

CONTRIBUTO PARA A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS SUBSTITUTIVAS (†)

André Lamas Leite (*)

Resumo: o autor lança-se nos traços históricos fundamentais do que é hoje entendido por “pena de substituição”, não esquecendo que o mais relevante é encontrar as suas traves-mestras e não tanto a mesma terminologia hoje usada, a qual pode ter sido modificada ao longo da História do Direito Penal. Desde as civilizações chinesa, grega, passando pelo Império Romano, a Idade Média, o nascimento da prisão como efectiva pena, até aos mais recentes desenvolvimentos do séc. XX, é fornecido um conspecto ao leitor, sobretudo europeu e norte-americano, também orientado para o estudo das principais figuras de proa do movimento internacional contra as penas curtas de prisão.

Palavras-Chave: prisão; pena; pena de substituição; História do Direito Penal.

CAPÍTULO I — PLANO DA EXPOSIÇÃO

«A humanidade marcha carregada da experiencia dos seculos: cada geração conduz a sua pedra para o edificio da civilização, e assim se formam as legislações e todas as instituições (...) O legislador modifica mais do que inventa, desinvolve mais do que destroe (...) o presente é filho do passado e ha de ser pae do futuro.»⁽¹⁾.

(†) Corresponde a parte inédita da dissertação de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e defendida em provas públicas em 7/3/2016.

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa). Investigador do CIJE/FDUP.

(1) BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições de Direito Criminal portuguez*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1861, pp. 1-2. No mesmo sentido, «[m]al irá com effeito á legislação se, querendo estender os seus ramos até ao futuro, esquecer que



luminados por estas sábias palavras e que, porventura como em nenhuma época são hoje tão pertinentes, lancemo-nos no estudo das raízes históricas do movimento de luta contra as penas curtas de prisão e, associado a ele, à criação e desenvolvimento das ditas «penas de substituição» (2). Cientes, também, que a sucessão histórica das penas foi importando uma sucessão progressiva de umas em detrimento de outras, de tal modo que, p. ex., a prisão não pode compreender-se se não for como substitutivo de penas corporais ou da própria morte e as actuais *community sanctions and measures* como uma outra maneira de cumprir os fins da privação da liberdade (3).

Do mesmo passo, não se estranhará que uma outra grande linha de evolução histórica tenha consistido na passagem de um «modelo de clemência» para um verdadeiro «modelo substitutivo» (4), ou seja, se é certo que quando as primeiras penas substitutivas em sentido técnico-jurídico foram criadas, as mesmas se confundiam, praticamente, com pressupostos negativos de punição (dir-se-ia hoje), com a sua progressiva autonomização político-criminal e técnico-dogmática, deixam as mesmas de assim ser encaradas. Ao invés, cumprem elas, há várias décadas, um papel de verdadeiras e autónomas penas.

Procuraremos, no essencial, responder às seguintes

deve ter no passado as suas raízes!» (LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal português. Relatório*, t. I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864, p. 114).

(2) Desde logo alicerçando o problema da escolha da pena e das penas de substituição em este movimento, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 327.

(3) Destaca-o LUIGI DAGA, «Il sistema delle pene. Promozione delle misure alternative alla prigione», in: LUIGI DAGA, *Scritti e Discorsi (1980-1993)*, Roma: Ministero della Giustizia, 2008, p. 497.

(4) As expressões são da nossa lavra, mas encontra-se a ideia em texto em vários autores, de entre eles LUIGI DAGA, «Le misure alternative in Italia e in Europa. Situazione attuale e prospettive», in: LUIGI DAGA, *Scritti e Discorsi (1980-1993)*, Roma: Ministero della Giustizia, 2008, pp. 98-99, em especial salientando que as primeiras «manifestações substitutivas» não se achavam eivadas de qualquer conteúdo positivo, de auxílio ao condenado, mas somente negativo, de afastamento punitivo.

questões: quais os factores que contribuíram, e a partir de quando, para que a pena privativa de liberdade fosse considerada como em geral deletéria e, daí, em especial nas de duração curta, a sua aplicação concreta passe a ser vista como desfavorável (seja do prisma da prevenção geral, seja especial)? Em consequência, como se foi posicionando a doutrina no sentido de encontrar outras soluções, dentro do sistema penal, para o cumprimento da sanção determinada na decisão judicial e quais aquelas que, tradicionalmente, foram sendo mais adoptadas? Que finalidades desempenham essas penas?

Para atingir estes desideratos, não se impõe que nos dediquemos, de jeito aprofundado, à evolução histórica da pena de prisão, mas que percebamos quais os seus traços fundamentais, em especial naquilo que ela traduziu de novo entendimento da própria forma de sancionamento criminal, orientado para a privação de um bem jurídico que, exaltado pelo Iluminismo, não mais deixou de ser, até hoje, o domínio por excelência da privação determinada por este ramo de Direito. Do mesmo passo, porquanto esse trabalho se encontra já documentado por autores como FOUCAULT ⁽⁵⁾, não repetiremos de modo aprofundado as

⁽⁵⁾ Paradigmático, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris: Gallimard, 1975, *passim*, mas em esp., pp. 14-40, onde o autor demonstra que, a partir de finais do séc. XVIII e durante toda a centúria seguinte, o corpo deixou de ser a marca da intervenção penal e o «castigo espectáculo» foi sendo substituído por uma ideia de correcção. Mais importante que punir era vigiar a população, mantendo-a dentro de margens de controlabilidade. O castigo volta-se para a *alma*, mais que para o corpo. Para tal, torna-se essencial um conjunto de peritos, à cabeça dos quais os psiquiatras que, se possível mesmo antes do delito, actuassem sobre estados de perigosidade pré-delitual, avaliando o risco que cada delinvente constituía. Não é também inócua, em FOUCAULT, a percepção de que a mão-de-obra é essencial numa economia, pelo que a maior ou maior taxa de encarceramento está relacionada com as maiores ou menores necessidades da primeira (elogiando, aqui, o trabalho de RUSCHE/KIRCHHEIMER). Bem vistas as coisas, continua a ser o corpo o objecto da punição, simplesmente entendido já em um «campo político». O crime passa também a ser visto como uma desordem social, como um desequilíbrio provocado ao «corpo social» — donde, uma ideia de prevenção. Assinala o autor que praticamente aquando da edificação da prisão em pena mais aplicada, logo ela foi criticada por via do seu efeito deletério e pela influência negativa que provocava na família. No final do séc. XVIII assistíamos a uma orientação que

causas principais do carácter criminógeno da prisão, mas somente as referiremos em esquiço, nomeadamente no que tange às sanções de duração curta.

CAPÍTULO II — BREVES NOTAS SOBRE OS PRIMÓRDIOS E ANTECEDENTES DA PENA DE PRISÃO (E DE

vinha das antigas monarquias e uma outra que apontava já para a prevenção e reforma do condenado. A prisão surge, destarte, como um desejo de poder dos Estados, mais que do humanitarismo que a *Aufklärung* veio propor. Acresce a vantagem da divisibilidade que a privação de liberdade possibilita («le temps, opérateur de la peine»: *ibidem*, p. 127; salienta-o, na dogmática penal, entre tantos, MAX ERNST MAYER, *De-recho Penal. Parte General*, Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2007, p. 562), enquadrada em uma maior adequação entre a gravidade do crime e da sanção. O Estado que, no trânsito do séc. XVIII para o séc. XIX, e, depois, ao longo de toda esta última centúria vê na prisão o meio por excelência de contenção, fá-lo com o desiderato de melhor regulamentar o fenómeno criminal, de adestrar os criminosos, tornando-os «seres dóceis» (os «corps dociles»: *ibidem*, pp. 159-199). Estávamos, ainda, em face de uma nova forma de gerir o conflito entre o soberano e o delinquente, punindo-o em vez de o sistema se vingar (*ibidem*, p. 88), ao mesmo tempo que se deslocava do soberano para a sociedade pensada no seu conjunto (*ibidem*, p. 107), com marcas de utilitarismo (*ibidem*, p. 126). Realce-se, ainda, com especial interesse para a matéria em estudo, embora FOUCAULT, pela sua formação, desde logo, não estivesse preocupado em traçar com rigor terminológico preciso o que se entendia por «pena de substituição», que o autor vê na prisão em sentido moderno um qualquer substituto de outras sanções como a condenação à pena das galés, em especial para os grupos mais vulneráveis como as mulheres, crianças e inválidos (o autor usa mesmo o termo «substitut»: *ibidem*, pp. 139-140).

O seu método da «arqueologia do saber» (sobretudo exposto em *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*, Paris: Gallimard, 1966) estuda as condições de existência dos discursos científicos e da própria ciência, a partir do saber. No seu livro *A arqueologia do saber*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 181, apresenta a seguinte definição: «uma vez percorrido o domínio das formações discursivas e dos enunciados uma vez esboçada a sua teoria geral, inflectir em direcção aos domínios possíveis de aplicação». A «genealogia do saber» articula as práticas discursivas com os sistemas de controlo do poder, assim entendendo o discurso como «um objecto de desejo e de poder», o que permite a FOUCAULT analisar as ligações subterrâneas entre os fenómenos, não se quedando por uma discursividade «oficial», mas procurando ir à essência, como quem «escava» as raízes de um dado fenómeno. Pela «arqueologia» estudam-se «as condições de possibilidade das *épistémès* a partir do saber», ao passo que por via da «genealogia» nos direccionamos para «a emergência dos discursos a partir das ligações entre o saber e o poder» (CÂNDIDO DA AGRA, *Science, maladie mentale et dispositifs de l'enfance. Du paradigme biologique au paradigme systémique*, Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1986, pp. 59-61).

MULTA)

1. É evidente que a matéria que encima esta secção poderia ser objecto, atenta a sua abrangência, de uma dissertação⁽⁶⁾, pelo que aqui somente nos interessa assinalar as traves-mestras, no que tal importa para a compreensão da privação de liberdade como um instituto inicialmente concebido como forma de custódia do agente de um crime à ordem do tribunal, ou mesmo como método de remissão de uma dívida civil, como sucedeu no Império Romano, até à sua autonomização como pena, em meados do séc. XVIII⁽⁷⁾ e ao longo de todo o séc. XIX, até às esperanças na prisão como forma privilegiada de ressocialização, durante o séc. XX, descontado o tempo das duas Guerras, a que se segue, a partir das décadas de Sessenta, Setenta da passada centúria, uma fortíssima crítica a esta pena, havendo mesmo movimentos abolicionistas⁽⁸⁾.

Hoje, diríamos, estamos numa fase de relativo «pragmatismo»: reconhecidos cientificamente os graves inconvenientes da privação da liberdade, ela continua a afirmar-se como uma «amarga necessidade», o que não prejudica, em especial nos Estados que vão estando mais ou menos a coberto de um *punitive turn*⁽⁹⁾ — como sucede em Portugal —, que se não explorem

⁽⁶⁾ Entre nós, embora ao nível de mestrado, veja-se PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade. Evolução histórica e doutrinal*, Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 11-138.

⁽⁷⁾ MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBEREN, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid: Joachin Ibarra, 1782, em finais do séc. XVIII, citando o rei AFONSO I de Castela, concebia a prisão, em regra, como meio de contenção (p. 57), embora se admitisse já o seu uso como forma de cumprimento efectivo da sanção para delitos leves, considerando que a privação de liberdade fazia parte das «penas corporais aflitivas» (p. 211), demonstrando já a preocupação na classificação e separação dos reclusos (p. 212). Mesmo assim, o autor vê as prisões com desconfiança, por se poderem tornar «escolas de iniquidade e seminários de homens maus e perniciosos à República» (p. 213). Para a tal obviar, defendia a centralidade do trabalho obrigatório (pp. 214-215).

⁽⁸⁾ Sobre o tema, *vide* o nosso «Crise da pena de prisão e os abolicionismos – roteiro de análise», in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 5 (2019), 2, pp. 949-989.

⁽⁹⁾ Sobre o problema, cf. o nosso «“Nova penologia”, *punitive turn* e Direito Criminal: *quo vadimus?* Pelos caminhos da incerteza (pós-)moderna», in: MANUEL DA COSTA

sanções substitutivas a ela, em que os *checks and balances* são mais favoráveis aos ganhos do agente e da comunidade.

Vejam, então, em necessário passo mais ou menos apressado, como se operou tal evolução. Não sem antes aduzirmos uma advertência ao possível leitor: para além de seguirmos o evidente método cronológico, assumimos o risco de o conjugar com um outro que não é tão usual em estudos deste tipo, qual seja o de reservarmos espaço para alguns dos vultos mais marcantes no tema. Estamos cientes das debilidades metodológicas da opção, mas também pensamos que, atenta a importância destes pensadores, o mesmo se justifica para ficarmos com uma visão panorâmica do específico ponto cujo estudo agora se empreende.

2. Na civilização chinesa ancestral, a prisão era um meio de garantir a presença do agente em julgamento ou de contenção até à sua partida para o exílio ou a sua execução⁽¹⁰⁾. Na Suméria, a avaliar pelo Código de Hammurabi, inexistia a prisão como pena privativa de liberdade⁽¹¹⁾. Na civilização egípcia também não se podia falar em prisão nos mesmos termos em que hoje a entendemos, antes existindo locais onde se continham aqueles que, em determinados casos, esperavam a realização dos respectivos julgamentos. Em tais «reclusórios», porventura a palavra

ANDRADE *et al.* (orgs.), *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Peter Hünerfeld*, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2013, pp. 376-395.

(10) PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade...*, pp. 23-24, e FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/JAVIER NISTAL BURÓN, *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 36.

(11) A. SERRANO MAILLO, «Los delitos y las penas en el Código de Hammurabi», in: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2 (1992), p. 647, e RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 36. Entre nós, também, PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade...*, pp. 35-38. Uma civilização com presença histórica não claramente definida, mas que data de milénios a.C., como foram os Incas, nunca usou as penas pecuniárias, p. ex., por entender que deixar os condenados sem bens, mas com a sua liberdade, poderia contribuir a que cometessem futuros crimes (MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBEREN, *Discurso sobre las penas...*, pp. 228-229).

que melhor traduz as inscrições hieroglíficas achadas, encontravam-se aqueles que não cumpriam os trabalhos obrigatoriamente exigidos pelo Estado, tendo funcionado como verdadeiras «células produtivas», seja no Egito, seja em outras terras conquistadas por aquele povo. Em estreita relação com estes «reclusórios» estavam os «campos de trabalho forçado», controlados pelo Estado, aos quais se devem juntar os «campos de concentração» destinados a acolher os prisioneiros das conquistas egípcias (12).

(12) ANDRÉS DIEGO ESPINEL, «Cárceles y reclusorios en el Antiguo Egipto (2686-1069 a. C.)», in: SOFÍA TORALLAS TOVAR/INMACULADA PÉREZ MARTÍN (eds.), *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, pp. 1-2 e 24-25. Veja-se, ainda, RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 39, onde se refere a existência dos «presos dos faraós», os quais podiam estar somente em condição de aguardar julgamento ou em cumprimento de prisão perpétua. Os mesmos autores (*idem*) referem que a Bíblia alude à privação da liberdade como pena, em especial para os criminosos reincidentes. Para uma visão histórica do trabalho enquanto pena, com especial enfoque na realidade espanhola, por todos, JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 31-41, dando ainda nota do acréscimo da sua aplicação após as reformas operadas no CP daquele Estado em 2003 e 2004 (*ibidem*, pp. 447-451). Com a Reforma de 2015, não se assistem a grandes mudanças nesta pena e as que existem são, sobretudo, consequência do que se altera em outros institutos. Para além de a correspondente à nossa pena de PTFC representar já três funções: pena originária, modo de cumprir a prisão subsidiária pela não liquidação da multa principal e pena de substituição, acresce uma mais — injunção no âmbito da suspensão executiva da pena de prisão, «alternativa ou conjuntamente com uma multa (...) e/ou com o cumprimento de um acordo alcançado em um processo de mediação entre as partes»: art. 84, 1, do CP espanhol, embora esta última função não seja auspiciosa, devido à sobrecarga de trabalho dos Tribunais e à crônica falta de meios dos equivalentes aos nossos serviços de reinserção social. Outro aspecto relevante é o abandono de um critério expresso de equivalência entre a pena principal e a de substituição, deixando-o ao prudente arbítrio do juiz (art. 84, 1, 3.^a), embora se mantenha que um dia de prisão suspensa corresponde a uma jornada de trabalho, com o limite de 2/3 da duração da pena privativa de liberdade (IDEM, «Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente (arts. 40, 48 y 35)», in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 243-246 e 249-250). Defendendo a necessidade de atribuir à pena em causa uma específica finalidade ressocializadora e de reabilitação de aptidões, *vide*, ainda, ESTER BLAY GIL, *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*, dissertação de doutoramento apresentada à Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2006, pp. 150-151.

Um dado avulta, o qual foi colocado em particular relevo por RUSCHE/KIRCHHEIMER, na sua já clássica obra ⁽¹³⁾, conhecendo-se, ademais, a mundividência marxista destes autores. Existe uma indissociabilidade entre privação de liberdade e aproveitamento da força de trabalho, de tal modo que é quase um truísmo afirmar que a vertente económica tem vindo a desempenhar, na História da punição, um papel não despreciando. Com os trabalhos forçados em ambiente prisional ou outro, é a força produtiva dos detidos ou presos que se aproveita em favor de um senhor ou do próprio Estado ⁽¹⁴⁾, não sendo por isso de estranhar que, em períodos históricos de maior carestia de mão-de-obra, a privação de liberdade tenha tendência a diminuir. O êxodo rural, p. ex., por via das necessidades imperiosas de força de trabalho para a Revolução Industrial, v. g., é acompanhado historicamente de uma tentativa de o Estado encontrar outras formas punitivas que não passassem pela obliteração em massa de braços para a nova era que se desenhava.

Vale isto por dizer que, independentemente da concepção político-ideológica que se patrocine, a ligação entre privação de liberdade e necessidades económico-financeiras de quem detém o poder num dado momento histórico é indeclinável. Este é, aliás, um factor constante em várias das reformas empreendidas nas penas de substituição, com particular relevo na de 2007 e de 2017 do CP português.

Sabemos que as explicações monofactoriais são sempre uma visão redutora da História, o que é particularmente claro no domínio em estudo. Do mesmo passo que cumpre desde já assinalar que reformas existem que, apresentadas em público como

⁽¹³⁾ *Pena y estructura social*, reimp., Bogotá: Ed. Temis, 2004, *passim*, mas em esp., pp. 1-62 e, para uma súmula, as conclusões a pp. 257-258. Em idêntico sentido, THOMAS MATHIESEN, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Buenos Aires: EDIAR, 2003, pp. 48-51.

⁽¹⁴⁾ O que importa sempre um modo de controlo sobre indivíduos tidos por perigosos, de variados ângulos, desde logo o político (cf. PHILIPPE ROBERT, «Recensão a Rusche/Kirchheimer, *Peine et structure sociale*», in: *Crime, Histoire & Sociétés*, 2, 2 (1998), p. 129)

perpassadas pelas mais laudáveis razões político-criminais (em geral de um certo humanismo ⁽¹⁵⁾), no rigor das coisas correspondem, muito mais — ou, ao menos, em idêntica medida —, a exigências económicas dos Estados.

Feita esta advertência, voltamos ao pulsar cronológico da História. Tem-se dito, de modo quase unânime até meados do século passado, que na civilização grega (e até ao final da Idade Média) inexistia a prisão como a entendemos hoje, ou seja, como forma de cumprimento de uma sanção determinada ⁽¹⁶⁾. Contudo, estudos mais recentes de documentos e inscrições da Grécia Antiga (fundamentalmente limitados a Atenas, uma vez que inexistem dados rigorosos quanto a outras cidades-Estado) apontam para o sentido contrário, distinguindo-se, agora, a prisão como *forma de custódia e de contenção* dos indivíduos que aguardavam o respectivo julgamento ou após o mesmo e antes de a decisão ser executada (em hipóteses de crimes graves, como

(15) A «suavidade das penas» a que aludia CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 115.

(16) Muito embora PLATÃO, na obra *The Laws, As Leis* (Livro IX), acedido em <http://www.gutenberg.org/ebooks/1750>, a 25/6/2015, distinga a pena como *efectiva sanção* e como mero *meio de custódia*, sendo ainda de sublinhar que «a lei visa não apenas a reforma do criminoso, como a repressão do crime». A prisão surge como consequência de uma dívida não paga, ou como forma de garantia de que o agente não foge ao julgamento, no caso, p. ex. do crime de homicídio. Prevê-se, ainda, a prisão de escravos próprios ou de outrem. Todavia, no mesmo Livro IX, quando PLATÃO propõe a punição para ofensas corporais menos graves, sugere a prisão por «um ano ou mais, tal como aprouver aos juízes», parecendo que aí se está a referir a ela como pena principal. E no caso de se tratar de um estrangeiro, a prisão seria, no mínimo, por dois anos. Ainda, se um sujeito não fosse fiel à palavra dada, para além de sofrer uma multa, também seria privado de liberdade. Nas palavras do filósofo, «devem existir três tipos de prisões — uma para os delitos comuns contra a vida e a propriedade; outra, perto do local onde o Conselho Nocturnal se reúne, a qual se designará “Casa de Correção”; a terceira situar-se-á em alguma região isolada no centro do país, devendo ser designada por um nome que indique retribuição». Nesta última, de entre outros delitos, propende-se para a privação de liberdade, por cinco anos, no mínimo, de quem cometa blasfémia sem conhecimento do seu carácter ilícito. Após esse lapso temporal, se se concluisse que se haviam reformado, seriam libertados; caso contrário, a morte esperava-os. Apenas salientando as demais funções que não a de efectiva privação de liberdade como verdadeira pena, todavia, BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições...*, p. 136.

a traição e determinados delitos praticados por funcionários, em detenção em flagrante delito por certos ilícitos, ou quando o acusado não liquidava a fiança), a prisão como modalidade de *constranger o devedor do Estado a liquidar os valores em dívida*, da prisão enquanto *espaço de cumprimento da sanção criminal* (documentada, p. ex., em obras de SÓCRATES). Assim, já não é único que a marcha histórica tenha sido absolutamente constante no entendimento da prisão como «medida de coacção processual» que só na Idade Moderna se converteria em forma mais próxima daquela que hoje conhecemos⁽¹⁷⁾. Na verdade, parece que a prisão, na Grécia era uma «instituição muito incerta», em termos das respectivas finalidades⁽¹⁸⁾.

No Direito Romano, para além dos cárceres privadas onde cada *pater familias* administrava a sua autoridade, surgem os primeiros lugares destinados à retenção de devedores e do que hoje seriam presos preventivos⁽¹⁹⁾. É famosa, por seu turno, a frase de ULPIANO no sentido da prisão como mero instrumento de custódia (*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi esset*)⁽²⁰⁾. Por outras palavras, a prisão, nesta

(17) DANIEL RIAÑO RUFILANCHAS, «Cárcel y encarcelamiento en la Grecia Clásica», in: TORALLAS TOVAR/INMACULADA PÉREZ MARTÍN (eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, pp. 74, 80, 84-87. CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Temas de Derecho Penal*, Madrid: Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, 1992, p. 51, por seu turno, estabelece um *continuum* quanto ao entendimento da «prisão de custódia» até finais do séc. XVI. Veja-se o que acima deixámos escrito a propósito do pensamento de PLATÃO. Na verdade, como apontam RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 40, seguindo os ensinamentos de PLATÃO, cada tribunal devia possuir três tipos de prisão: uma para custódia, outra para correcção e outra para administrar suplícios.

(18) RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 41.

(19) THEODOR MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, t. I, Pamplona: Analecta, 1999, pp. 307-308, admitindo a possibilidade de não haver prisão pública em Roma até tempos tardios (*ibidem*, p. 309) e salientando ainda a ligação da palavra «cárcere» ou «calabouço» a *tullianum* (rei SERVIU TULIO), que significava «lugar de suplícios» (*ibidem*, p. 309). Ainda, RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 41.

(20) *Digesto, De poenis*, 48, 19, 9: «o cárcere não é para punir, mas para deter». Nas palavras de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, «Pena criminal», in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 59 (1999), p. 528, tal importava que a privação de liberdade servisse «fins

época histórica, constituía algo que hoje definiríamos como uma medida de coacção processual. Isto sem prejuízo da existência da «prisão de Estado» (aplicada aos inimigos do Estado, acusados de traição ou, em geral, do correspondente aos nossos «crimes de lesa majestade» ⁽²¹⁾) e da «prisão eclesiástica» ⁽²²⁾ (dirigida aos membros do clero católico que, por via da penitência e da meditação, expiariam os seus pecados) ⁽²³⁾, tidas como as únicas excepções ao movimento seguido até aqui, visto serem utilizadas para o cumprimento efectivo de uma sanção criminal. Em Roma, a República foi o período histórico em que o cárcere mais se aplicou, sendo de destrinçar, ao lado do encarceramento propriamente dito (*in carcerem duci jubere*), o *ergastulum*, ou seja, o cárcere privado, destinado ao castigo de escravos ou à detenção de devedores civis. Estes últimos desapareceriam sob o império de ADRIANO, no âmbito de uma certa humanização do Direito Penal que se segue à aceitação do Cristianismo como religião de Estado ⁽²⁴⁾. Alguns autores ⁽²⁵⁾ sugerem, por seu turno,

heterogéneos», de entre os quais avultavam ser «meio de custódia [para] (...) instrução do processo, coacção ao pagamento de dívidas, guarda de condenados a penas corporais ou trabalhos forçados, eliminação informal de inimigos políticos.»

⁽²¹⁾ Sobre eles, ver o nosso «Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III (2006), pp. 77-135.

⁽²²⁾ FRANZ VON LISZT, *Tratado de Direito Penal alemão*, t. I, Rio de Janeiro: F. Briguet, 1899, p. 18, PATRÍCIA OLIVESKI BURTET, «Sistema penal brasileiro e as alternativas à prisão», in: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, 3, 5 (2002), p. 75.

⁽²³⁾ CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Temas de Derecho Penal*, pp. 93-94.

⁽²⁴⁾ THEODOR MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, t. I, pp. 310 e 404 associa-o à existência, na fase da República, a edifícios onde se cumpriam penas por crimes públicos, o que também terá sucedido no Principado, mas sem que nunca tenha existido uma prisão pública dentro de Roma. O autor salienta, ainda, o tratamento mais condigno dos presos após a conversão ao Cristianismo, em 320, com o Imperador CONSTANTINO (*ibidem*, p. 310). Em síntese, MOMMSEN conclui: «legalmente, todavia, a pena de prisão foi sempre alheia ao Direito Romano, mesmo no dos últimos tempos» (*ibidem*, p. 405). Entre nós, PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade...*, pp. 56-57 e 64.

⁽²⁵⁾ MIGUEL REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal*. PG, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 447, citando os trabalhos de H. AULER. Também, LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. I, 8.^a ed., São Paulo: Editora Revista dos

que uma primeira forma similar ao que viria a ser a *sursis* já encontrava consagração no Direito Romano, citando, a propósito, a faculdade de o pretor substituir, «nos crimes de incêndio provocados por negligência, a pena de fustigação pela *severa interlocutio* como já prescrevera PAULUS: *aut fustibus castigat eos qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutioe comminatus fustum castigationem remittit.*». Dela teria surgido a «admoestação judicial», advogada por JUSTINIANO: *ita praesidis verbis gravatus est et admonitus, ut ad melioris vitae fugem se reformet.* De referir ainda que, sob o império de CONSTANTINO, a sua Constituição, datada de 320, é entendida como o primeiro texto de «direito penitenciário», onde se defende a separação por sexos, a eliminação de violências inúteis e a assunção da obrigação do Estado custear as despesas com os reclusos ⁽²⁶⁾.

A Idade Média ⁽²⁷⁾, com o feudalismo, não traz mudanças sensíveis no regime de prisão assim determinado, o que viria a modificar quando, a partir de meados do séc. XV, se inicia um movimento de fuga em massa para as cidades que começam a florescer, com a ascensão de uma nova classe social: a burguesia. Em breve, a necessidade de força de trabalho demandaria uma distinta filosofia de base para a privação de liberdade.

Certamente não com o sentido que hoje atribuímos à expressão, na passagem do período da *Blutrache* para a *compositio* ⁽²⁸⁾ (que no séc. XVI já caíra em desuso), esta surge como um

Tribunais, 2008, p. 588.

⁽²⁶⁾ RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 42.

⁽²⁷⁾ Como afirma A. TAIPA DE CARVALHO, *Condicionabilidade sócio-cultural do Direito Penal. Análise histórica. Sentido e limites*, sep. do *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 26, «parece não haver dúvidas de que o período que vai do séc. XV ao séc. XVIII não só não apresenta qualquer ruptura face ao período baixomedieval como, ainda, pode e deve ser visto, em muitos aspectos, como prolongamento natural do processo histórico iniciado nos sécs. XII-XIII.». Também no sentido de um *continuum* com o período anterior, bem como a circunstância de na prisão da época se juntarem, desde logo, presos, mendigos, pedintes, prostitutas, o que será sublinhado por FOUCAULT, cf. RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, pp. 44-46.

⁽²⁸⁾ Em virtude do carácter divisível da pena, a de natureza pecuniária era já aplicada para alguns delitos no Código de Hammurabi, existindo ainda um sistema de

«substitutivo penal» importante no sentido de introduzir um conceito de proporcionalidade e de uma certa humanização das penas ⁽²⁹⁾. Tal é visível nas «Capitulares» de CARLOS MAGNO, p. ex. ⁽³⁰⁾. É de ponderar, pois, até que ponto a compensação (*compositio*), nascida de dadas concepções religiosas que passavam a ver a morte do criminoso como um atentado contra Deus, à semelhança de quem o ser humano tinha sido criado, a par de uma valorização da propriedade privada e dos sentimentos de avareza – «paixão tão forte como a vingança» ⁽³¹⁾ –, foi ou não, em termos históricos, a primeira manifestação do princípio subjacente ao que são hoje as penas de substituição.

Que o foi já uma manifestação da ideia de uma certa equivalência e proporcionalidade entre a gravidade do delito e

compensação, em especial nos crimes que hoje consideraríamos como patrimoniais, a qual podia corresponder ao valor do prejuízo ou até trinta ou mesmo sessenta vezes mais — A. SERRANO MAILLO, «Los delitos y las penas...», pp. 643 e 645. Na Lei das XII Tábuas, a composição era considerada facultativa, passando a ser obrigatória com a *Lex Aquilia*, o que se fica a dever, de entre outros factores, ao incremento das desigualdades económicas. O valor fixado, primeiro entre as famílias e, depois, pelo juiz era, no Império Romano, designado por *pæna*. No sistema germânico, inicialmente, a composição aplicava-se aos delitos menos graves (MANUEL DIAS DA SILVA, *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, pp. 85-88 e 90). Como salienta este último autor, o Direito Penal desta época era objectivo e privado. O primeiro atributo contende com a tarifação da *compositio* em função da gravidade do delito, o que importa, ainda, uma individualização da pena, logo aqui, totalmente dirigida aos interesses da vítima (*ibidem*, p. 93). É interessante que os movimentos actuais que reclamam que o nosso ramo de Direito se dirija cada vez mais a elas, não propendendo, claro está, para um sistema como este, apresenta algumas similitudes, pelo menos ao nível do respectivo enfoque principal.

⁽²⁹⁾ Embora a pena de multa já fosse, em algumas circunstâncias, utilizada como pena principal em Roma — cf. FRANZ VON LISZT, *Tratado...*, t. I, p. 15. Note-se que, como ressalta CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal português*, vol. I, vol. I, Coimbra: F. França Amado, Editor, 1911, p. 19, no início da aplicação desta sanção, ela não estava acessível a todos os indivíduos, mas somente aos mais ricos, na medida em que os de mais baixa condição, por não terem meios para reverter a ofensa criminal deste modo, eram sujeitos à morte ou à escravidão. Conclui o autor que, ao menos no início, «[o] systema é, pois, uma forma de opressão da miséria» (*idem*).

⁽³⁰⁾ FEDERICO BENEVOLO, *La pena nel suo svolgimento storico e razionale*, Torino: UTET, 1894, pp. 33-35, 39 e 48.

⁽³¹⁾ JULIUSZ MAKAREWICZ, *La evolución de la pena*, Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1907, p. 35.

da sanção, disso não há dúvidas, como antes o fora também a dita «lei de talião»⁽³²⁾. Claro que, nessa altura, esse modo de pôr termo ao litígio criminal era encarado, dizendo-o com a armadura conceptual de que hoje dispomos, como uma «pena principal». Todavia, não se deve obnubilar que esta modalidade, já a caminho do processo de centralização da administração do *ius puniendi*, tinha na sua base a ideia de que, ao invés da vingança privada («a origem de toda a política criminal e de toda a administração da justiça» e inicialmente sem efectiva ligação a um conceito de culpa, sendo concebida como um verdadeiro *dever*⁽³³⁾ — um «imperativo categórico» — e só mais tarde como um direito⁽³⁴⁾), os cidadãos aceitavam que um dado crime pudesse ser sancionado através de uma certa quantia em dinheiro ou em géneros. Donde, era entendido que essa reparação constituía, nos delitos para que estava prevista (em regra somente os *delicta privata*), uma forma de composição adequada às finalidades da punição que, à época, mau grado não estarem definidas legalmente, correspondiam a um qualquer sentimento de justiça das populações.

Note-se que já se não nos afigura correcto entender a vingança privada como um antecedente histórico das penas substitutivas, uma vez que tal só assim poderia ser se da substituição

⁽³²⁾ Ela encontra no Código de Hammurabi o seu mais claro exemplo histórico. O monumento legislativo terá sido promulgado nos últimos anos do reinado desse monarca (1792-1750 a.C. ou 1730-1688 a.C; inexistente consenso entre os historiadores), embora não se tenha ainda por seguro se o mesmo foi aplicado total ou apenas em parte, ou até se chegou mesmo a ter vigência efectiva. Note-se que o talião se aplicava somente entre sujeitos da classe superior, dado que quando a vítima era um subalterno ou um escravo, a pena era de compensação monetária, sendo exacto que, na hipótese do escravo, quem a recebia era o respectivo senhor — cf. A. SERRANO MAILLO, «Los delitos y las penas...», pp. 623 e 641-642.

⁽³³⁾ Arriscamos a dizer, mantendo-nos em linguagem kantiana, desta feita proveniente da *Fundamentação da metafísica dos costumes*, reimp., Lisboa: Edições 70, 2015, p. 31, que o «[d]ever é a necessidade de uma acção por respeito à lei».

⁽³⁴⁾ HANS VON HENTIG, *La pena. Origine. Scopo. Psicologia*, Milano: Fratelli Bocca Editori, 1942, pp. 21-23 e 25.

tivéssemos uma ideia demasiado lata ⁽³⁵⁾, *i. e.*, no sentido em que qualquer outro mecanismo que não a aplicação de uma pena publicamente ditada era, em si, uma alternativa à punição. Se se advogasse esta noção, então todas as penas existentes até ao momento teriam de ser, do prisma histórico, antecedentes lógicos das medidas substitutivas. Uma tal afirmação simplista careceria de todo o fundamento político-criminal e dogmático.

Importante é ainda sublinhar que, na Idade Média, quando o condenado não pagava o valor derivado da composição se aplicava, em vez dela, uma pena corporal ⁽³⁶⁾; todavia, este mecanismo não se aproxima das *sanções substitutivas*, mas sim das *sanções subsidiárias*. O que se pretendia não era qualquer aplicação de uma pena *em vez de* outra, com base em vantagens político-criminais da sanção substitutiva, *i. e.*, não estamos perante uma substituição *normativa*, mas apenas, digamos, *naturalística*, em que se encontra um instrumento para que a pena em causa não ficasse sem aplicação e não fosse «letra morta». Inexistia, aqui, qualquer balanceamento em sede especial-preventiva, p. ex., ao invés do que sucede nas actuais penas de substituição.

Tal não impede que, em 1303, nas prisões de Florença, constasse a inscrição *opertet misereri*, com inspiração bíblica e que já haja notícia de «casas de correcção» em 1395/96, por mão de burgueses residentes em Amesterdão, mas a sua aplicação em termos «científicos» remonta à criação do «hospício de S. Miguel», em Roma, em 1704, sob influência do Papa CLEMENTE XI, a qual se configurou, desde logo, como «prisão-oficina», a que se segue a criação, em Gand, cerca de 1773, por VILAIN e, em 1779 e 1785, por acção de JOHN HOWARD, na Inglaterra, das prisões de Horsham, e Petworth e Gloucester, respectivamente ⁽³⁷⁾. Donde, apenas no séc. XVIII, com o Iluminismo e as

⁽³⁵⁾ Como parece ter, se bem interpretamos, JULIUSZ MAKAREWICZ, *La evolución de la pena*, pp. 34-35.

⁽³⁶⁾ FEDERICO BENEVOLO, *La pena...*, p. 45.

⁽³⁷⁾ PALMA CARLOS, *Os novos aspectos do Direito Penal. (Ensaio sobre a*

revoluções liberais, com toda a valorização da liberdade humana que lhe está associada, a que acresce o facto de ela melhor se acomodar às finalidades ético-retributivas e preventivas-gerais negativas que, maioritariamente, se assinalavam à pena naquela altura, surge a prisão como verdadeira sanção⁽³⁸⁾.

Na verdade, a prisão ancora-se em uma fundamentação racional profunda⁽³⁹⁾, associando-se a racionalidade à prisão tal como se associava a racionalidade à punição. Segregar alguém do convívio social, negando-lhe temporariamente o *ius ambulandi*, passou a ser encarado como a modalidade mais perfeita, directa e natural de traduzir os princípios iluministas e liberais na realidade da pena criminal. Mais ainda, estaríamos em face de um sancionamento cujos desideratos eram claros: recuperar o delinquentes, transformando-o em um cidadão útil socialmente. Fala-se, a este propósito, do «trânsito de uma *prisão de custódia* para uma *prisão de cumprimento*»⁽⁴⁰⁾. De facto, como sublinhámos, até aí ela era vista como uma simples *forma de contenção pré-julgamento*, diríamos hoje, e nem sequer aplicada a todos os crimes, mas somente aos mais graves, porquanto, em relação aos demais, o pagamento de uma fiança seria medida adequada⁽⁴¹⁾.

organização dum Código e Defesa Social), Lisboa: ed. de autor, 1934, p. 217.

⁽³⁸⁾ Para uma visão panorâmica dos períodos históricos anteriores, em que se denota uma ligação da pena ao sagrado e a concepções de tipo ético-retributivo, com o tempo, fundamentalmente a partir do Império Romano, passando a religião a ser mais pretexto sancionatório, cf., de entre tantos, FEDERICO BENEVOLO, *La pena...*, pp. 1-32. É uma opinião consensual a que vai descrita em texto. Entre nós, p. ex., cf. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM *et al.* (orgs.), *Cadeia do Limoeiro — da punição dos delinquentes à formação dos magistrados*, Lisboa: CEJ, 2013, p. 21. Nesta última obra pode encontrar-se uma enxuta descrição do modo como se viveu nas prisões portuguesas ao longo dos tempos (*ibidem*, pp. 22-30).

⁽³⁹⁾ JOSÉ L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro», in: ANTONIO BERISTAIN IPIÑA (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid: Instituto Vasco de Criminología, 1984, p. 141.

⁽⁴⁰⁾ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 444, CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Temas de Derecho Penal*, p. 90. Em sentido similar, HENRIQUE DE BRITO CÂMARA, *Organização prisional*, Coimbra: Livraria Gonçalves, 1941, p. 3.

⁽⁴¹⁾ CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Temas de Derecho Penal*, p. 92.

Note-se que as finalidades ressocializadoras estavam afastadas das preocupações iniciais da pena privativa de liberdade, antes se lhe assinalando desideratos retributivos e expiatórios⁽⁴²⁾, a que não será alheio o pensamento luterano e calvinista da Contra-Reforma. Mais ainda, como o essencial era conter o agente antes do julgamento, assegurando a sua presença nesse acto processual, as «prisões» podiam localizar-se em qualquer lugar, «ponto era que fôsse seguro»⁽⁴³⁾. Donde, não se estranhará que o nascimento da prisão moderna ocorresse ao mesmo tempo em que ela era sujeita a fortes críticas, muitas delas procedentes. Tratava-se, numa primeira fase da prisão como efectiva pena, de locais onde os condenados se amontoavam à espera do final do seu cumprimento, sem qualquer orientação específica que não fosse manter a respectiva segregação a um custo economicamente suportável.

3. Quanto ao antecedente histórico mais próximo do que seriam hoje as prisões como locais de cumprimento de uma pena, julgamos poder divisar duas orientações, para além de se registarem assinaláveis dissensos na doutrina quanto a qual terá sido o primeiro desses estabelecimentos, o que não é de estranhar, atentas as dificuldades inerentes ao método histórico, bem como à circunstância de a transição de um sistema de contenção e custódia para um de local de cumprimento efectivo de pena se não ter operado de um momento para o outro, tendo coexistido, como vimos, ambas modalidades em sucessivas civilizações. Muito embora, como se disse, com notável destaque para a forma de prisão como lugar de constrangimento ao pagamento de dívidas civis ou de espera pela submissão a julgamento criminal. Assim, a benefício de ilustração do que vem de dizer-se, autores defendem que a primeira prisão com a função como hoje a entendemos de que haveria registo dataria de vários séculos antes de a Ilustração ter feito o seu aparecimento histórico. Fala-

⁽⁴²⁾ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Curso de Derecho Penal...*, p. 30.

⁽⁴³⁾ HENRIQUE DE BRITO CÂMARA, *Organização prisional*, p. 3.

se na prisão de Claredon, mandada erigir por HENRIQUE II de Inglaterra, em 1166 ⁽⁴⁴⁾.

Acresce a esta dúvida, a existência do que julgamos serem duas orientações divisíveis. Para alguns autores, esse antecedente teriam sido as «casas de correcção», inicialmente nascidas com objectivos ressocializadores e com uma certa dose de «humanitarismo», fundadas na «ética do trabalho» e nos conceitos de «disciplina» e «tempo». Eram as ditas *Tuchthuis* («casas de disciplina») — mais conhecidas por *Rasphaus*, uma vez que a principal ocupação dos condenados era a raspagem de madeira pau-brasil (*rasp*, «raspar»: literalmente, «casas em que se raspa» ou «casas de raspagem») —, as quais reflectiam uma filosofia burguesa capitalista, em que o corpo do condenado era visto como objecto nas mãos do Estado, que o corrigia e que dele retirava uma força produtiva que tivesse vantagem económica ⁽⁴⁵⁾. Todavia, mais tarde, as casas de correcção quinhentistas, nascidas no espaço geográfico do que são hoje os Países Baixos, deixaram de conter uma finalidade essencialmente ressocializadora e modeladora da personalidade dos condenados, para se transformarem em meros depósitos ⁽⁴⁶⁾.

Donde, inicialmente, a prisão terá sido insuflada por finalidades preventivas-especiais positivas. Sabe-se que a Inglaterra tem em Bridewell o seu expoente histórico desta concepção de privação da liberdade (séc. XVI) e que o modelo é reproduzido na Alemanha (Brewen, Osnabruck, Hamburgo e Danzing,

⁽⁴⁴⁾ RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 48.

⁽⁴⁵⁾ J. ROBERT LILLY/RICHARD A. BALL, «A brief history of house arrest and electronic monitoring», in: *Northern Kentucky Law Review*, 13 (1986-1987), pp. 346-347. Entre nós, LEONOR FURTADO/CONCEIÇÃO CONDEÇO, «A reinserção pelo trabalho ou a importância do trabalho e da formação profissional na reinserção de pessoas sujeitas a medidas judiciais», in: *Ousar Integrar*, 3 (2009), p. 41. Podia ler-se, entre nós, no preâmbulo do Regulamento das Cadeias de 21/9/1901, que «a ociosidade é a mãe de todos os vícios».

⁽⁴⁶⁾ Assim, correctamente, JOAQUIM VELUDO MENDES BELO, *A personalidade do delincente. Importância do seu estudo: antes, durante e depois da condenação*, sep. do 11.º vol. do *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, p. 61.

já no séc. XVII) e em Itália (Hospício de São Felipe Neri, séc. XVII) ⁽⁴⁷⁾. Em 1778, também neste último país, uma lei concebe o tratamento penitenciário ligado a uma ideia de conversão do indivíduo, de índole moral ou até religiosa ⁽⁴⁸⁾.

Como se disse já, o primeiro destes estabelecimentos foi criado em Bridewell ⁽⁴⁹⁾, Londres, em 1555 ⁽⁵⁰⁾, sobretudo com

⁽⁴⁷⁾ PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade...*, pp. 87-94 e RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 55.

⁽⁴⁸⁾ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social», in: JOÃO FIGUEIREDO (coord.), *Cidadão delinquente: reinserção social?*, Lisboa: Instituto da Reinserção Social, 1983 (separata), pp. 5-6. A expressão em texto ainda hoje é usada em vários Estados, como no francês, segundo informa JEAN PRADEL, *Droit Pénal général*, 18^e éd., Paris: Éditions Cujas, 2010, pp. 610-614, ou no italiano, como se lê no art. 1 do *O.P. (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, aprovadas por Lei de 26/7/1975, n.º 354). Tal como nos demais ordenamentos do espaço comum europeu, também aí se prevê o respeito pela eminente dignidade da pessoa reclusa (art. 1), a individualização do tratamento (art. 13), entendendo-se que o trabalho, a formação profissional, a educação, a actividade cultural e física, entre outros, são «elementos do tratamento» (art. 15). Esse tratamento é definido como «o complexo de normas e de actividades que regulam e assistem a privação de liberdade por via da execução de uma sanção penal» (MARIO CANEPA/ALBERTO MARCHESELLI/SERGIO MERLO, *Lezioni di Diritto Penitenziario*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 63). Interessante ainda a ligação feita por estes últimos autores entre o princípio da individualização do tratamento penitenciário e a conhecida existência de subculturas nos estabelecimentos prisionais, como forma de tentar diminuir o impacto destas últimas na personalidade dos reclusos (*ibidem*, p. 68).

⁽⁴⁹⁾ É curioso notar que, segundo informa ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, Paris: Librairie de Plon Frères, 1855, p. 671, esta designação acabou por abranger todos os estabelecimentos onde se cumpriam penas, no Reino Unido, por delitos menos graves (*misdeemeanors*), ao invés da designação «penitenciária», reservada aos condenados por *felonies*. Sobre esta evolução e assinalando desde logo à pena de prisão assim surgida uma finalidade recuperadora do criminoso, embora por via de um regime executivo bastante duro, com recurso a trabalhos forçados e tratamentos cruéis, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *O registo criminal: história, direito comparado, análise político-criminal do instituto*, suplem. ao *BFD*, XXVII (1985), pp. 32-33, n. 39. Veja-se ainda, *ult. loc. cit.*, pp. 74-75, a ligação entre esta pena e a discricionariedade judicial.

⁽⁵⁰⁾ O tema não é incontroverso. LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal português. Relatório*, t. I, p. 65, entende que a primeira verdadeira prisão em sentido moderno se deve à influência da Igreja já assinalada em texto, nomeadamente de CLEMENTE XI que ordenou a construção da casa de correcção de San-Micheale, em 1703, a que se terá seguido uma outra mandada edificar pela imperatriz MARIA TERESA, em

o objectivo de fazer frente a um enorme aumento populacional que criou hordas de desempregados, vagabundos, mendigos, prostitutas, a que a dinastia Tudor tinha de dar solução e garantir a segurança pública⁽⁵¹⁾. Donde, a prisão como meio de contenção e, mesmo como *instrumento de política pública*. Contudo, terão sido os seus correspondentes em Amesterdão, em 1595, para homens e em 1597 para mulheres, aqueles onde primeiro se vislumbra uma efectiva concepção repressiva e sancionatória da prisão, usando-se o trabalho com efeitos de regeneração dos condenados, a que não é alheio o ideário protestante⁽⁵²⁾. Na mesma linha, VON HIPPEL⁽⁵³⁾ entende que o sentido moderno de prisão deve ir buscar-se às *Zuchthäuser* de Amesterdão, embora ainda com rara finalidade repressiva e, quando a tinham, destituídas de qualquer objectivo que não fosse o de puro castigo.

Estas *houses of correction* surgem, assim, em maioria, para crimes de menor gravidade e associadas à ideia de correcção. Com o tempo, sob o influxo da já assinalada importância da liberdade iluminista, a prisão vai substituindo, de modo paulatino, as demais sanções, nomeadamente corporais, convertendo-se «na principal resposta [penal] a partir do séc. XIX»⁽⁵⁴⁾.

Milão.

⁽⁵¹⁾ RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, pp. 55-56.

⁽⁵²⁾ É esta a conclusão de VON LISZT/SCHMIDT, citados em EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas e sua graduação no Direito Criminal português (evolução e estado actual)*, Coimbra: Mário da Silva e Sousa (dactilografado), 1953, p. 76. Este último autor dá notícia da expansão deste modelo pela Europa, entre nós com a Casa Pia de Lisboa (*ibidem*, pp. 77-78). No mesmo sentido, EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1949, p. 384. Notícia ainda em RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 57, em particular sobre o influxo do pensamento protestante e, dentro deste, do Calvinismo, no modo de conceber as prisões da época.

⁽⁵³⁾ Assim, também retomando o pensamento daquele autor, AXEL MONTENBRUCK, *Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht*, 2. Auflage, Berlin: Freien Universität Berlin, 2010, Rn. 435, p. 113. Em linha próxima, de referir a criação de *Zuchthaus* na Prússia. Entre nós, no mesmo sentido, EDUARDO CORREIA, «Assistência prisional e post-prisional», in: *BFD*, suplem. XV, vol. I (1961), p. 338.

⁽⁵⁴⁾ PATRÍCIA OLIVESKI BURTET, «Sistema penal brasileiro...», pp. 75-77.

Para além destes factores, investigações de autores como MELOSSI e PAVARINI ⁽⁵⁵⁾ apontam no sentido de que, em finais do séc. XVIII, fruto de guerras, calamidades e doenças, houve um grande êxodo rural, aglomerando-se essas pessoas nos centros urbanos, onde a taxa de criminalidade aumentou consideravelmente. As prisões eram então encaradas como a resposta para esses delitos, para além de serem importantes instrumentos de trabalho a baixo custo, numa época em que as técnicas de produção se encontravam em mudança e em que, por isso, a reclusão era também uma forma de reprodução dessas mesmas técnicas laborais. Com razão se afirma, destarte, que «a prisão contribuiu, na sua origem, para a regulação do mercado do trabalho». Mais tarde, o trabalho prisional deixou de ser tido por rentável, o que conduziu a alterações no modo de entender a pena privativa de liberdade.

Para uma segunda orientação, de entre a qual avulta o nome de BERNER ⁽⁵⁶⁾, os primórdios do que é hoje a prisão achar-se-iam nos estabelecimentos de custódia destinados a vagabundos, órfãos, ociosos, doentes e pobres. Todo um leque muito diversificado de pessoas problemáticas e com necessidades de intervenção muito díspares. A prisão teria nascido, então, sob o signo da *pluralidade de objectivos*, o que teria conduzido a um instrumento multifacetado e, no início, nada especializado. Não admira que, ao menos nessa altura, a resposta societária dada pela prisão ficasse muito aquém das expectativas. Estes elementos parecem-nos decisivos para o entendimento da tão propalada «crise da prisão», assinalando-lhe uma espécie de carácter de «canivete suíço», sem uma única finalidade claramente definida, o que importou oscilações no modo como a mesma foi sendo encarada e das finalidades últimas que deveria servir.

Segundo estudos sobre a matéria, as várias Igrejas (não

⁽⁵⁵⁾ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Curso de Derecho Penal...*, p. 444.

⁽⁵⁶⁾ ALBERT FRIEDRICH BERNER, *Tratatto di Diritto Penale*, 2.^a ed., Milano: Leonardo Vallardi Ed., 1892, pp. 168-169.

apenas a católica, mas também a calvinista, p. ex.) tiveram influência na hodierna concepção da prisão, através do método do isolamento celular absoluto e ligado à ideia de regeneração moral do delinquente. Na segunda metade do séc. XVI, com base num movimento de clérigos ingleses, os monarcas aceitam que determinados castelos passem a ser usados para albergar ociosos, vadios e agentes de crimes menores, com uma dupla função: diríamos hoje de «prevenção especial» através do trabalho e de uma dura disciplina, e de «prevenção geral», funcionando como contraestímulo a essas práticas tidas por socialmente perniciosas.

Do que antecede, exposto em esboço, percebe-se que se não acha ainda estabilizada na doutrina a origem exacta da pena de prisão em sentido moderno e cremos mesmo que tal será quase impossível de definir, atenta a sobreposição de várias realidades. Não importa, assim, aqui retomar a polémica entre BOHNE e VON HIPPEL sobre as ditas origens⁽⁵⁷⁾.

Por fim, neste ponto, em inícios da Idade Moderna, assiste-se a uma redução acentuada da mão-de-obra, fruto de guerras e epidemias, com a conseqüente valorização do trabalho que passa a ser encarado como constitutivo da pena de prisão, sendo resgatadas sanções criadas sob o império do Direito Romano, mas que haviam caído em desuso, como o trabalho em obras públicas ou em minas do monarca⁽⁵⁸⁾.

4. Os séculos XVIII e XIX são considerados o apogeu da pena privativa de liberdade, em especial em virtude do fim das penas corporais. Na verdade, ela era encarada como a sanção por excelência do ordenamento jurídico-criminal, uma vez que correspondia às exigências que, de entre outros BENTHAM, assinalavam a qualquer pena. Na síntese de SOUSA PINTO⁽⁵⁹⁾, a prisão

⁽⁵⁷⁾ Para tal, entre tantos, CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Temas de Derecho Penal*, pp. 76-85.

⁽⁵⁸⁾ JOSÉ L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La prisión...», pp. 139-140.

⁽⁵⁹⁾ Acompanhando de perto os ensinamentos de ROSSI — cf. BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições...*, pp. 123-124.

é divisível, reparável (em caso de erro judiciário), remissível, eficaz, igual, exemplar, económica e correcional.

É essencial, por outra via, que tenhamos a noção de que este movimento não tem natureza linear, no sentido em que foi marcado, ainda em finais do séc. XIX, por grandes dissensões, também de autores que advogavam as vantagens das penas curtas de prisão, seja para a «melhoria» do condenado (regeneração, ressocialização), seja para a defesa social. Assim, por exemplo, em 1891, parece detectar-se um movimento contrário, de reforço dessas sanções de curta duração: a 2.^a *Landesversammlung der Gruppe für das deutsche Reich* propendia para um reforço das penas curtas, apenas se defendendo a eliminação das que tivessem uma duração até sete dias⁽⁶⁰⁾. O mesmo sucedeu na reunião seguinte, em 1894, em Antuérpia. Todavia, como bem adverte HEILBORN, não estamos perante um verdadeiro contramovimento, porquanto aquilo que se percebeu, naquele período, foi a dificuldade prática em eliminar as penas de curta duração de modo imediato, devendo sim esse desiderato conseguir-se paulatinamente. O fundamento permanecia o mesmo: as penas curtas não correspondiam aos efeitos que se pretendiam por via da *moderner Zwecktheorie* então maioritária: melhorar o condenado, dissuadi-lo e eliminar o dano da respectiva conduta, o que era reforçado pelas estatísticas criminais⁽⁶¹⁾.

Também se assistiu, neste lapso temporal, a uma acesa discussão quanto ao método de execução da pena mais adequado

⁽⁶⁰⁾ O que não impediu LUDWIG VON BAR, *Die Reform des Strafrechts*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1903, p. 4 de elogiar (e defender a sua introdução no ordenamento germânico) a lei francesa do mesmo ano (26/3), a qual instituía a «condenação condicional» (*bedingte Verurteilung*). Aliás, o recurso à prisão como *ultima ratio* e a sua estrita necessidade fica bem patente no seguinte trecho (*ibidem*, p. 5): «[e]s muss eine Strafe bestehen, die sich darstellt als einfache Entziehung der Freiheit, ohne weitere, den Verurteilten besonders benachteiligende oder quälende Nebenumstände oder Nebenwirkungen, soweit solche nicht geradezu unvermeidlich sind.»

⁽⁶¹⁾ PAUL HEILBORN, «Die kurze Freiheitstrafe», in: KARL VON BIRKEMEYER/JOHANNES NAGLER (Hrsg.), *Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform*, Aalen: Scientia Verlag, 1978, pp. 9-10.

às finalidades regeneradoras que, à época, se assinalavam à sanção criminal. Um ponto reunia o consenso, depois da marcante obra *The state of the prisons in England and Wales*, de 1777, da autoria de JOHN HOWARD ⁽⁶²⁾, impressionado com o exemplo holandês: o trabalho era parte integrante e fundamental desse desiderato, «um verdadeiro benefício» para os condenados e nunca uma «agravação da pena» ⁽⁶³⁾. Todavia, para além deste aspecto em relação ao qual se reunia consenso, as específicas funções da prisão variavam de autor para autor, o que a tornava um instrumento multiforme e de difícil vinculação a um fim executivo. Assim, p. ex., no *Panóptico* de BENTHAM ⁽⁶⁴⁾, estes

⁽⁶²⁾ Sobre a sua influência no direito alemão, cf. ALBERT FRIEDRICH BERNER, *Trautato...*, pp. 169-170.

⁽⁶³⁾ Assim se exprimiam GUSTAVE DE BEAUMONT/ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*, 3^{ème} éd., Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1845, p. 109.

⁽⁶⁴⁾ *Panopticon or the inspection-house*, reimp., London: T. Payne, 1791, p. 2. Especificamente quanto às regras de construção dos edifícios que adoptassem este modelo, cf., do autor, «Postscript, Part I. Containing further particulars and alterations relative to the plan of construction originally proposed; principally adapted to the purpose of a panopticon penitentiary-house», in: JEREMY BENTHAM, *The works of Jeremy Bentham*, 1843, pp. 67-172 (consultado na base de dados <http://heinonline.org>, em 27/4/2014).

Para uma visão da forma como o método induzia certos comportamentos no condenado, por saber que estava sempre em posição de ser visto sem saber quem, onde e quando o observava, considerando mesmo estarmos em face de um «laboratório do poder», é paradigmática a análise de MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et punir...*, pp. 228-264.

É muito curiosa a análise operada por ZYGMUNT BAUMAN em *A liberdade*, Lisboa: Editorial Estampa, 1989, pp. 21-48, a propósito do Panóptico benthamiano. Como refere, tratava-se de um verdadeiro modelo em miniatura da sociedade, que não somente daquela época, em que o essencial era tudo ver sem ser visto, na medida em que aí residia a máxima liberdade do director da prisão e dos guardas. A arbitrariedade, a certeza incerta de poder estar a ser controlado a todo o tempo sem o saber, aumentava a eficácia de um estabelecimento assim construído. Nele se procurava, enfim, a felicidade dos reclusos, a qual se baseava na confiança que, sem opção, teriam de depositar no sistema, que lhes traria a paz e a calma responsáveis por essa dita «felicidade». Mais, uma instituição deste tipo era um organismo produtivo, onde interessava que os internos estivessem em condições mínimas para o trabalho e no qual a iniciativa privada se fazia sentir, desde o construtor da prisão, ao director, passando pelos seus inspectores, todos eles acabavam por ser incentivados a manter o sistema,

estabelecimentos arvoravam-se a desideratos muito distintos: «punir os incorrigíveis, guardar os loucos, reformar os viciados, guardar os suspeitos, dar trabalho aos ociosos (*employing the idle*), manter os desgraçados, curar os enfermos, dar instrução àqueles que o desejem em qualquer ramo, ou treinar a raça nascente (*rising race*) no caminho da educação»⁽⁶⁵⁾.

É de todos conhecida a digladição posterior entre aquele que passaria para a História como o «sistema de Filadélfia» e o «sistema de Auburn»⁽⁶⁶⁾, o primeiro propugnando uma total separação e isolamento entre os condenados, noite e dia, ocupados com trabalho e incitados ao arrependimento, e o segundo advogando o isolamento nocturno e o trabalho diurno em comum, sempre em silêncio. Segue-se um «sistema progressivo», também conhecido por «modelo irlandês» que, à medida da execução da pena, e descrito *grosso modo*, permitia aos condenados transitarem do modelo de Filadélfia para o de Auburn,

pois podiam aproveitar-se de vantagens que o mesmo lhes proporcionava, assim se operando uma espécie de «quadratura do círculo» em um sistema que, dizemo-lo nós, acaba por ser, à sua maneira, de índole autopoietica.

⁽⁶⁵⁾ Também cara a autores portugueses do séc. XIX, como se pode ver em SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Memoria sobre a administração da justiça criminal, segundo os principios do Direito Constitucional*, Lisboa: Typ. Lusitana, 1841, pp. 24-31, fundamentalmente a educação religiosa e a educação e regeneração pelo trabalho.

⁽⁶⁶⁾ Na origem esteve um movimento de reforma do sistema penitenciário norte-americano que partiu dos *quakers*, uma seita religiosa da Pensilvânia (GUSTAVE DE BEAUMONT/ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Système pénitentiaire...*, p. 85). Entre uma bibliografia inabarcável, cf. a obra dos autores que, à semelhança de outros países, foram enviados aos EUA para se inteirarem dessas profundas modificações oitocentistas, GUSTAVE DE BEAUMONT/ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Système pénitentiaire...*, *passim*. MANUEL DIAS DA SILVA, *Elementos de Sociologia Criminal...*, p. 203, defende que o sistema de Auburn terá nascido em Roma, no hospício de S. Miguel, criado pelo Papa CLEMENTE XI, em 1703, para os jovens criminosos, de onde terá passando, de acordo com TARDE, para os EUA. O sistema de Filadélfia, segundo o mesmo autor, tem origem no *carcere duro* ou *durissimo* do CP de JOSÉ II da Áustria, de 1787, e na *gêne* do CP francês de 1791. Outros defendem que o Parlamento inglês já o havia determinado em 1776 (*idem*). Sobre a sua evolução em Portugal, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história», in: *Análise Social*, XVI (63), 3.º (1980), pp. 602-605. Com interesse, ainda, PEDRO CORREIA GONÇALVES, *A pena privativa da liberdade...*, pp. 109-138.

terminando com a faculdade de concessão de liberdade condicional, tudo isto dependendo do comportamento dos condenados⁽⁶⁷⁾. A menor severidade executiva era directamente proporcional ao melhor «comportamento prisional»⁽⁶⁸⁾. A partir do Congresso de Cincinnati, em 1870, assiste-se a uma progressiva expansão deste sistema executivo, com precursores como DUMONT, MACANOCHE, OBERMAIER ou MONTESINOS⁽⁶⁹⁾.

Donde, o séc. XIX marca um ponto importante na luta contra as penas de prisão de curta duração, independentemente do prisma que se adopte em sede de finalidade sancionatória. Assim, para quem patrocine uma orientação ético-retributiva, o tempo de cárcere seria insuficiente para que a justiça do mal da pena pudesse equivaler aos efeitos perversos do mal do crime. Os defensores da prevenção geral negativa entendem que não passaria o tempo suficiente para que a comunidade como um todo visse aquele comportamento como socialmente reprovável e, por isso, se abstinhasse de o cometer. Os autores de filiação preventivo-especial negativa consideram que a segregação do agente não é suficiente para a sua conversão ou tratamento.

5. Dado as penas substitutivas também se poderem aplicar à multa como sanção principal, apesar de em número muito mais reduzido, convirá, sempre em esquisso, traçar o panorama da sua evolução.

Inexistia, de início, uma clara distinção entre aquilo que hoje consideraríamos como «multas processuais» e o *Wehrgeld*

⁽⁶⁷⁾ Recorrendo à síntese de ALBERT FRIEDRICH BERNER, *Trattato...*, pp. 170-171, o modelo conhecia quatro fases: «1.ª Segregação durante nove meses; em caso de bom comportamento, reduzida em um mês. 2.ª Em seguida, trabalho em comum, dividido por várias classes, cada uma das quais importa para o condenado novas vantagens. Em razão do bom comportamento, pode ainda aqui verificar-se uma redução do tempo de reclusão. 3.ª Institutos médios, nos quais é concedida ao condenado uma maior latitude de movimentos [abrange o trabalho industrial e agrícola]. 4.ª Liberdade condicional».

⁽⁶⁸⁾ EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas...*, pp. 80-83. GUSTAV ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*, Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1904, p. 258 mostra-se particularmente favorável a este modelo.

⁽⁶⁹⁾ JOSÉ L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La prisión...», pp. 141-142.

(*satisfactio* à parte lesada). Com a evolução, o que seria hoje a indemnização civil *ex delicto* é afastada do Direito Penal e relegada para o Direito Civil ⁽⁷⁰⁾. Um instituto que assume importância no Direito germânico e que é objecto de viva controvérsia diz respeito à *Busse*, que poderemos traduzir como «multa», embora a tradução não seja apta a transmitir todo o seu sentido. Ela podia aplicar-se ao Direito material e ao adjectivo e, no séc. XIX, chega a ter consagração legislativa a propósito dos crimes de difamação e calúnia ⁽⁷¹⁾, bem como de lesão da integridade física. Tratava-se de uma sanção que ia para além da pena criminal, no sentido em que, se do facto ilícito derivassem danos patrimoniais, actuais ou futuros, a pedido do lesado, podia o tribunal arbitrar uma quantia até 6.000 marcos, a título de «compensação». Ora, a sua natureza jurídica ainda hoje não reúne consenso. Detectam-se, no essencial, três posições: uma que defendia tratar-se de uma verdadeira sanção de Direito Privado, em nada contendendo com as finalidades do *ius puniendi*, outra que advogava tratar-se ainda de uma sanção pública e, por fim, uma *via di mezzo*, que, reconhecendo embora a essência penal, se inclinava para lhe reconhecer uma adjuvante função típica do modo de intervenção do Direito Civil, posição, aliás, que parece ter sido a mais disseminada ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ HANS VON HENTIG, *La pena...*, pp. 268-269. Sobre o instituto, entre nós, cf. ANTONIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *O registo criminal...*, pp. 28, ss.

⁽⁷¹⁾ A título exemplificativo e somente em relação a estes dois delitos, prescrevia o § 188 do *StGB* do *Reich*: «In den Fällen der §§ 186 (üble Nachrede) und 187 (Verleumdung) kann auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegenden Busse bis zum Betrage vom sechstausend Mark erkannt werden. Eine erkannte Busse schliesst die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.»

⁽⁷²⁾ PETER MERKLINGHAUS, *Die Busse im deutschen Reichs-Strafrecht*, Köln: Creven & Bechtold, 1891, pp. 3-6. De entre outras críticas, a defesa de se estar em face de um instituto de Direito Penal contava com o opróbrio da violação do princípio do *ne bis in idem* (*ibidem*, p. 8). Nas palavras do mesmo autor, o sistema instituído em solo germânico ia para além de um instituto de Direito Romano que desempenhava uma função até certo ponto similar, qual fosse a *actio iniuriarum aestimatoria* ou, se preferirmos, segundo a *Preussischen Immediatkommission* responsável pelo Projecto do

Durante largo tempo, a multa como sanção criminal era vista apenas como uma das modalidades das penas pecuniárias que, na verdade, englobavam realidades muito distintas e perpassadas por diferentes finalidades (confisco, restituição ou reparação, indemnização e até liquidação de custas) ⁽⁷³⁾.

Ainda neste domínio, uma palavra para a *amendæ pro Deo* («oferenda expiatória» ⁽⁷⁴⁾), a qual consistia na consignação de uma parte do valor da sanção para obras de caridade e obras pias, numa palavra, para obras relacionadas com a Igreja, o que era visto como uma forma de beneficiar a comunidade, de jeito directo, em função de um facto socialmente danoso. Daí que se defendesse que os beneficiários imediatos dessa quota da pena fossem instituições do *locus delicti*, essencialmente para garantir

CP prussiano de 1843, a *Busse* estaria a meio-caminho entre aquele instituto romano e a «acção de compensação» (*gewöhnlichen Entschädigungsklage*) do Direito então existente (*ibidem*, p. 62). MERKLINGHAUS pronuncia-se, enfim (*ibidem*, p. 63), pela criação de um novo instituto jurídico, que combina traços da compensação de Direito Civil com o Direito Penal, embora conferindo a este último o seu núcleo essencial e ao primeiro somente finalidades indirectas. Veja-se, também, ADOLF DOCHOW, *Die Busse im Strafrecht und Strafprozess*, Jena: Verlag von Hermann Dufft, 1875, p. 5-27, onde se encontra uma recensão mais aprofundada das diversas opiniões coevas, apontando-se SONTAG, p. ex., como defensor de uma natureza exclusivamente civil (*ibidem*, p. 21).

⁽⁷³⁾ Vide, p. ex., BASÍLIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições...*, p. 153. Mesmo hoje, já se decidiu que na multa de substituição, o valor do pagamento da mesma deve começar por imputar-se ao montante de custas a liquidar, pretendendo-se uma aplicação analógica do art. 511.º do Código de Processo Penal, o que é manifestamente inconstitucional. Como bem se decidiu, depois, em sede de recurso, esta norma não comporta qualquer analogia e, por outro lado, a realidade que ela regula é muito diversa daquela em que se pretendia dela fazer uso. O artigo em causa diz respeito a uma fase subsequente, qual seja a da execução patrimonial, nas hipóteses em que a multa não foi liquidada. Nessas hipóteses — e apenas nessas — é que saem precípuas as custas do valor apurado em sede de venda judicial — cf. o ac. do TRC de 28/11/2007, Proc. n.º 149.01.2GCPBL-A, GABRIEL CATARINO (disponível em <http://www.dgsi.pt>, acessível em Abril de 2019).

⁽⁷⁴⁾ Não será por acaso que o termo *amende*, designativo de «multa» em Francês, tem o seu étimo latino em *menda*, *emendare*, o que significa corrigir os vícios, os defeitos. Daí a palavra «emenda», enquanto admissão e correção de erros (cf. ORTOLAN, *Éléments...*, p. 732). Encarado o crime como um «erro», *maxime* em uma perspectiva mais moralista e até religiosa, bem se compreende a ligação entre a multa e a concepção da divindade do instituto que se refere em texto.

a colaboração das gentes locais na perseguição do crime, desde logo por intermédio de uma mais fácil participação como testemunhas e na recolha de outros elementos probatórios ⁽⁷⁵⁾.

De referir ainda que, durante largo tempo, a multa revertia, essencialmente no período da *compositio*, que é o seu antecedente histórico mais remoto, na íntegra para a vítima. O movimento posterior de reversão a favor do Estado justifica-se por via de uma centralização do *ius puniendi* na organização política estadual que, sensivelmente a partir do séc. XV, passou a dominar o panorama civilizacional. Daqui derivaram, como se sabe, importantíssimas consequências ao nível de um afastamento o mais completo possível da aplicação sancionatória de uma qualquer perspectiva de vingança privada que se mantivesse da primeira fase evolutiva do Direito Penal. Donde, maior preocupação com a proporcionalidade, embora ainda de jeito ténue, o que só passaria a ser central com o movimento iluminista.

Por outro lado, o facto de a multa reverter para o Estado e não para a vítima significa uma «despersonalização da sanção», no sentido em que revela um diverso entendimento do bem jurídico, mais desligado do seu concreto portador e entendido, agora, como titulado pela comunidade. O Estado assume-se, nesta sequência, como intérprete qualificado e privilegiado do interesse afectado pelo crime e da forma de, na medida do possível, o reparar. Entra em jogo um sujeito tendencialmente monopolista no que tange às consequências jurídicas (e materiais) do delito. Também se poderá dizer, com segurança, que esse progressivo movimento centralizador do direito de punir correspondeu a um período histórico em que essa nova forma de organização societária necessitava de fundos para a consecução do seu projecto. Donde, penas como a pecuniária representam, por

⁽⁷⁵⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, 1^{er} partie, Paris: Cotillon, Éditeur, 1855, pp. 102-107. Não se anda muito longe das vantagens ainda hoje apontadas para que o princípio da territorialidade (entre nós, art. 7.º do CP) seja, de modo quase unânime, a regra no problema da aplicação da lei penal no espaço.

certo, uma fonte de rendimento estadual não desprezível. Em suma, consistindo no pagamento de uma quantia pecuniária, quase diríamos que se torna «natural» que a multa fosse encarada como instrumento sancionatório privilegiado não apenas para fazer face às consequências nefastas derivadas do facto criminoso, mas também como não despreciando mecanismo de arrecadação de receitas.

No séc. XIX, BONNEVILLE DE MARSANGY, a propósito das *sanções pecuniárias*, de modo mais desassombrado, expõe o seu pensamento acerca daquilo que hoje apelidamos de «penas de substituição». MARSANGY assume, de jeito claro, que a existência das penas de um Estado, para a quase totalidade dos delitos (em especial para os «crimes de ganância» — *cupidité*; hoje diríamos, *grosso modo*, delitos patrimoniais ⁽⁷⁶⁾), deveria passar a ser a sanção pecuniária e não a prisão, por ser esta a mais liberal, a mais divisível, a mais económica e a de cumprimento mais simples ⁽⁷⁷⁾. «[A] multa é, na realidade, a pena *por excelência*» ⁽⁷⁸⁾. Entende o autor que as sanções privativas de liberdade só se justificam quando as finalidades punitivas de todo em todo se não alcançam com a multa, o que é ainda o pensamento básico do instituto em estudo. E assim deveria ser por virtude de uma série de aspectos. A justiça o reclamaria: como compreender que a alguém se retirasse um bem tão precioso como a liberdade ou a vida quando a prevenção geral negativa, a emenda ou a retribuição se conseguiam por via da privação de uma parte do

⁽⁷⁶⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, 2^{ème} partie, Paris: Cosse et Marchal, Imprimeurs-Éditeurs, 1864, pp. 268-273.

⁽⁷⁷⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 258-259. Elogiando o carácter divisível da pena de multa, de entre outras características, CLAUDE-JOSEPH TISSOT, *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o Introducción filosófica e histórica al estudio de derecho penal*, t. I, Madrid: F. Góngora y Compañía, 1880, p. 381. Na Espanha, JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Imprenta de M. Tello, 1868, p. 234.

⁽⁷⁸⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 259. Itálicos no original.

património do agente? A lógica deporia no sentido da multa. Acresce que a defesa que vem de fazer-se é a mais compatível com o ideário liberal dominante na época. Em discurso directo: «a pena privativa de liberdade apresenta como consequência inevitável quebrar e desonrar o culpado; (...) nos casos em que ela é inútil para a finalidade repressiva, ela é excessiva, odiosa, desumana e, por conseguinte, fecunda em consequências deploráveis» (79).

BONNEVILLE DE MARSANGY, todavia, revela ter presente as críticas que já à época se levantavam às penas pecuniárias, mau grado serem elas das mais antigas em todo o Direito Penal — recorda a *compositio* e a legislação merovíngia, bem como o facto de o seu abuso, por parte de muitos senhores feudais, ter conduzido ao seu abandono, convertendo-se a multa, amiúde, em um verdadeiro confisco (80). Como não podia deixar de ser, o reparo mais constante dizia respeito a *questões de igualdade*: a velha ideia de que as penas de multa acabam por ser uma forma de os mais ricos comprarem a liberdade e de escaparem aos estabelecimentos prisionais (81). MARSANGY revela um espírito muito pragmático ao interrogar o leitor sobre aquilo que será mais prejudicial para o agente e respectiva família: retirá-lo do convívio desta por efeito de uma pena privativa de liberdade ou aplicar uma sanção pecuniária? (82) Depois, entende que, não

(79) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 253. Já advertia VOLTAIRE, *Prémio da justiça e da humanidade*, Lisboa: Veja, 2004, p. 89: «[n]ão é preciso que uma prisão se assemelhe a um palácio, mas também não é necessário que se pareça com uma vala comum. É lamentável que a maioria dos cárceres na Europa sejam esgotos infecciosos, que propagam as doenças e a morte, não apenas no recinto mas também nas redondezas.»

(80) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 259-261.

(81) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 254.

(82) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 295. Também MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBEREN, *Discurso sobre las penas...*, pp. 229-232 defendia que as penas de multa se reservassem para os mais ricos, apontando as dificuldades causadas à família, em uma sociedade patriarcal, a imposição de tal perda de património e/ou rendimento, sob pena de «converter o antídoto em veneno e valer-se das penas para destruir famílias, [quando o seu] objecto [seria] o de corrigir e melhorar

dispondo o agente de meios económicos, para além de a pena de multa dever ser fixada no mínimo possível, a prisão subsidiária deve ser encarada como uma consequência de alguma «má vontade» do condenado que sempre poderia empreender algum trabalho para liquidar a multa ⁽⁸³⁾. A privação de liberdade não é encarada como um mal em si, mas sim como uma responsabilidade que só ao agente pode ser assacada. Da perspectiva dos mais ricos, a eficácia da multa estaria assegurada pelo estabelecimento de quantitativos máximos elevados, aptos a tornar a pena como efectiva no património desses agentes ⁽⁸⁴⁾. Isto, em especial, em uma época em que o património deixava a escala de valores que até aí tinha ocupado, para se alçar a uma posição muito superior àquela que usualmente lhe era reservada ⁽⁸⁵⁾. Donde, a importância social do bem jurídico limitado pela pena não poderia deixar de depor no sentido da sua eficácia.

De alguma forma conexionado com este ponto, os receios que até aí existiam quanto à sanção pecuniária de a mesma se transformar num verdadeiro confisco, que tão má memória trazia a um povo cronologicamente próximo do *Ancien Régime*, eram aplacados pelo facto de, na pena de multa, estarmos em face de uma pequena privação de parte do património do agente do delito e não perante a transferência para o Estado da

os delinquentes» (*ibidem*, p. 232).

⁽⁸³⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 294-295. É interessante notar que não muitas décadas depois, autores existiam que propendiam para a absoluta inutilidade da prisão subsidiária, entendendo a multa como uma vantagem para os mais abastados, que, por via das suas posses, se furtariam a essa privação de liberdade. É o velho problema da igualdade da multa como sanção principal que se coloca, defendendo-se mesmo o seu fim e a substituição por trabalho obrigatório — G. ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*, pp. 251-252.

⁽⁸⁴⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 257 e, 291-292. O nosso CP era dado como exemplo, estabelecendo esse máximo em duas ou três vezes o rendimento que o agente poderia perceber em função «dos seus bens, trabalhos ou indústria.» (*ibidem*, pp. 291-292).

⁽⁸⁵⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 251-252 e 263.

propriedade de todos os bens até aí detidos ⁽⁸⁶⁾. Se dúvidas subsistissem quanto à eficácia da multa, BONNEVILLE serve-se do exemplo histórico dos duelos no séc. XVII, em que somente a sanção pecuniária foi capaz de pôr cobro a este grave problema de incumprimento da lei penal, onde sanções como a morte ou a prisão o não tinham conseguido. Legislação que punia os duelos com multas e confisco de um quarto e de metade dos bens dos agentes foi a única solução para fazer face a essa «epidemia» ⁽⁸⁷⁾.

Do ponto de vista de regime, o magistrado francês começa por repetir o juízo de utilidade: as privações decorrentes da pena têm de ultrapassar as vantagens que o delinquente retira do crime. Se assim não for, a sanção «nada mais é que uma medida ilusória e uma espécie de provocação para com os crimes». Donde, a multa deveria ser, pelo menos, em valor igual ao «dobro do benefício ou dos danos provocados pelo crime», caso ela fosse pena principal, ou no mínimo igual, nas hipóteses de aplicação acessória, o que, aliás, estaria em linha com várias passagens bíblicas ⁽⁸⁸⁾. A sanção deveria ser proporcional à riqueza do agente e aos danos resultantes do delito, sendo estes dois os critérios orientadores da determinação da medida da pena ⁽⁸⁹⁾.

Muito importante para o nosso estudo é a circunstância de MARSANGY admitir já à época a *possibilidade de o juiz substituir a pena de prisão pela de multa*, sempre que esta «satisf[izesse] a repressão», devendo ser autorizado a fazê-lo «(...)

⁽⁸⁶⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 261-262.

⁽⁸⁷⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 274-275. Pode questionar-se com propriedade — o que o autor não faz — se o efeito dissuasor não estaria mais na perda de uma parte tão considerável do património por via do confisco que em virtude da sanção pecuniária. O primeiro surgiria como um verdadeiro efeito da pena (de multa), porventura mais eficaz. Em última análise, como é óbvio, tudo dependeria do valor da sanção (principal) pecuniária.

⁽⁸⁸⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 278-279. Na Bíblia, para além da restituição em dobro, em quádruplo, em quádruplo, é ainda comum a referência ao anoveado.

⁽⁸⁹⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 278 e 283-284.

numa medida larga e eficaz», sempre que essa substituição fosse «comandada pelo interesse de uma justiça humana e esclarecida»⁽⁹⁰⁾. O mesmo se vê — ou seja, um *verdadeiro juízo substitutivo* — na proposta do autor de, quanto a delinquentes sem condições económicas para liquidarem a multa, a mesma ser remida por via de trabalho, algo que à época só estava expressamente prevenido para as infracções à legislação que protegia as florestas. Note-se que se usa mesmo a expressão «*trabalho de interesse público*», já aí se exigindo o consentimento do condenado para tal. A limpeza das matas e o arranjo de caminhos florestais eram *verdadeiras penas substitutivas*⁽⁹¹⁾ da multa que o condenado não podia pagar. O mesmo entendimento deveria alargar-se a outros tipos legais de crime, sugere MARSANGY, assim também respondendo, em último termo, aos assinalados problemas de igualdade da sanção pecuniária⁽⁹²⁾.

6. A uma idêntica evolução se terá assistido em Portugal, onde inicialmente a prisão era tida como um mecanismo preventivo destinado a garantir a presença do agente no julgamento, sendo preocupação das Ordenações Manuelinas limitar a arbitrariedade no seu uso e, em especial, no cárcere privado. A feição repressiva da privação de liberdade era rara, podendo ser por um tempo fixo ou ao alvedrio do juiz. As Ordenações Filipinas, por seu turno, não alteraram, na substância, a fisionomia da penalidade e respectiva sistemática⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 258, referindo-se a orientação jurisprudencial em tal sentido.

⁽⁹¹⁾ Não se ignora que na exposição de motivos da lei de 18/6/1859 e de 19/11/1859, a qual modificava o Código da Floresta (*Code forestier*), a dado passo se refere que a possibilidade assinalada em texto de substituir a multa pelo trabalho «não é uma pena, é um simples meio de libertação.» (A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 303). Todavia, pelo que nos é dado observar do respectivo regime, estaríamos perante aquilo que hoje dogmaticamente chamaríamos «pena substitutiva».

⁽⁹²⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 301-304.

⁽⁹³⁾ EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas...*, pp. 42-43 e 52. É interessante notar que, tal como o actual entendimento legal no que contende com a multa enquanto pena principal, também já nesta época (séc. XVI) se admitia que o

condenado pudesse liquidar a sanção a todo o tempo, inclusive quando se encontrasse preso por inicialmente a não ter pago (*ibidem*, p. 42). Como se sabe, comum também era a prisão por dívidas civis. Para uma breve caracterização do período de vigência das Ordenações no Direito Penal, cf. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «El Código Penal português (16 de septiembre de 1886)», in: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2-3 (1968), pp. 604-605, bem como o nosso «Notas sobre os crimes omissivos...», pp. 77-104 e bibliografia aí indicada. Na síntese de JOSÉ ADELINO MALTEZ, *História das Instituições (Instituições criminais antigas)*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, pp. 39-40, nas Ordenações, a prisão só raramente tinha um cariz repressivo, sobretudo nas Afonsinas e Manuelinas, sendo que na generalidade dos casos servia como mecanismo preventivo, para evitar que o então «réu» fugisse ao julgamento, ou coercitivo, para garantir o pagamento da pena de multa. Como verdadeira «prisão preventiva», o autor cita as hipóteses de reincidência, até que o monarca se pronunciasse quanto à sanção devida, ou para os que «levassem coisas proibidas para fora do Reino» (Ord. Afons. 5, 20, 22 e 47, 13, respectivamente). Como forma de coerção para liquidar a pena pecuniária, estava prevista para os rufiães, para quem matasse ou ferisse na Corte, para quem ajudasse na fuga de cativos e até ao pagamento das custas ou das dívidas (respectivamente, Ord. Afons. 5, 22, 3; 33; 113; 30, 2 e 3; 94, 8).

Registe-se que mesmo no Projecto de MELLO FREIRE, a indeterminação de várias penas se mantinha (JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «El Código Penal português...», p. 607). Aí se rejeitavam as penas cruéis, entendidas estas como as de morte para além da «morte natural», na medida em que a sua crueldade ofenderia «a humanidade a religião, e de nada serve à sociedade: pois para ella ficar salva, basta que o criminoso morra.» (PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, 2.^a ed., Lisboa: Simão Thaddeo Ferreira, 1823, pp. VI-VII). É nítida a concepção preventiva geral negativa (muito clara no modo público como as penas deveriam ser executadas — cf. a descrição pormenorizada em *ibidem*, pp. 140-143), embora também se aluda à «reparação do danno», o que, no séc. XIX, apontaria para uma concepção também ético-retributiva (*ibidem*, p. 6). Não será por acaso que MELLO FREIRE é considerado o mais lídimo representante do pensamento de BECCARIA em Portugal (entre tantos, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal — PG. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 2.^a ed., reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 32), sendo que através dele e da tradução para Português da obra central deste último, não somente no que à data era a metrópole, mas também nas colónias, em especial no Brasil, existe notícia de tal influência. Esta foi bastante forte no mundo hispânico, tendo a obra em causa sido proibida pela Inquisição em Espanha (sobre a matéria, encontrando também precursores no que é hoje a Espanha, como ALFONSO DE CASTRO, cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Beccaria y el Iluminismo italiano en la cultura jurídica hispana*, comunicação apresentada no *Convegno della Unione Camere Penali per il 250.º anniversario della pubblicazione di “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, realizado em Livorno a 16 e 17/5/2014 (gentilmente cedido pelo autor, a quem penhoradamente se agradece). Veja-se ainda, agora, com interesse, sobretudo pela relação que estabelece entre os ensinamentos de BECCARIA e a sua influência em Espanha e o percurso de FRANCISCO DE GOYA, LUIS ARROYO ZAPATERO, «El Marqués de Beccaria y Francisco de Goya: contra la crueldad del sistema penal y la

Entre nós, como se verifica ao compulsar o Código Penal (CP) de 1852 ⁽⁹⁴⁾, não se tomou, neste monumento legislativo, qualquer posição sobre o problema, o que passaria a ser corrigido com o Projecto da Comissão presidida por JORDÃO (1861), o qual optou por um sistema mais próximo do de Filadélfia (art. 120.º) e que transitaria para o Código de 1886. A evolução posterior foi no sentido de abandonar este modo de executar a pena privativa de liberdade, reforçando o trabalho prisional e o sistema tido como «progressivo», o qual encontrou o seu apogeu na Reforma Prisional de 1936, de BELEZA DOS SANTOS ⁽⁹⁵⁾. Nas

pena de muerte», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 24, 2 (2014), pp. 179-203. Em data recente, foi chamada a atenção para uma obra relativamente esquecida da nossa historiografia penal, escrita por JOÃO TOMÁS DE NEGREIROS, intitulada *Introductiones ad commentaria legum criminalium*, editada em 1754, não somente na medida em que se trata de uma primeira «Parte Geral» de uma codificação pátria (à época, as Ordenações Filipinas de 1603), mas também porquanto se trata de um jurisperito onde se encontra, mesmo antes da publicação da obra magna de BECCARIA, um conjunto de critérios dogmáticos e político-criminais que demonstram um claro comprometimento com o ideário iluminista. A própria noção de crime, muito relacionada com a legalidade, embora entendida como o respeito pela autoridade régia, verdadeira «vontade animada da lei», é digna de registo. Veja-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «A primeira «Parte Geral» na História do Direito Penal português: a introdução ao Livro V das Ordenações de João Tomás de Negreiros (1754)», in: *RPCC*, 22, 4 (2012), pp. 551-579. Do mesmo autor, uma panorâmica de todo o movimento iluminista e da sua influência no nosso país, veja-se em *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, t. I, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 176-198.

⁽⁹⁴⁾ Aí se previam, como «penas maiores», a morte, os trabalhos públicos, a prisão maior (perpétua ou temporária, simples ou com trabalho obrigatório — art. 34.º), degredo, expulsão do Reino e a perda de direitos políticos (art. 29.º); como «penas correccionais», a prisão com a mesma designação (entre três dias e três anos — art. 38.º), o desterro (com os mesmos limites — artigos 39.º e 83.º, n.º 2), a suspensão temporária de direitos políticos (entre dois e doze anos — artigos 40.º e 83.º, n.º 3), a multa (oscilando entre três dias e três anos — artigos 41.º, e 83.º, n.º 1) e a repreensão (artigos 30.º, n.º 5, e 42.º). Existiam ainda penas especiais para os funcionários públicos. Crítico quanto à repreensão, por considerar que ela poderia não ter qualquer efeito útil para quem não dispusesse de um sentido de honra e o inverso para quem o tivesse, concluindo que o sistema penal de então podia bem passar sem esta sanção, cf. F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal portuguez*, vol. II, Lisboa: Typographia Universal, 1856, pp. 107-108 e 178-179, chamando em auxílio do que defendia os ensinamentos de MELLO FREIRE.

⁽⁹⁵⁾ EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas...*, pp. 88-92, e HENRIQUE DE BRITO CÂMARA, *Organização prisional*, p. 34. O art. 29.º do Decreto-Lei n.º 26.643,

palavras do seu autor ⁽⁹⁶⁾, em termos de concepção de base quanto às teorias dos fins das penas, mantém-se «a estrutura clássica com seus fins de reprovação ético-jurídica e de prevenção geral», atribuindo também «um particular valor ao fim de prevenção especial (...) e, portanto, para o [ao condenado] intimidar, para o melhorar e para o deslocar ou afastar do meio social, segundo os casos.».

CAPÍTULO III — O MOVIMENTO INTERNACIONAL DE LUTA CONTRA AS REACÇÕES DETENTIVAS

1. Sendo as penas curtas de prisão o domínio por excelência de aplicação das penas substitutivas, importa clarificar o que se entende por elas.

Inexiste unanimidade na legislação, na doutrina e na jurisprudência nacionais e internacionais a este propósito. A tal ponto que HEILBORN diz estarmos perante um problema de «sentimento» ⁽⁹⁷⁾. Se tivermos como referência o *quantum* mínimo

de 28/5/1936, previa: «A execução das penas privativas da liberdade realizar-se-á de forma a conservar-lhes o necessário valor intimidativo, embora concorrentemente se procure a readaptação social do delinqüente.». O mesmo diploma também previa que «qualquer lugar servia [para instalar uma prisão], ponto era que fôsse seguro». Mais tarde, por decreto de 6/9/1826, foram criadas comissões que visitaram as prisões existentes, no sentido de aquarelarem as suas condições e de proporem reformas. Só em 1850 o Estado assume ser sua obrigação fornecer alimentação, cuidados de saúde e vestuário aos reclusos, mas apenas aos que as não pudessem custear (veja-se o breve apontamento sobre a matéria em TÂNIA DIAS/RITA FARIA/CÂNDIDO DA AGRA, «Elementos para uma História da Criminologia em Portugal», in: CÂNDIDO DA AGRA (dir.), *A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar*, Porto: U.Porto Editorial, 2012, pp. 89-94). ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, *La pena — retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, pp. 14-15 conta — e bem — BELEZA DOS SANTOS como um autor ético-retributivo, elogiando a reforma penal que ele preconizou e o cuidado em prever, ao lado das penas, medidas de segurança.

⁽⁹⁶⁾ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «Os tribunais de execução das penas em Portugal», in: *Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis*, vol. I, sup. XV do *BFD* (1961), p. 305.

⁽⁹⁷⁾ PAUL HEILBORN, «Die kurze Freiheitstrafe», p. 4. FRANCISCO BUENO ARÚS, *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 360, por seu turno, entende-as como as que não excedam dois anos de prisão.

de pena de prisão até ao qual o nosso ordenamento jurídico admite a substituição como limite mínimo (ou seja, a medida concreta da pena mais reduzida que funciona como máximo até ao qual se aplicam certas sanções substitutivas), então diríamos que, com a reforma de 2007 do CP, ele passou a ser de um ano⁽⁹⁸⁾ (multa de substituição, as então prisão por dias livres e regime de semidetenção, bem como, em regra, o então art. 44.º, n.º 1; hoje (desde 2017), só nos podemos referir ao art. 45.º, n.º 1). Todavia, como usualmente o limite mínimo da privação de liberdade é de um mês (art. 41.º, n.º 1), será este o *quantum* de pena a partir do qual se pode pensar em aplicar o regime em estudo⁽⁹⁹⁾. Se tivermos em mente o limite máximo até ao qual ainda é possível ao juiz equacionar a substituição, então diremos que, também com a reforma de 2007, o mesmo passou a ser de cinco anos de prisão, com a suspensão de execução da pena privativa de liberdade — a que nos opomos⁽¹⁰⁰⁾ —, o que já se não

⁽⁹⁸⁾ Não por esta ordem de considerações, a maioria dos subscritores da *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005, p. 31 propende para esse limite, embora também se refira que uma «minoría significativa» deles alinha pelo diapasão dos seis meses.

⁽⁹⁹⁾ Prova da imprestabilidade deste critério é um breve relance de Direito Comparado: o *StGB* austríaco aponta para uma duração mínima de um dia (§ 18 Abs 2), o mesmo sucedendo nos Países Baixos (art. 10, 2, do CP daquele Estado), ao passo que em Cabo Verde, por exemplo, o limite mínimo normal é de três meses (art. 51.º), provavelmente por se ter considerado que as finalidades punitivas assinaladas no CP daquele Estado (art. 47.º) só se cumprem com um *quantum* mínimo de pena superior ao que foi tido por adequado pelo legislador nacional.

⁽¹⁰⁰⁾ Veja-se o nosso «A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal», in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2009, pp. 603-607. Como referimos naquele trabalho, em Itália, p. ex., o art. 163 admite a *sospensione condizionale della pena* até dois anos, fazendo-o não só para a pena de prisão, mas também de multa e, como regra, a suspensão pode ir até cinco anos; no caso de menores de 18 anos pode ser medida concreta até 3 anos, e de 18 a 21 ou quando o agente tem mais de 70 anos, pode elevar-se até dois anos e meio — cf. art. 163 do CP italiano. Ao invés, patrocinando-o e podendo ser encarada como fonte próxima da alteração de 2007, cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Relatório final da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*, 2004, disponível em

http://www.dgpi.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comisao-de-estudoe/downloadFile/attachedFile_f0/RelatorioCEDERSP.pdf?noca-che=1205856345.98, acessado em 16/8/2013, pp. 90-91. Em Espanha, onde a suspensão é, em regra, até dois anos (cf. art. 80 do CP daquele Estado), também defensoras de um alargamento, ESTER BLAY/ELENA LARRAURI, «La supervisión de los delincuentes en libertad», in: ELENA LARRAURI/ESTER BLAY (eds.), *Penas comunitarias en Europa*, Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 10. Já em sentido que temos por correcto — e que era o vigente entre nós até 2007, mas sem as distinções que veremos já a seguir — o prazo suspensivo oscila, consoante a gravidade da pena entre dois a cinco anos para as penas não superiores a dois anos, e de três meses a um ano para as «penas leves» (art. 81, § 1, do CP espanhol). O art. 33 estabelece classes de penas — graves, menos graves e leves —, sendo estas últimas as prevenidas no n.º 4 daquele normativo, abrangendo um conjunto muito amplo e diversificado de reacções que vão desde a privação do direito a conduzir veículos com motor até certo limite temporal, multa, o correspondente à nossa pena de PTFC e certas restrições de direitos. Impressiona a aparente falta de rigor na elaboração destas «classes sancionatórias».

Focando agora mais de perto a nossa atenção sobre a mudança legislativa que, por via da *Ley Orgánica 1/2015*, com entrada em vigor em 1/7/2015, no específico domínio das penas substitutivas, o mais saliente foi a simplificação do regime de equivalente à nossa pena suspensa, transformando-a em uma única, ao invés das várias modalidades existentes em função dos condenados (ordinária, para toxicodependentes e substituição, a qual, agora, é uma pena substitutiva de expulsão para estrangeiros), oferecendo uma tramitação mais fácil e ágil (assumida no preâmbulo do diploma), até porque se assistia, não raras vezes, a um conjunto de recursos derivados dessas distintas modalidades, o que em nada abonava à celeridade e eficácia processuais (também elogiadas no preâmbulo, como hoje sucede em todas as democracias ocidentais). Por outro lado, a rigidez existente em termos de não concessão da pena em estudo na hipótese de antecedentes criminais é alterada, passando o juiz a, caso a caso, determinar se essa inscrição ou inscrições devem ou não infirmar o juízo prognóstico favorável, algo de similar ocorrendo com a revogação da pena suspensa (MARGARITA ROIG TORRES, «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)», pp. 323-339 e ADORACIÓN CANO CUENCA, «Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)», pp. 341-374, ambos in: JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.; ANTONIO ROMA VALDÉS (dir.), *Código Penal comentado*, Madrid: Bosch, 2015, p. 177, ABEL TÉLLEZ AGUILERA, «El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015», in: *La Ley*, 4105/2015, JUAN JOSÉ CORELLA MIGUEL, «La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», in: *La Ley*, 3595/2015 e EMILIO SÁEZ MALCEÑIDO, «Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena», in: *La Ley*, 4649/2015). Já entende que a concessão da reacção criminal se justifica «inteira e exclusivamente de jeito preventivo-especial negativo», pelo que os constituintes do juízo de substituição se ligam todos com a

enquadra, todavia, em nenhuma das concepções típicas de uma pena curta. Ao invés, estaremos já em face de uma pena de duração média, principalmente se tivermos em conta que ela corresponde, no direito sancionatório penal pátrio, a um quinto do máximo da nossa pena máxima.

Ora, apesar das oscilações que têm muito que ver com as idiosincrasias próprias de cada ordenamento jurídico, em especial com o *quantum* máximo de pena de prisão que admitem, diremos que a maioria dos autores vem entendendo, desde há séculos, que as penas curtas são todas aquelas cuja medida concreta vai até seis meses de prisão ⁽¹⁰¹⁾. Por seu turno, VON LISZT e ROSENBERG propendiam para a abolição de todas as privações de liberdade até seis semanas, embora, nos escritos do primeiro,

maior ou menor probabilidade de existência de reincidência, de modo a que «a condenação cuja pena privativa de liberdade se suspende restitui também, de modo contrafático, a ordem jurídica violada pelo infractor». Ademais, assiste-se a uma melhoria do catálogo das proibições e deveres impostos ao condenado, a título exemplificativo, como já sucedia e é também o nosso sistema. A introdução da mediação como injunção surge criticável, pois introduz um instrumento de pressão sobre os mediados, contrário às mais elementares regras desta forma de resolução alternativa de litígios (art. 83, 9, do CP espanhol). Sobre estes últimos pontos, cf. RAMÓN GARCÍA ALBERO, «La suspensión de la ejecución de las penas» (texto original gentilmente cedido pelo autor, a quem se agradece de modo muito amigo). Ao contrário desta posição, de jeito mais favorável à consagração do acordo de mediação como injunção em sede de suspensão executiva da pena, embora conclua, algo paradoxalmente, que «não parece que este artigo traga nada de novo», JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, *La Reforma del Código Penal de 2015*, Madrid: La Ley, 2015, pp. 97-98.

⁽¹⁰¹⁾ Veja-se, desde logo, ROXIN, in: ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 6. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2013, p. 9 e PAUL HEILBORN, «Die kurze Freiheitstrafe», pp. 4-5, citando este último autores como DE LA HOUGUE. O penalista apresenta ainda posições maximalistas como as de KORN, SIMONSON, APPELIUS, KULEMANN, ou KROHNE (este último começa por defender a eliminação de todas as penas até sete dias, passando depois para um mês), para quem as penas curtas de prisão seriam todas aquelas que se conteriam apenas em uma semana. No mesmo sentido, apoiando-se em bibliografia de distintos países, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português», separata do número especial do *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988, p. 7. Também JORGE BAPTISTA GONÇALVES, «A revisão do Código Penal: alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares», in: *Revista do CEJ*, VIII (2008), p. 17.

o conceito de «pena curta de prisão» fosse a que não ultrapassava seis meses ⁽¹⁰²⁾; GAROFALO (no Congresso sobre o Sistema Prisional, em Roma, 1885) defendia a eliminação até quatro meses. Em 1894, na 10.^a reunião da Associação Alemã de Funcionários Prisionais, entendiam estes, por seu turno, como adequada, a execução das penas de prisão até três meses. A Comissão Penal e Penitenciária Internacional, nas suas resoluções de 1946, entende estarmos perante uma pena curta de privação de liberdade quando a sua duração é, no máximo, de três meses (apesar de haver opiniões divergentes, como a de MANNHEIM, que advogava a sua extensão até seis meses) ⁽¹⁰³⁾. No 12.^o Congresso Internacional Penal e Penitenciário, realizado em Haia, em 1950, o relator propunha, na discussão sobre as penas curtas de prisão, que o seu conceito fosse similar: elas seriam todas aquelas que não excedessem três meses. Dá-se ainda nota que CANNAT, delegado francês, aí propendia para a eliminação de todas as penas privativas de liberdade inferiores a um ano, porquanto estas não permitiam o tempo suficiente para uma «reeducação» do condenado. O mesmo Professor propunha a seguinte definição de «pena curta de prisão»: «aquela que não permita a reeducação devido à sua brevidade» ⁽¹⁰⁴⁾. O carácter fluido e impreciso da

⁽¹⁰²⁾ PAUL BOCKELMANN, «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils», in: HANS-HEINRICH JESCHECK (Hrsg.), *Franz von Liszt zum Gedächtnis. Zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919*, Berlin: Walter de Gruyter, 1969, p. 61. A mesma só deveria ser aplicada efectivamente quando tal se mostrasse indispensável para produzir um efeito sobre o agente ou para proteger o ordenamento jurídico. Propunha ainda que a pena suspensa se aplicasse a medidas concretas da pena até dois anos, sendo mesmo obrigatória para as medidas que não ultrapassassem seis meses (*loc. cit.*). Do prisma da determinação da pena, não deixando VON LISZT de considerar a culpa como fundamento da mesma, as necessidades preventivas-especiais determinariam, em última instância, esse *quantum*, considerando o autor que as considerações de culpa, como regra, davam já resposta às preocupações preventivas-gerais (*ibidem*, p. 62).

⁽¹⁰³⁾ HARDY GÖRANSSON, «Short term imprisonment and its alternatives (probation, fines, compulsory home labour, etc.)», in: AA. VV., *Douzième Congrès Pénal et Pénitentiaire International. Actes*, vol. V, Berne: Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1951, pp. 1-2.

⁽¹⁰⁴⁾ THORSTEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress. The*

proposta, a que acresce a ausência de unanimidade quanto à circunstância de a «reeducação» do agente ser uma finalidade da pena e da respectiva execução, depõem contra a sua adopção. Também numa outra ordem de considerações, BEROLZHEIMER advogava a eliminação apenas para as sanções privativas de liberdade até seis ou doze horas. HEILBORN, nas *kritische Beiträge zur Strafrechtsreform*, utilizava o conceito de penas curtas de prisão para todas aquelas que não ultrapassassem os três meses de duração ⁽¹⁰⁵⁾. O § 36 (1) do *AE-StGB* ⁽¹⁰⁶⁾ propunha que a duração mínima da pena de prisão fosse de seis meses, não admitindo, por isso, sanções privativas de liberdade inferiores a esse limite, exactamente porque se sublinhavam os efeitos nefastos das penas curtas de prisão ⁽¹⁰⁷⁾.

Hague, August 14-19, 1950. Proceedings, vol. II, Bern: International Penal and Penitentiary Commission, 1951, pp. 228-229 e 239.

⁽¹⁰⁵⁾ PAUL HEILBORN, «Die kurze Freiheitstrafe», pp. 5-6.

⁽¹⁰⁶⁾ O Projecto foi assinado pelos seguintes Professores alemães e suíços: JÜRGEN BAUMANN, ANNE-EVA BRAUNECK, ERNST-WALTER HANACK, ARTHUR KAUFMANN, ULRICH KLUG, ERNST-JOACHIM LAMPE, THEODOR LENCKNER, WERNER MAIHOFFER, PETER NOLL, CLAUS ROXIN, RUDOLF SCHMITT, HANS SCHULTZ, GÜNTER STRATENWERTH, WALTER STREE. Como se afirma no prefácio à primeira edição, o mesmo resultou de compromissos entre concepções nem sempre iguais, mas próximas do ponto de vista da política criminal. § 36 *Dauer der Freiheitsstrafe. (1) Das Höchstmaß der Freiheitsstrafe ist fünfzehn Jahre, ihr Mindestmaß sechs Monate. Sie darf nur nach vollen Wochen, Monaten und Jahren bemessen werden.*

⁽¹⁰⁷⁾ O mesmo foi defendido pela *Strafvollzugskommission*, como se alcança da leitura do DEUTSCHER BUNDESTAG, *Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, Drucksache V/4095, disponível em <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/05/040/0504095.pdf>, acedido em 28/6/2014, p. 18 (relativo ao *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts* (2. StrRG)), salientando que a eliminação destes processos implicaria uma melhor alocação de recursos à execução das penas mais graves e em que a privação de liberdade poderia ser mais vantajosa em termos preventivo-especiais (positivos). Em sentido oposto, defendendo a manutenção da prisão de curta duração, havia-se pronunciado a *Landesjustizverwaltungen*, bem como o *Deutschen Richterbundes*, dando como exemplo alguns crimes estradais graves, em que a multa não cumpriria as finalidades punitivas, louvando-se mesmo nas vantagens de uma sanção *sharp-short-shock* (*idem*). A Comissão cujo relatório citamos veio a rejeitar esta proposta, por considerar que ela atendia somente a considerações especiais-preventivas e que não levava em devida conta a necessidade de protecção de bens jurídicos. Acresce que às já à época sentidas dificuldades em implementar o trabalho comunitário, mesmo que ultrapassadas, não pareciam ser

Em Espanha, a pena de prisão tem uma duração mínima de três meses (art. 36, 1, do CP), mais elevada, portanto, que a portuguesa, o que pode significar, numa certa perspectiva, que esse ordenamento jurídico, ao menos *formalmente*, está mais empenhado na luta contra as penas curtas de prisão, pois o seu limite mínimo é superior ao nacional.

Podemos questionar-nos sobre até que ponto uma medida similar devia ou não ser adoptada entre nós. Alinhando os argumentos favoráveis, dir-se-ia que, se analisámos as razões que militam no sentido da aplicação muito restritiva de penas curtas de prisão, seria mais curial com tais considerações que o limite mínimo admissível fosse mais elevado. A isto acrescentar-se-ia a faculdade de elaborar um mais completo trabalho ressocializador do que aquele que se consegue no curtíssimo espaço de um mês. É exacto, todavia, que estaríamos perante um agravamento das molduras penais aplicáveis, o qual seria uma oportunidade para, no que tange a delitos de fraca ressonância social, decidir sobre a sua descriminalização ou conversão em ilícito contra-ordenacional. No quadro de um sistema jurídico-penal cujas taxas de criminalidade se mantêm em níveis bastante satisfatórios quando comparados com os seus congéneres, as vantagens apontadas são, para nós, claramente insuficientes. Não somente porque esta é a única solução imposta pelo art. 18.º, n.º 2 da Constituição, mas também porque as finalidades punitivas

suficientes para acautelar tais interesses, a que também se juntaram preocupações com interferência no mercado de trabalho, dando-se como exemplo um projecto-piloto levado a cabo em Baden-Württemberg, em 1947/48. É ainda chamado em auxílio da posição um conjunto de dados de Direito Comparado, dos quais se conclui que, pelo menos, existe a manutenção de um mínimo de pena de um mês nas codificações culturalmente mais próximas. Acresce a expressa previsão das conclusões do 2.º Congresso da ONU sobre a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Londres, em 20/8/1960, em que se adverte para as consequências nefastas das penas curtas, mas se obtempera que as mesmas não podem ser abolidas *in totum*, atentos alguns efeitos positivos, sobretudo geral-preventivos (*ibidem*, pp. 18-19). Mais se considerava que o alargamento do correspondente à nossa pena suspensa, em princípio de aplicar para medidas concretas até seis meses, seria adequado ao cumprimento das vantagens assacadas à luta contra as penas curtas (*ibidem*, p. 19).

não o vêm reclamando. Incrementar a punitividade sistémica sem um marcado factor que o justifique é contrário à orientação preventivo-geral positiva e até a puros critérios utilitaristas. Mais ainda: defender que assim as penas teriam um maior campo de intervenção, é *encarar a sanção como um bem em si mesmo*, o que não pode estar mais divorciado da realidade. Se se realça que a sanção deve ser sempre uma *ultima ratio*, pretender que uma sua mais ampla aplicação poderia ser benéfica para o agente redundaria num grave paradoxo interno do sistema, para além de importar o patrocínio de uma tese que julgue a reinserção social como necessária para um conjunto mais vasto da população, o que não está de todo provado. Em suma, não julgamos de alterar o mínimo de duração normal da pena de prisão em Portugal.

Voltemo-nos agora, mais de perto, para a nossa legislação. Na versão originária do CP, o então art. 43.º, n.º 1 entendia que uma pena curta de prisão correspondia a seis meses, se entendermos que esse inciso constitui uma espécie de norma central e paradigmática na questão das penas substitutivas. Dir-se-á que se o legislador pretende que as penas até seis meses, como regra, sejam substituídas por outras não privativas de liberdade, então é porque reconhece que em relação a essas existem os maiores perigos criminógenos assinalados às penas curtas.

Com a Revisão de 2007, o limite passa a ser de medida concreta de prisão até um ano, o que, na mesma linha de raciocínio, importa que o entendimento legal de pena curta privativa de liberdade seja de um ano (em 2017, a situação mantém-se, mas agora a norma aplicável é o art. 45.º, n.º 1). Não deixa de ser anómalo que, na senda de um movimento nacional e internacional contínuo de luta contra as penas curtas, o legislador português tenha entendido, ao arrepio de todos os pressupostos político-criminais, que esse passaria a ser o limiar até ao qual uma pena de prisão seria considerada «curta». Muito pelo contrário, aquilo que se pretendeu foi exactamente alargar o âmbito de aplicação das penas de substituição, passando as mesmas a

abranger todas as sanções privativas de liberdade até um ano. Donde, não serve como critério operativo de fixação do que seja uma pena curta de prisão aquele que vem expor-se e que se poderia pensar, *prima facie*, prevenido no art. 45.º, n.º 1. Tal importaria uma irritação intra-sistemática incompreensível e contrária aos objectivos expressamente assumidos.

O que nos leva a concluir que o legislador — e bem — entendeu não se imiscuir nesta polémica, por certo visto conhecer as diversas posições de que aqui demos conta. Na verdade, o que releva é a determinação legal de períodos temporais máximos, em sede de medida concreta da pena, dentro dos quais pareça razoável ao legislador crer que as finalidades do art. 40.º são atingidas. E nada mais que isto. Destarte, o art. 45.º, n.º 1 deve ser encarado como aquele que estabelece uma clara aposta do sistema penal — isso sim — nas penas substitutivas, estabelecendo que, como regra, até um ano, a reacção criminal principal privativa de liberdade não deve ser aplicada, excepto se, de todo, a reintegração de bens jurídicos e a ressocialização do agente o demandarem.

Assim, a evolução de 1982 para 2007 vai exactamente no sentido de considerar que, como regra, não somente as penas até seis meses devem ser, em geral, substituídas por outras cumpridas na comunidade, mas também as que se elevam até um ano, num claro reforço do instituto em estudo. Mais do que isto, em termos de fixação numérica exacta e comum para vários ordenamentos jurídicos, parece-nos manifestamente impossível e, até, desadequada.

Adiantemos ainda, nesta sede, que aquilo que já se não pode retirar do art. 45.º, n.º 1 é uma preferência legal, *como regra*, pelas sanções não privativas de liberdade que se elevem acima de um ano, pois aí já existem pelo menos razões preventivas-gerais e especiais que mais facilmente podem depor no sentido negativo do juízo substitutivo de prognose favorável. É evidente, por outro lado — quanto mais não fosse pelas

exigências do princípio da proporcionalidade —, que sempre que as finalidades do art. 40.º puderem satisfazer-se com uma reacção cumprida na comunidade, é essa que o julgador deve aplicar, o que é diferente de dizer-se que existe, para além de um ano de medida concreta de prisão, uma preferência legal, *por regra*, de aplicação de uma sanção substitutiva.

Outro dado de Direito positivo equacionável seria o de pensar na medida concreta mínima da pena de prisão a aplicar em sede de reincidência, bem como na sanção anterior, ambas fixadas em seis meses (art. 75.º, n.º 1). Este foi o limite formal que o legislador entendeu para preencher um dos pressupostos também formais a que se une um de natureza material, ligado a uma ideia — defende-se maioritariamente — de culpa agravada. Donde, dir-se-ia que até seis meses de prisão, a privação de liberdade não é suficientemente grave para se fazer funcionar esta circunstância modificativa. Apesar de ser um dado com algum interesse, não é em nada definitivo. Na verdade, o legislador pensou-o directamente para a reincidência e não vemos como dele se possa extrapolar um *quantum* generalizado definidor do que seja uma «pena curta de prisão».

2. O Direito Canónico exerceu influência considerável sobre o Direito Penal, como se sabe. Não somente ao nível do princípio da culpa, mas também no tocante àquilo que hoje consideramos serem «penas de substituição». Assim, a suspensão da execução nele estava prevista nos seus traços fundamentais, nomeadamente baseada em uma ideia de arrependimento ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ ALBIN ESER, «Strafrecht in Staat und Kirche. Einige vergleichende Beobachtungen Originalbeitrag», in: DIETER SCHWAB (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: FS zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 502-503. Vejam-se ainda os Códigos e Direito Canónico de 1917 e de 1983, actualmente em vigor, promulgado por SÃO JOÃO PAULO II. Neste último, as penitências substituem as penas (cân. 1312, § 3; «[a] penitência, que se pode impor no foro externo, é a realização de alguma obra de religião, piedade ou caridade»: cân. 1340, § 1) e existem similitudes entre prescrições da Igreja no domínio da suspensão (que aqui não é sanção substitutiva) e algumas regras de conduta da pena suspensa do Direito laico, como a de proibição de residir em determinado local (cân.

Já no séc. XVIII se detectava, em alguns países, entre os quais a Inglaterra, uma defesa da pena de multa, sobretudo como forma de evitar o encarceramento nas hipóteses de sanções curtas. WILLIAM EDEN, Barão de Auckland⁽¹⁰⁹⁾, referia-se à multa como «uma instituição sábia e misericordiosa, capaz de converter os pequenos actos de egoísmo nos laços fortes da sociedade», assim se evitando, ainda, a aplicação de castigos corporais. É de salientar a necessidade apontada pelo autor de que a multa não implicasse que o condenado fosse privado dos bens essenciais à sua sobrevivência e da respectiva família⁽¹¹⁰⁾. Em finais do séc. XIX, num interessantíssimo estudo do alemão PAUL FELIX ASCHROTT⁽¹¹¹⁾, dizia-se que as penas curtas de prisão, em especial, estavam votadas ao insucesso, não apenas porque o pouco tempo de encarceramento não permitia qualquer trabalho sério com os condenados, como não servia de exemplo para os demais cidadãos e, ainda, tornava a privação de liberdade pouco eficaz, pois, sendo ela curta, não assinalava um verdadeiro carácter

1337). Mais do que isso, existe uma regulamentação próxima da «dispensa de pena» nos cânones 1344, 1344, 2.º, e 1345. A verdadeira suspensão como a entendemos no Direito Penal acha-se consagrada no cân. 1344, 1.º, aplicando-se sempre que «se prever que da imediata punição do réu hajam de seguir-se maiores males» e, de modo ainda mais aproximado, no cân. 1344, 3.º: «suspender a obrigação de cumprir a pena expiatória, se o réu tiver delinqüido pela primeira vez depois de uma vida digna de louvor, e não houver urgência em reparar o escândalo, mas de tal maneira que, se o réu de novo delinqüir dentro do prazo fixado pelo mesmo juiz, *expie a pena devida pelos dois delitos*, a não ser que entretanto tenha decorrido o prazo para a prescrição da acção penal pelo primeiro delito.» (itálico acrescentado). Com relevo, ainda, os «remédios penais» a que alude o cân. 1339, § 1, prevendo-se que a admoestação se aplique mesmo antes da prática do ilícito, quando for clara a sua comissão no futuro, mas também após esse momento temporal. O cân. 1343 é ainda de grande relevo, na medida em que prevê a possibilidade de imposição de uma penitência em lugar da pena, deixando-se essa faculdade nas mãos do juiz, «segundo a sua consciência e prudência».

⁽¹⁰⁹⁾ *Principles of Penal Law*, 2nd ed., London: B. White and T. Cadell, 1771, p. 68.

⁽¹¹⁰⁾ *Principles of Penal Law*, p. 73. Preocupação ainda no que tange à fixação do valor da pena de multa, evitando deixar o seu *quantum* à determinação dos juizes, a qual se encontra *ibidem*, pp. 68-69, com casos concretos ilustrativos.

⁽¹¹¹⁾ *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen. Eine kriminalpolitische Studie*, Hamburg: Verlaganstalt und Druckerei Uctien-Gesellschaft, 1889, pp. 3-4.

«punitivo» à sanção.

3. Pondo de parte que a prisão, enquanto instituição, vive e continuará a viver em crise desde a sua génese, em finais do séc. XIX assiste-se ao início da crise da prisão. Na verdade, no segundo quartel dessa centúria, verifica-se um aumento considerável da taxa de reincidência que, em França, sobe cerca de 50%, de acordo com as estatísticas oficiais ⁽¹¹²⁾.

3.1. O «Programa de Marburgo» é habitualmente considerado como o primeiro documento em que se defende a luta contra as penas de prisão de curta duração (1882, FRANZ VON LISZT ⁽¹¹³⁾). Antes, porém, em 1872, no 1.º Congresso Internacional de Prisões, em Londres, já se discutia a possibilidade de substituir essas penas, aí se propugnando que em vez destas se aplicassem «trabalhos agrícolas ou oficinais ou um regime de trabalho na prisão, recolhendo à noite para o lar do condenado» ⁽¹¹⁴⁾. É de todos conhecida a conclusão de VON LISZT (1889) de que as penas curtas «não apenas são inúteis, como lesam a ordem jurídica de modo mais grave que a total impunidade do delinquente» ⁽¹¹⁵⁾. No mesmo sentido, referia que tais penas eram,

⁽¹¹²⁾ Não apenas se verifica um aumento em número de crimes, mas também do prisma da respectiva gravidade. Vide A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. 20, 22 e 621.

⁽¹¹³⁾ Para uma análise enxuta do pensamento de VON LISZT em sede da dogmática do facto punível, criadora da chamada «Escola Clássica» do Direito Penal, veja-se ERNST HEINITZ, «Franz von Liszt als Dogmatiker», in: HANS-HEINRICH JESCHECK (Hrsg.), *Franz von Liszt zum Gedächtnis. Zur 50. Wiederkehr seines Todestages am 21. Juni 1919*, Berlin: Walter de Gruyter, 1969, pp. 28-52. Sobre a sua influência no Direito Penal espanhol, JOSÉ CEREZO MIR, «La ciencia del Derecho Penal alemana desde el punto de vista de la española», in: ALBIN ESER *et al.* (coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 283-284.

⁽¹¹⁴⁾ MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana. Un estudio dogmático y de política criminal*, Oviedo: Universidad de Oviedo, 2007, p. 27.

⁽¹¹⁵⁾ «Kriminalpolitische Aufgabe», in: *Strafrechtliche Vorträge*, t. I, Berlin: J. Gutentag, 1905, pp. 290-312, e, do mesmo autor, «Die Reform der Freiheitsstrafe», in: *Strafrechtliche Vorträge*, t. I, *ult. loc. cit.*, pp. 511-532. Donde, a defesa da ampliação da pena de multa, a introdução da condenação condicional. Logo repetida na doutrina coeva. Cf., p. ex., PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen...*, p. 34, que não teve dúvidas em propor a eliminação das penas curtas de prisão por multa

por regra, mais danosas à legalidade que a completa impunidade dos factos ⁽¹¹⁶⁾. Esta escola acabaria por ser crismada de «antropológico-social» ⁽¹¹⁷⁾.

O pensamento de VON LISZT é pelo próprio resumido em três proposições fundamentais: «1. as probabilidades de alguém cometer um crime são maiores quando ele já é punido do que no caso contrário; 2. as probabilidades de alguém cometer um crime aumentam com o número de condenações anteriores sofridas; 3. as probabilidades de alguém cometer um crime (...) aumentam com a duração das penas constantes do respectivo registo criminal» ⁽¹¹⁸⁾. Numa palavra, dizendo-o ainda com o autor, de forma

e por pena suspensa (muito claramente, *ibidem*, p. 58). É ainda hoje esta a concepção dominante na Alemanha. Veja-se, a benefício de ilustração, HANS-JÖRG ALBRECHT, «Sentencing in the Federal Republic of Germany», in: *Federal Sentencing Reporter*, 7-8 (1995), p. 306.

⁽¹¹⁶⁾ THORSTEN SELLIN, *Twelfth International Penal and Penitentiary Congress...*, p. 223. Por certo ligando-se esta concepção à afirmação de que «o Código Penal é a *Magna Charta* do criminoso» (FRANZ VON LISZT, «Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe», in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 13 (1893), p. 357). Encontramos a mesma concepção em numerosos outros autores coetâneos, como é o caso de LUDWIG VON BAR, *Die Reform des Strafrechts*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1903, p. 29, propondo que a prisão deve ser um último reduto para o cumprimento das penas de multa e só quando não seja possível o recurso a uma *Arbeitshaus*. Esta última deveria ser especialmente destinada aos pedintes habituais e outros vagabundos, que assim readquiririam alguma organização nas suas vidas — *ibidem*, p. 30.

⁽¹¹⁷⁾ Assim, LUDWIG VON BAR, *Die Reform des Strafrechts*, pp. 1-2, salientado a abolição das penas curtas de prisão (em especial nos factos ilícitos cometidos por jovens — *ibidem*, p. 3) e a modificação profunda da pena de multa no sentido de um seu uso mais expandido como fundamentos essenciais desta nova corrente de pensamento. Especialmente incisivo na defesa de uma pena de multa eficaz e que, para isso, deveria ter em conta os rendimentos do condenado (*ibidem*, pp. 9-11). Nas suas palavras, em geral, «[a] correcta determinação da pena é ainda um produto da adequada visão do espírito global da legislação (...)» («Die richtige Bestimmung der Strafe ist eben ein Produkt der richtigen Auffassung des gesamten Geistes der Strafgesetzgebung») — *ibidem*, p. 13.

⁽¹¹⁸⁾ PAUL HEILBORN, «Die kurze Freiheitstrafe», p. 7. Não se esqueça, todavia, que as circunstâncias sociais do crime eram tidas por VON LISZT como importantes para essa comissão, com razão se dizendo que, mau grado a sua concepção quase «biologista» quanto às categorias dos criminosos, existe também uma forte vertente social (FRANZ VON LISZT, «Die deterministischen Gegner...», p. 361). Desse biologismo

actual, o problema último das penas curtas de privação de liberdade não é o do modo da sua execução, mas sim, a montante, o da necessidade e consistência da sua existência ⁽¹¹⁹⁾.

Como salienta BOCKELMANN ⁽¹²⁰⁾, em síntese, a diminuição das penas curtas de prisão passava pelo aumento da aplicação da multa como sanção principal, isto sem dispensar a prisão subsidiária, pelo trabalho que poderia ser imposto e pela introdução da pena suspensa.

Também em 1889, ASCHROTT ⁽¹²¹⁾ escrevia que a defesa da eliminação das penas curtas, por serem em regra ineficazes, carecidas de sentido e de aplicação dispendiosa para a sociedade, não se baseava em nenhum «sentimentalismo» pouco adequado à época, dominada pela racionalidade. Se não se podia deixar de aplicar a privação de liberdade para os delitos mais graves, era sua firme convicção que para a maioria dos mesmos tal não seria necessário e revelar-se-ia «no interesse de todos» proceder à respectiva abolição. É muito impressivo o provérbio que o autor utiliza: «a espada que é usada para cortar madeira deixa de ser útil no local da batalha» ⁽¹²²⁾.

Igualmente em 1889, juntamente com PRINS e VAN

encontramos ecos na doutrina portuguesa de finais do séc. XIX, alinhada com o movimento positivista. P. ex., ANTONIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Estudos penitenciários e criminaes*, Lisboa: Casa Portuguesa, 1888, p. 120, escrevia que «[a] razão unica e positiva do direito de punir reside na necessidade superior da conservação, a que a sociedade tem de obedecer, como qualquer organismo.».

⁽¹¹⁹⁾ PAUL HEILBORN, «Die kurze Freiheitstrafe», p. 10.

⁽¹²⁰⁾ «Die Mittel zur Verdrängung kurzzeitiger Freiheitsstrafen bestehen in der verstärkten Anwendung der Geldstrafe, an deren Stelle im Falle ihrer Uneinbringlichkeit aber nicht die Ersatzfreiheitsstrafe, sondern die Zwangsarbeit ohne Einsperrung zu treten hat, und in der Einführung der bedingten Verurteilung.» (PAUL BOCKELMANN, «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption...», p. 57). Como bem nota o autor (*loc. cit.*), a melhoria (*Besserung*) do condenado passava pelo sentido pedagógico da pena, não entendido de forma moral, mas de respeito e conformidade ao Direito, de que não se abdicava o uso do trabalho contra a vontade do condenado.

⁽¹²¹⁾ *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen...*, pp. 58-59.

⁽¹²²⁾ «Das Schwert, dass zum Holzhacken gebraucht wird, versagt seinen Dienst am Lage der Schlacht.» (PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen...*, p. 59).

HAMEL, VON LISZT cria a «União Internacional de Direito Penal», a qual estabeleceu como objectivo prioritário a luta contra as penas curtas de prisão que, à época, se consideravam como todas as que não ultrapassavam três meses. De idêntico modo, semelhantes posições são tomadas por outras organizações como a Comissão Internacional Penal e Penitenciária e a Sociedade Geral das Prisões ou a Associação Internacional de Direito Penal ⁽¹²³⁾. Ideias que farão o seu curso com outros penalistas como o já citado ASCHROTT e ROSENFELD, ainda em finais do séc. XIX ⁽¹²⁴⁾.

Voltando ao essencial do «Programa de Marburgo», partindo de uma concepção que VON LISZT designa de «união» ⁽¹²⁵⁾

⁽¹²³⁾ MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro...*, p. 28.

⁽¹²⁴⁾ JÜRGEN BAUMANN, «¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?», in: AA. VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, pp. 1-3.

⁽¹²⁵⁾ FRANZ VON LISZT, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*, Granada: Editorial Comares, 1995, p. 50. Por isso mesmo, o autor escreve que «[a] pena de protecção é a pena como retribuição»; «[a] pena é prevenção mediante repressão, (...) repressão por meio de prevenção» (*ibidem*, pp. 92-93). O cumprimento da sanção é uma forma de voltar a merecer a pertença à comunidade. A expiação tem, deste modo, um fim determinado e que ultrapassa uma mera concepção de culpa (*ibidem*, p. 71). Ao jeito do positivismo, o que interessava era ancorar o Direito Penal em realidades mensuráveis, de forte reflexo social, perceptível pelos sentidos e, se possível, pelo método científico aplicado à ciência jurídica. É exactamente com a ideia de fim que VON LISZT entende ter ultrapassado a peleja entre os autores ético-retributivos e os utilitaristas. Uma noção enxuta do conceito de crime para os autores positivistas recolhe-se em permita-se-nos, a propósito, citar a ainda hoje paradigmática frase de ERNST VON BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, Mohr, 1930, p. 19: «[d]ie Begriffsbestimmung hätte also zu lauten: Verbrechen ist die typisch rechtswidrige und entsprechend schuldhaftige Handlung, soweit nicht ein (sachlicher) gesetzlicher Strafausschließungsgrund gegeben ist.» (em nossa tradução «a determinação do conceito [de crime] poderia ser, então, esta: o delito é a acção tipicamente ilícita, com a correspondente culpa, excepto se existir uma causa (material) de isenção de punição [no sentido de um tipo justificador ou de uma causa excludente da culpa]». Do mesmo passo, a pena é independente de toda a concepção ética (*ibidem*, pp. 59-62). Como explicar uma reacção criminal por intermédio de um conjunto de regras que não estão dotadas de órgãos externos e sociais aplicadores, aptos a garantir o respectivo cumprimento? Como não destrinçar a pena pública da ética, impossível esta última de apreensão «científica»? Em outra perspectiva, se a

entre as teorias absolutas e relativas», o autor estabelece a orientação segundo a qual a *pena justa é somente a pena necessária* (¹²⁶). Necessidade esta que identifica com o *fim* e não tanto com a culpa. Todo o Direito Penal tem como missão a protecção de bens jurídicos (¹²⁷) (salvaguarda de alguns deles por via da violência sobre outros (¹²⁸), como a vida, a liberdade ou o património), fazendo-o através da transformação da acção instintiva em acção voluntária, por intermédio dessa mesma finalidade, a qual conduz ao progresso da civilização (¹²⁹).

O autor reconhece que o instinto animal pré-existe ao delito, *i. e.*, é inato ao ser humano (¹³⁰). Todavia, qualquer dessas acções instintivas encerra um conteúdo também social, colectivo (ainda que nas formas de vingança privada, perda da paz,

pena se divide em motivação indirecta ou psicológica, por meio de correcção ou intimidação e em força ou coacção directa (ainda que somente na modalidade de afastamento temporário do convívio social) — *ibidem*, pp. 80-81 —, como alcançar tais desideratos também na e através da ética?

(¹²⁶) FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, p. 78.

(¹²⁷) Afirmção que, como se sabe, tem sido sujeita, nas últimas décadas, a acesa discussão, existindo autores como JAKOBS e tantos outros partidários do funcionalismo, que a negam rotundamente. Pela operacionalidade e plasticidade da expressão, mantê-la-emos ao longo do presente trabalho, não sem antes se advertir que, para nós, a razão assiste a ARTHUR KAUFMANN («Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay», in: HANS JOACHIM HIRSCH *et al.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1986, p. 431) na superior formulação que encontrou: «[a] *protecção de bens jurídicos* (...) não é um fim da pena ao lado das outras três [retribuição, prevenção geral positiva e especial, *maxime* de ressocialização], não é um dos aspectos da pena, ela é sim o resultado de uma relação óptima entre esses três fins da pena.» (itálicos no original). Esta orientação para o resultado e para a confluência das maiores concepções quanto ao sempre irresolúvel problema dos desideratos punitivos é, em nossa opinião, aquela que, de jeito mais honesto e enxuto, é apta a transmitir aquilo de que a dogmática penal tem sido capaz.

(¹²⁸) FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, p. 59.

(¹²⁹) FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, p. 49.

(¹³⁰) O que, como se sabe, não é novo. Muito antes, já ALMECEON DE CRETONA, filósofo e médico grego do séc. VI a.C. atribuía o crime a um desequilíbrio entre a parte animalesca e espiritual do ser humano, tendo até realizado várias autópsias a criminosos no sentido de procurar identificar o que os distinguia dos demais seres, em especial nos respectivos cérebros (HELENA MACHADO, *Manual de Sociologia do Crime*, Porto: Edições Afrontamento, 2008, p. 54). LOMBROSO viria muito mais tarde e aqui encontra um precursor.

compositio)⁽¹³¹⁾. A contenção dessa irracionalidade em vantagem social é tarefa do nosso ramo de Direito. Em tal tarefa, ter-se-á de compreender que se não reage contra o crime *per se* considerado, mas sim contra o delinquente, contra aquela concreta pessoa. Esta, por seu turno, pode e deve ser classificada em *incorrigível* ⁽¹³²⁾ que, qual célula doente, se não contida energeticamente, contamina a totalidade do corpo social, pelo que somente a inocuidade é a resposta ⁽¹³³⁾. Se não se admitir a pena capital, então resta a prisão perpétua com trabalhos forçados. A finalidade da pena é, aí, tão-só, a de protecção dos restantes conviventes sociais. Por outro lado, os *criminosos habituais*, não muito afastados dos primeiros, mas que carecem de correcção e em relação aos quais é expectável que ela venha a surtir efeito. Para eles está reservada a privação de liberdade por um dado período, que VON LISZT estima não dever ser inferior a um ano. Por fim, os *delinquentes ocasionais*, para os quais as penas curtas de prisão que à época se aplicavam com frequência eram tidas como um instrumento de todo desadequado, porquanto seriam uma espécie de corredor aberto para uma carreira criminal ⁽¹³⁴⁾. Nas suas palavras: «[n]ão existe nada tão desmoralizador e absurdo como as nossas penas privativas de liberdade de curta duração,

⁽¹³¹⁾ FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, pp. 55-57.

⁽¹³²⁾ As definições de incorrigibilidade são inúmeras. A mais conhecida é de VON LISZT, *La idea del fin...*, pp. 82-91, de acordo com a qual os corrigíveis deveriam ser melhorados nos seus comportamentos e recuperados, os que não pudessem sê-lo seriam apenas dissuadidos da continuação criminosa e os incorrigíveis inocuidados. ADOLPHE PRINS, *Criminalité et répression: essai de science pénale*, Bruxelles: Librairie Européenne C. Muquardt, 1886, também a ela se refere em vários pontos desta obra, p. ex., a p. 201-202. A título de ilustração, cite-se, ainda, a de G. ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*, p. 273: «considero a incorrigibilidade não como consequência de uma tendencia criminosa innata mas como resultante da incapacidade, para individuos deficientemente dotados e pessimamente educados, de viverem nas actuaes condições sociaes sem invadirem a esphera dos direitos de outrem.».

⁽¹³³⁾ Nas palavras de G. ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*, p. 245, «[p]ara estes (...) não nos resta senão reduzi-los á impossibilidade de exteriorisarem os seus maus instinctos.».

⁽¹³⁴⁾ FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, pp. 83-91.

aplicadas aos aprendizes a caminho do crime» (135). Aqui se encontra, nesta classificação dos criminosos, desde logo, uma preocupação pelo afeiçoamento da pena à personalidade de cada agente — e também às circunstâncias que rodearam o crime, na medida em que VON LISZT, na senda de FEUERBACH (136), distingue sempre uma vertente subjectiva de uma outra objectiva do delito, a esta última acobertando a factualidade típica específica —, no que não pode deixar de assinalar-se como uma orientação especial-preventiva.

Esta *adaptabilidade* da pena em função das características do agente é um dado de grande relevo nas penas substitutivas, na medida em que o seu fundo é sempre o mesmo: procurar a sanção mais apropriada não apenas aos factos praticados, mas também àquela concreta personalidade manifestada no facto. E essa adaptabilidade é um dado que ficamos a dever às orientações de base especial-preventiva, ainda que negativa e de índole positivista. Donde, o que diremos a propósito da natural desconfiança com que estas teorias olhavam o instituto que estudamos não pode obnubilar esta conquista de base, também ela essencial para as medidas de substituição.

Por outro lado, sendo um penalista que se assume do movimento positivista (137), embora procurando uma ligação entre

(135) FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, p. 89.

(136) FRANZ VON LISZT, *La idea del fin...*, p. 75.

(137) Para uma exposição dos traços mais marcantes desta orientação, entre tantos, cf. GABRIEL TARDE, *La Philosophie Pénale*, Lyon/Paris: A. Storck/G. Masson, 1890, pp. 43-82. Em Portugal, para esse efeito, estabelecendo uma distinção dentro da Escola em fisionómica, frenológica e degenerativa, cf. MÁRIO ARTUR DA SILVA MALDONADO, *Alguns aspectos da história da Criminologia em Portugal*, (Trabalho apresentado para o exame do Curso Complementar de Ciências Histórico-Jurídicas), disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/2102.pdf>, consultado em 2/6/2014, pp. 26, ss. Esta obra é igualmente importante pelo eco das ideias positivistas no nosso país, destacando o papel de BASÍLIO FREIRE, JÚLIO DE MATOS, BERNARDO LUCAS, FERRAZ DE MACEDO e AZEVEDO CASTELO BRANCO. O primeiro estudou empiricamente vários alienados no Hospital de Conde Ferreira, no Porto, publicando a obra de referência *Os degenerados*, em 1886 e, em 1889, *Os criminosos*. Para ele, o louco e o criminoso seriam duas formas de degenerescência (p. 35). É também importante por não concordar com LOMBROSO na crença da existência de um tipo antropológico criminal,

uma sua perspectiva mais exacerbada e aquela que ficou conhecida como «sociológica», é ainda de salientar, não apenas no domínio das reacções de substituição, mas, em geral, em toda a matéria das consequências jurídicas do crime, a sua preocupação com a mensurabilidade dos fenómenos observados. Em especial, no seu «Programa», VON LISZT defende o relevo da estatística criminal como forma de saber até que ponto uma dada medida está ou não, na prática, a produzir frutos.

3.2. Para além destes autores, coube a BONNEVILLE DE MARSANGY dedicar um estudo profundo às causas do fenómeno e à proposta de soluções legislativas aptas a combatê-lo. Antes de conhecermos estas últimas, impõe-se compreendermos o pensamento jurídico-penal de MARSANGY, integrando-o no da era em que viveu.

O magistrado da *Cour Impériale de Paris* verifica que a situação criminal daquele momento histórico se ficava a dever a uma quebra de eficácia das disposições do nosso ramo de Direito que, por seu turno, eram devidas a um menor rigor na sua aplicação por parte dos juízes («excessiva indulgência do [tribunal de] júri e dos magistrados») ⁽¹³⁸⁾, os quais lançavam mão de circunstâncias atenuantes previstas na lei sem a necessária sensatez, de modo que o *quantum* final de punição era claramente insuficiente e, por outro lado, a própria legislação reclamava uma

considerando antes que o delito era um fenómeno essencialmente cerebral (pp. 37-38). ANTÓNIO MARIA DE SENA destaca-se por uma concepção do crime como uma doença (p. 41) e JÚLIO DE MATOS adere aos postulados positivistas, assente numa ideia determinista, propondo que os delinquentes fossem colocados em colónias penais, manicómios criminais ou estabelecimentos para menores incorrigíveis, em função da patologia e da idade (pp. 42, 50-51). Os ensinamentos da Psiquiatria no modo como se organizavam esses estabelecimentos e como deviam ser tratados os reclusos teve consagração legal com as leis de 4/7/1889, de 3/4/1896 e de 17/8/1899 (p. 52). Os estudos de MIGUEL BOMBARDA foram também de grande importância (cf., *ibidem*, pp. 67-74). Sobre o seu papel no desenvolvimento da Criminologia no nosso país, ver ainda TÂNIA DIAS/RITA FARIA/CÂNDIDO DA AGRA, «Elementos para uma História da Criminologia em Portugal», pp. 91-94.

⁽¹³⁸⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. VIII.

melhoria (e não uma reforma; o autor sublinha este ponto) ⁽¹³⁹⁾. É sobre este último aspecto que BONNEVILLE se debruça.

O autor define o crime como «a violação de todos os deveres que a lei divina e humana proclama; (...) a negação absoluta de todos os direitos, de todas as garantias sociais» e a pena como «o dique que impede os transbordamentos do crime; (...) a ameaça que deve contê-lo; (...) a força superior legítima que o deve dominar» ⁽¹⁴⁰⁾. Destas transcrições resulta clara a opção, do prisma da concepção de base quanto aos fins das penas, em linha com o pensamento dominante na altura, pela prevenção geral negativa, aqui e além mitigada com algum pensamento retributivo. As específicas formas propugnadas são o controlo do *desejo*, da *audácia* ou do *meio* (diríamos, «inocuidade» ⁽¹⁴¹⁾) apto à reincidência, devendo a lei estar preparada para cumprir, pelo menos, uma delas ⁽¹⁴²⁾.

Não será por acaso. No séc. XIX, o movimento utilitarista de ADAM SMITH, JEREMY BENTHAM e STUART MILL ⁽¹⁴³⁾, entre outros, conhece o seu momento alto, sendo clara a influência deste último nos escritos de MARSANGY. A linguagem das paixões, da sua função motivadora e condicionadora dos comportamentos humanos detecta-se na obra do autor ⁽¹⁴⁴⁾. A pena,

⁽¹³⁹⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. X, XXX.

⁽¹⁴⁰⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. 21.

⁽¹⁴¹⁾ A qual é tratada por BENTHAM (*The rationale of punishment*, London: Robert Heward, 1830, pp. 48-49) como algo de muito desejável, desde que não demasiado custoso. Na linguagem do autor, tal significa que a inocuidade só devia ser aplicada quando respeitasse as exigências de proporcionalidade, visto que o custo era encarado como excessivo sempre que desaproveitasse punição. Quando se sancionasse mais do que é necessário.

⁽¹⁴²⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. 22.

⁽¹⁴³⁾ Neste autor, p. ex., é muito clara a concepção segundo a qual a limitação da liberdade de um indivíduo só se justifica enquanto ao serviço do benefício comunitário e nunca com o mero objectivo de proteger aquele concreto sujeito. Assim se defendem as bases da prevenção geral de inspiração marcadamente liberal (cf. JOHN STUART MILL, *On liberty*, 6th ed., Chicago: Encyclopædia Britannica, 1996, pp. 293-302).

⁽¹⁴⁴⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. 21. Em BENTHAM, entre tantos locais, veja-se a defesa de uma política de punição e recompensa, com exemplos concretos dos seus sucessos, em «Second letter to Lord Pelham», in:

para além de servir de exemplo à comunidade, de modo a afastá-la da prática criminosa, seria também um instrumento de justiça⁽¹⁴⁵⁾ e de humanidade. Em linha com os ensinamentos desde BECCARIA, a «intimidação preventiva» repousaria em duas condições essenciais: «[a] rapidez e a eficácia da perseguição [criminal]» e «[a] suficiência das penas». A «esperança na impunidade» por parte do agente do crime era identificada como «a principal motivação da prática delituosa»⁽¹⁴⁶⁾.

JEREMY BENTHAM, *The works of Jeremy Bentham*, 1843, pp. 224-226 (consultado na base de dados <http://heinonline.org>, em 27/4/2014). Igualmente interessante é o resumo de toda a sua política penitenciária com as expressões «sobriedade, rigor e universalidade» (*ibidem*, pp. 236-238). Com a crítica, entre nós, de VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Principios geraes de Philosophia de Direito*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850, p. 49, que recusava este puro utilitarismo de um deve e haver, asseverando que «os prazeres e penas não são bases solidas e invariaveis para um systema: os homens (...) gozam prazeres e soffrem penas muito differentemente uns dos outros».

⁽¹⁴⁵⁾ É evidente que esta concepção de justiça é ainda muito dominada por orientações moralistas e até religiosas (a reforma do agente é o objectivo central da *liberté préparatoire*, p. ex. — cf. A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. 595, n. 1, e 615). A manutenção da ordem pública não deixa de ser vista como uma reprodução de uma boa ordem divina.

⁽¹⁴⁶⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. 46 e 49. De todos conhecida é a súplica da sua obra marcante, mas que vale a pena repetir, tal foi o eco que ainda hoje tem na ciência penal: «para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis.» (CESARE BECCARIA (1738-1794), *Dos delitos e das penas*, p. 163; ainda, pp. 102-104 e 155). Entre nós, logo JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, *Classes dos crimes, por ordem systematica, com as penas correspondentes, segundo a legislação actual*, Lisboa: Regia Officina Typografica, 1803, pp. 18-21, se refere a estes aspectos, denotando influência clara de BECCARIA, tanto mais que esta obra foi publicada poucos anos depois da do Marquês, aludindo ainda ao influxo de MONTESQUIEU, em especial no domínio da proporcionalidade requerida entre a gravidade do crime e da sanção, dizendo que ela não «deve ser arithmetica, mas moralmente exacta entre o mal, e a sua reparação, entre o crime, e a sua pena.» (*ibidem*, p. 21). [Não deixa de ser sintomático que em visita a Portugal (de 27/1 a 3/2/2015), GABRIELA KNAUL, a relatora especial da ONU para a Independência dos Juizes e Advogados tenha salientado, nas suas conclusões preliminares que a linguagem usada no mundo do Direito em Portugal é demasiado «rebuscada» e não ajuda a que a comunidade compreenda as decisões, para assim mais facilmente as interiorizar — cf. *Observações preliminares sobre a visita oficial a Portugal*, disponível em

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Display-News.aspx?NewsID=15536&LangID=E>, acessado em 13/2/2015.]

Se, de entre outros, MELLO FREIRE é considerado uma espécie de «Beccaria português», tal epíteto é atribuído, em Espanha, a MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBEREN, *Discurso sobre las penas...*. Também ele começa, neste marcante livro, por criticar o Direito dos «povos bárbaros» (p. 4), por apresentar o monarca como o intermediário da divindade na Terra (p. 16) e por definir a «pena» como «o mal que alguém padece contra a sua vontade e em virtude de uma norma superior, devido ao mal que voluntariamente realizou com malícia ou com culpa» (p. 20: é de referir, desde logo, as duas categorias de imputação apontadas por LARDIZÁBAL). É, à semelhança de BECCARIA, um autor que segue as teorias contratualistas, embora critique ROUSSEAU pela falta de respeito e consideração devidos à Igreja (pp. 23-30). A proporcionalidade entre a gravidade do crime e da sanção é assumida *expressis verbis*, bem como a sua natureza pública («os castigos secretos provam ou impotência e debilidade no governo ou injustiça e atrocidade na pena» — p. 52), necessária e baseada no princípio da legalidade (pp. 34, 49), a que acresce a brevidade na aplicação sancionatória (p. 56). Aliás, à proporcionalidade designa por «alma e principal nervo de toda a boa legislação criminal» (pp. 41-42), não sem enfileirar no utilitarismo reinante (p. 45) e, por decorrência, na prevenção gera negativa (p. 51). Para uma panorâmica do sistema penitenciário espanhol que, enquanto tal, só se desenvolve a partir do séc. XIX, à semelhança do que sucedeu com os seus congéneres europeus (denotando influência correccionalista — *ibidem*, p. 293), com a vantagem de se referir à construção de uma prisão em particular, abordando questões ligadas à arquitectura prisional, típicas da visão do panóptico benthamiano, veja-se RICARDO M. MATA Y MARTÍN, «La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX», in: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, V (2012), pp. 283-316. O artigo é ainda relevante, na medida em que nos dá conta de uma esperada evolução similar no que é hoje a Espanha de uma prisão de contenção, provinda do Direito Romano e de legislação medieval como *Las Partidas* ou o *Libro de las Costumbres* de TORTOSA, para uma função da privação de liberdade como forma de cumprimento efectivo de uma pena (*ibidem*, pp. 288-289). Mesmo historicamente, surgiram duas palavras para designar cada uma das realidades: *cárcel* era lugar de detenção de quem aguardava julgamento e *presidio* é instituição destinada ao cumprimento de pena (RODRÍGUEZ MAGARIÑOS/NISTAL BURÓN, *La historia de las penas...*, p. 29).

No resumo de FARIA COSTA, na nota introdutória ao livro que também traduziu, «um uso cauto, parco e racionalmente fundamentado do direito penal.» (p. 20). Ideais que motivariam a crítica azeda de KANT, acusando BECCARIA de ter sido animado «de um afectado sentimentalismo humanitário» (GIORGIO MARINUCCI, no seu ensaio introdutório à tradução portuguesa «Cesare Beccaria: um nosso contemporâneo», p. 49). Como bem salienta SERGIO SEMINARA, «Das Werk “Von den Verbrechen und von den Strafen” von Cesare Beccaria zwischen Philosophie, Strafrecht und Kriminalpolitik», in: *Juristen Zeitung (JZ)*, 69, 23 (2014), p. 1122, esta pequena obra foi o início da penetração do utilitarismo no Direito Penal, a par de uma certa ideia de humanismo que se não limitou a proclamações de princípio, mas que se concretizou em reformas penais e processuais penais que varreram a Europa. Na senda de SEMINARA, podem

MARSANGY preocupa-se com o facto de a sanção penal servir para condenar os verdadeiros responsáveis pela perpetração dos delitos da mesma forma que pela libertação dos inocentes ⁽¹⁴⁷⁾. O apelo à reforma dos criminosos é também uma

destrinçar-se duas orientações: uma que entendia que o utilitarismo era *ex parte principis* ou *ex parte populi*, i. é, ou derivava de um poder originário do monarca que o reflectia na população em geral ou, ao invés, ele radicava directamente na comunidade. Essencial foi ainda a percepção de que o corpo do condenado não mais seria propriedade do monarca, mas estaria ao dispor da comunidade como forma de a mesma se afastar do cometimento de crimes por via desse exemplo punitivo (*ibidem*, pp. 1123-1124). Continua SEMINARA, então, concluindo que o utilitarismo de BECCARIA contribuiu para que o humanismo que perpassa a sua obra seja mais uma verdadeira «ficção» (*Fiktion*), na medida em que o objectivo essencial seria obter a prevenção geral negativa. Como contracrítica, todavia, sempre se pode argumentar que o Marquês de BECCARIA bem sabia que, na época, avançar mais seria provavelmente pouco aceite pela comunidade, pelo que esse maior entono utilitário poderia bem ser mais estratégico que correspondendo ao verdadeiro pensamento do autor (*ibidem*, p. 1125).

GOETHE (1749-1832), contemporâneo portanto de BECCARIA, não sendo propriamente um poeta ou escritor do Direito e do Direito Penal em especial (esse papel coube mais a autores como SCHILLER, KLEIST e ERNST THEODOR AMADEUS HOFFMANN), reflectiu todavia sobre alguns tópicos de interesse a este último ramo de Direito, mostrando-se sensível às considerações iluministas, ao afirmar que «a lei deve procurar reduzir a quantidade de mal, mais do que pretender aumentar a soma dos bens», mais afirmando que «injusto é o que é desumano». GOETHE não era adepto de revoluções, de mudanças repentinas, mas de transições suaves e planeadas, por considerar as primeiras contrárias «à natureza das coisas» (HEINZ MÜLLER-DIETZ, «La giustizia penale in Goethe», in: REALINO MARRA (dir.), *Diritto e castigo. Immagini della giustizia penale: Goethe, Manzoni, Fontane, Gadda*, Bologna: Il Mulino, 2013, pp. 52 e 54-55). GOETHE pronuncia-se ainda contra a abolição da pena de morte (o «poeta-jurista» enquadra-se na prevenção geral negativa) que, no seu país, havia sido abolida em 1771, considerando que ela era um mecanismo eficaz para evitar a *Blutrache*, mantendo nas mãos do Estado o monopólio do exercício da pena capital, embora admitisse que a morte se pudesse substituir pela prisão em circunstâncias contadas, mas que não pertenciam à época em que vivia (*ibidem*, pp. 61-62 e 66). É certo, todavia, que ao aproximar-se do ocaso da vida, o poeta tornou-se mais humanista e alinhado com os pressupostos iluministas, o que não deixa de surpreender se atentarmos no seu carácter conservador e tradicionalista (*ibidem*, pp. 72-73). Na verdade, a partir das suas publicações de 1829, GOETHE acaba mesmo por defender o fim da pena de morte, substituindo-a por grandes prisões capazes de conter os malfetores e proteger os cidadãos cumpridores, numa concessão ao humanismo e ao pietismo alemão e anglo-saxónico que ia campeando (*ibidem*, p. 74).

⁽¹⁴⁷⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. XXXI: a lei devia ser «generosa: de modo que ninguém tenha o direito de a atacar e de a criticar;

constante no seu pensamento, como fica claro, de entre outros, pela introdução de institutos jurídicos de substituição e outros como a *liberté préparatoire*, antecedente histórico da «liberdade condicional» do sistema português. Donde, bem se pode afirmar que MARSANGY se insere no movimento que encara a pena como uma medida de justiça e de solidariedade com o criminoso. Não uma solidariedade inconsequente, mas sim exigente e dura quando necessário, pois a conservação do tecido social assim o demanda. Não esqueçamos que esta é a época napoleónica em que a vida e a propriedade são entendidas — legado iluminista

para que *nenhum inocente seja perseguido*; de jeito que nenhum culpado tenha de sofrer morosidades ou severidades inúteis.». Por outro lado, a lei criminal deveria ser «forte: a fim de que ninguém tenha a possibilidade de iludir, ou a audácia de a afrontar; de modo que *nunca haja culpados impunes*.» (itálicos no original). Muito antes, já SÉNECA se pronunciara em idêntico sentido: *[t]ranseamus ad alienas iniurias, in quibus vindicandis haec tria lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet: aut ut eum, quem punit, emendet, aut ut poena eius ceteros meliores reddat, aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant. Ipsos facilius emendabis minore poena; diligentius enim vivit, cui aliquid integri superest. (...) Civitatis autem mores magis corrigit parcatas animadversionum; facit enim consuetudinem peccandi multitudinem peccantium, et minus gravis nota est, quam turba damnationum levat, et severitas, quod maximum remedium habet, adsiduitate amittit auctoritatem. Constituit bonos mores civitati princeps et vitia eluit, si patiens eorum est, non tamquam probet, sed tamquam invitus et cum magno tormento ad castigandum veniat. Verecundiam peccandi facit ipsa clementia regentis; gravior multo poena videtur, quae a miti viro constituitur.* (Em nossa tradução livre: «[p]assemos agora aos danos provocados a terceiros, em que a punição com estes três objectivos que a lei teve em vista deve também ser observada pelo príncipe: ou reformar o homem que é punido, ou puni-lo para tornar os outros melhores, ou remover os homens maus para deixar os outros viver em maior segurança. Consegue-se mais facilmente reformar os culpados através de sanções menos severas, na medida em que viverá mais regradamente aquele que ainda tem alguma coisa a perder. (...) Para além disso, a moral do Estado é melhor atingida através de um uso moderado de medidas punitivas; na medida em que o pecado se torna familiar para a maioria daqueles que pecam, e o estigma oficial é menos pesado se a sua força for diminuída pelo exacto número daqueles que condena, e a severidade, que leva implícito o melhor correctivo, perde a sua eficácia através de uma aplicação repetida. A boa moral é estabelecida no Estado e o vício é expulso se um príncipe for paciente com o vício, não porque o aprova, mas se, sem vontade e com grande sofrimento, teve de recorrer ao castigo. A verdadeira misericórdia do senhor faz com que os homens se abstenham do mal; a punição decretada por um homem bom parece a mais severa» — SÉNECA, *De Clementia*, in: *Moral Essays*, vol. I, XXII, London: William Heinemann Ltd., 1928, pp. 418-421).

— como os mais sublimes direitos da pessoa humana e que, no seu conjunto, constituem aquilo que se designava por «segurança pública» (148). Estamos perante um Estado centralista, forte, organizado, personificado na figura do Imperador e que aspirava à manutenção das condições de segurança e ordem públicas mais perfeitas.

Acresce que BONNEVILLE DE MARSANGY revela uma *visão holística* dos fenómenos criminais, na medida em que, a propósito das medidas enunciadas para melhorar a legislação, analisa o seu possível impacto a vários níveis. Não se queda por uma mera análise dogmática e político-criminal, mas estende-se também para a investigação sobre as consequências económicas, sociais e políticas das medidas. Assim, p. ex., no que contende com a *liberté préparatoire*, é analisado o aforro que representaria para o erário público tal incidente de execução da pena, em função do custo diário de cada preso (à época, um franco (149)), bem como as vantagens políticas (em termos de simpatia e apoio popular) desse instituto (150). Dito de outra forma, é mérito do autor estudar cada medida de jeito pormenorizado, satisfazendo os vários interesses que a mesma poderia servir.

Outro ponto que, como em qualquer medida nova, suscitava reflexão dos autores que se inscrevem nos primórdios do movimento internacional de luta contra as penas curtas de prisão, contendia com a verdadeira natureza de pena a atribuir à suspensão da execução, dado que ela terá sido, ao menos em sentido moderno, a primeira que se divisou. Poderia ser tida como pena um instrumento que permitiria ao condenado, apesar de uma instância judicial ter concluído pelo preenchimento de todos os elementos constitutivos do conceito material de crime

(148) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. XXX-XXXI. Citando NAPOLEÃO, «essa indulgência em relação ao crime, para mim, designa-se por crueldade para com a sociedade.» (*ibidem*, p. 25).

(149) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. 617-618.

(150) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. 618: «a justa popularidade do (...) governo».

e que, não obstante, admitia o cumprimento de uma «pena» em meio aberto, só com a mera ameaça da sua efectiva aplicação em caso de repetição criminosa ou, no máximo, com imposição de certas restrições a direitos fundamentais que não a liberdade? E se a resposta fosse afirmativa, a mesma teria de sê-lo quer aos olhos do próprio agente, quer da comunidade organizada em Estado. Na medida em que, ainda que se trate de uma suspensão simples, existe sempre uma reserva de prisão pronta a operar a título de condição resolutiva, entendia-se logo por alturas da segunda metade do séc. XIX que a privação de direitos, marca de água de qualquer sanção, também operava na *sursis*, motivo pelo qual lhe quadraria o designativo de «pena» ⁽¹⁵¹⁾.

Ora, como se adiantou, de entre os institutos jurídicos propugnados por BONNEVILLE DE MARSANGY, aqueles que nos interessam para os propósitos desta investigação são a *liberté provisoire*, mais tarde designada por *sursis* e que, entre nós, foi apelidada de suspensão de execução da pena de prisão e a *admonition*, a nossa actual admoestação, também ela com fundas raízes históricas. Antes de passarmos ao estudo, necessariamente perfunctório, da *liberté provisoire*, convirá, porquanto existem assinaláveis pontos de confluência, passarmos em apressada revista a *liberté préparatoire*, o instituto que, entre nós, acabou por dar origem à liberdade condicional.

3.2.1. Como não se ignora, a ideia-mestra de MARSANGY e de outros autores do séc. XIX era a de procurar encontrar uma forma de preparar (daí a designação) a libertação definitiva do condenado, numa altura em que, como já referimos, havia um aumento da reincidência. Em especial nas sanções mais dilatadas no tempo, o ambiente prisional pode tornar o agente do crime menos apto a readaptar-se à liberdade, por ter «desaprendido» alguns mecanismos básicos. Uma medida que, aliás, já havia provado bem no que tange aos jovens delinquentes ⁽¹⁵²⁾ e

⁽¹⁵¹⁾ Mais tarde, *inter alia*, EDMUND MEZGER, *Tratado...*, p. 422.

⁽¹⁵²⁾ *Instruction ministérielle* de 3/12/1832 (cf. A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De*

que, também por isso, agora deveria ser alargada aos criminosos adultos. Acresce que, como era mais ou menos prevalecente, o juiz não estaria em condições, no momento de determinação da sanção, de estabelecer o *quantum* exacto de pena suficiente para se almejem as finalidades punitivas, o que apenas se iria percebendo ao longo da execução. Donde, tal como um medicamento deve deixar de ser administrado, também a prisão o deveria ser quando já se não mostrasse necessária; quando o condenado se encontrasse recuperado ⁽¹⁵³⁾.

O autor não o refere na sua obra, mas sempre se poderia dizer que a *liberté provisoire* também acaba por ser um *juízo antecipatório*. Dito de outra forma, entre a pena suspensa e a liberdade condicional existe, *inter alia*, uma similitude — a do prognóstico em relação ao futuro do comportamento do agente e do modo como este último será ou não uma prova de cumprimento dos desideratos a que a pena tende. Um momento de *indeterminação controlada*, de *dúvida calculada quanto ao futuro*, diríamos nós. Outro dos aspectos comuns entre a que viria a ser a *sursis* e o correspondente à nossa liberdade condicional contende com a natureza jurídica que BONNEVILLE lhes atribui e que, de modo mais claro surge caracterizada na *liberté préparatoire*, «espécie de meio termo entre a graça absoluta e a integral execução da pena» ⁽¹⁵⁴⁾. Em ambas se detecta, ainda, uma crença na «reforma» do ser humano «em qualquer idade» e o seu regime é sempre o de uma *demi-liberté* ⁽¹⁵⁵⁾.

No que diz respeito à *admonition répressive*, MARSANGY entende que ela é uma das boas tradições do Direito francês antigo que devia ser recuperada para a legislação penal,

l'amélioration..., 1^{er} partie, p. 607, n. 1).

⁽¹⁵³⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. 593-600. Detecta-se uma certa aproximação a uma ideia de *pæna medicinalis* tomista e à concepção de justiça.

⁽¹⁵⁴⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, p. 600.

⁽¹⁵⁵⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 1^{er} partie, pp. 608 e 612, referindo-se, aqui, *expressis verbis*, à liberdade condicional.

manifestando a sua estranheza que o não tenha sido no CP de 1832. Consistia ela (e consiste), em uma «advertência pública», em audiência de julgamento (¹⁵⁶). Ao invés do que hoje sucede, contudo, ela seria aplicada quando o juiz o entendesse, o que quadrava à natureza de medida de graça que o autor lhe ligava, exercida num quadro de grande discricionariedade (¹⁵⁷). Todavia, somente quanto a crimes pouco graves e em que os agentes fossem primários (¹⁵⁸).

O autor empreende um conspecto histórico da medida, remontando aos tempos da *admonitio* canónica (*monitio caritativa*), com expressa consagração no texto bíblico (¹⁵⁹) e que chegou mesmo a ser motivo de anulação de decisões eclesiásticas quando, antes da sanção, não se tivesse advertido (três vezes) fraternalmente o agente do delito canónico. Recorda que para os delitos acima descritos só haveria vantagens na sua consagração *de iure condendo*, dando ainda como exemplos países, de entre os quais o nosso, em que a legislação positiva já havia

(¹⁵⁶) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 214 e 227. Tratava-se de uma «correção através da boca dos juizes» (DOMAT *apud ibidem*, p. 228), com um duplo objectivo de «reprimenda» e «aviso» (MERLIN *apud idem*).

(¹⁵⁷) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 237.

(¹⁵⁸) Muito claramente, A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 237-238. Na legislação alemã coetânea, a medida só se destinava a menor, sendo muito discutida a vantagem de a aplicar em audiência e, até, de fazer comparecer os menores perante um juiz. Reforçava-se o seu cariz educativo e reformador. Cf. G. ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*, pp. 252-253.

(¹⁵⁹) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 221- 227. Cf. Sb 12, 25-26 (o versículo referido por MARSANGY não se refere ao que se pretende em texto) e Mt 18, 15-17 (igualmente se procedeu à acomodação do texto citado ao efeito pretendido, o que se justifica por via das edições da Bíblia usadas). Utilizámos a *Nova Bíblia dos Capuchinhos*, Lisboa/Fátima: Difusora Bíblica, 1998. Na actualidade, no já citado Código de Direito Canónico em vigor, a admoestação pode aplicar-se mesmo antes da comissão delituosa, quando, «depois de feita investigação, incidir grave suspeita de ter cometido um delito» ou «de cujo comportamento surja escândalo ou grave perturbação da ordem» (cân. 1339). Por outro lado, pode a admoestação ser usada como primeira sanção por uma infracção, a aplicar antes de outra que, sendo depois cometida, merecerá pena mais grave (cân. 1347). É, assim, clara a perda de qualquer natureza de sanção substitutiva, podendo ela mesma ser uma medida pré-delitual, inadmissível no Direito laico.

consagrado a admoestação, seja como pena principal, seja acessória. Com destaque surge a Inglaterra que, «desde tempos imemoriais», mantinha este uso, com a prerrogativa de aplicação judicial discricionária ⁽¹⁶⁰⁾.

Não estaríamos, na perspectiva de MARSANGY, perante uma verdadeira pena, mas sim em face de uma «admoestação disciplinar», que se traduzia no exercício do direito de graça ⁽¹⁶¹⁾ (*rectius*, em «meio termo entre a absolvição pura e simples e a condenação») e em relação à qual BONNEVILLE duvidava do *quantum* de sacrifício que a *admonitio* teria em muitos condenados. Tanto mais que se entendia que esta «reprimenda paternal» ou «instituição misericordiosa» nada tinha de infamante, uma vez que o condenado mantinha a integridade dos seus direitos. Acrescia a impossibilidade da sua cumulação com qualquer outra pena, incluindo as sanções pecuniárias, por mais leves que fossem ⁽¹⁶²⁾. Se o condenado não comparecesse para ser advertido em audiência pública, seria detido e conduzido perante o juiz para o efeito; caso não se comportasse com o respeito devido ao tribunal durante a aplicação da pena, seria sancionado com uma modalidade de prisão «de simples polícia», designada por *arrêts* ⁽¹⁶³⁾. Isto mostra-nos que as críticas que desde há algumas décadas se fazem sentir quanto ao nosso art. 60.º, no sentido de se estar perante uma *norma mais simbólica que de real punição*, acabam por ter eco na história do instituto. Dito de outro modo, já no séc. XIX existia a consciência de que, pela sua natureza, a admoestação não participava dos elementos básicos que compõem o constructo que designamos por «pena criminal» ⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 238-240.

⁽¹⁶¹⁾ Era essa, aliás, a concepção prevalecente até cerca da primeira metade do séc. XX — cf., p. ex., EDMUND MEZGER, *Tratado...*, p. 420.

⁽¹⁶²⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 214, 228-229 e 237.

⁽¹⁶³⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle...*, 2^{ème} partie, p. 235, n. 3.

⁽¹⁶⁴⁾ Para uma sua noção na actualidade, *vide* o nosso «Algumas notas para um

Aliás, a pouca relevância da admoestação não é uma novidade no nosso ordenamento jurídico ⁽¹⁶⁵⁾. Embora se tenha tratado apenas de um projecto que não chegou a ver a luz do dia, JORDÃO já propendia para não a considerar como pena, ainda que a previsse como sanção substitutiva, a aplicar somente na concorrência de «circunstâncias atenuantes excepcionais» e a quem ainda não tivesse «[perdido] os sentimentos do dever» ⁽¹⁶⁶⁾.

Essa diversa natureza em nada obnubilava, porém, as vantagens que lhe eram reconhecidas e que levaram à sua consagração no CP bávaro de 1813 (*gerichtlicher Baweis*) e nos de outros Estados do que é hoje a Alemanha, bem como na codificação da Sardenha de 1841 ou das Duas Sicílias, para além do nosso CP de 1852 — art. 83.º, o qual previa a possibilidade de converter penas de prisão em multa — ⁽¹⁶⁷⁾ e, depois, no de 1886

conceito operativo de “pena”», in: *Julgar*, 32 (2017), pp. 203-232.

⁽¹⁶⁵⁾ Ou em outros sistemas. Assim, no projecto de CP de ENRICO FERRI, a admoestação era eliminada, justificando-se tal facto com a circunstância de que, para os criminosos ocasionais, tal pena era «supérflua» e para aqueles que já se não deixavam influenciar pela intervenção judicial, a referida pena somente contribuiria para diminuir a autoridade e o prestígio da magistratura (ENRICO FERRI (relator), *Relatório sobre o Projecto Preliminar do Código Penal Italiano*, livro I, Lisboa: Livraria Moraes, 1925, pp. 140-141).

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. artigos 80.º, 4.º e 118.º (LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal Portuguez. Projecto*, t. II, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864, pp. 34 e 46). É muito interessante esta referência em letra de proposta de lei da capacidade do condenado ser influenciado pela pena como determinante para a respectiva aplicação.

⁽¹⁶⁷⁾ EDUARDO CORREIA, «A influência de Franz v. Liszt sobre a reforma penal portuguesa», in: *BFD*, vol. XLVI (1970), p. 1, sublinhando que os ensinamentos do autor alemão não eram desconhecidos no nosso país, embora a não liquidação da multa resultasse, depois, em prisão e não em trabalho, como defendia VON LISZT. A BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 234-237 (*gerichtler* e não *guerichtler*, como surge nesta obra). No que contende com a nossa codificação e a espanhola, MARSANGY insurge-se contra o facto de a admoestação surgir como pena principal ou acessória e de, assim, nesta última vertente, poder ser cumulada com a prisão ou a multa. Deste modo, enquanto verdadeira sanção, a *admonitio* perdia a finalidade de advertência antes da repressão, o que a tornava inútil, em especial sob as vestes de pena acessória. Existe ainda uma interessantíssima referência a uma colaboração de BONNEVILLE DE MARSANGY com a tentativa de aprovação de um novo CP durante o reinado de D. PEDRO V, referindo-se MARSANGY a que foi «a seu pedido»

(art. 68.º) ⁽¹⁶⁸⁾. À cabeça delas — e que no presente estudo mais nos interessa sublinhar — encontra-se o facto de, por via do Iluminismo e do utilitarismo ⁽¹⁶⁹⁾, se entender que *a única pena justa era a pena necessária*. A natureza de *ultima ratio* do Direito Penal é claramente suportada e, em seu complemento, em MARSANGY e em outros estudiosos seus contemporâneos, surge o axioma de que se os desideratos do Direito (Criminal) puderem ser atingidos através de medidas menos duras, tanto melhor — *avertir avant de frapper*. Ganhar-se-ia, aproximando-nos do pensamento de MARSANGY, do prisma da humanidade e da justiça do sistema, da perspectiva política, porquanto a sua inexistência contrariava os princípios liberais e até lógicos: se existe

que o então projecto de codificação portuguesa a passa a considerar como uma «medida de clemência» (*ibidem*, pp. 237 e 241). Só no reinado de D. Luís é aprovado o CP de 1886 (decreto de 16/9/1886). Daqui se retira que o autor teve não só uma influência na nossa legislação por via das suas ideias que perpassaram um pouco por toda a Europa, mas também de um modo mais directo, através da influência na própria feitura das leis, facto que não é colocado em relevo.

⁽¹⁶⁸⁾ «A pena de reprehensão obriga o condemnado a comparecer em audiência pública do juízo respectivo, para ahi ser reprehendido.». A tal não será estranha a influência do correcionalismo que é assinalada desde logo ao Projecto de 1861, na sua versão de 1864, facilmente detectável no pensamento de LEVI MARIA JORDÃO (cf. JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, «El Código Penal portugués...», pp. 610-611). Do mesmo modo, do prisma da Filosofia do Direito, VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Breves reflexões sobre a Philosophia de Direito do Sr. J. M. Rodrigues de Brito*, Lisboa: Typographia do Jornal do Commercio, 1869, pp. 18-19, acolhendo-se directamente a KRAUSE, critica o princípio *neminem laede* como princípio fundamental, degradando-o à categoria se «secundário», defendendo uma Filosofia do Direito do prisma dos direitos, considerando que ela se reduz à «exposição dos direitos, lezões, reparações e garantias dos direitos». Também defensor do pensamento correcionalista, que detecta em várias leis do séc. XIX, à cabeça das quais a que aboliu a pena capital, mas também a reforma de 1884, ANTONIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Estudos penitenciarios e criminaes*, p. 110.

⁽¹⁶⁹⁾ Mais tarde entendido de modo diferente, porquanto, bem vistas as coisas, «trocam-se desigualdades», como MICHEL FOUCAULT comprovou ao analisar o pensamento de DAVID RICARDO, em *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines*, Paris: Gallimard, 1966, pp. 265-275, visto que só assim surge o impulso para a relação interpessoal que, analisada em pura perspectiva jurídica significa que o crime e a pena são realidades diversas e em que o desprazer da última é, na essência, algo distinto do primeiro. Somente por ser distinto, a sanção pode funcionar como «contra-motivo» à prática delitual.

um agravamento da pena por via da reincidência, porque não prever uma sua diminuição em função do cariz pouco grave do delito e da inexistência de antecedentes criminais? ⁽¹⁷⁰⁾. Mais ainda — o que é uma constante em várias das propostas do magistrado —, esta medida seria popular para o poder político, o que também é encarado como uma vantagem ⁽¹⁷¹⁾.

Repetimos que MARSANGY não assemelha a admoestação a uma pena criminal, o que é de grande relevo na matéria em estudo, pois deixa a descoberto que *já no séc. XIX se entendia que a dados crimes se poderia responder com instrumentos que não fossem exclusivamente penais*. Em uma época em que os mecanismos de *alternative dispute resolution* são quase que erigidos a descoberta juspenalística do corrente século, é sempre muito útil recordarmos o fluir da História.

Por outra banda, é ainda importante assinalar que o autor já se lamentava de algo que ainda hoje é apontado como crítica ao nosso art. 60.º, embora em sentido inverso, pela circunstância de, quando MARSANGY escreveu, o CP francês não prever a admoestação. Queixava-se ele que, perante um crime pouco grave, preferiam os juízes a absolvição do agente às consequências nefastas de uma condenação em pena criminal ⁽¹⁷²⁾, o que, se por um lado se compreende tendo em vista a força de contracção dos direitos fundamentais do nosso ramo de Direito, por outro acabava por enfraquecer a norma e a sua eficácia. Hoje, aquilo que se critica é a circunstância de a admoestação «mascarar», algumas vezes, comportamentos sem relevância penal, por intermédio da aplicação de uma sanção que, amiúde, não é sentida como tal pelo condenado (e pela comunidade).

A pouca importância dada à admoestação pelo legislador francês de Oitocentos ficar-se-ia a dever, na perspectiva de BONNEVILLE DE MARSANGY, para além do receio da

⁽¹⁷⁰⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, pp. 217-221.

⁽¹⁷¹⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 247.

⁽¹⁷²⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 233.

arbitrariedade na sua aplicação, a uma confusão entre a *admonitio* e a *blâme*, também uma repreensão judicial pública, mas de cariz infamante, aplicada para além da pena principal, *i. e.*, tratava-se de uma verdadeira «pena acessória infamante» (173).

4. Na Alemanha, também em finais do séc. XIX, vários eram os autores que, na senda daquele e de outros Mestres, criticavam o sistema penal que, na sua maioria, aplicava penas curtas de prisão com muito duvidosas vantagens político-criminais. Dizia-se, ainda, que o chamado *Legitimitätsprinzip*, reconhecido no Direito Penal do *Reich* desde 1879 — o qual permitia aos procuradores decidirem-se por mecanismos próximos do que seriam hoje espaços de oportunidade e consenso — deveria lograr uma mais ampla aplicação, exemplificando-se esta tendência com o crime de roubo (174). Repare-se que esta era uma forma apontada pela doutrina de lutar contra as penas curtas de prisão. Sobretudo, aquilo por que se propugnava era uma maior aplicação da sanção de multa como substituto das penas curtas de prisão, chamando-se a atenção para os menores efeitos criminógenos e até para os respectivos benefícios económicos para o próprio Estado (175).

Destarte, não é de estranhar que, no seio das sociedades científicas, já naquela época, a questão das penas de curta duração ocupasse um importante lugar na reflexão penológica.

Exemplificando: o art. 2.º dos Estatutos originários da União Internacional de Direito Penal (VON LISZT, PRINS, VAN HAMEL) que, para o que agora releva, estatuiu: «3. A pena é um dos meios mais eficazes de que o Estado dispõe contra a criminalidade. Todavia, *não é o único meio*; não devemos separá-lo dos demais meios sociais e, particularmente, não deve fazer esquecer as medidas preventivas. (...) 7. (...) no que concerne às penas de privação de liberdade de curta duração, a União

(173) A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 230.

(174) Assim, PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen...*, p. 5.

(175) Por todos, PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen...*, pp. 10-11.

considera que é possível e desejável a *substituição da prisão por medidas de eficácia equivalente.*»⁽¹⁷⁶⁾.

Os Congressos Penitenciários Internacionais realizados entre 1872 e 1925 vão todos no sentido da adopção de um reforço das medidas «alternativas» à prisão⁽¹⁷⁷⁾ e o II Congresso Internacional de Criminologia (Paris, 1950) apresenta a tese do efeito criminógeno da medida privativa de liberdade⁽¹⁷⁸⁾. O Congresso Penitenciário de 1885 (Roma) já havia sido muito claro nesse sentido, expondo-se como argumentos os fracos ou inexistentes resultados práticos das curtas privações de liberdade, a que já se juntavam considerações económicas⁽¹⁷⁹⁾. Conclui-se que «substituir [a pena] por outra concilia de uma maneira satisfatória os direitos da Humanidade com as exigências

⁽¹⁷⁶⁾ ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid: Edisofer, 2005, pp. 20-21. Itálicos acrescentados.

⁽¹⁷⁷⁾ Em especial, os Congressos de 1878 (Estocolmo), 1885 (Roma), 1890 (S. Petesburgo), 1895 (Paris), 1905 (Budapeste), Londres (1925) — cf. PIERRE VAN DROOGHENBROECK, «Les courtes peines d'emprisonnement et leur remplacement par d'autres mesures (mise à l'épreuve, amende, travail à domicile, etc.)», in: AA. VV., *Douzième Congrès Pénal et Pénitentiaire International. Actes*, vol. V, Berne: Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1951, p. 37.

⁽¹⁷⁸⁾ PATRÍCIA OLIVESKI BURTET, «Sistema penal brasileiro...», p. 78.

⁽¹⁷⁹⁾ Intervenção de NOSCITO, relatada por PEDRO ARMENGOL Y CORNET, *El Congreso Penitenciario Internacional de Roma. Memoria expositiva de las discusiones y acuerdos del mismo*, Barcelona: Tipografía de la Casa Provincial de Caridad, 1890, p. 46, advogando ainda este participante que as penas substitutivas seriam especialmente adequadas para crimes «passionais» e que, por via dessa circunstância atenuante, não merecem mais de um mês de privação de liberdade. GARÓFALO (*ibidem*, pp. 47-48) já se pronunciava muito céptico quanto a esta substituição, argumentando com a falta de eficácia intimidatória da repreensão, com os custos organizacionais para o Estado do trabalho comunitário e com a ocupação da polícia em certas regras de conduta ligadas à pena suspensa, como sucederia com a proibição de frequência de determinados locais. Atendendo ao positivismo de que parte, não é de estranhar esta posição de GARÓFALO. Note-se, todavia, que como adverte AFONSO COSTA, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, vol. I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895, pp. 308-309, para este último autor, um inimputável não devia ser tratado do mesmo modo que um imputável, ainda que partindo de uma concepção de defesa social, atento o «estado patológico» de que se encontravam acometidos. Para uma análise sobre o essencial do pensamento de AFONSO COSTA, sublinhando a sua actualidade à época, cf. EDUARDO CORREIA, «A influência de Franz v. Liszt...», pp. 5-6.

da justiça» (180). Depois, em 1925, desta feita em Londres, no âmbito da mesma organização, insistia-se na substituição dessas penas curtas por um regime de *probation* ou de multa (181). No mesmo sentido, a Comissão Penal e Penitenciária Internacional, nas suas resoluções de 1946 e 1948, aconselha a substituição das penas curtas de prisão (182).

Depois da II Guerra, o movimento continuou, passando pelo Congresso Internacional Penal e Penitenciário da Haia, em 1950, louvando-se as vantagens político-criminais da suspensão condicional da pena e da multa como substitutivos da privação de liberdade, a que acresce a admoestação, a qual ressurgiu depois de não ter sido considerada como alternativa eficaz no Congresso da mesma associação que se realizara em São Petersburgo, em 1890, bem como o trabalho ou a interdição do exercício de actividade ou profissão (183).

Passamos a verificar a existência de dois níveis: um deles, para a criminalidade mais grave, em que se defendem as penas de duração indeterminada, ao passo que para os delitos menos graves se propende para a substituição da prisão por outros instrumentos (184). Não deixa de ser curioso, em consequência, que o reforço das penas indeterminadas acabe por se dar como uma forma de seleccionar a criminalidade oposta à de menor gravidade. Numa palavra, a luta contra as penas curtas de prisão acaba por conduzir, também, a um influxo dessas decisões judiciais que, ao menos em uma primeira aparência, seriam opostas à intenção original.

5. ALPHONSE MARIE BÉRENGER (185) é outra das figuras cimeiras neste movimento de luta contra as penas curtas de

(180) PEDRO ARMENGOL Y CORNET, *El Congreso Penitenciario Internacional de Roma...*, p. 51.

(181) MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro...*, p. 28.

(182) HARDY GÖRANSSON, «Short term imprisonment...», pp. 1-2.

(183) MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro...*, p. 29.

(184) Assim, HARDY GÖRANSSON, «Short term imprisonment...», pp. 1-2.

(185) Também surge escrito *Béranger*, p. ex., em A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration...*, 2^{ème} partie, p. 597, n. 1, e em JEAN PRADEL, *Droit Pénal...*, p. 449.

prisão e de proposta de institutos jurídicos aptos a corporizá-la.

O autor foi encarregue, em 1851, pela Academia das Ciências Morais e Políticas francesa, de visitar os «lugares de repressão» do seu país e da Inglaterra, no sentido de, através do método comparativo, compreender o funcionamento do sistema inglês e de averiguar da possibilidade de transplantar para o ordenamento pátrio alguma medida útil para a eficácia da lei penal, aferida através da diminuição da taxa de criminalidade ⁽¹⁸⁶⁾. No ano seguinte, o relatório seria apresentado à Academia e, de entre as medidas estudadas, BÉRENGER mostra-se em particular surpreendido com um sistema inglês de progressão penitenciária em cinco níveis, aplicável a qualquer pena de prisão ⁽¹⁸⁷⁾. Aliás, ele começava justamente pelas mais gravosas, tidas como a prisão perpétua e a reclusão por mais de quinze anos, em que os agentes eram sujeitos a um período de duras provas que, se vencido, os permitiria aceder a uma verdadeira *probation*, em outro local físico. A este segundo nível poderiam aceder directamente os condenados a privação de liberdade por menos de quinze anos ⁽¹⁸⁸⁾. Ultrapassado este período com sucesso, os condenados receberiam um «certificado de *probation*», o qual lhes permitia, precedido de autorização governamental, o exercício de uma profissão a favor de qualquer particular. A quarta fase importava a concessão de um *ticket of leave* (*billet de permis*), a que se seguia o momento de «graça condicional ou definitiva», o qual extinguiu a pena.

Destacamos não apenas o entendimento de que a reclusão deveria passar por etapas definidas e em que existia uma racionalidade própria, todas elas orientadas para um fim de

⁽¹⁸⁶⁾ ALPHONSE MARIE BERENGER, *De la répression pénale, de ses formes et de ses effets. Rapport fait à l'Académie des Sciences Morales et Politiques*, 1^{er} partie, Paris: Typographie de Firmin Didot Frères, 1852, p. 5.

⁽¹⁸⁷⁾ ALPHONSE MARIE BERENGER, *De la répression pénale...*, p. 34.

⁽¹⁸⁸⁾ Do texto de BÉRENGER não consta o que sucederia a quem fosse condenado a uma pena *igual* a quinze anos de prisão. Pressupomos que se aplicaria o regime mais gravoso.

readaptação social do condenado, mas também o facto de a *probation* ser um instrumento por excelência desse percurso.

Nessa sequência, o pensamento de BÉRENGER funda-se na ideia, já citada, de que se deve *avertir avant de frapper*, reponsando no momento da advertência uma boa parte do seu potencial. Mais ainda, todo o movimento de criação de *substitutivos penais* para as sanções principais que se foram construindo desde meados do séc. XIX não deixaram, bem vistas as coisas, de partir da verificação de que o ser humano se orienta em função de recompensas, ao estilo de BENTHAM (*récompense* e *châtiment*, na tradição francófona). Ora, como TREPPOZ⁽¹⁸⁹⁾ colocou em destaque, o prémio para a condenação condicional era a reabilitação legal do condenado⁽¹⁹⁰⁾, acreditando-se neste efeito quase «didáctico» e premial.

Cumprе assinalar, neste momento, por dever de probidade científica, que, mesmo rechaçando o utilitarismo puro, a *ideia premial* está presente em muitos institutos de Direito Penal, desde logo em matéria de tentativa, embora não seja esta a doutrina actualmente mais difundida. Exacto é, todavia, que os legisladores dos Estados democráticos ocidentais partem do princípio de que, observados determinados requisitos, nada obsta a que se incentive o condenado a um comportamento conforme ao Direito durante um lapso temporal findo o qual, adimplidas essas condições, o mesmo daí retirará benefícios. Entende-se que ganha a comunidade e o próprio condenado. Onde, todavia, se deixa o efeito preventivo-geral diminuir a cotas tão baixas que o ponto de defesa do ordenamento jurídico já se não

(189) LUCIEN TREPPOZ, *Étude théorique et pratique sur les condamnations conditionnelles (Loi Bérenger)*, Paris: Chevalier-Marescq, 1894, pp. 29-30.

(190) Para EDUARDO CORREIA (*Apontamentos sobre as penas...*, pp. 316-317), à luz do CP de 1886, a suspensão da execução era uma «reabilitação de direito», no sentido em que, ultrapassado um período judicialmente fixado, a sanção aplicada desaparecia, devendo a decisão «considerar-se sem efeito». Do mesmo jeito, ela era tida como uma verdadeira pena à qual o autor assinalava finalidades retributivas e preventivas. Aliás, idêntica concepção de que a pena suspensa é uma sanção em si mesma havia sido já patrocinada por BELEZA DOS SANTOS (*loc. cit.*).

cumpre, é questão a tratar mais adiante.

Mantinha-se, como houve já ocasião de sublinhar, o entendimento segundo o qual às penas curtas de prisão faltava a duração necessária para que os efeitos da punição se fizessem sentir. A prisão por curto tempo era encarada, em finais do séc. XIX, como um estímulo à preguiça, como um modo de desligar o condenado de todos os seus laços sociais, de o privar ainda do seu trabalho e de lançar sobre ele o opróbrio público. Era, numa palavra, um *noviciat de la récidive* ⁽¹⁹¹⁾.

Assim, a *sursis* foi desenhada por BÉRENGER, no seu projecto de CP francês de 1884, mas legislativamente consagrada na Bélgica com a lei de 31/3/1888, por iniciativa do Ministro da Justiça da época, JULES LEJEUNE, e na França em 27/3/1891 ⁽¹⁹²⁾ — a conhecida *Lei Bérenger* —, seguindo a Alemanha esta tradição e não a anglo-americana ⁽¹⁹³⁾. Nas palavras do então senador ⁽¹⁹⁴⁾, «o espírito do instituto é o de criar um tratamento especial para o homem que a justiça ainda não conseguiu atingir e cuja moralidade permaneceu em boa medida intacta, de modo a que a sociedade nada tenha a duvidar da sua liberdade».

Esta pena substitutiva aplicava-se quer à sanção privativa de liberdade, quer à multa (art. 1.º), não havendo qualquer

⁽¹⁹¹⁾ LUCIEN TREPPOZ, *Étude théorique...*, pp. 23-24. Pode citar-se também a celebrizada expressão de LACASSAGNE (cit. na última obra referida, p. 25): a prisão é *le bouillon de culture de la criminalité*.

⁽¹⁹²⁾ CHRISTIAN-NILS ROBERT, «La défense continue», in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 125 (2007), p. 339; EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas...*, p. 316. Teve-se em conta a data da publicação no jornal oficial, como é habitual, embora não se desconheçam textos em que surge a data de 26/3/1891, como sucede em PIERRE VAN DROUGHENBROECK, «Les courtes peines d'emprisonnement...», p. 39 (a lei foi consultada em LUCIEN TREPPOZ, *Étude théorique...*, pp. 200-202, bem como em JEAN PRADEL, *Droit Pénal...*, p. 549).

⁽¹⁹³⁾ PAUL FELIX ASCHROTT, *Ersatz kurzzeitiger Freiheitsstrafen...*, pp. 25-26.

⁽¹⁹⁴⁾ Que se lêem no relatório de 6/3/1890, citado em JEAN PRADEL, *Droit Pénal...*, p. 549. O *sursis avec mise à l'épreuve* ou *sursis probatoire* só viria a surgir por lei de 1958 e, por diploma de 10/6/1983, criar-se-ia o *sursis com travail d'intérêt général* (*ibidem*, pp. 622-623), cuja solução também preconizamos para o nosso ordenamento jurídico e que, aliás, já entendemos consagrada no actual corpo legislativo, como veremos *infra*.

menção legislativa no sentido da sua adscrição a dada medida concreta da pena pecuniária ou de prisão, nem tão-pouco uma sua aplicação somente a determinadas categorias de crimes. Requeria-se a inexistência de condenações anteriores em prisão por crime ou delito de direito comum (art. 1.º). Apresentava-se como uma faculdade atribuída aos juízes (*peuvent*) e sempre mediante decisão motivada (sem indicação legal, contudo, dos critérios). Se, durante o período de cinco anos após o julgamento ou a data da decisão condenatória, inexistisse uma nova condenação em prisão ou pena mais grave, também por crime ou delito de Direito comum, a condenação *sera comme non avenue* (art. 2.º). Tal não significava o seu esquecimento, altura em que se aproximaria da amnistia, mas assistia-se sim a uma «reabilitação de pleno direito ou legal»⁽¹⁹⁵⁾. Cumprido o período de suspensão sem incidentes, inexistia inscrição no registo criminal, ou melhor, a condenação era inscrita no *casier judiciaire* com a menção expressa da suspensão, mas não era inscrita no extracto entregue às partes (art. 4.º). Apenas as autoridades judiciais conheciam a pena, mas nunca outras autoridades ou particulares. Havendo incumprimento, a primeira pena seria cumprida antes da segunda e de tal modo que se não confundisse com esta última (art. 1.º). A suspensão não compreendia o pagamento de eventuais pedidos de indemnização civil, ou seja, os efeitos da respectiva condenação em nada se alteravam por via da *sursis*. O mesmo se passava com as penas acessórias e com as incapacidades que resultassem da condenação (art. 2.º).

Havia uma clara distinção entre a *condenação* e a *execução* da pena⁽¹⁹⁶⁾. A condenação condicional em nada bulia com a condenação propriamente dita, a qual já se encontrava definida na decisão judicial no seu *quantum* exacto. Apenas a execução era postergada para um momento ulterior. Algo de diverso sucede com a *probation*, em que a própria condenação é suspensa,

(195) LUCIEN TREPPOZ, *Étude théorique...*, pp. 192-194.

(196) Muito correctamente, LUCIEN TREPPOZ, *Étude théorique...*, pp. 31-32.

dado não ser determinado qualquer *quantum* de pena, mas somente se verificando que aquele foi o autor do ilícito. A condenação dá-se em uma fase posterior, dependendo a sua existência do modo como decorre a *probation*: se o agente cumpre ou não as prescrições que lhe foram estabelecidas. Em conclusão, na *probation*, condenação e execução são ambas suspensas.

6. De um prisma prático, de intervenção comunitária e já não de reflexão teórica, dogmática ou político-criminal, é incontornável a figura de JOHN AUGUSTUS, justamente considerado o primeiro *probation officer* ⁽¹⁹⁷⁾.

Este fabricante de sapatos de Boston, a partir de Agosto de 1841, em vários *police courts* e outros tribunais, ofereceu-se em centenas de processos judiciais ⁽¹⁹⁸⁾, em regra relativos a crimes de pequeno potencial ofensivo e geralmente associados ao consumo de álcool, como garante do bom comportamento do agente que, desse modo e mediante o pagamento da *bail*, era libertado. Quando comparecia perante o juiz para lhe ser aplicada a pena respectiva, ao invés de ser enviado para a *house of correction*, que na altura funcionava como uma verdadeira prisão para casos como estes, era condenado ao pagamento de uma multa, liquidada pelo próprio ou por AUGUSTUS, quando o primeiro não dispunha de meios económicos. Na grande maioria dos casos, de que AUGUSTUS manteve registos cuidados, não havia reincidência, concluindo-se que a escassa gravidade dos delitos ainda não tinha eliminado todas as hipóteses de correcção

⁽¹⁹⁷⁾ Por todos, *vide* JOHN AUGUSTUS, *John Augustus. First probation officer*, Montclair (New Jersey): Patterson Smith, 1972, *passim*. Também importante neste movimento foi, no Reino Unido, MATTHEW DAVENPORT HILL (Birmingham, 1792-1872) — cf. PIERRE VAN DROOGHENBROECK, «Les courtes peines d'emprisonnement...», p. 41.

⁽¹⁹⁸⁾ De Agosto de 1841 a Fevereiro de 1845, AUGUSTUS interveio em 232 processos, impedindo a condenação em pena de prisão — cf. JOHN AUGUSTUS, *John Augustus...*, p. 26. Dos primeiros 1.100 casos acompanhados por este sapateiro, apenas um incumpriu as medidas que lhe haviam sido impostas (WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose in probation decision making», in: *Buffalo Criminal Law Review*, 7 (2003), pp. 174-177).

dos agentes, como à época se entendia ser a finalidade última da intervenção penal ⁽¹⁹⁹⁾.

Nos escritos de JOHN AUGUSTUS são relatados com pormenor vários casos em que a sua intervenção foi decisiva, bem como as dificuldades que sentiu, vindas do sistema que, com este «período de prova» bem-sucedido, deixava de cobrar algumas taxas. Aliás, aquele que é tido como o «pai da *probation*» chegou mesmo a ser condenado por ter impedido a reclusão dos agentes nas *houses of correction* ⁽²⁰⁰⁾. Uma última nota para salientar que em todos esses relatos perpassa que a actuação de AUGUSTUS se ficou a dever a um desejo de ajudar aqueles que eram considerados «desafortunados» por terem «caído» no «terreno» do crime, ou seja, havia uma intenção moral e/ou ética e não — como salientámos — uma qualquer filosofia penal de base quanto à inconveniência de se condenar em penas curtas de prisão.

Sabe-se que só em 1878 o Estado de Massachusetts aprovou a primeira regulamentação sobre a *probation*, ainda quanto a jovens delinquentes, cabendo a Nova Iorque a aprovação da primeira relativa a adultos. Apenas em 1956, com o Estado do Mississípi, foi concluída a cobertura legislativa dos Estados Unidos a nível dos seus Estados continentais ⁽²⁰¹⁾. Mas, antes disso, já no séc. XIX, em 1836, o Massachusetts contava com legislação que admitia a libertação do agente sob uma garantia, nas hipóteses de crimes pouco graves. Neste Estado eram aplicados os *provisional filings or deferments of cases*, através dos quais o agente declarado culpado poderia ver a pena suspensa na sua execução, salvo se as exigências gerais de justiça demandassem a aplicação de uma pena efectiva. Procedia-se a um arquivamento do caso, o qual seria retomado na hipótese de o agente

⁽¹⁹⁹⁾ JOHN AUGUSTUS, *John Augustus*..., pp. 4-22.

⁽²⁰⁰⁾ JOHN AUGUSTUS, *John Augustus*..., p. 23.

⁽²⁰¹⁾ WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose...», pp. 174-177 e ULLA V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment. Intentions and reality*, New Brunswick/London: Transactions Publishers, 2002, pp. 17-19.

violar as obrigações sobre ele impendentes. Mais tarde, em 1916, o Supremo Tribunal Federal pronuncia-se no sentido de que estas formas de não aplicação imediata da pena só seriam admissíveis caso existisse lei expressa habilitante, o que acabou por ser uma mola propulsora para a aprovação, pelos vários Estados, de legislação próxima da *probation*, a qual já se encontrava enraizada na prática judiciária e na sociedade em geral. Todavia, apenas em 1956, o Estado do Mississípi aprovaria legislação de *probation*, sendo certo que as normas federais sobre a matéria só entrariam em vigor em 1925.

Esta popularidade — que levou SHELDON GLUECK a designá-la como «a flor entre as ervas daninhas do solo árido da Penologia» — não deve ser desligada do peso que, à época, as ciências sociais como a Psicologia e também a Medicina iam ganhando, o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal, em 1949, em *Williams c. New York*, assinalar que «a retribuição já não é o principal objectivo do Direito Penal. A reforma e a reabilitação dos agentes tornaram-se importantes desideratos da jurisprudência criminal». Parece hoje claro que a *probation* desempenha uma multiplicidade de fins, que vão desde a punição à incapacitação, passando pela *deterrence* ⁽²⁰²⁾ e por considerações de justiça restaurativa. Fins esses que, em uma visão puramente processual, contendem ainda com um instrumento poderoso nas mãos dos *prosecutors*, no âmbito do *plea bargaining* ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰²⁾ Reconhecida não apenas aqui, mas nas sanções substitutivas da prisão que importem um pagamento monetário ou equivalente, ajudando ainda a diminuir a despesa pública quanto a crimes não-violentos (veja-se o estudo de TODD L. CHERRY, «Financial penalties as an alternative criminal sanction: evidence from panel data», in: *Atlantic Economic Journal*, 29, 4 (2001), pp. 450-458). Em geral, sobre o efeito da prevenção geral dita «negativa», também na matéria que nos ocupa, cf., dado tratar-se de uma importante meta-análise, HENNING CURTI, «Zur Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland: eine empirische Untersuchung», in: CLAUS OTT/HANS-BERND SCHÄFER (Hrsg.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, pp. 71-94.

⁽²⁰³⁾ WAYNE A. LOGAN, «The importance of purpose...», pp. 172 e 178-179.

Por volta de 1900, existiam, no Reino Unido, cerca de cem pessoas que se dedicavam à tarefa de AUGUSTUS e deve-se ao *Probation of Offenders Act* de 1907 o estabelecimento das bases gerais do instituto, de modo ainda aproximado do hodiernamente vigente, sendo de sublinhar a exigência do consentimento do condenado para a sua aplicação⁽²⁰⁴⁾. Na sequência do *Report of the Departmental Committee on the Social Services in Courts of Summary Jurisdiction*, de 1936, os *probation officers* passaram a ser funcionários públicos. Com o *Criminal Justice Act* de 1948, os poderes discricionários dos julgadores aumentaram, em especial no que tange à duração da *probation*, a qual passou a contar com um mínimo de um ano de duração⁽²⁰⁵⁾.

Se AUGUSTUS é habitualmente considerado o «pai da *probation*», como dissemos, também é um facto que existiam, no Reino Unido, antecedentes históricos próximos desta forma de sancionamento. Assim, fala-se na *judicial reprieve* e na *recognizance* (ou *binding over to be of good behaviour*), esta última datada do séc. XIV e que consistia «numa promessa feita pelo agente do crime que ainda não havia sido sentenciado, de que, no futuro, levaria uma vida conforme ao Direito. O agente prometia pagar um *bond* ou *bail*, com ou sem garantia, e voltava ao tribunal se violasse alguma destas condições específicas.»⁽²⁰⁶⁾.

7. Apesar de, como vimos, a correspondente à actual «pena suspensa» ter sido aquela que historicamente surge em primeiro lugar, pela importância que desde sempre ocupou nas sociedades, embora dela se fizesse um uso muito diversificado, entendemos focar a nossa atenção sobre o trabalho como pena e o modo como tal tem evoluído. Não é ainda estranho a esta opção o conjunto de movimentos de apoio que, um pouco por todo

⁽²⁰⁴⁾ VIVIEN STERN, «Alternatives to prison in Britain», in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*, Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, p. 85.

⁽²⁰⁵⁾ VIVIEN STERN, «Alternatives to prison in Britain», p. 86.

⁽²⁰⁶⁾ ULLA V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment...*, p. 17.

o lado, reconhecem as múltiplas vantagens desta pena.

Ora, os trabalhos forçados ⁽²⁰⁷⁾ como componente de uma pena (p. ex., de desterro) são conhecidos há séculos. Contudo, não é deste trabalho, cumprido em meio prisional ou fora dele, mas sempre como componente de uma sanção principal, que aqui trataremos. Antes de mais, em uma grande parte das situações, ele não era aquilo que hoje apelidaríamos de pena principal, mas mesmo que o fosse — e foi-o ⁽²⁰⁸⁾ —, o seu sentido era muito díspar da actual prestação de trabalho comunitário, pois não exigia qualquer consentimento do condenado e era encarada como forma de inflicção de um mal que retribuísse o mal causado à sociedade.

Por outro lado, também as vantagens sociais do trabalho enquanto componente de uma sanção penal são conhecidas e elogiadas ao longo da História. Desde cedo se entendeu o trabalho (prisional) como uma «escola de virtude» ⁽²⁰⁹⁾, como uma forma de manter os condenados ocupados, reforçando assim o seu espírito, habituando-os a cumprirem regras e instruções, a

⁽²⁰⁷⁾ Segundo informação de ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas...*, pp. 113-114, n. 290, eles foram introduzidos no Baixo-Império, consistindo em trabalhos forçados em minas (*damnatio in metallum*), especialmente em pedreiras ou em minas de enxofre, ou em outros serviços relacionados com a exploração de minas (*damnatio in opus metalli*), e trabalhos em obras públicas (*damnatio in opus publicum*), todos referenciados no *Digesto*. Ainda de acordo com esta parte da compilação justinianeia, o condenado permanecia na situação jurídica de servo da pena (*servus poenae*), privado de toda a capacidade jurídica. Também na Idade Média, o trabalho forçado acompanhava certas penas, o mesmo se passando com as *houses of correction* inglesas. Note-se que no seio da Comissão Revisora do nosso actual CP, a ideia chegou a ser afluída como forma de enriquecer o conteúdo das penas de cariz educativo, por GOMES DA SILVA (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. PG*, vols. I e II, Lisboa: AAFDL, s/d, p. 13).

⁽²⁰⁸⁾ Como pena principal era concebida a «prestação obrigatória de trabalho diurno», dentro das sanções aplicáveis aos crimes comuns, entre um mês e dois anos no projecto de CP italiano de FERRI (ENRICO FERRI (relator), *Relatório sobre o Projecto Preliminar do Código Penal italiano*, livro I, pp. 247-250).

⁽²⁰⁹⁾ HENRIQUE DE BRITO CÂMARA, *Organização prisional*, pp. 39-40. O autor sublinha, também, a necessidade de aplicar o trabalho prisional a condenados a penas curtas de prisão que, mesmo sendo mais difícil, poderiam ainda aprender alguns «mestres simples» (*ibidem*, p. 40).

não se perderem em formas de vida (prisional) dissolutas ⁽²¹⁰⁾ e, por fim, a adquirirem (ou melhorarem) competências profissionais úteis para quando saíssem da prisão, a que acresce o facto de, mesmo durante o cumprimento, poderem beneficiar com a venda de produtos por si manufacturados ou a prestação de serviços, para além da sociedade em geral que, assim, e de alguma forma, conseguia diminuir as despesas com o recluso.

BECCARIA, na sua obra *Dei delitti e delle pene* ⁽²¹¹⁾, considerava, já no séc. XVIII, a prestação de trabalho como uma pena muito adequada a delitos como o furto. Com VON LISZT ou GARÓFALO — mais tarde com consagração legislativa no CP italiano de 1889 —, o trabalho é introduzido como uma forma de substituição da pena de multa não paga, tendo mesmo naquela codificação sido indicado o trabalho como pena principal de alguns crimes menores ⁽²¹²⁾. Em França, p. ex., no séc. XIX, o valor social do trabalho enquanto forma punitiva era reconhecido de modo unânime ⁽²¹³⁾.

Na Alemanha, segundo informação de JESCHECK ⁽²¹⁴⁾, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) tem grande tradição, já se encontrando prevista no *Preussiches*

⁽²¹⁰⁾ Muito claramente assumido no relatório do projecto de CP relatado por JORDÃO (LEVY MARIA JORDÃO (relator), *Código Penal Portuguez. Relatório*, t. I, p. 73), entendendo-se o trabalho como «um dos meios de obstar á corrupção moral». Tudo, aliás em linha com os fins adscritos ao sancionamento penal por esta comissão: conseguir o «melhoramento do criminoso» e a «intimidação racional para fazer desaparecer o alarme causado pelo delicto» (*ibidem*, p. 93). É interessante notar que, classificado embora o relator do projecto como um autor da prevenção geral negativa, já se percebe uma certa ideia mais ou menos próxima de uma «reafirmação normativa».

⁽²¹¹⁾ P. 107: «a escravidão temporária do trabalho e da pessoa à sociedade, para a indemnizar com a própria e total dependência, do injusto despotismo com que violou o pacto social». Nas hipóteses específicas de roubo, já BECCARIA propendia para as penas corporais. Na síntese de JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 155, trata-se do «"Manifesto" do garantismo».

⁽²¹²⁾ ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas...*, pp. 114-115.

⁽²¹³⁾ Entre tantos, p. ex., ORTOLAN, *Éléments...*, pp. 640-653.

⁽²¹⁴⁾ «Nueva dogmática y política criminal en perspectiva comparada», in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, XXXIX, I (1986), pp. 29-31.

Allgemeines Landrechts de 1794, desde o séc. XVIII no Direito saxão e turíngio, depois na «Lei das multas» de 1921 e na *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (Lei de Introdução ao Código Penal alemão: *EGStGB*) de 1974, embora inicialmente tenha contado com fraca adesão dos *Länder* na regulamentação essencial à sua aplicação. Em todos esses monumentos legislativos, o correspondente à nossa pena de PTFC era um substitutivo da pena de multa e não da de prisão.

Porém, é na Inglaterra que a forma moderna da pena de PTFC nasce, apesar de já na década de 1960, nesse Estado e em outros como os Países Baixos e a Alemanha, se reconhecer ao trabalho o valor de pena aplicável a um específico ilícito criminal, o que foi, ademais, impulsionado por organizações como o Conselho da Europa ⁽²¹⁵⁾. Ela surge em 1972, através do *Criminal Justice Act*, sob a designação de *community service*, e inicialmente aplicável a indivíduos com 17 anos de idade ou superior e a todos os tipos legais de crime puníveis com prisão, podendo o condenado escolher o serviço que melhor lhe conviesse de entre uma lista fornecida pelos serviços criados para acompanhar a execução. O número de horas oscilava entre 40 e 240 ⁽²¹⁶⁾. É

⁽²¹⁵⁾ BARBARA HUBER, «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)», in: *ADPCP*, XLVII, 3 (1994), p. 166.

⁽²¹⁶⁾ «Nueva dogmática y política criminal...», p. 31 e VIVIEN STERN, «Alternatives to prison in Britain», p. 88. Para um conspecto das dificuldades iniciais da sua introdução no Reino Unido e nos EUA, cf. DOUGLAS C. McDONALD, «Community service sentences», in: MICHAEL TONRY/KATE HAMILTON (eds.), *Intermediate sentences in overcrowded times*, Boston: Northeastern University Press, 1995, pp. 69-74, salientando a existência de um projecto-piloto de 1973, em Londres, avaliado pelo *Home Office* e que depois foi replicado, nos seus traços essenciais, no Bronx, Nova Iorque, em 1979, contando com a monitorização do *Vera Institute of Justice*. À época apontava-se a dificuldade de organização desta pena, mau grado as suas conhecidas vantagens, considerada mesmo como «fine on time» (*ibidem*, p. 71) para aqueles indigentes que não estavam em condições de pagar a pena de multa. Mais se sublinhava a importância destes programas para criminosos bem inseridos socialmente e com grandes meios económicos, contrapondo-se que, para o seu correcto funcionamento, o Estado deveria convencer-se de que qualquer sanção bem aplicada tem os seus custos, verdade tão insofismável quanto ainda não interiorizada (*idem*).

prevista como uma sanção que, apesar de ter surgido em 1972 como alternativa, passou a ser considerada como pena principal ⁽²¹⁷⁾. Na prática, o seu campo de aplicação privilegiado é, ainda hoje, o dos delitos patrimoniais, assumindo uma duração média de 120 horas ⁽²¹⁸⁾.

Podem divisar-se, em Direito Comparado, três grandes *modelos da pena de PTFC*: como sanção autónoma, principal ou substitutiva de outra ou outras (prisão e/ou multa) — sistema inglês —; integrá-la no domínio da suspensão de execução ou como consequência da não liquidação da multa (sistema alemão) ou ambos, i. é, considerá-la pena autónoma e integrá-la também na *sursis* (modelo francês). Entre nós, a pena de PTFC é encarada como sanção autónoma, mas nunca principal, somente de substituição, prevendo-a também, na prática, nas hipóteses de incumprimento da multa principal — art. 48.º (nisto se aproximando do modelo alemão), embora, nesta última hipótese, se não esteja, tecnicamente, perante uma verdadeira pena de substituição.

8. No séc. XX, o movimento continua, sendo suportada por vários autores a mesma ideia de que as penas curtas de prisão só devem ser aplicadas quando de todo em todo se traduzam na única forma de integrar as finalidades punitivas. Entre tantos, GOLDSCHMIDT ⁽²¹⁹⁾, falando na «função educativa» da sanção, era claro ao julgar que tais penas em nada favoreciam o desenvolvimento da personalidade humana. A tal não é estranho, como assinala KÜHL ⁽²²⁰⁾, a partir de meados das décadas de

⁽²¹⁷⁾ Neste sentido, VIVIEN STERN, «Alternatives to prison in Britain», p. 88 e BARBARA HUBER, «Sanciones intermedias...», pp. 163-164

⁽²¹⁸⁾ ABEL TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas...*, p. 116.

⁽²¹⁹⁾ *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 380. Em sentido não muito distinto, reafirmando que, como regra, o recluso mantém, ao longo da execução da pena, os seus direitos, excepto os que tiverem de ser restringidos pela natureza do cumprimento e aceitando a perda da capacidade eleitoral activa e passiva e o direito a ocupar certos cargos públicos, cf. LUDWIG VON BAR, *Die Reform des Strafrechts*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1903, p. 30.

⁽²²⁰⁾ KRISTIAN KÜHL, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-

1950-inícios de 1960, um recentrar das teorias dos fins das penas na prevenção especial de ressocialização e de «melhoramento» (*Besserung*), com a respectiva consequência da defesa da eliminação das penas curtas de prisão, da extensão do âmbito aplicativo da pena suspensa, em especial do correspondente ao nosso regime de prova, aliás corporizado na letra do § 2 da *Strafvollzugsgesetz* (Lei alemã de Execução das Penas e Medidas de Segurança Privativas de Liberdade: *StVollzG*), o qual foi muito proximamente reproduzido no nosso Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL) e já na legislação anterior que contendia com o chamado «Direito Penitenciário».

Em todo o movimento de luta contra as curtas privações de liberdade ocupa lugar de destaque o pensamento ínsito e as concretas propostas da dita «Escola da Defesa Social Nova», embora se adiante, desde já, que uma pura e simples substituição das penas por veras «medidas de defesa social»⁽²²¹⁾ nada mais seria que um retorno a um passado de triste memória.

Em 1954, publica-se o «Programa Mínimo de Defesa Social»⁽²²²⁾. No que especificamente contende com a matéria em

Baden: Nomos, 2001, p. 28.

⁽²²¹⁾ Tal chegou a ser proposto na Suécia logo após o final da II Grande Guerra, não tendo vingado (NILS CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2005, p. 23). Hoje, este país apresenta bons indicadores não somente em termos de taxa de criminalidade, mas sobretudo, no que aqui nos importa mais de perto, no elevado número de penas de substituição aplicadas, com especial destaque para as correspondentes à nossa suspensão executiva (cf. FELIPE ESTRADA *et al.*, «Crime and Criminology in Sweden», in: *European Journal of Criminology*, 9, 6 (2012), pp. 668-688).

⁽²²²⁾ Não se trata, como se sabe, da «defesa social» de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, como é salientado pelo *caput scholae* desta «nova defesa social», MARC ANCEL, «Quarante ans de défense sociale: aperçu historique du mouvement de défense sociale», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1987), p. 85.

A *Sociedade* é criada em 1949 (não se devendo esquecer o nome de GRAMATICA e, mais tarde, a fundação da *Union Internationale de Droit Pénal*, com VON LISZT e ADOLPHE PRINS). O manifesto surge na sequência dos seus dois primeiros congressos, em São Remo, 1947, e Liège, 1949. Sobre o efeito que ela teve na Criminologia, em especial na defesa de que as reformas penais devem ser sustentadas por dados

estudo, detecta-se um abandono do modelo médico de tratamento ⁽²²³⁾, falando-se mesmo no «declínio do mito do

empíricos dela provenientes, cf. FREDERICK M. MCCLINTOCK, «Research policy, criminal policy and social defense — a few remarks», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1986), pp. 86-88. Nos EUA, o diagnóstico não parece díspar — cf. G. HORVAT, «Short term sentencing alternative with treatment implications: past, present and future», in: WALTER T. HAESLER (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*, Diessenhofen: Verlag Rüegger, 1979, pp. 154-157. Saliente-se, ainda neste domínio, que ANCEL nunca propendeu para uma união da dogmática e com a Criminologia, mas para um aproveitamento, no domínio jurídico, dos dados criminológicos, tanto mais que se houvesse que atribuir algum lugar de destaque no âmbito de uma «ciência conjunta do Direito Penal», tal seria ocupado pela Política Criminal (claramente, GIAN DOMENICO PISAPIA, «Marc Ancel el la défense sociale nouvelle», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1990/1991), p. 18).

No que mais directamente diz respeito à matéria desta dissertação, o «Programa» afirma-se defensor de uma «política criminal inspirada na tradição humanista, base da nossa cultura», devendo cada medida aplicada ser «favorável à emenda e à reinserção do condenado». A abordagem pluridisciplinar do fenómeno criminal, a abertura para a «melhoria» do ser humano e o respeito pelos seus direitos fundamentais são outros aspectos fulcrais (MARC ANCEL, «Quarante ans de défense sociale...», p. 86; também, GIAN DOMENICO PISAPIA, «Marc Ancel el la défense sociale nouvelle», pp. 15-16). Em 1984, em Milão, o «Programa» seria revisto, tendo por base um projecto do Presidente ANCEL. No que aqui importa, salientamos uma nova preocupação com a vítima e a valorização da reparação, bem como a separação entre a criminalidade grave e a de baixo potencial ofensivo, para a qual se deverá começar por pensar em soluções de descriminalização, despenalização ou, pelo menos, de diversão e consenso. É agora claramente afirmada a prisão como último recurso e a urgência na valorização das penas de substituição, de entre elas a suspensão da execução e a prestação de trabalho comunitário. Especial atenção é também devotada ao reforço das penas substitutivas, tidas como verdadeiras penas, colocando ao dispor do condenado os adequados meios para que ele, querendo, possa ressocializar-se (MARC ANCEL, «La révision du Programme Minimum de la Société Internationale de Défense Sociale. Addendum», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1984/1985), pp. 19-22).

Para além da influência decisiva sobre o pensamento de EDUARDO CORREIA e CAVALLEIRO DE FERREIRA, veja-se a monografia de PALMA CARLOS, *Os novos aspectos..., passim*, sendo de ressaltar, em especial, a afirmação de que «a sanção não é um número perdido na frialdade dum artigo de lei, que qualquer possa aplicar e qualquer possa fazer cumprir.» (*ibidem*, p. 37). Para uma síntese da influência em Portugal, *ibidem*, pp. 46-54, bem como TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade sócio-cultural...*, pp. 78-80. Uma análise enxuta dos princípios fundamentais desta Escola encontra-se em HEINZ ZIPF, *Politica criminale*, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 112-118.

⁽²²³⁾ *Inter alia*, MARC ANCEL, «La révision du Programme Minimum...», p. 21, falando mesmo de um «mito médico», e EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, «La révision du Programme minimum de la Société internationale de défense sociale», in:

tratamento»⁽²²⁴⁾, a que acresce a consideração de que o Direito Penal, em geral, é somente um dos instrumentos ao serviço da luta contra o delito (e não o mais relevante), com a consequência de que a privação da liberdade é uma *ultima ratio*, em face dos efeitos negativos dessa sanção, os quais já se encontravam bem documentados. A ressocialização é assumida como um dos fins que a pena deve atingir, mas somente na medida em que se colocam ao dispor do condenado os meios para tal⁽²²⁵⁾. Na verdade, a fundamentação jusfilosófica da pena não era uma questão importante para esta Escola, considerando-se que o fundamental devia ser a manutenção da ordem social, a correcção e a ressocialização do delincente. Ora, essa reparação da ordem social acaba por demonstrar uma perspectiva utilitarista, preventiva, em que o passado do agente só interessa na medida em que dele se retiram informações para o futuro da punição. *Prevenção, protecção e reintegração* são os fins ínsitos à manutenção da ordem social a que a Nova Defesa Social aspira⁽²²⁶⁾.

Assim, urgia advogar o incremento da utilização das penas substitutivas⁽²²⁷⁾ (o conceito de «sanções ambulatorias»

Cahiers de Défense Sociale (1986), p. 59.

⁽²²⁴⁾ HANS-HEINRICH JESCHECK, «Remarques en droit comparé concernant la révision du Programme Minimum de Défense Sociale», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1986), p. 42.

⁽²²⁵⁾ Assim, à cabeça, MARC ANCEL, «La révision du Programme Minimum...», pp. 21-22.

⁽²²⁶⁾ ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, *La pena...*, pp. 80-81.

⁽²²⁷⁾ Para além da clara assunção da multa como pena principal que, a prazo, deveria passar a ser a mais aplicada pelos ordenamentos jurídicos (claramente, HANS-HEINRICH JESCHECK, «Remarques en droit comparé...», p. 48, EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, «La révision du Programme Minimum...», p. 57 e MARC ANCEL, «La révision du Programme minimum de défense sociale: premier examen des réponses faites à nos propres observations», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1983), p. 18). O último autor citado pronuncia-se favorável à introdução, para as pena até seis meses, do correspondente à nossa prisão por dias livres, bem como ao regime de semidetenção. Segundo informação de VICTOR SÁ PEREIRA, *Código Penal*, Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 97, o correspondente ao actual art. 46.º teria começado por ser usado como forma de cumprimento da pena de prisão, em especial quando a sua duração era longa, permitindo já uma certa adaptação à liberdade plena. Em França, por lei de 11/7/1970, foi adoptada como substitutivo de medidas concretas curtas de privação de

surge já aqui) previstas na legislação coeva e a criação de um leque mais alargado (incluindo as várias formas de suspensão executiva, de trabalho comunitário e, em geral, de auxílio ao condenado por via do que seriam os «técnicos de reinserção»⁽²²⁸⁾), existindo mesmo membros da *Société Internationale de Défense Sociale* que advogavam a supressão de todas as penas de prisão até seis meses⁽²²⁹⁾. Outro aspecto que desejamos sublinhar contende com o entendimento — ao menos de alguns dos membros da *Société*⁽²³⁰⁾ — de que uma derivação do princípio da legalidade, em sentido lato, contende com a necessidade de a Lei prever claramente em que situações e sob que pressupostos uma pena pode ser substituída, de modo a diminuir ao máximo a discricionariedade judicial.

Na Alemanha, durante o período da República de Weimar (1918-1933), foi positivada a substituição das penas inferiores a três meses de prisão por multa, bem como a possibilidade de as sanções pecuniárias serem cumpridas através de trabalho⁽²³¹⁾. Em 1921/24, a multa surge como hipótese ao lado da prisão, mas não ainda como substituição desta última⁽²³²⁾,

liberdade. Defendendo o que vai dito em texto, MARC ANCEL, «Complément au Programme Minimum — suggestions proposées», in: *Cahiers de Défense Sociale* (1986), p. 77.

⁽²²⁸⁾ MARC ANCEL, «Complément au Programme Minimum...», pp. 77-78 resume-o: «propor ou colocar ao dispor do indivíduo os meios práticos de socialização (formação profissional, organização dos tempos livres, actividades culturais) e prever a intervenção de certos organismos (público ou privados), actuando não apenas sobre o indivíduo, mas também sobre o meio em que este se insere». Do mesmo passo, é salientado que a política de ressocialização é somente uma parte da política geral.

⁽²²⁹⁾ É o caso de HANS-HEINRICH JESCHECK, «Remarques en droit comparé...», p. 42. Mais tarde, embora não o defenda já, estabelece nesse limite o que se deve entender por «pena curta de prisão» (HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 759-760).

⁽²³⁰⁾ Veja-se EMILIO DOLCINI/GIORGIO MARINUCCI, «La révision du Programme Minimum...», p. 56.

⁽²³¹⁾ Entre vários manuais em que tal aparece referido, cf. CLAUD ROXIN, *Strafrecht. AT*, 4. Auflage, Band I, München: Beck, 2006, Rn 11, pp. 112-113.

⁽²³²⁾ Registe-se, todavia, que o que vai dito em texto não parece ser unânime, já que HORST SCHRODER, «German Criminal Law and its reform», in: *Duquesne University Law Review*, 4 (1965-1966), p. 99, n. 8, citando para o efeito o § 27b do CP coevo

seguindo-se-lhe, em 1922, o Projecto de RADBRUCH que pretendia que a sanção pecuniária fosse, logo no tipo, a preferida pelo legislador e aplicador, mas tal não passou para a Proposta de CP de 1925⁽²³³⁾. Por outro lado, também se propunha que o limite mínimo da pena de prisão fosse de um mês (§ 31)⁽²³⁴⁾. Todavia, o Projecto do então Ministro da Justiça desempenharia importância considerável sobre o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuch* (Projecto Alternativo de Código Penal alemão – *AE-StGB*) de 1966⁽²³⁵⁾. Mais tarde, em 1953, com a 3.^a Lei de Reforma do CP, de 1953, passa a admitir-se a suspensão da execução para penas privativas de liberdade até nove meses⁽²³⁶⁾. Ao invés, o Projecto de 1962 chegou a prever uma outra forma de privação de liberdade ainda mais curta (entre uma semana e seis meses — *Strafhaft*), com argumentos próximos das mais modernas teorias do *short-sharp-shock*, mas que não entrou em vigor⁽²³⁷⁾.

(em linha com a dita «reforma Emminger», no mundo anglo-americano), refere que era admitida a substituição da prisão por multa, desde que a medida concreta da primeira não excedesse três meses.

⁽²³³⁾ É habitualmente considerado que este Projecto, talvez fruto da influência do seu Mestre VON LISZT, nas típicas antinomias das finalidades punitivas, acabava por conceder mais espaço à prevenção especial (ULFRID NEUMANN, «Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform», in: FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG (Hrsg.), *Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923)*, Berlin: Forum Berlin, 2004, p. 54). Em geral, sobre a importância da República de Weimar no Direito Penal, cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar», in: *Doxa*, 15/16 (1994), pp. 1025-1050, bem como JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, pp. 99-100, salientando-se, para além da importância de RADBRUCH, os trabalhos de KAHL.

⁽²³⁴⁾ ULFRID NEUMANN, «Gustav Radbruchs Beitrag...», p. 55.

⁽²³⁵⁾ FRIEDRIKE GOLTSCHKE, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2010, pp. 26-29. Sobre a importância que VON LISZT exerceu sobre o seu discípulo, no específico prisma da política sancionatória, *ibidem*, pp. 35-40.

⁽²³⁶⁾ Entre tantos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, p. 101 e HORST SCHRODER, «German Criminal Law and its reform», p. 99.

⁽²³⁷⁾ JÜRGEN BAUMANN, «¿Existe actualmente la posibilidad...», pp. 3-4 e 7. Mais tarde viria a sê-lo, para crimes de baixo potencial ofensivo, em que se procurava que o efeito de estigmatização do condenado não fosse tão forte como na outra forma de execução da prisão, reservada para delitos mais graves. O mesmo se passou entre nós,

É com a reforma penal de 1969 que se lança, na Alemanha, um verdadeiro programa de luta contra as penas curtas de prisão, em obediência aos desideratos à época enunciados de melhorar as condições de ressocialização do agente e de, em obediência ao princípio da *ultima ratio*, aplicar as sanções penais onde elas são de todo indispensáveis⁽²³⁸⁾. E isto desde logo porquanto o panorama nessa altura não era abonatório para o ordenamento germânico. Em 1967, as penas curtas de prisão haviam aumentado, sendo mesmo defendido, no Congresso de Professores de Direito Penal realizado em Münster, no mesmo ano, a proibição de se aplicarem penas de prisão inferiores a seis meses, seguindo-se a proposta de SCHMIDT, com um grupo mais pequeno a defender uma derrogação paulatina, então proposta por JESCHECK⁽²³⁹⁾.

Daí que o § 47 do *Strafgesetzbuch (StGB)*, apesar de não ir tão longe quanto o *AE-StGB*, preveja, ainda hoje, o carácter excepcional da pena de prisão aplicada em medida igual ou inferior a seis meses, a qual só deve suceder em função de «circunstâncias especiais, contendentes com o crime ou com a pessoa do agente», sendo tal exigido com vista a «produzir efeitos no agente ou para a defesa da ordem jurídica»⁽²⁴⁰⁾. Trata-se,

p. ex., com a «prisão maior» e a «prisão correcional», ao abrigo do CP de 1886. Na década de Sessenta do passado século, na Alemanha, já a *Strafhaft* era sujeita a críticas, considerando-se desnecessária a manutenção de um sistema dual executivo da privação de liberdade — assim, HORST SCHRODER, «German Criminal Law and its reform», p. 104. *Inter alia*, salienta a diferença entre *Gefängnis* e *Strafhaft*, MAX ERNST MAYER, *Derecho Penal...*, pp. 563-564.

⁽²³⁸⁾ E assim permaneceu durante algumas décadas. Na verdade, em 1986, o Governo Federal considerava inexistirem razões para alterar o sistema sancionatório germânico, ao menos nos seus traços essenciais, sendo que somente a partir dos inícios dos anos Noventa do séc. XX, muito em função do *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (Projecto Alternativo sobre a Reparação Penal, 1992, *AE-WGM*) e da importância da vítima no Direito e Processo Penais (a que não são alheias as experiências da ex-RDA neste domínio), esta necessidade começa a ser sentida — cf. STÄNDIGEN DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES, *Verhandlungen des neunundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Band I, Teil C, München: Beck, 1992.

⁽²³⁹⁾ JÜRGEN BAUMANN, «¿Existe actualmente la posibilidad...», pp. 5-6.

⁽²⁴⁰⁾ «wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters

liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen.» Crítico de se não ter avançado tanto como no *AE-StGB*, CLAUS ROXIN, «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», in: SANTIAGO MIR PUIG (ed.), *La reforma del Derecho Penal*, I, Bellaterra: Ed. de Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 93.

Para um conspecto da literatura alemã crítica das penas curtas de prisão desde VON LISZT, por todos, JOSEF KÜRZINGER, in: «Länderbericht Deutschland», HANS-HEINRICH JESCHECK (Hrsg.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Band 2, Baden-Baden: Nomos, 1983, pp. 1828, ss. e VILLMOW, «Kurze Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und gemeinnützige Arbeit», in: HANS-JÖRG ALBRECHT et al. (Hrsg.), 2. Halbband, *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. FS für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 1292. Na Alemanha, como em Portugal, a luta contra tais penas faz-se essencialmente por via da determinação da suspensão executiva da prisão — assim, SCHÄFER GERHARD et al., *Praxis der Strafzumessung*, 5. Auflage, München: Beck, 2012, pp. 35 e 43. Algo de similar pode dizer-se para a Áustria (§ 37 do *österreichische Strafgesetzbuch* – Código Penal austríaco: *öStGB*), onde a pena de prisão em medida até seis meses se aplica em circunstâncias extraordinárias, seguindo o exemplo alemão da substituição-regra (PETER TISCHLER, in: OTTO TRIFFTERER et al. (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, Wien: LexisNexis, 2011, § 18 Rn. 14, STEFAN SEILER, *Strafrecht. AT*, Band II, 5. Auflage, Wien: Verlag Österreich, 2012, pp. 37, ss., FRIEDRICH NOWAKOWSKI, «Die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe in der RV 1971», in: *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)* (1973), p. 34).

Não se esqueça que esta norma é, para JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, pp. 743-744 uma clara prova de um compromisso do legislador entre as diferentes visões sobre as teorias dos fins das penas, entendendo que nem mesmo a prevenção geral integradora é suficiente para, por si só, lhe dar uma resposta, visto que não se sabe qual a medida de pena necessária para se garantirem as «expectativas contrafáctica de reafirmação da norma». É de salientar a quase unanimidade da doutrina em torno de algumas ideias que se retiram do citado em texto § 47 do *StGB*. Antes de mais, o «factor de *ultima ratio*» que ele consagra, pela admissão criminológica dos nocivos efeitos das penas curtas de prisão, aqui fixadas em medida inferior a seis meses; a circunstância de se aplicar tanto a *Verbrechen* como a *Vergehen*; o facto de o seu afastamento se ficar a dever a concretas circunstâncias do agente (personalidade manifestada em acto no evento criminoso: *Täterpersönlichkeit*, grau de lesão dos deveres a que estava sujeito), da execução do facto — afastando-se as «lesões de bagatela» (*Bagatellschäden*) e tendo em conta o modo de lesão do bem jurídico; numa palavra, são simultaneamente circunstâncias de prevenção especial que podem excepcionalmente desaconselhar a substituição da prisão, bem como de feição preventiva-geral (em regra, positiva), que contendem com a protecção do ordenamento jurídico, as quais devem constar *expressis verbis* da decisão condenatória — § 267 Abs 3 S. 2, *StPO* (vejam-se, entre tantos, RÖSSNER/KEMPFER, «Anotação ao § 47 do *StGB*», in: DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2011, Rn 1, 2, 7 e 8, pp. 484-486; KRISTIAN KÜHL/MARTIN HEGER, *Strafgesetzbuch*

como se estudou, de uma norma muito tributária do pensamento de VON LISZT e que encontrou maior influência no *AE-StGB*, não somente na parte sancionatória e de reforço das medidas a aplicar em vez das penas curtas de privação de liberdade, mas também no domínio da teoria da *Strafzumessung* ⁽²⁴¹⁾. Do mesmo passo, em conformidade com o § 47, Abs 2 do *StGB*, mesmo quando o tipo legal não previr uma pena de multa e não for de aplicar prisão até seis meses ou superior, o tribunal deve aplicar uma multa, excepto quando a privação de liberdade for exigida pelos aspectos atrás referidos.

Também como consequência dessa reforma, de 1984 a 1991, na verdade, assiste-se a um período de diminuição da população prisional. Todavia, a partir de inícios da década de Noventa do passado século, a tendência inverte-se.

Com ALBRECHT/VAN KALMTHOUT ⁽²⁴²⁾, as razões deste aumento da população prisional contendem com o surgimento em larga escala da criminalidade associada ao consumo e ao

Kommentar, 28. Auflage, München: Beck, 2014, Rn 1 e 3, pp. 366-367; EDUARD DREHER/HERBERT TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Auflage, München: Beck, 1995, Rn 1, p. 307; THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Auflage, München: Beck, 2015, Rn 2, 6a e 9, pp. 441-443; BUBMANN, «Anotação ao § 47 do StGB», in: HOLGER MATT/JOACHIM RENZIKOWSKI (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Verlag Franz Vahlen, 2013, Rn 5 e 13, pp. 495 e 497; STREE/KINZIG, «Anotação ao § 47 do StGB», in: SCHÖNKE/SCHRÖDER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München: Beck, 2010, Rn 5, 14, pp. 795 e 797; URS KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 6. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2015, Rn 1, 7-8, p. 356; ESCHELBACH, «Anotação ao § 47 do StGB», in: HELMUT SATZGER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009, Rn 1, 21 e 23, pp. 412, 418- 419; STRENG, «Anotação ao § 47 do StGB», in: URS KINDHÄUSER *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Auflage, Rn 3, p. 1905). Como notam ainda alguns autores, o § 47 do *StGB* aplica-se aos crimes negligentes, de igual modo (assim, p. ex., FRANKE, «Anotação ao § 47 do StGB», in: BERND VON HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, München: Beck, 2003, Rn 17, p. 1680).

⁽²⁴¹⁾ CLAUD ROXIN, «Franz von Liszt...», pp. 69-105.

⁽²⁴²⁾ «Intermediate penalties: European developments in conceptions and use of non-custodial criminal sanctions», in: HANS-JÖRG ALBRECHT/ANTON M. VAN KALMTHOUT (eds.), *Community sanctions and measures in Europe and North-America*, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut, 2002, pp. 2-6.

tráfico de estupefacientes, bem como com a política do *getting tough on drugs*, que fez todo o seu curso por essa altura, com reflexos até ao presente. As doutrinas da *law and order* ⁽²⁴³⁾, da «tolerância zero», enfim, do *punitive turn*, com a substituição do ideal reabilitador. Do mesmo modo, o instituto da perda de instrumentos, produtos e vantagens derivados da prática de um facto ilícito-típico começa a vulgarizar-se, mas sempre na perspectiva de actuar em relação a um criminoso racional, o qual se desinteressa da prática criminosa se as vantagens últimas daí derivadas forem declaradas perdidas a favor do Estado. O ideal de eliminação surge como substituto do ideal reabilitador.

A ideia da ressocialização é paulatinamente substituída por um pensamento orientado para a segurança (*Sicherungsgedanken*), bastando para o efeito atentar nas construções do *Feindstrafrecht* ⁽²⁴⁴⁾ e todas as que gravitam à sua volta ⁽²⁴⁵⁾ ⁽²⁴⁶⁾. Com razão se afirma, porém, que, no domínio do sistema

⁽²⁴³⁾ Por oposição ao «autismo doutrinal de quantos propugnam a descriminalização e total» (PAULO FERREIRA DA CUNHA, *A Constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 26).

⁽²⁴⁴⁾ Para um apontamento, veja-se o nosso «Recensão a Manuel Guedes Valente, *Direito Penal do inimigo e o terrorismo*», in: *Ab Instantia*, V, 7 (2017), pp. 299-309.

⁽²⁴⁵⁾ Uma vez mais, o *AE-StGB*, no seu § 50, previa a substituição da pena de prisão até dois anos por multa se se obtivesse, por seu intermédio, um juízo prognóstico favorável quanto à reincidência, não tendo o *StGB* ido tão longe, facto que, como se referiu, ROXIN («El desarrollo...», p. 95) lamenta, pugnando pela substituição de todas as sanções para a criminalidade média por pena pecuniária. O argumento que aduz (*ibidem*, p. 96), porém, não merece a nossa concordância. Diz o autor que a multa se traduz numa entrada de verbas a favor do Estado, o que não é um factor despiçando. Apesar da análise económica do Direito ser cada vez mais importante, não julgamos que este possa ser um argumento para a defesa que ROXIN empreende. Quando muito, pode ele ser uma consequência lateral positiva da medida proposta, mas que se tem de justificar em pressupostos dogmáticos e político-criminais seguros, os quais apontem para o cumprimento das finalidades sancionatórias de modo mais conforme aos mandamentos da proporcionalidade e não apenas tendo em conta considerações de tipo utilitarista. Melhor andou o penalista, por isso, ao que cremos, quando, no mesmo local, se refere a estudos do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* em que se mostra que a pena, na prática, tende a ser liquidada, não obstante se não consiga, ao menos para já, dispensar a prisão subsidiária.

⁽²⁴⁶⁾ FRANZ STRENG, «Modernes Sanktionenrecht?», in: *ZStW*, 111, 4 (1999), p. 829. O reforço da componente securitária pode ser visto, entre outros instrumentos

de penas, os desideratos das 1.^a e 2.^a Leis de Reforma do *StGB* (*StrRG*) foram atingidos ⁽²⁴⁷⁾.

A este propósito surge o conceito de «penas ambulatórias» (literalmente, «tratamento ambulante»: *ambulante Behandlung*; também, «sanções penais ambulantes», *ambulanten strafrechtlichen Reaktionen*), sendo o programa mais tarde desenvolvido por via da reforma de 1986 ⁽²⁴⁸⁾. Por influxo do direito anglo-americano, são também comuns as expressões *community sanctions* e *intermediate sanctions*, em que se cumulam várias sanções, não apenas no Reino Unido, mas também nos Países Baixos, p. ex. ⁽²⁴⁹⁾.

Pelo que já dissemos, a crise do ideal ressocializador — e de tratamento, esta última, sem consagração expressa na letra da lei na Alemanha ou em outros países culturalmente próximos

legislativos, através da *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, de 26/1/1998, a qual, nesta medida, é criticada pelo autor (*ibidem*, p. 833). Os pressupostos de aplicação das medidas substitutivas tendem, assim, a partir da década de 1990, a um mais difícil preenchimento, a que se juntam as próprias perícias de psiquiatria forense, menos atreitas ao cumprimento das penas fora dos estabelecimentos prisionais (*ibidem*, p. 834; em sentido próximo, descrevendo esta evolução, HANS-JÖRG ALBRECHT/ANTON M. VAN KALMTHOUT, «Intermediate penalties...», pp. 1-2). No que concerne ao medo do crime, a percepção é contraditória, na opinião de STRENG, na medida em que, quando perguntados sobre o medo individual, os entrevistados demonstram uma dose menor que quando se referem à percepção que têm do aumento do medo na restante comunidade («Modernes Sanktionenrecht?», p. 830).

⁽²⁴⁷⁾ TIM BUSCH, *Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des deutschen Strafrechts (1969-1998)*, Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 192.

⁽²⁴⁸⁾ DIETER DÖLLING, «El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán», disponível em http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_05.pdf, acessado em 23/8/2010, p. 2. Na nossa jurisprudência, encontramos agora também o termo, por oposição às medidas «estacionárias» (privativas de liberdade), usadas de modo coincidente com os de penas de substituição em sentido próprio e impróprio, respectivamente (cf. o ac. do TRP de 12/11/2014, Proc. n.º 79/14.8PFVNG, ERNESTO NASCIMENTO, disponibilizado por NUNO CAIADO, a quem agradecemos).

⁽²⁴⁹⁾ Assim, KOMMISSION ZUR REFORM DES STRAFRECHTLICHEN SANKTIONENSYSTEMS, *Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 2000, disponível em <http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf>, acessado em 14/10/2013, p. 22.

— que, a partir de meados da década de Sessenta do séc. XX, em particular nos Estados do Norte da Europa (Suécia, Dinamarca), tão comprometidos com este modelo, representou um período de crise para as penas de substituição. JESCHECK⁽²⁵⁰⁾ indica os factores que estiveram na sua base: salientamos a verificação da quase ausência de resultados práticos dos esforços terapêuticos; a violação da dignidade da pessoa humana⁽²⁵¹⁾ nas hipóteses de tratamento obrigatório; o reconhecimento do direito a ser diferente e a recusar a integração social; abusos de autoridade que existiram na aplicação dos tratamentos; elevados custos em uma época de recessão económica.

Assim, a década de 1970 conhece um incremento das sanções de privação de liberdade de curta duração, relacionado com a crise da ressocialização e a desconfiança do Estado de Bem-Estar e a criminalidade decorrente dos avanços tecnológicos então sentidos. Daí uma corrente de algum renascimento das

⁽²⁵⁰⁾ HANS-HEINRICH JESCHECK, «Nueva dogmática y política criminal...», p. 26.

⁽²⁵¹⁾ A literatura é vastíssima sobre o tema, de tal modo que a sua utilização em muitos casos excessiva tem levado a doutrina a considerar que o conceito se rarefaz e hoje tem cada vez fronteiras mais fluidas. Tudo desejar abarcar acaba por redundar numa perda de efectividade de um parâmetro constitucional que, nos Estados democráticos de recorte ocidental, se afirma como a bússola primeira. Desta inflação tem-se feito eco a doutrina germânica, com ALTENHAIN a caracterizar a dignidade da pessoa como uma espécie de «peep-show». Se quisermos usar uma fórmula curta pedida a HÄBERLE, esta dignidade é valor (*Wert*) e prestação (*Leistung*), exactamente no sentido de se assinalar, respectivamente, a vertente negativa e positiva do conceito (HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Menschenwürde und Strafvollzug*, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1994, pp. 6 e 22). Entre nós, MARCELO REBELO DE SOUSA/JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lisboa: Lex, 2000, p. 71 classificam-na como «pedra angular do sistema constitucional e, em especial, do subsistema dos direitos e liberdades fundamentais». Com interesse, veja-se MARIA LÚCIA AMARAL, «O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional portuguesa», in: AUGUSTO SILVA DIAS *et al.* (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 947-964, onde se colhe o ensinamento de que o Tribunal Constitucional tem evitado definir o que entende pelo conceito e, ao invés, tem-no aplicado, sobretudo na dita «Constituição Penal e Processual Penal», mas também em matéria de alguns direitos sociais, bem como tem sobredimensionado o seu cariz prescritivo, relacionando-o, no que aqui mais importa, com o princípio da humanidade (acórdãos n.ºs 474/95 e 47/95).

sanções curtas, considerando-se o seu efeito nos delitos económico-financeiros e, por outro lado, assumindo-se que, uma vez que o sistema não tinha sido capaz de responder às necessidades ressocializadoras, estas sanções podiam bem assumir-se como mais humanas. Em sinal contrário, a Resolução do Conselho da Europa (76) 10 propende para o alargamento das penas em estudo, com destaque para a defesa de um mecanismo próximo da dispensa de pena e de medidas de oportunidade em sede processual ⁽²⁵²⁾.

Na década de Oitenta do passado século, ao invés, pelo menos nos países do *common law*, a tendência apontava para um reforço das penas cumpridas na comunidade, existindo algum optimismo quanto à diminuição da população carcerária e esforço no sentido de melhorar as condições da execução sancionatória, o que viria a encontrar, em Inglaterra e em Gales, expressão legislativa no *Criminal Justice Act 1991*. Nessa época, a própria expressão «alternativas à detenção» é desencorajada, dado que se entende este tipo de punição como a normal a aplicar a delinquentes de médio potencial ofensivo ⁽²⁵³⁾. Mesmo nos demais, fruto da agudização da crise económica, as penas curtas são encaradas como um custo elevado para a administração penitenciária, de que se faz eco a ONU nos V e VI Congressos sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (1980 e 1985, respectivamente). Já na década de Noventa, assumem relevo as chamadas «Regras de Tóquio» (regras mínimas atinentes a medidas não privativas de liberdade) ⁽²⁵⁴⁾ — no

⁽²⁵²⁾ MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro...*, p. 32

⁽²⁵³⁾ ANNE WORRALL/CLARE HOY, *Punishment in the community. Managing offenders, making choices*, 2nd ed., Devon: Willan Publishing, 2005, p. 23. No mesmo sentido, PETER RAYNOR/MAURICE VANSTONE, *Understanding community penalties. Probation, policy and social change*, Berkshire: Open University Press, 2002, pp. 55-56.

⁽²⁵⁴⁾ Resolução n.º 45/110, de 14/12/1990, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-NOVO-regrastoquio.html>, consultada em 16/6/2014. No ponto 2.3 lê-se: «o sistema de justiça penal deverá prever um vasto arsenal de medidas não privativas de liberdade, desde as medidas que podem ser tomadas antes do processo, até às disposições relativas à aplicação das

domínio da ONU — e as «Regras Europeias sobre Sanções e Medidas Cumpridas na Comunidade» —, no âmbito do Conselho da Europa ⁽²⁵⁵⁾.

A partir da década de 1990, por via do aumento da população prisional atrás referido, assiste-se a que o objectivo central dos ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais pragmático, em especial quanto à luta contra a criminalidade altamente organizada. Neste conjunto de hipóteses, o que importa é eliminar todas as fontes de financiamento das organizações criminosas, com o reforço do instituto da perda, p. ex. ⁽²⁵⁶⁾, assistindo-se a um aumento de uma perspectiva claramente inocuidadora, em detrimento da feição reabilitadora e ressocializadora ⁽²⁵⁷⁾. Mais ainda, aceita-se que essa luta contra as formas mais graves de criminalidade se faça vulnerando garantias básicas do processo penal como a centralidade da identificação de um conteúdo de culpa e da manutenção do princípio da presunção de inocência. Donde, a ideia de que o Direito Criminal, ao menos em alguns sectores, responde a um verdadeiro ónus da prova, quantas vezes invertido contra o arguido. Não andamos longe de construções como a do *Feindstrafrecht*. Estamos no mundo do puro pragmatismo e da estrita racionalidade na actuação criminal, a qual se mede não apenas na busca de soluções capazes de impedir a

penas». Essencial é ainda o ponto 8.1, onde se explicitam as finalidades das sanções substitutivas: «a necessidade de reinserção do delinquente, a protecção da sociedade e do interesse da vítima». No ponto seguinte, o legislador estabelece um catálogo aparentemente taxativo que elas podem revestir: «a) Sanções verbais, como a admoestação, a repreensão e a advertência; b) Manutenção em liberdade antes da decisão do tribunal; c) Penas privativas de direitos; d) Penas económicas e pecuniárias, como a multa e o dia de multa; e) Perda ou apreensão; f) Restituição à vítima ou indemnização desta; g) Condenação suspensa ou suspensão da pena; h) Regime de prova e vigilância judiciária; i) Imposição de prestação de serviços à comunidade; j) Afectação a um estabelecimento aberto; k) Residência fixa; l) Qualquer outra forma de tratamento em meio aberto; m) Uma combinação destas medidas.».

⁽²⁵⁵⁾ Rec n.º (92) 16, de 19/10, do Comité de Ministros.

⁽²⁵⁶⁾ Por todos, entre nós, JOÃO CONDE CORREIA, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa: INCM, 2012.

⁽²⁵⁷⁾ HANS-JÖRG ALBRECHT/ANTON M. VAN KALMTHOUT, «Intermediate penalties...», pp. 8-9.

continuação da actividade delituosa, mas também naquelas que, de um prisma económico, apresentam um mais baixo custo.

Também no séc. XX e em mais alguns anos para além da primeira década da actual centúria, ao invés do sentido atrás descrito, principalmente no mundo anglo-saxónico, existe um sector doutrinal e jurisprudencial que defende a aplicação, em especial para certo tipo de criminalidade, *maxime* a económico-financeira (*white-collar crime*, em sentido lato), de penas curtas de prisão, pelo elevado potencial especial-preventivo que as mesmas encerram (e, de jeito reflexo, para toda a comunidade, em uma forma que temos por *dupla*: por um lado, os indivíduos dos grupos sociais mais favorecidos percebem que a lei não é «letra morta» e que não têm o estatuto de «intocáveis», ao passo que as demais pessoas vêem o sistema em funcionamento mesmo em relação àqueles que, amiudadas vezes, entendem como estando acima do próprio sistema). Mesmo na Europa do *civil law*, autores existem que manifestam algum apreço pela teoria do *sharp-short-shock* ⁽²⁵⁸⁾.

Já em meados do século passado se questionava até que ponto as consequências desfavoráveis das penas curtas de prisão teriam sido um «dogma» aceite sem a necessária problematização ⁽²⁵⁹⁾. Assim, autores havia que, reconhecendo embora a

⁽²⁵⁸⁾ É o caso de CLAUS ROXIN/GUNTHER ARZT/KLAUS TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 31. Em Espanha, salientando o seu relevo no âmbito da criminalidade económico-financeira, veja-se ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, *La pena...*, pp. 159-160. Não anda longe desta última a posição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português...*, pp. 360-361, ao negar uma reabilitação genérica das penas curtas de prisão por esta via, mas ao reconhecer que, em hipóteses excepcionais, nomeadamente nos crimes de *white-collar* e nos delitos muito pouco graves e repetidos por pessoas de alta condição económica, o efeito de *shock* possa desempenhar, *in casu*, as finalidades punitivas.

⁽²⁵⁹⁾ JOHANNES ANDENAES, «Short term imprisonment and its alternatives (probation, fines, compulsory home labour, etc.)», in: AA. VV., *Douzième Congrès Pénal et Pénitentiaire International. Actes*, vol. V, Berne: Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1951, p. 24. Também no sentido da sua manutenção para certos casos em que o respectivo poder intimidatório seria considerável, cf. PIERRE VAN DROOGHENBROECK, «Les courtes peines...», p. 38.

inutilidade de base das curtas privações de liberdade, não deixavam de lhes afivelar algumas vantagens, motivo pelo qual as não postergavam em absoluto. Assim, p. ex., G. ASCHAFFENBURG⁽²⁶⁰⁾ reconhece o dilema: como compatibilizar as vantagens e as desvantagens da prisão pouco dilatada no tempo? Para o autor, abrem-se duas alternativas — a indemnização e o «julgamento condicional». A primeira reconduz-se à defesa, típica da Escola Positivista italiana, em especial com FERRI, de um mais importante papel desempenhado pela vítima, o que passaria pelo arbitramento de uma indemnização civil *ex delicto* proporcional às consequências derivadas do crime. Outra, embora não totalmente desligada desta, importaria a previsão de um sistema de condenação condicional ou de pena condicionalmente suspensa, em função de se patrocinar o sistema de *probation* ou o de *sursis*, respectivamente⁽²⁶¹⁾. Qualquer um deles é visto como muito vantajoso em termos de redução da reincidência (e, em particular, para as penas curtas de prisão⁽²⁶²⁾), sendo mais habitual, em inícios do séc. XX (e ainda hoje), o à época designado *bedingte Begnadigung*, mais próximo da *sursis* franco-belga⁽²⁶³⁾.

Entre nós, somente a título de ilustração do que vem de dizer-se, apesar de o ordenamento jurídico estar, ao menos formalmente, empenhado na ressocialização do agente, para além das dificuldades de ordem financeira em termos de recursos

⁽²⁶⁰⁾ *Crime e repressão*, pp. 260-266.

⁽²⁶¹⁾ Na síntese de JOHANNES ANDENAES, «Short term imprisonment...», p. 26, a diferença fundamental entre os dois institutos acabaria por ser a seguinte: a *sursis* seria «uma decisão judicial através da qual a execução é suspensa», ao passo que a *probation* consistiria «em uma decisão que suspenderia a prolação da sentença». O autor também refere inexistir grande diferença entre ambas, considerando-a uma «questão técnica de interesse secundário na política criminal».

⁽²⁶²⁾ G. ASCHAFFENBURG, *Crime e repressão*, p. 262 descrevia estas sanções de um modo assaz plástico: «[elas] (...) não são mais do que uns dias de ociosidade (...) ao abrigo das intemperies, com uma alimentação simples mas abundante».

⁽²⁶³⁾ Crismado como «verdadeiramente genial», por EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, reimp., Coimbra: Almedina, 1996, p. 395.

materiais e humanos ⁽²⁶⁴⁾ (que escapam ao plano de análise que

⁽²⁶⁴⁾ Exemplifiquemos com dados fornecidos pela DGRSP, os quais, apesar do que é voz corrente, parecem demonstrar alguma melhoria. Constatamos eles da «Síntese estatística bimestral: atividade de assessoria técnica e apoio à execução de penas e medidas na comunidade no âmbito penal e tutelar educativo», a qual analisa os dados ainda provisórios do primeiro semestre de 2015. De acordo com o documento, nesse período, «a DGRSP recebeu das entidades judiciais relativamente à atividade de assessoria técnica à tomada de decisão e penas e medidas de execução na comunidade um total de 63.440 pedidos dos quais, 59.857 (94%) no âmbito penal e 3.583 (6%) no âmbito tutelar educativo. Quanto ao tipo de atividade, 41.771 (66%) pedidos respeitaram a relatórios e audições e 21.669 (34%) pedidos, à execução de penas e medidas na comunidade. Comparativamente com o período homólogo do ano anterior, não houve variação significativa no número de pedidos recebidos na área penal.». «Na fase pós sentencial, os Relatórios para aplicação da medida de Substituição de Multa por Trabalho (6.808) representaram 29,42% do total, embora com uma diminuição de 9,53% face aos pedidos registados em igual período do ano anterior.». «No âmbito do apoio à execução de penas e medidas, foram registadas, de Janeiro a Junho de 2015, um total de 21.669 solicitações recebidas das quais, 20.896 (96%) no âmbito penal.». Em termos de pedidos de relatórios, em dados acumulados de Janeiro a Junho de 2015, a pena de PTFC contou com 10.493 e a pena suspensa com 15.380. Já na «Síntese Estatística de 2014», sobre o mesmo tema, escreve-se que «Na área penal foram recebidas e registadas um total de 99.401 (95%) solicitações e contrariando o crescimento verificado nos últimos cinco anos (48,31%), em 2014 verificou-se uma diminuição do total de pedidos recebidos em cerca de 11,37%, relativamente a 2013. (...) Relativamente ao apoio à execução de penas e medidas na jurisdição penal, foi registada uma diminuição de 10,31%, relativamente aos pedidos recebidos em 2013. A 31 de dezembro encontravam-se em execução 27.364 penas e medidas das quais, 757 (2,76%) fiscalizadas por vigilância eletrónica.». Destaca-se um total de 19.004 pedidos atinentes à pena suspensa e 17.551 quanto à pena de PTFC. «Embora de 2013 para 2014 se tenha registado uma diminuição em 12,02% relativamente aos pedidos de TFC, o crescimento 2010-2014 do conjunto destas medidas foi de 82,69%.». «Na área penal, ao total acumulado de 58.324 penas e medidas em execução em 2014, corresponderam um total de 51.516 pessoas, maioritariamente do género masculino (89%) e com predominância, por idade, do grupo dos 22-30 anos (29%). Cerca de 8% das pessoas eram de nacionalidade estrangeira (...) Relativamente à tipologia de crimes registados, continuaram a destacar-se os “Crimes Rodoviários” (Condução com álcool e sem habilitação legal), com um total de 15.590 (25%) registos, embora com uma diminuição de 8,83%, face a 2013. Seguiu-se o Tráfico de estupefacientes (5.310) e a Violência doméstica contra cônjuges ou análogos (5.303) que registou um aumento de 10,25%. Os tipos de crime “Outros Furtos” e “Outros Roubos” registaram uma diminuição de registos em 28,36% e 36,38%, respetivamente.». Conclui-se ainda que «[e]m cinco anos (2010-2014) a atividade da ex-DGRS (relatórios e audições e penas e medidas na comunidade) registou um aumento de 24,90%, tendo-se destacado a atividade de apoio à execução de penas e medidas na comunidade, com um crescimento de cerca de 40%. Por seu lado, e no mesmo período, o número de TSRS em funções a 31 de dezembro

empreendemos), há algumas dissonâncias normativas que cumpre realçar. Uma delas é a resultante do art. 21.º do CEPMPL, ao limitar a existência de um plano de readaptação social ⁽²⁶⁵⁾ a condenados a prisão de medida superior a um ano. Dir-se-á, em abono da lei, que limite temporal inferior torna impossível qualquer ressocialização séria. Mas, então, a atender a este argumento, a privação de liberdade surge apenas como uma segregação social do condenado que, no máximo, terá oportunidade para reflectir sobre as consequências jurídicas dos seus actos. A comunidade, por seu turno, verá provada a tese de que as penas curtas de prisão acabam por ter efeito, não numa perspectiva ressocializadora, mas somente em feição preventiva-geral negativa, o que se mostra em desconformidade com as orientações maioritárias no nosso país e fora dele na temática dos fins das penas. Por outro lado, as considerações mais pragmáticas verão no princípio que se retira desta opção legislativa um certo apoio à concepção do *sharp-short-shock*, em contrariedade com o entendimento geral do nosso ordenamento nesta matéria.

Algo de similar parece acontecer em outras paragens, como na América Latina, onde, entre outros, VILLA STEIN ⁽²⁶⁶⁾, apoiado em estudos empíricos afivelados a uma certa orientação da análise económica do Direito, tem das penas de curta duração uma perspectiva bastante positiva. Começando por acolher-se a

sofreu um decréscimo de cerca de 11%, sendo o crescimento médio anual negativo em 2,31%.».

⁽²⁶⁵⁾ Melhor seria, «reinserção social», como após a Reforma do CP de 2007 o legislador se passou a referir, v. g., no art. 54.º e que, aqui, parece ter ficado esquecido.

⁽²⁶⁶⁾ «Las penas privativas de libertad de corta duración. Fundamento empírico de su justificación», in: AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, pp. 193-194. O autor labora, logo de início, se bem vemos as coisas, num erro de base: como forma de demonstrar o bem fundado do correspondente ao nosso art. 45.º, trata de encontrar argumentos favoráveis às penas de curta duração, ligando-as, ao menos implicitamente, ao movimento do *sharp-short-shock*. Ora, uma coisa não tem que ver com a outra. Este último defende uma privação *contínua* da liberdade por curtos períodos e não um confinamento aos fins-de-semana ou outros dias (feriados, v. g.). As similitudes que existem — não se nega — são, quanto a nós, insuficientes para todo o raciocínio depois desenvolvido.

BECCARIA (a quem SCHUMPETER chamou «o ADAM SMITH italiano») e à sua análise utilitarista de *costs-benefits* ⁽²⁶⁷⁾, o autor recorre a POSNER para encarar o delito aos olhos da lei da oferta e da procura. Se o Estado tornar o crime muito «caro» (leia-se: mais aflitivo para os eventuais agentes), a «procura» tende a diminuir, assim também se atingindo o «óptimo de PARETO» no nosso ramo de Direito ⁽²⁶⁸⁾.

Baseado em tais fundamentos, ser-se-ia levado a concordar com FERRAJOLI para quem o limite mínimo da prisão deveria ser deixado à boa prudência do julgador, ao invés de encontrar expressa previsão legal. Somente assim a prevenção especial sairia reforçada e, de modo indirecto, também a geral. Alinham-se ainda autores como CEREZO MIR na defesa do efeito *shock* da pena, chegando-se ao ponto de patrocinar uma afirmação de MAPELLI CAFFARENA, para quem as penas curtas de prisão

⁽²⁶⁷⁾ É claríssima a concepção utilitarista do Marquês de BECCARIA. Parte da ideia de que a pena tem de reflectir um *quantum* de desprazer superior ao prazer da sua prática, sublinhando «o poder apetitivo do Homem», tão corrente nas concepções benthamianas, p. ex., a par de uma defesa evidente das teses contratualistas. Na obra *Dos delitos e das penas*, tal é visível em sucessivas passagens — cf. 72-76 e 84-85. JOSÉ DE FARIA COSTA, na sua introdução ao livro («Ler Beccaria hoje», pp. 14-15), entende que o afastamento das concepções retributivas se deve à ligação das mesmas ao *Ancien Régime*, pelo que se afigura natural que o Marquês advogasse a prevenção geral. Em sentido próximo, SERGIO SEMINARA, «Das Werk “Von den Verbrechen und von den Strafen”...», p. 1122.

⁽²⁶⁸⁾ Acresce que VILLA STEIN, «Las penas privativas...», pp. 194-196 não se queda pela Economia e recorre aos conhecimentos das orientações do «condicionamento operante» da Psicologia (BURKHUS SKINNER), de acordo com o qual «a probabilidade de uma conduta é função da sua consequência», sendo o instrumento que constrói («modificação de conduta» ou «terapia de comportamento») baseado em quatro condições: *a*) reforço (positivo ou negativo); *b*) extinção da conduta (por via de a mesma já não ser premiada aos olhos do agente); *c*) castigo; e *d*) *time out* (isolamento temporário do indivíduo que não sabe ou não consegue manter uma conduta adaptada). Ao fim e ao cabo, este *time out* corresponde à privação de liberdade. Por outro lado, louvando-se dos trabalhos de AZRIN/HOLZ, a efectividade do castigo depende da cumulação entre: *a*) a escapatória ao castigo dever ser impossível; *b*) o estímulo punitivo dever fazer-se sentir de modo tão intenso quanto possível; *c*) o mesmo dever ser introduzido com a máxima força; *d*) deverem evitar-se tempos prolongados de castigo; e *e*) deverem ser reforçadas respostas alternativas de adaptação.

seriam «intensas descargas punitivas» (269).

Não podemos concordar, como princípio geral, com a linha argumentativa que vem de expor-se. Mesmo de um prisma económico, não é líquido defender a eficiência das penas curtas de prisão, em especial para crimes económicos. Orientações existem que apelam para o cariz ineficiente dessa forma de punir quando os agentes estariam em condições de pagar uma sanção pecuniária em vez da privação de liberdade (270). Por outro lado, não se nos afigura exacto afirmar que os estudos empíricos concluem inequivocamente no sentido da eficácia preventiva-geral e especial de tais penas, ainda que só o sopesemos com uma análise económica dos efeitos criminógenos (esses sim, demonstrados (271)) dessa privação de curta duração. Aquilo que o Estado depende com as consequências directas e/ou indirectas desse efeito criminógeno é, por certo, economicamente bem mais representativo — pensem-se nas carreiras criminais, nos custos com cuidados de saúde (em especial, mental), com adições amíúde iniciadas e/ou reforçadas em meio prisional.

Isto não quer dizer que vetemos em absoluto essa curta duração em toda e qualquer criminalidade. Aquilo que significa é que não vemos como — sob pena de se violar o princípio da criação de condições para a ressocialização do condenado (272),

(269) JAVIER VILLA STEIN, «Las penas privativas...», pp. 197-200.

(270) Vejam-se as referências em JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Eficiência e Direito Penal*, São Paulo: Editora Manole, 2004, pp. 45-46.

(271) E admitidos pelo legislador. Para além de a própria previsão de sanções substitutivas da prisão constituir um reconhecimento mais ou menos implícito das desvantagens político-criminais da privação de liberdade enquanto forma de sancionamento, o legislador não deixa de o referir de modo directo. Assim, o art. 3.º, n.º 5 do CEPMPL fala em «consequências nocivas da privação de liberdade» e em «condições benéficas da vida em comunidade». Demonstra, mais uma vez, a preferência por sanções não detentivas, como resulta do art. 70.º, não apenas no que contende com a escolha da pena principal, mas também ao nível das penas de substituição, uma vez determinada a sua medida concreta.

(272) Já definido pelo TC espanhol não como um verdadeiro *direito subjectivo* e muito menos um *direito fundamental*, mas somente «um mandato do constituinte ao legislador e à administração penitenciária para orientar a execução das penas privativas de liberdade» (sentença n.º 299/2005, de 21/11).

verdadeiro elemento estruturante do princípio do Estado de Direito — se pode questionar que a pena curta de prisão deva continuar a ser a *ultima ratio* e a sua aplicação objecto da mais ampla e profunda fundamentação. Mais ainda: totalmente insufragável é, para nós, a concepção ferrajoliana de inexistência de limite mínimo legal de sanção privativa da liberdade. Haverá inconstitucionalidade material mais patente que esta, por frontal violação do princípio da legalidade? Basta atentar na noção que nos é oferecida, p. ex., pela doutrina constitucional alemã⁽²⁷³⁾, ao referir que se o legislador penal tem por missão a eleição do modo de sancionamento de uma dada acção ou omissão, tal implica, desde logo por imperativo lógico, que o juiz deve concretizar a pena de jeito que a mesma seja clara para o condenado e que o grau de culpa seja adequadamente mensurado.

Façamos um ponto de ordem. É comum a defesa da abolição das penas curtas de prisão, ou melhor, a sua substituição por sanções de outro tipo, em especial não detentivas. Todavia, julgamos encontrar aqui um *paradoxo intra-sistemático*. Se o desiderato é aquele que vem de assinalar-se, então como explicar que se admita um mês como limite mínimo normal da prisão? Que efeitos ressocializadores da pena se obterão em tão curto espaço de tempo, ademais quando é habitual considerar-se como penas curtas aquelas que não excedem os seis meses de medida concreta? Porventura, a formulação legislativa mais comprometida com a declaração de princípios conhecida não seria a de prever que o mínimo da pena privativa de liberdade fosse de seis meses e, para medidas inferiores, se estabelecesse uma obrigação de aplicar sanções não cumpridas intramuros⁽²⁷⁴⁾? Ou será

⁽²⁷³⁾ Assim, entre tantos, citando decisão do *Bundesverfassungsgericht*: TC Federal alemão (*BVerfGE*) 105, 155, LEIBHOLZ/RINCK, *Grundgesetz – Rechtsprechung des BVerfG Kommentar*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015, Rn 1356.

⁽²⁷⁴⁾ Como sucedia com a versão originária do CP espanhol de 1995. As penas de duração inferior a seis meses seriam cumpridas em *arresto de fin de semana* (sobre o instituto, entre outros, MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, *Pasado, presente y futuro...*, *passim*, em esp., pp. 34, ss.). Não compreendemos, porém, a ligação que alguns autores fazem entre esta pena substitutiva e as concepções ético-retributivas

que as finalidades preventivas-gerais prevalecem sobre a prevenção especial?

Julgamos, na verdade, e dentro dos limites da «teoria da moldura da prevenção», que é exactamente isso que se passa, ou seja, os princípios do Estado de Direito impõem que, em situações de conflito irresolúvel entre as necessidades preventivas-gerais e especiais, se tenha de dar prevalência às primeiras, sob pena de ser a própria convivência comunitária que se acharia irremediavelmente comprometida. Entre a ressocialização duvidosa do condenado e a protecção da sociedade, ao menos através da sua segregação social, o sistema penal prefere, em última instância, esta última, aliás apoiado pela percepção que tem de que a opinião pública também se encaminha em tal sentido. Donde, no plano das coisas últimas, e nas hipóteses de impossibilidade absoluta de ressocializar o indivíduo sem pôr em causa a segurança comunitária, o sistema não parece tão preventivo-especial positivo. Contudo, note-se: tal não significa que deixe de ser preventivo-geral de integração se e na medida em que se entender a reafirmação da validade da norma violada como limitada pela segurança societária. Aliás, a comunidade só é capaz de voltar a acreditar no bem jurídico em que se baseia a regra jurídico-penal infringida se o sistema que a suporta for capaz de demonstrar ao comum dos indivíduos que tal se fará, também, no respeito pela sua segurança. Na verdade, o direito à segurança é um direito fundamental clássico. Mais do que funcionar como limite da prevenção geral positiva, entendemo-lo como verdadeiro *fundamento* dessa teoria, dado inexistir confiança sem segurança. Donde, não temos como antinómicas as finalidades

(*ibidem*, p. 57), dado que ela é participante do movimento geral de luta contra essas penas e que, na actualidade — e logo em 1995, com o novo CP espanhol —, se reclama das doutrinas relativas, como é largamente maioritário (embora também se lhe adstrinja, apesar de em tom dubitativo, um efeito preventivo-geral negativo, bem como preventivo-geral positivo — *ibidem*, pp. 57-59. Este posicionamento da autora acaba por propender para um conglomerado de finalidades antinómicas, sem que a chave de solução para esses desencontros seja fornecida ao leitor).

ressocializadoras, a estabilização da confiança comunitária na norma e o asseguramento de todas as condições de segurança dos cidadãos.

Temos perfeita consciência de que aquilo que se acabou de escrever exige desenvolvimento suplementar, o que fizemos já em outro local e para onde remetemos o leitor ⁽²⁷⁵⁾.

⁽²⁷⁵⁾ Veja-se o nosso já citado «Algumas notas para um conceito operativo de “pena”».