de multa, devendo a substituição da prisão operar no quadro dos limites da pena de multa constantes do artigo 47.º do Código Penal.

No entanto, a experiência ensina que os tribunais de 1.ª instância, na generalidade, continuam a fazer a substituição da prisão por igual tempo de multa (é essa a fórmula utilizada nas sentenças condenatórias), considerando, habitualmente, para esse efeito, que 1 mês de prisão corresponde a 30 dias de multa.

Quanto a esta questão, os dados do problema mantêm-se inalterados com a revisão de 2007.

³ Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 367.

⁴ *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, pp. 20 e 466.

2.3. Com o alargamento para 1 ano da prisão que deve ser substituída por multa ou por outra pena não privativa da liberdade, a substituição passa a abranger mais casos de pequena e média criminalidade.

O regime respeitante às consequências do incumprimento da multa de substituição mantém-se distinto do regime do incumprimento da pena de multa principal. A remissão para o n.º 3 do artigo 49.º deverá continuar a ser entendida como referindo-se, tão-somente, à possibilidade de suspensão condicionada da prisão (não a subsidiária, mas o total da prisão aplicada na sentença) e à declaração de extinção da pena se os deveres e as regras de conduta forem cumpridos.

Nos casos em que seja aplicada a multa como pena de substituição da prisão, tendo em vista que o quantitativo mínimo da razão diária sofreu um aumento muito significativo (passa a ser de € 5), é de admitir que os preceitos relativos ao pagamento diferido ou em prestações (artigo 47.º, n.º 3 a 5) e à suspensão da execução da prisão (artigo 49.º, n.º 3) serão mais utilizados, atentas as previsíveis dificuldades de muitos condenados em pagarem as multas de substituição.

2.4. No tocante às penas de prisão não superiores a 1 ano, a substituição só deverá ser afastada quando a execução da prisão se mostre necessária face às exigências de prevenção especial de socialização.

Cabe ao julgador optar pela pena de substituição que julgue mais adequada à realização, no caso, das finalidades preventivas da punição ou que mais se aproxime dessa realização, tendo em vista os critérios legalmente estabelecidos para cada pena.

2.5. Tendo sido ampliada a obrigatoriedade da substituição da prisão, ganha maior actualidade a questão da aplicabilidade da substituição por multa quando se trate de crimes puníveis com pena compósita alternativa de prisão ou multa.

O artigo 70.º dispõe que, nesses casos, o tribunal dá preferência à pena não privativa da liberdade, sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Poderá ser aparentemente paradoxal que o tribunal, tendo optado pela pena de prisão em detrimento da multa, por entender que esta não realiza, adequada e suficientemente, as finalidades da punição, seja obrigado, num segundo momento, a substituir por multa aquela prisão, se não superior a 1 ano.

Na senda do entendimento do Prof. Figueiredo Dias sobre esta questão, explanado a propósito da versão originária do Código Penal, julgo que devemos entender que no artigo 70.º reage-se contra as penas de prisão independentemente da sua duração, enquanto o artigo 43.º visa reagir contra as penas de prisão não superiores a 1 ano.

O juízo que o tribunal terá de fazer no momento em que elege a pena principal, nos termos do artigo 70.º, atenderá a um critério de *adequação e suficiência* face à realização em plenitude das finalidades da punição. Feita a opção pela pena principal de prisão e fixado o seu *quantum* em medida não superior a 1 ano, entra-se num segundo estágio, em que o critério impeditivo da substituição será, tão-só, o da *necessidade*: necessidade da execução da prisão para prevenir o cometimento de futuros crimes. Por isso, o tribunal que, perante uma pena compósita alternativa, decidiu-se pela prisão, estará legalmente obrigado a substituí-la (por multa ou outra pena não privativa da liberdade), sem incorrer em contradição, se a medida concreta for não superior a 1 ano e a execução da prisão não for imposta pelas referidas exigências de prevenção.⁵

2.6. As verdadeiras novidades começam no n.º 3 do artigo 43.º, em que surge uma nova pena de substituição da prisão não superior a 3 anos.

Dispõem os novos n.ºs 3 a 8 do artigo em análise:

3 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos é substituída por pena de proibição, por um período de dois a cinco anos, do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas, quando o crime tenha sido cometido pelo arguido no respectivo exercício, sempre que o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

4 – No caso previsto no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.º 3 a 5 do artigo 66.º e no artigo 68.º.

5 – O tribunal revoga a pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade e ordena o cumprimento da pena de prisão determinada na sentença se o agente, após a condenação:

a) Violar a proibição;

b) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades da pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade não puderam por meio dela ser alcançadas.

6 – É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 57.º.

7 – Se, nos casos do n.º 5, o condenado tiver de cumprir pena de prisão, mas houver já cumprido proibição do exercício de profissão, função ou actividade, o tribunal desconta no tempo de prisão a cumprir o tempo de proibição já cumprido.

8 – Para o efeito do disposto no artigo anterior, cada dia de prisão equivale ao número de dias de proibição do exercício de profissão, função ou actividade, que lhe corresponder proporcionalmente nos termos da sentença, procedendo-se, sempre que necessário, ao arredondamento por defeito do número de dias por cumprir.

A proibição estava prevista no Código Penal como pena acessória – proibição do exercício de funções (art. 66.º) – e como medida de segurança não privativa da liberdade – interdições de actividades (art. 100.º).

Em vez da prisão, e no caso de penas até três anos, o tribunal poderá substituir a pena principal pela proibição do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas.

Saliente-se que também o Código de Processo Penal revisto, no que concerne às medidas de coacção, passou a prever a medida de suspensão do exercício de *profissão, função ou actividade, pública ou privada*.⁶

Esta nova pena de substituição em sentido próprio, próxima da suspensão da execução da pena de prisão com subordinação a regras de conduta, dirige-se, especialmente, a agentes que incorram na prática de crimes relacionados com o desempenho de uma profissão, função ou actividade, nos quais poderiam reincidir se continuassem a trabalhar.

Poderá ser questionável a compatibilidade desta pena substitutiva com o direito fundamental à livre escolha da profissão, consagrado no artigo 47.º da Constituição da República, muito embora seja possível contrapor que, a cumprir-se a prisão, também o condenado não poderia exercer a sua profissão.

Julgo que quando se fala no cometimento do crime “no respectivo exercício”, não se exige uma simples coincidência no tempo, mas sim que o facto criminoso esteja estreitamente conexionado com a profissão, função ou actividade em causa.

É interessante constatar que, enquanto os já mencionados n.ºs 1 e 2 do artigo 43.º foram aprovados por unanimidade em sede de votação na espe-

⁶ Na versão anterior, o artigo 199.º do C.P.P. respeitava à suspensão do exercício da função pública; de profissão ou actividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública; do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito.

⁵ Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 363 e 364.

cialidade, já os n.ºs seguintes, respeitantes a esta nova pena de substituição, com excepção dos n.º 7 e 8, suscitaram controvérsia.

Precisamente os n.º 7 e 8 merecem uma atenção particular.

Na proposta de Lei n.º 98/X, previa-se que, havendo revogação da pena de proibição, tendo o condenado que cumprir pena de prisão, descontar-se-ia no tempo de prisão o tempo de proibição já cumprido.

Quer isto dizer que sempre que a duração da proibição excedesse a medida concreta da pena de prisão, o condenado, uma vez cumprida a proibição por tempo que fosse coincidente com o *quantum* da prisão, poderia descansadamente ver revogada a pena substitutiva com a certeza antecipada de que não teria de cumprir qualquer pena, já que o tempo de proibição cumprido seria descontado por inteiro na pena de prisão. Tratava-se de um regime incompreensivelmente discriminatório a favor do agente que, pela sua conduta, determinasse a revogação da pena de substituição.

Por proposta oral do Partido Socialista, na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, foi aditado o actual n.º 8 (também havia uma proposta do PSD, no mesmo sentido, que acabou por ficar prejudicada pela aprovação da proposta do PS).

Face ao n.º 8 do artigo 43.º, parece-me que se o tempo de prisão (pena principal) for igual ao tempo de proibição (pena substitutiva), o desconto no tempo de prisão a cumprir, no caso de revogação da pena de proibição, será por inteiro.

Se o tempo de prisão (pena principal) for inferior ao tempo de proibição (pena substitutiva), o desconto será proporcional. Assim, um condenado na pena de 2 anos de prisão, substituída por proibição pelo período de 4 anos, se ao fim de 2 anos de cumprimento da proibição for revogada a pena de proibição, ainda terá um ano de prisão para cumprir.

3. O novo artigo 44.º, com a epígrafe *Regime de permanência na habitação*, veio estabelecer uma nova pena de substituição (pelo menos em sentido impróprio), a aplicar-se como alternativa ao cumprimento da prisão nos estabelecimentos prisionais, em condenações até um ano, ou quando estejam em causa condenações superiores, mas em que o remanescente a cumprir não exceda um ano, descontado o tempo de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação. Excepcionalmente, pode ser uma alternativa em penas até dois anos.

Esta nova pena de substituição, dependente do consentimento do condenado (o que também se exige no regime de semidetenção e na prestação

de trabalho a favor da comunidade), tem a particularidade de associar ao cumprimento domiciliário a vigilância electrónica que, até ao momento, estava prevista apenas como mecanismo de fiscalização do cumprimento da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação. Mecanismo este que também passa a estar associado à adaptação à liberdade condicional, nos termos do artigo 62.º, na nova redacção.

A proposta de revisão do Código Penal colocava algumas dúvidas: seria ou não aplicável, ao regime de permanência na habitação, a legislação relativa à vigilância electrónica, designadamente a Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, pensada para a medida de coacção?

O artigo 9.º da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, soluciona a dúvida, estabelecendo que o disposto no n.º 1 do artigo 1.º, no artigo 2.º, n.º 2 a 5 do artigo 3.º, nos artigos 4.º a 6.º, nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 8.º e no artigo 9.º da mencionada Lei n.º 122/99, é aplicável ao regime de permanência na habitação.

Que disposições são essas?

- As que dispõem sobre o consentimento (do arguido e de outros);
- As que dispõem sobre o conteúdo da decisão (que admite o estabelecimento de autorizações de ausência) e a solicitação de prévia informação aos serviços encarregados da execução da medida sobre a situação pessoal, familiar, laboral ou social do arguido (a *unidade de monitorização local* colocada na habitação depende da existência de energia eléctrica – condições técnicas);
- As relativas à execução, entidade encarregada da execução, deveres do condenado, causas de revogação, bem como ao equipamento a utilizar na vigilância electrónica.

Parece-me que, como pena de substituição, pelo menos em sentido impróprio, o momento para decidir da aplicação do regime de permanência na habitação é o da sentença condenatória, tal como ocorre com a prisão por dias livres e o regime de semidetenção, quando se trata da substituição do cumprimento da pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano «sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição».⁷ No entanto,

⁷ A obrigação de permanência na habitação será, pelo menos, uma pena de substituição em sentido impróprio, no mesmo sentido em que se consideram como penas de substituição ou modos de execução a prisão por dias livres e o regime de semidetenção (cfr. Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 335).

admito que a aplicação do regime de permanência na habitação não como substituição da pena de prisão, mas antes do remanescente não superior a um ano (ou, excepcionalmente, dois anos), bem como a nova regra sobre descontos, constante do artigo 80.º, poderão suscitar algumas dificuldades e dúvidas quanto à inteira bondade deste entendimento.

4. Dispõe o artigo 45.º, relativo à prisão por dias livres:

1 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano, que não deva ser substituída por pena de outra espécie, é cumprida em dias livres sempre que o tribunal concluir que, no caso, esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2 – A prisão por dias livres consiste numa privação da liberdade por períodos correspondentes a fins -de-semana, não podendo exceder 72 períodos.

3 –

4 –

Por seu lado, preceitua o artigo 46.º, respeitante ao regime de semidetenção:

1 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano, que não deva ser substituída por pena de outra espécie, nem cumprida em dias livres, pode ser executada em regime de semidetenção, se o condenado nisso consentir.

2 –

Não importa aqui discutir se são modos de execução (ainda que descontínua) da pena de prisão ou penas de substituição detentivas ou em sentido impróprio.

O que releva é que a revisão do Código Penal alargou o seu âmbito de aplicação às penas de prisão aplicadas em medida não superior a um ano, o que potencia a possibilidade de aplicação destas medidas.

A razão explicativa da até hoje reduzida expressão da prisão por dias livres e do regime de semidetenção nos nossos tribunais deve-se ao seu pressuposto formal – pena de prisão fixada em medida não superior a 3 meses.

Tendo em conta que o mínimo geral da prisão é um mês, criava-se uma aparente antinomia com os seguintes contornos: teríamos de estar perante um caso em que, respeitado o limite imposto pela culpa, as exigências de prevenção se contentassem com a fixação de uma pena próxima do mínimo da moldura, mas, simultaneamente, impusessem o cumprimento efectivo da prisão. Estes dois movimentos, aparentemente contraditórios, dificultavam sobremaneira a tarefa dos julgadores. Basta pensar nas situações de condu-



ção em estado de embriaguez ou sem habilitação legal em que, após diversas condenações em multa e em penas de prisão suspensas na execução, poderia ser difícil justificar a fixação da pena em medida não superior a 3 meses. Com a alteração do pressuposto formal, expande-se de forma significativa a aplicabilidade da prisão por dias livres e do regime de semidetenção.

O número máximo de períodos passou a ser de 72, quando antes era de 18, mantendo-se a equivalência de cada período a cinco dias de prisão contínua.

Isto significa que o legislador optou por um critério de correspondência aritmética entre a prisão contínua e os períodos de prisão descontínua, facilitador da aplicação:

$$72 \text{ períodos} \times 5 \text{ dias} = 360 \text{ dias} = 1 \text{ ano}$$

Com uma equação muito simples faz-se a correspondência entre a pena de prisão aplicada e os períodos de prisão por dias livres.

$$4 \text{ meses de prisão} = 24 \text{ períodos}$$

$$3 \text{ meses de prisão} = 18 \text{ períodos}$$

$$6 \text{ meses de prisão} = 36 \text{ períodos}$$

A questão só se complicará se o tribunal condenar num número de dias de prisão que não seja múltiplo de cinco.

De salientar que o artigo 487.º, do Código de Processo Penal, inserido no capítulo *Da execução da prisão por dias livres e em regime de semidetenção*, também sofreu alteração, mas sem especial significado: tratou-se, apenas, de incluir nesse artigo a obrigação de permanência na habitação.

O alargamento da aplicabilidade da prisão por dias livres a penas de prisão até 1 ano tem como consequência o aumento do número de períodos possíveis de prisão descontínua, de 18 para 72, cada um com a duração mínima de 36 horas e máxima de 48 horas.

Ocorre perguntar se a intencionalidade político-criminal subjacente à prisão por dias livres, que visava a substituição de penas curtas de prisão contínua, em casos criminologicamente bem estudados, de forma a evitar algumas consequências criminógenas da prisão, não poderá ser frustrada pelo alargamento às penas não superiores a 1 ano. Escreveu Figueiredo Dias⁸,

⁸ Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 390.

sobre a versão originária do Código Penal, referindo-se à prisão por dias livres e ao regime de semidetenção: “ Tanto uma como outra se inserem de pleno, na verdade, no quadro integrado dos esforços empreendidos para substituir as penas curtas de prisão (contínua) por medidas político-criminais mais aceitáveis. Tanto uma como outra permitem o cumprimento da pena de prisão sem que dele resultem consequências criminógenas como as da perda de emprego, interrupção dos estudos ou da formação, interrupção dos benefícios da segurança social para o condenado e a família e (ao menos em parte) a deterioração das relações familiares e da desqualificação social.”

O cumprimento por dias livres de uma pena de 8 meses corresponderá a 48 períodos de fins-de-semana de encarceramento do condenado, ou seja, quase todos os fins-de-semana durante um ano. Uma pena de 10 meses de prisão a cumprir por dias livres significa que o condenado passará durante mais de um ano todos os fins-de-semana encarcerado, o que poderá frustrar a pretensão de evitar as consequências criminógenas da prisão. Não estaremos já muito longe dos propósitos político-criminais que originariamente justificaram a adopção desta pena e do regime de semidetenção?

5. O artigo 47.º, n.º 2, alterou os limites da razão diária da multa, fixando-os entre € 5 e € 500, o que se traduz num aumento de 500% do limite mínimo.

6. A revisão de 2007 introduziu algumas alterações ao regime da suspensão da execução da pena de prisão que serão analisadas de forma sintética.

6.1. No que toca à pena de suspensão da execução da pena de prisão (como pena de substituição que é, do ponto de vista dogmático), contempla-se no artigo 50.º, n.º 1, a possibilidade (entendida como poder-dever) de suspender penas de prisão até cinco anos. Todavia, será obrigatório aplicar o regime de prova quando a pena de prisão cuja execução for suspensa exceder três anos.

Para além de outras alterações, destaco a regra de correspondência legal que determina a coincidência entre o *quantum* da pena de prisão fixada e a duração do período de suspensão (que nunca será inferior a um ano). Tenho algumas dúvidas sobre a bondade da imposição desta regra de correspondência legal, consagrada no n.º 5 do artigo 50.º, segundo a qual a suspensão da execução de pena de prisão aplicada em medida inferior a um ano terá sempre a duração de um ano, enquanto a suspensão da execução de pena

de prisão aplicada em medida igual ou superior a um ano (mas não superior a cinco anos) terá sempre um período de duração igual ao da pena de prisão determinada na sentença. Esta regra de correspondência condiciona o julgador na determinação concreta da pena de substituição, no que concerne ao período da suspensão, sem vantagem aparente, pois no regime anterior sempre as operações de determinação concreta da pena, incluindo a fixação do período de suspensão e as modalidades desta, deveriam ser adequadamente fundamentadas.

6.2. O artigo 55.º contempla a aplicação de sanções nos casos de falta de cumprimento culposos das condições impostas, limitando-se, relativamente à redacção anterior, a alterar a designação do “plano de readaptação”, agora nomeado como “plano de reinserção”.

A alínea d) continua a referir-se à prorrogação do período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano «nem por forma a exceder o prazo máximo de suspensão previsto no n.º 5 do artigo 50.º.»

Porém, o novo n.º 5 do artigo 50.º não menciona qualquer prazo máximo de suspensão.

Julgo que devemos entender que a prorrogação do período de suspensão da execução da pena, como sanção aplicável por incumprimento culposos das condições da suspensão, até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano, continua a ter o limite máximo inultrapassável de 5 anos para a suspensão acrescida da prorrogação, por ser essa a duração máxima do prazo de suspensão face à conjugação dos n.ºs 1 e 5 do artigo 50.º.

6.3. Não creio que, para além do alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, existam outras alterações que sejam verdadeiramente significativas.

Continuam a ser previstas três modalidades de suspensão da execução da pena: simples; subordinada ao cumprimento de deveres ou/e à observância de regras de conduta; acompanhada de regime de prova. Entre as regras de conduta distinguem-se as de conteúdo positivo das de conteúdo negativo que as podem complementar. No lugar do chamado “plano individual de readaptação social” fala-se agora num “plano de reinserção social”.

São, essencialmente, pequenas diferenças de arrumação e de linguagem que pouco têm de verdadeiramente relevante.

7. Com a revisão de 1995 tinha havido o nítido propósito de alargar o campo de aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, aumentando-se o limite máximo de pena de prisão que ela podia substituir de 3 meses para 1 ano.

Escreveu Maia Gonçalves⁹, reportando-se à revisão de 1995: “A comissão revisora propôs um expressivo alargamento dos pressupostos da medida de prestação de trabalho a favor da comunidade, atendendo à ideia de que se trata porventura da mais importante descoberta político-criminal dos últimos decénios no domínio sancionatório e que esta pena é a única das penas que não têm carácter estritamente pessoal-negativo mas assume cariz social-positivo”.

Trata-se de uma pena de substituição a que se reconhecem grandes potencialidades como instrumento político-criminal, que apela à responsabilização do condenado, conferindo à pena o conteúdo positivo de uma prestação à comunidade.

A revisão de 2007 veio alargar para dois anos o pressuposto de ordem formal da substituição da pena de prisão por prestação de trabalho, que antes era constituído pela circunstância de a pena de prisão aplicada ser inferior a 1 ano, assim se permitindo uma maior aplicação desta pena pelos tribunais.

Na versão anterior não havia uma fórmula de conversão da prisão em horas de trabalho, porquanto o artigo 58.º, n.º 3, estabelecia apenas um mínimo de horas – 36 – e um máximo – 380 horas.

A proposta de lei e o texto finalmente adoptado optaram pela fixação de uma regra de correspondência legal: cada dia de prisão equivale a uma hora de trabalho, com o máximo de 480 horas.

O tribunal pode cumular com a prestação de trabalho a favor da comunidade a aplicação de regras de conduta (as previstas para a suspensão da execução da pena).

Havendo revogação da pena substitutiva e devendo o condenado cumprir pena de prisão, o Código previa que o tribunal fizesse um desconto equitativo no tempo de prisão, em função do trabalho que entretanto fora prestado.

Como o legislador de 2007 optou pela equivalência automática entre um dia de prisão e uma hora de trabalho, na mesma situação de cumprimento

da pena de prisão o desconto faz-se fazendo corresponder a uma hora de trabalho um dia de prisão.

Por outro lado, como a prisão susceptível de ser substituída passou a ser “não superior a dois anos”, também a multa que a poderá substituir, no caso de não prestação do trabalho por causa não imputável ao condenado, passa a ser até 240 dias, quando até agora era até 120 dias. E assim se mantém a correspondência normativa entre 1 ano de prisão (na sua previsão abstracta) e 120 dias de multa (na sua previsão abstracta) que perpassa por diversos artigos do Código Penal.

8. A nova redacção do artigo 60.º manteve a admoestação em substituição da multa, limitando-se a alargar o âmbito da sua aplicação: antes aplicava-se às multas não superiores a 120 dias; com a revisão, passou a aplicar-se às multas não superiores a 240 dias.

9. Conhecimento superveniente do concurso

O artigo 78.º sofreu algumas alterações que importa realçar.

9.1. Reza assim a nova redacção do seu n.º 1:

1. Se, depois de uma condenação transitada em julgado, se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes, são aplicáveis as regras do artigo anterior, sendo a pena que já tiver sido cumprida descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes.

A nova redacção deixa de fazer referência às penas cumpridas, prescritas ou extintas – cujos crimes, na interpretação mais literal do n.º 1 do artigo 78.º, não seriam tomados em conta nas situações de conhecimento superveniente.

Obviamente, a alteração do n.º 1 do artigo 78.º não tem em vista afirmar que, havendo cúmulo jurídico de penas, na liquidação da pena única serão considerados todos os períodos de detenção, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva sofridos à ordem dos diversos processos cujas penas foram cumuladas – tal posição era pacífica.

A questão não pacífica era a de saber se a circunstância do conhecimento superveniente ocorrer quando uma ou algumas das penas já se encontravam cumpridas constituía impedimento à realização do cúmulo jurídico, com a consequência de, nesses casos, não havendo cúmulo, o condenado, apesar de se verificarem os pressupostos do artigo 77.º, n.º 1, sofrer uma verdadeira acumulação material das penas.

⁹ Código Penal Anotado, 15.ª ed., p. 215, em anotação ao artigo 58.º.

Por isso, havia quem entendesse, em nome do princípio constitucional da igualdade, que as penas extintas pelo cumprimento deviam ser consideradas para efeito de cúmulo jurídico com outras penas, desde que pelo menos uma das penas em relação de cúmulo não estivesse já totalmente cumprida.

Julgo que a alteração vai nesse sentido: as penas extintas pelo cumprimento são consideradas no cúmulo jurídico, uma vez verificados os pressupostos para a sua realização.

E saliento “penas extintas pelo cumprimento”, pois tratando-se de penas prescritas – e o artigo 78.º deixou de lhes fazer referência –, julgo que continua a ser inadmissível a sua inclusão em cúmulo jurídico, sob pena de, fazendo-as reviver qual Fénix renascida das suas cinzas, ser violada a paz jurídica do indivíduo.

Relativamente à problemática do conhecimento superveniente do concurso quando algumas das penas principais parcelares tenham sido, entretanto, substituídas por penas de substituição, a revisão do Código Penal não acrescenta novos dados ao debate sobre esse tema.

9.2. O n.º 2 do artigo 78.º passou a ter a seguinte redacção:

O disposto no número anterior só é aplicável relativamente aos crimes cuja condenação transitou em julgado.

A redacção anterior, resultante da revisão de 1995, tinha o seguinte teor:

O disposto no número anterior é ainda aplicável no caso de todos os crimes terem sido objecto separadamente de condenações transitadas em julgado.

O novo n.º 2 não constava da proposta de lei. Foi introduzido na Assembleia da República, por proposta do PCP. O conhecimento das actas da Comissão de Assuntos Constitucionais poderá, eventualmente, esclarecer o sentido da alteração.

Das duas uma: ou pretende-se dizer que o conhecimento superveniente do concurso pressupõe o trânsito em julgado de todas as condenações; ou então pretende-se assinalar que o cúmulo jurídico de penas, no âmbito do conhecimento superveniente do concurso, pressupõe que todas as condenações hajam transitado, com excepção da decisão do processo em que o conhecimento ocorre; quer isto dizer que só pode ser conhecido num processo o concurso com outras penas impostas noutros processos, se as condenações nesses processos já tiverem transitado em julgado.

Realmente, pode-se afirmar que a questão *facto-pena* só se torna questão decidida e atendível fora do processo em que foi conhecida depois de tran-

sitada a respectiva sentença condenatória. Só então poderemos dizer que temos conhecimento de que o agente praticou outro ou outros crimes, precisamente porque julgados por sentenças transitadas.

A circunstância de o artigo 472.º do Código de Processo Penal não ter sofrido alteração inculca que se pretendeu relegar sempre o conhecimento superveniente do concurso para momento posterior ao trânsito em julgado de *todas* as condenações.

Realmente, tal artigo, referente à audiência para conhecimento superveniente do concurso, continua a reportar-se ao artigo 78.º, n.º 2, do Código Penal, que agora tem nova redacção. Devemos supor que o legislador, ao rever o Código Penal e o Código de Processo Penal de forma quase simultânea, não deixou de atentar que o citado artigo 472.º passaria a remeter para o novo n.º 2 do artigo 78.º do Código Penal. Ora, o artigo 472.º pressupõe que se teve em vista os casos em que todos os crimes foram objecto, separadamente, de condenações transitadas em julgado.

Conclui-se que o conhecimento superveniente do concurso passa a exigir sempre a realização de audiência nos termos do artigo 472.º do Código de Processo Penal.

10. Crime continuado

No que toca ao crime continuado, há duas alterações a assinalar: uma quanto à delimitação da continuação criminosa; outra no plano da sua punição.

10.1. Prescreve o artigo 30.º, n.º 3:

O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima.

Se lermos a Exposição de Motivos do anteprojecto que a Unidade de Missão apresentou ao Governo, temos a seguinte explicação: “O crime continuado é objecto de uma restrição que supera dificuldades interpretativas. Assim, determina-se que o seu regime se não aplica a crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, se estiverem em causa diferentes vítimas, de acordo, aliás, com o entendimento da jurisprudência”.

Logo aqui se desmente algo que tem sido dito, no sentido de que este n.º 3 não constaria do anteprojecto apresentado pela Unidade de Missão e da Proposta de Lei n.º 98/X que o Governo apresentou à Assembleia da República.

É sabido que o artigo 30.º, na sua redacção originária, foi inspirado no pensamento do Prof. Eduardo Correia, exposto na *Unidade e Pluralidade de Infracções*. Nesta obra, o insigne professor de Coimbra fundamentou a exclusão, do âmbito do crime continuado, da ofensa de bens jurídicos eminentemente pessoais de que não fosse titular a mesma vítima.¹⁰

No âmbito da discussão do Projecto de Código Penal, a Comissão Revisora, em 1964, aprovou, por maioria, uma proposta do Dr. Maia Gonçalves, no sentido de se explicitar que a continuação não se verificava quando fossem violados bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo tratando-se da mesma vítima.

O Código Penal de 1982 não acolheu esse aditamento, sendo certo que o Prof. Eduardo Correia entendia não ser o mesmo indispensável, uma vez que a conclusão que ele continha já se retirava do requisito “mesmo bem jurídico”, constante da definição de crime continuado.¹¹

A jurisprudência do S.T.J. tem repetida e pacificamente assinalado que, tratando-se de bens jurídicos eminentemente pessoais, não se pode falar, como o exige o n.º 2 do art. 30.º do Código Penal, no mesmo bem jurídico, o que afasta a continuação criminosa, salvo se for o mesmo ofendido.

Não se vislumbra, por isso, qualquer utilidade na introdução, com a revisão de 2007, do novo n.º 3, que veio suscitar, inutilmente, dúvidas e controvérsias.¹²

O novo n.º 3 do artigo 30.º não deve ser interpretado como dispensando, para os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais da mesma vítima, os requisitos da continuação criminosa constantes do número antecedente. Como é óbvio, tratando-se de crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, de uma mesma vítima, só haverá crime continuado se estiverem preenchidos os requisitos do artigo 30.º, n.º 2. Qualquer interpretação em sentido diverso deverá ser rejeitada.

10.2. O artigo 78.º, n.º 5, do Código Penal, na sua versão originária, dispunha que «o crime continuado é punível com a pena correspondente à conduta mais grave que integra a continuação».

¹⁰ Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, reimpressão de 1983, pp. 254 e seguintes.

¹¹ Actas da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I volume, AAFDL, p. 213.

¹² Ver Conceição Valdágua, *As alterações ao Código Penal relativas ao crime continuado proposta no anteprojecto do Código Penal*, RPCC, Ano 16, n.º 4.

Esta gravidade não se aferia a partir do confronto de penas concretas, pois o Código Penal não consagrou um puro princípio de absorção na punição do crime continuado. De outro modo: o tribunal não tinha de estabelecer a pena concreta correspondente a cada acto singular, sendo a continuação criminosa punida com a pena concreta mais grave, mas antes havia que eleger, entre as condutas integrantes da continuação, a moldura penal abstracta mais grave, determinando, num segundo momento, dentro dessa moldura, a medida da pena do crime continuado.¹³

Com a revisão de 1995, o regime de punição do crime continuado passou para o artigo 79.º, assim redigido: «O crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação».

A expressão «pena aplicável» que veio substituir a expressão «pena correspondente», susceptível de gerar algumas dúvidas, tornou mais claro, se necessário fosse, que a punição do crime continuado pressupõe o confronto entre penas abstractas e não entre penas concretas.

Assim, enquanto o regime de punição do concurso de crimes pressupõe a prévia determinação da pena concreta aplicada a cada um dos crimes em concurso, no crime continuado não se procede à determinação da pena concreta a aplicar a cada uma das condutas que integram a continuação, mas tão-só à determinação da pena «aplicável» a cada uma dessas condutas, de forma a identificar a mais grave. Encontrada a moldura abstracta mais grave, procede-se à determinação da medida concreta da pena relativa à continuação, com respeito pelos critérios do artigo 71.º do Código Penal, nada obstando a que se valore, nessa operação, o número e gravidade dos actos unificados, face à culpa e às exigências de prevenção.¹⁴

A revisão de 2007 mantém a mesma regra de punição do crime continuado no artigo 79.º, n.º 1.

Acrescentou-se a este artigo um n.º 2, com a seguinte redacção:

2. *Se, depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior.*

¹³ Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 296.

¹⁴ Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, III, Verbo, 1999, p. 170 e segs. Maia Gonçalves, *Código Penal Português*, Almedina, 12.ª ed., 1998, p. 277. Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 1.º V., Rei dos Livros, 3.ª ed., p. 963.

A razão de ser deste número, indicada na Exposição de Motivos do anteprojecto, foi a vontade de assegurar o máximo respeito pelo princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República.

No plano processual, o crime continuado suscita, realmente, um problema complexo, na sua relação com o caso julgado, nas situações de conhecimento superveniente da continuação criminosa (ou seja, conhecimento depois de já haver decisão sobre algumas das condutas que integram a continuação).

Havia quem defendesse que, julgado o arguido por factos integrados numa continuação criminosa, por sentença transitada em julgado, a *exceptio rei judicata* impediria que viesse a ser julgado por quaisquer outros factos integrados nessa continuação que não tivessem sido conhecidos no julgamento anterior.¹⁵

O tratamento dos casos de conhecimento superveniente da continuação depende da natureza jurídica que se atribua ao crime continuado. No caso de se considerar que o crime continuado é um comportamento unitário, um só crime, é lógico que se estenda a força de caso julgado a todas as actividades da continuação, mesmo as que, efectivamente, não foram julgadas.¹⁶ Se, pelo contrário, considerarmos que o crime continuado constitui, materialmente, uma pluralidade efectiva de crimes, não haverá obstáculo a que se proceda, nas situações de conhecimento superveniente, ao julgamento das condutas que integram a continuação que não tenham sido objecto da sentença anterior.

Ora, o n.º 2 do artigo 79.º veio estabelecer que, havendo conhecimento superveniente (e a superveniência reporta-se ao trânsito em julgado da sentença condenatória anterior) de conduta mais grave que integre, com os factos anteriormente julgados, uma continuação criminosa, *a pena que lhe for aplicável substitui a anterior*.

Como o regime de punição do crime continuado impõe que os diversos actos singulares sejam punidos dentro da moldura penal aplicável ao crime mais grave abrangido pela continuação, julgo que a alteração introduzida pela revisão de 2007 pressupõe que se proceda da seguinte forma: procede-

se ao julgamento pelos factos não considerados na sentença anterior; verifica-se que esses factos integram, com os anteriormente julgados, uma continuação criminosa; determina-se a gravidade dos factos de que agora se conhece, por aplicação das regras de determinação da medida abstracta da pena; constatando-se que esses factos são os mais graves da continuação, em função da moldura abstracta que lhes corresponda, fixa-se, dentro dessa moldura, uma nova pena para a continuação criminosa, que substituirá a da sentença anterior.¹⁷

Este será, salvo melhor opinião, o procedimento que respeitará o regime de punição do crime continuado constante do n.º 1, que parece pressupor que o crime continuado constitui uma pluralidade de crimes, unificados juridicamente para efeitos de punição.

E se o conhecimento superveniente for de condutas criminosas integradas numa continuação criminosa, mas de idêntica gravidade às já julgadas?

Como vimos, a punição do crime continuado nunca pressupõe a determinação prévia de penas concretas para cada um dos actos singulares que integram a continuação. Em consequência, não me repugnava que, nos casos de conhecimento superveniente de condutas que se reconhecesse integrarem uma continuação criminosa com outras já julgadas, o tribunal pudesse delas conhecer, ainda que de gravidade igual às anteriores, determinando uma nova pena para a continuação criminosa dentro da moldura abstracta aplicável.

Basta pensar num caso de furto continuado, integrado por 3 condutas, julgado por sentença transitada. Apurando-se, posteriormente, mais 5 condutas, pertencentes à mesma continuação integrada pelas já julgadas, partindo do princípio de que não se verificaria, nessa situação, qualquer ofensa do caso julgado, julgo que ainda que todas as condutas fossem de igual gravidade, por se integrarem no tipo legal de furto simples, nada obstará a que se determinasse uma nova pena, no quadro da moldura aplicável, em que se tivesse em consideração a pluralidade dos actos incluídos na continuação, perdendo autonomia a pena anteriormente aplicada.

Certo é que o legislador de 2007, no mencionado n.º 2 do artigo 79.º, apenas contempla o conhecimento superveniente de condutas mais graves.

¹⁵ Ver, entre outros, o Acórdão da Relação do Porto, de 28 de Abril de 1999, C.J., Ano XXIV, III, 235.

¹⁶ Eduardo Correia, *ob. cit.*, 273.

¹⁷ Ver, antes das alterações de 1995, o Acórdão do S.T.J., de 4 de Julho de 1990, C.J., Ano XV, III, 25.

11. Prescreve o artigo 80.º, n.º 1, na versão de 2007:

1. A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas.

Até agora, o desconto da detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação só podia ter lugar no processo em que o arguido fosse condenado, não abrangendo outros processos em que tivesse sido julgado em separado e absolvido, ou que tivessem terminado com um despacho de arquivamento ou de não pronúncia.

A inovação introduzida consiste em prescindir, para efeito do desconto, da exigência de as medidas de privação da liberdade terem sido aplicadas no mesmo processo, admitindo-se, de modo expresso, que digam respeito a processo diferente.

No anteprojecto e na Proposta de Lei n.º 98/X, não constava o segmento que se segue a “vier a ser condenado”.

Quer isto dizer que se previa um sistema que podemos chamar de *contacorrente de liberdade*, em que se lançariam a crédito os tempos de privação da liberdade (por detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação) aplicados em qualquer processo, lançando-se a débito as condenações transitadas em julgado. Como não se estabelecia qualquer limite temporal, a norma permitia, numa interpretação literal, que se guardasse “em carteira” um período de privação de liberdade (sofrido, por exemplo, num processo que findara com uma absolvição) para descontar em penas sofridas por factos praticados em momento posterior, o que colocaria em crise as finalidades preventivas gerais associadas à previsão dos crimes e cominação das penas.

No seio da discussão na Comissão de Assuntos Constitucionais acabou por ser acrescentado que o desconto só ocorre *quando o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas*.

Assim, havendo que proceder à contagem da pena, o que ocorre após o trânsito em julgado da condenação, há que descontar na pena de prisão os períodos de detenção, prisão preventiva e de obrigação de permanência na habitação, ainda que aplicados em processo diferente daquele em que foi proferida a condenação. Tal só acontece, porém, se o facto pelo qual o

arguido foi condenado tiver sido praticado em momento anterior à decisão final do processo em que aquelas medidas foram aplicadas. Tal *decisão final* poderá ser, a meu ver, um despacho de arquivamento do inquérito (artigo 277.º, 1 e 2), um despacho de não pronúncia que declare findo o processo e determine o seu arquivamento ou uma sentença.

É legítimo questionar se será necessário, para que o desconto seja efectuado, que já tenha sido proferida, no momento da contagem da pena, a decisão final no processo em que foram aplicadas as referidas medidas de privação da liberdade. Inclino-me no sentido negativo. A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação constituem privações da liberdade, de natureza cautelar, que têm lugar antes de haver decisão transitada em julgado, num momento em que o arguido se presume inocente. Parece-me, pois, que o legislador terá pretendido que, a partir do momento em que existe pena de prisão a cumprir por força de sentença transitada em julgado, todos esses períodos de privação de liberdade sejam considerados na respectiva liquidação, desde que os factos da condenação tenham sido praticados antes de haver decisão final no processo em que tais períodos de privação da liberdade foram sofridos.

Em qualquer caso, o artigo 80.º, n.º 1, não consentirá que os mesmos períodos de privação da liberdade sejam descontados em vários processos. Só pode ser descontado por inteiro no cumprimento de uma pena o que não tenha sido já descontado noutro ou noutros processos (a não ser nas situações de cúmulo jurídico, em que haja que proceder à liquidação da pena única).

12. A parte final do n.º 4 do artigo 2.º, na redacção anterior, estabelecia um limite à aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, ao prescrever que é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, *salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado*.

A doutrina questionou a constitucionalidade da ressalva constante da parte final do mencionado n.º 4, sendo de assinalar que o Tribunal Constitucional, quando teve de se pronunciar sobre a norma em questão, não a julgou inconstitucional, a não ser em determinadas interpretações normativas¹⁸.

¹⁸ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 644/98 não julgou inconstitucional a norma em apreço. O Acórdão do TC n.º 169/2002 julgou materialmente inconstitucional, por violação do princípio da

Com a nova redacção do artigo 2.º, n.º 4, a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável passa a determinar que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, cessem a execução e os efeitos penais quando o agente já tiver cumprido uma pena concreta igual ou superior ao limite máximo da pena prevista em lei posterior.

Na parte respeitante aos “efeitos penais” (ver artigos 65.º a 69.º), parece-me que será indispensável interpretar a norma no sentido de que os mesmos cessam quando o já cumprido (desses efeitos) tenha atingido o máximo que a nova lei estabeleceu.

Importa reter que o artigo 2.º, n.º 4, é de aplicação oficiosa, não estando dependente de qualquer iniciativa do condenado.

Por sua vez, o artigo 371.º-A, do Código de Processo Penal, revisto pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, veio estabelecer:

Se, após o trânsito em julgado da condenação mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime.

Quer isto dizer que, para além do mecanismo de aplicação oficiosa previsto no artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, existe outro meio, a desencadear por iniciativa exclusiva do condenado, para aplicação retroactiva da lei posterior mais favorável, em detrimento (muito questionável!) do caso julgado.

A reabertura da audiência não significa uma repetição do julgamento, porquanto a questão da culpabilidade está definida e decidida. A reabertura tem como único objecto a questão da determinação da sanção, tendo como tramitação mínima a produção de alegações.

Creio, no entanto, que não devemos rejeitar a possibilidade de realização de diligências de prova que se afigurem necessárias para a decisão. A reabertura da audiência, na fase da determinação da sanção, pode reclamar a averiguação de matéria que não haja sido apurada anteriormente, até por motivo de então não estarem previstas ou não serem legalmente admissíveis algumas penas de substituição.

aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, a norma do artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, «na interpretação segundo a qual veda a aplicação da lei penal nova que transforma em crime semipúblico um crime público, quando tenha havido desistência da queixa apresentada e trânsito em julgado da sentença condenatória.» O Acórdão do T.C. n.º 572/2003 julgou inconstitucional a mesma norma, mas na interpretação de que vedava a aplicação da lei penal nova que descriminalizava o facto típico, imputado ao arguido, já objecto de sentença condenatória.

O termo «reabertura» poderá suscitar dúvidas sobre a composição do tribunal: a audiência deverá ser reaberta pelo mesmo juiz singular ou pelo mesmo colectivo que proferiu a condenação?

Entendo que esta norma, como todas, está sujeita, na sua interpretação, a uma cláusula de razoabilidade. Exigir que a reabertura da audiência se faça com os mesmos juízes, porventura vários anos após o julgamento, quando será muito difícil, ou mesmo impossível, reunir os mesmos magistrados, será uma solução destituída de razoabilidade e, porventura, impraticável.

Julgo, por conseguinte, que a reabertura da audiência para determinação da sanção, com ponderação do regime penal concretamente mais favorável, assente que estará a questão da culpabilidade, não supõe a intervenção dos mesmos juízes do julgamento, sendo certo que tal reabertura deverá ocorrer sempre perante o tribunal de 1.ª instância, por forma a não privar o acesso às vias de recurso.

12.1. Uma questão interessante que tem sido colocada, a propósito da aplicação da lei penal no tempo, reporta-se às alterações ao regime da pena de substituição de suspensão da execução da pena de prisão.

Como se disse supra, o tempo de duração da suspensão passa a coincidir com o tempo de prisão.

O que fazer aos casos julgados no domínio da versão anterior do Código Penal, em que tenham sido aplicadas penas de prisão suspensas por períodos superiores à pena de prisão?

Deverá o juiz, uma vez decorrido o máximo de duração da suspensão, face à lei nova, desencadear oficiosamente, por despacho, os mecanismos conducentes à declaração de extinção da pena, caso verifique não haver fundamento para a sua revogação?

Exemplificando:

António foi condenado, por sentença transitada em julgado, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão, que foi suspensa na sua execução por 4 anos.

Entretanto, entrou em vigor a revisão do Código Penal, que relativamente a uma pena de 1 ano e 6 meses de prisão apenas permite a suspensão também por 1 ano e 6 meses.

Algumas vozes têm defendido que o juiz, oficiosamente, deverá considerar como nova duração da suspensão o período de 1 ano e 6 meses, sem necessidade de ser requerida a reabertura da audiência, nos termos do artigo 371.º-A.

A questão é duvidosa.

Concretizando a partir do exemplo:

Quem entende que a questão se resolve por iniciativa oficiosa do juiz parece partir do pressuposto de que, face ao novo texto legal, não restaria ao julgador outra alternativa que não fosse reduzir o tempo de suspensão para 1 ano e 6 meses.

É certo que, não tendo havido quaisquer alterações quanto aos critérios e procedimentos de determinação da pena, podemos ter como adquirido que o tribunal, colocado perante a aplicação do Código Penal revisto, teria de manter a condenação na pena principal de 1 ano e 6 meses de prisão.

Mas já não me parece líquido que, face à nova configuração legal das penas de substituição, o tribunal tivesse de manter a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, agora por apenas 1 ano e 6 meses.

A decisão de suspender a pena pelo período de quatro anos assentara na consideração de que tal pena de substituição era a que realizava de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Ora, se o tribunal prefigurasse uma suspensão por apenas 1 ano e 6 meses, temos de admitir que tal pena de substituição poderia não ser considerada adequada e suficiente face às finalidades da punição. Eventualmente, o tribunal teria de reequacionar a substituição e, a suspender a execução da prisão, optaria pela subordinação ao cumprimento de outros deveres e/ou regras de conduta, ou poderia determinar o acompanhamento com regime de prova, ou mesmo poderia legitimamente considerar que a pena de prisão não deveria ser suspensa naqueles termos por inadequação e insuficiência. Neste último caso, o regime penal anterior seria o concretamente mais favorável.

Por outro lado, parece-me que o artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, na sua nova redacção (única base legal possível para o conhecimento oficioso da questão), impõe apenas uma simples comparação de tipo aritmético entre a pena principal aplicada e o limite máximo abstractamente previsto na moldura prevista na nova lei, não abrangendo a supra descrita situação.

Trata-se, certamente, de questão que continuará a suscitar controvérsia.

O REGIME SANCIONATÓRIO DAS PESSOAS COLECTIVAS NA REVISÃO DO CÓDIGO PENAL *

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. A revisão do Código Penal determinada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, apresenta como uma das suas principais e mais marcantes novidades a consagração da responsabilidade criminal das pessoas colectivas no próprio texto do Código Penal.

Claro que a previsão legal de uma tal responsabilidade não constitui propriamente um facto novo no sistema penal português, que há mais de 20 anos a admite no âmbito do direito penal secundário. Mas, além do simbolismo associado à regulação desta matéria no Código Penal¹, é de assinalar a extensão da responsabilidade penal das pessoas colectivas aos domínios do direito penal clássico ou de justiça.

Um passo natural num sistema que, ao contrário de outros², de há muito deu como adquirida a capacidade de acção, de culpa e de punibilidade das

* O presente texto corresponde à comunicação apresentada nas *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários e realizadas em Lisboa nos dias 27 e 28 de Setembro de 2007.

¹ À semelhança do que acontece, *v. g.*, na Holanda, em França e na Dinamarca, em que a responsabilidade criminal das pessoas colectivas se encontra prevista nos respectivos códigos penais – cf. SILVINA BACIGALUPO, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bosch, 1998, p. 322 e ss.

² No direito alemão, cf., por outros, CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4. Auf., Verlag C. H. Beck, 2006, § 8, n.º m. 58 e ss., e HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Duncker & Humblot, 1996, § 23, VII, 1., segundo os quais o direito alemão vigente não conhece qualquer forma de punibilidade penal das pessoas colectivas e das associações de pessoas.

No sistema espanhol discute-se ainda se as chamadas consequências acessórias aplicáveis às pessoas jurídicas, previstas no art. 129 do Código Penal, constituem ou não autênticas sanções criminais e assim comportam ou não uma previsão de responsabilidade penal das pessoas colectivas: em sentido afirmativo, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para