

LIBERDADE CONDICIONAL E PRISÃO (SUBSIDIÁRIA)
DE CURTA DURAÇÃO

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA
DE 30 DE OUTUBRO DE 2007

(Proc. n.º 2354/07-1, www.dgsi.pt)

Acordam, precedendo conferência, na Relação de Évora:

I. Relatório

1. No âmbito do processo Gracioso de Liberdade Condicional n.º ... do Tribunal de Execução de Penas de Évora, relativo à reclusa E.S.D. proferiu o Meritíssimo Juiz, com data de 4 de Junho do ano em curso, o despacho certificado a fls. 30 dos autos, no qual determinou que os autos aguardassem o envio e a junção do mandado de libertação da reclusa por, no caso, àquele não poder ser concedida a liberdade condicional, por ter sido condenada em pena de prisão inferior a 12 meses.

2. Inconformado, recorreu o Magistrado do Ministério Público, formulando na motivação as seguintes conclusões (transcrição):

«1.ª Recorre-se do douto despacho que decidiu que aos condenados (como é o caso) em penas de prisão inferiores a 12 meses não pode ser concedida liberdade condicional, conforme n.º 2 do art. 61.º do CP

2.ª O douto despacho recorrido, salvo o devido respeito, faz uma errada interpretação daquele preceito que, em nossa opinião, se mostra

restritiva face à literalidade da norma em causa e prejudicial aos condenados em penas superiores a seis meses e inferiores a um ano de prisão.

3.^a A literalidade daquela norma faz depender a liberdade condicional da condição de estar cumprida metade da pena e no mínimo 6 meses. Significa que entre estas balizas se compreendem/encaixam perfeitamente as penas entre 6 e 12 meses que ficam excluídas na interpretação que se dá à norma no douto despacho recorrido.

4.^a A tese por nós perfilhada vai no sentido do que tem sido a orientação dos tribunais de execução de penas e sufragada actualmentemente por jurisprudência unânime desse Venerando Tribunal em recursos por nós interpostos alguns publicados na internet www.dgsi.pt/ftre.

5.^a Com efeito, numa pena de 266 dias de prisão como é o caso, cumpridos que estejam no mínimo seis meses, estão reunidos os requisitos objectivos/temporais para a liberdade condicional; no limite temporal dos seis meses (mínimo exigido) já está compreendido/abrangido o meio da pena (133 dias).

6.^a No domínio do Código de 1982, os termos gerais apontavam para a necessidade da prisão ter duração superior a 6 meses mas apenas cumprida metade, sendo mais restritiva a versão actual do CP que cumula o requisito de tempo mínimo de 6 meses com o requisito de se encontrar cumprida metade da pena (com relevância nas penas com duração entre 6 meses e 1 ano).

7.^a É ainda de realçar que a norma actual dá ênfase ao tempo de prisão efectiva já cumprido (no mínimo de seis meses) e não que o condenado tenha sofrido uma pena de prisão superior a 6 meses (ou na rese do despacho recorrido superior a 12 meses). Deu-se expressão ao pensamento do Prof. Figueiredo Dias expresso na sua obra (in *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 534).

8.^a Na previsão da norma actual, não estão, como facilmente se apreende, afastadas da liberdade condicional as considerações em penas de prisão compreendidas entre 6 meses e 12 meses, como erradamente, salvo o devido respeito, se faz no douto despacho recorrido. 9.^a E sempre se dirá que a interpretação que vimos defendendo é a que melhor se harmoniza com o disposto no n.º 3 do art. 61.º do CP. "o Tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrem cumpridos dois terços da pena e no mínimo 6 meses desde que se revele preenchido o requisito constante da alínea a) do número anterior".

10.^a Por outro lado, a actividade interpretativa do art. 61.º, n.º 2, do CP não deve quedar-se pela análise isolada e literal desse preceito. Importa desde já conjugá-lo com o art. 486.º, n.º 1, do CPP, em função do sistema jurídico de que fazem parte.

11.^a O art. 486.º, n.º 1, do CPP dispõe que "quando a liberdade condicional for revogada e a prisão houver ainda de prosseguir por mais um ano, são remetidos novos relatórios e parecer, nos termos do artigo 484.º, até dois meses antes de decorrido o período de que depende a concessão".

12.^a Parece que estará a dispensar da remessa de relatórios e parecer quando a pena é igual ou inferior a um ano; nesses casos para a concessão o juiz basta-se-á do parecer do M.º P.º, audição do recluso e parecer do conselho técnico — cfr. Ac. RE de 30-09-2003, no recurso n.º 1988/03.

13.^a A interpretação ínsita no despacho recorrido mostra-se na prática incongruente, dando azo a situações iníquas e perniciosas. Segundo tal raciocínio teríamos que uma pena de 12 meses pode beneficiar de liberdade condicional e o condenado cumprir de recluso apenas 06 meses; já uma pena de 11 meses e 29 dias nunca beneficiará daquele regime, cumprindo-se integralmente em regime de reclusão. 14.^a É mais uma achega para concluirmos que não foi esse o sentido que o legislador quis dar à norma em apreço.

15.^a O despacho recorrido viola, por erro de interpretação, o disposto no art. 61.º, n.º 2, do CP e que, em consequência, deverá ser substituído por outro que admita a apreciação do regime da liberdade condicional logo que cumpridos se mostrem mais de seis meses da pena sofrida.»

Solicita, a final, o digno recorrente que, em obediência ao princípio da legalidade, seja dado provimento ao recurso, com a revogação do despacho recorrido e a sua substituição por outro que vá no sentido indicado no n.º 15 das supra transcritas conclusões.

3. O recurso foi admitido por despacho de 11 de Junho, p. p. (v. Fls. 11).

4. A condenada respondeu ao recurso, aderindo à posição do Ministério Público.

5. O Ex.º Sr. Juiz manteve, nos seus precisos termos, o despacho recorrido.

6. Subidos os autos a este Tribunal da Relação, a Ex.^{ma} Senhora Procuradora-Geral Adjunta entende que o recurso merece provimento.
7. Foi cumprido o disposto no art. 417.º, n.º 2, do CPP, não tendo a condenada apresentado qualquer resposta.
8. Colhidos os vistos, o processo foi à conferência, cumprindo apreciar e decidir.

II. Fundamentação

9. Conforme Jurisprudência constante e pacífica, são as conclusões extraiadas pelos recorrentes das respectivas motivações que delimitam o âmbito dos recursos, sem prejuízo das questões cujo conhecimento é officioso (*cf. Ac. do Plenário da Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/95, de 19 de Outubro*).

No caso *sub-judice*, a única questão vertida no recurso radica no campo de aplicação do art. 61.º, n.º 2, do Código Penal, mais concretamente, em saber se tal norma permite (ou não) a concessão da liberdade condicional a reclusos condenados em pena de prisão inferior a 12 meses e que hajam cumprido 6 meses de prisão.

10. Para a rigorosa compreensão do objecto do recurso, impõe-se considerar os elementos (de facto e de direito), relevantes, decorrentes do processo:

— No âmbito do processo com um singular n.º ... foi a arguida E.S.D. condenada pela prática de um crime continuado de falsificação de documento, p. e p. pelo art. 256.º, n.º 1, al. a), e 3, do Código Penal, e de um crime continuado de burla qualificada, p. e p. pelos arts. 217.º, n.º 1, e 218.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, na pena única de 400 (quatrocentos) dias de multa à taxa de 2,50 euros, o que perfaz a multa de 1.000 euros ou, *subsidiariamente*, em 266 (duzentos e sessenta e seis dias) dias de prisão.

— A condenada encontra-se devida em cumprimento da pena de prisão subsidiária.

— Nos autos de Processo Gracioso de Liberdade Condicional, acima referido, o Ex.^{mo} Sr. Juiz do Tribunal de Execução das Penas de Évora, proferiu, em 4 de Junho de 2007, o despacho recorrido, do seguinte teor:

«Aos condenados (como é o caso) em penas de prisão inferiores a 12 meses não pode ser concedida liberdade condicional. Com efeito, só relati-

varmente a penas iguais ou superiores a 1 ano é que se verificam concomitantemente os dois pressupostos formais — cumprimento de metade da pena e no mínimo 6 meses — que a lei exige para que se possa equacionar o preenchimento substancial dos requisitos a que aludem as alíneas do art. 61.º, n.º 2, do Código Penal. No sentido apontado, *vide*, na doutrina, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra 2006, pág. 356: “Assim, a liberdade condicional não pode ser concedida a condenados em pena inferior a 12 meses de prisão...”, e MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 16.ª edição, 2004, pág. 229; jurisprudencialmente e também no apontado sentido, *vide* os Acórdãos da Relação de Évora de 14-3-2006 e 09-0-2006, relatórios, respectivamente, pelos senhores Desembargadores António Semedo e António Pires da Graça, proferidos nos autos n.ºs 3175/05, 9TXEVR-A e 89/96, 9TXEVR-A deste mesmo tribunal (TEP de Évora).

Assim, aguardem os autos o envio e junção do mandado de libertação da reclusa.

Junto, ao Ministério Público e nada opondo, archive.
Notifique e dê conhecimento ao EP.»

11. A questão objecto do recurso já foi objecto de várias decisões por esta Relação, ainda que a solução encontrada não tenha alcançado unanimidade. cremos, porém, que a posição ora dominante vai no sentido preconizado pelo Ministério Público (nesse sentido, entre outros, os acórdãos de 2-5-2006, 9-5-2006 e 26-9-2006, acessíveis in www.dgsi.pt/ite) que merece a nossa adesão, pois não devemos manter a posição que já sustentámos no âmbito dos recursos n.ºs 1160/06 e 1816/06 desta Relação, no sentido da irrecurribilidade do despacho em causa, porquanto o Tribunal Constitucional, alterando a sua posição anterior, veio a decidir, no acórdão n.º 638/2006, de 21-11-2006, «julgar inconstitucional, por violação do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º, dos artigos 20.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, e do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro, na parte em que não admite o recurso das decisões que neguem a liberdade condicional».

Impõe-se dizer também que a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, operou alterações ao art. 61.º do Código Penal, mas sem reflexos para a situação em causa, pelo que o regime jurídico é o decorrente do art. 61.º na redacção em vigor à data da prolação do despacho recorrido, que preceitua:

«1 — A aplicação da liberdade condicional depende sempre do sentimento do condenado.

2 — O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo 6 meses se:

- a) For fundamentadamente de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e
- b) A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social.

3 — O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo 6 meses, desde que se revele preenchido o requisito constante da alínea a) do número anterior.

4 — Tratando-se de condenação a pena de prisão superior a 5 anos pela prática de crime contra as pessoas ou de crime de perigo comum, a liberdade condicional apenas poderá ter lugar quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e uma vez verificados os requisitos das alíneas a) e b) do n.º 2.

5 — Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, o condenado a pena de prisão superior a 6 anos é colocado em liberdade condicional logo que houver cumprido cinco sextos da pena.

6 — Em qualquer das modalidades a liberdade condicional tem uma duração igual ao tempo de prisão que falte cumprir, mas nunca superior a 5 anos.»

Por sua vez, dispunha o referido art. 61.º, na sua versão originária, decorrente do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro:

«1. Os condenados a pena de prisão de duração superior a 6 meses podem ser postos em liberdade condicional quando tiverem cumprido metade da pena, se tiverem bom comportamento prisional e mostrarem capacidade de se readaptarem à vida social e vontade séria de o fazerem.

2. Os condenados a pena de prisão superior a 6 anos não serão postos em liberdade definitiva sem passarem previamente pelo regime de liberdade condicional; e serão sujeitos a este regime logo que hajam cumprido cinco sextos da pena, se antes não tiverem aproveitado do disposto no número anterior.

3. A duração da liberdade condicional não será inferior a 3 meses nem superior a 5 anos; o limite mínimo será, no entanto, elevado para o tempo de prisão que ao libertado falte cumprir, sempre que este tempo não exceda 5 anos.»

Como está expresso no preâmbulo do Código Penal de 1982 (n.º 9), a liberdade condicional visa «criar um período de transição entre a prisão e a liberdade, durante o qual o delinquente possa equilibradamente recobrar o sentido de orientação social fatalmente enfraquecido por efeito da reclusão», esperando-se com tal forma de execução da pena de prisão «fortalecer as esperanças de uma adequada reintegração social do internado, sobretudo daquele que sofreu um afastamento mais prolongado da colectividade».

Na apreensão literal do texto do citado art. 61.º, n.º 2, do Código Penal afigura-se-nos que a única interpretação consonante com o pensamento legislativo manifestado na norma (cf. art. 9.º, n.ºs 2 e 3, do Código Civil) é a de considerar, como requisito da concessão da liberdade condicional, que o condenado tenha cumprido metade da pena e no mínimo seis meses, independentemente do tempo de prisão que lhe tenha sido imposto.

Mas, se, porventura, alguma dúvida restasse quanto ao teor meramente literal da lei, o elemento sistemático — compreendendo a consideração de todo o complexo normativo que enforma o art. 61.º do Código Penal, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março —, reforça, no nosso ponto de vista, o alcance da norma no sentido supra exposto.

A liberdade condicional «facultativa» (assim designada, por contraposição à «obrigatória», prevista no n.º 5 do art. 61.º do Código Penal), tem o seguinte campo de aplicação:

— sempre que o condenado tiver cumprido metade da pena e no mínimo 6 meses, uma vez verificados os pressupostos materiais das als. a) e b) do n.º 2 do art. 61.º do Código Penal, ou dois terços da pena e no mínimo 6 meses, desde que se mostre preenchido tão só o requisito constante da al. a) do referido artigo, sendo irrelevante, em ambas as situações, o tempo de prisão (necessariamente superior a 6 meses) imposto ao delinquente;

— sendo a condenação em pena de prisão superior a 5 anos pela prática de crime contra as pessoas ou de crime de perigo comum, apenas pode ser concedida uma vez cumpridos dois terços da pena e desde que se mostrem satisfeitas as exigências de prevenção geral e de prevenção especial concretizadas nas als. a) e b) do n.º 2 do art. 61.º do Código Penal.

Cingindo-nos ao elemento racional ou teleológico, o fim visado pelo legislador ao fixar, na forma descrita, quer no CP/82 quer no CP/95, os pressupostos de concessão da liberdade condicional «facultativa», é o de atingir um juízo de prognose favorável relativamente à capacidade de o condenado se readaptar à vida social, sempre que a libertação se revele compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social.

Antes de escoado um tempo mínimo de prisão (no caso que importa considerar, 6 meses) nem é possível atribuir seriamente ao cumprimento da prisão uma finalidade socializadora, nem é admissível emitir qualquer juízo de prognose favorável sobre o comportamento futuro do delinqüente.

Por assim ser, na análise do art. 61.º, n.º 1, do Código Penal, na redacção primitiva, escreveu o Prof. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, a fls. 534:

«(...) Então o pressuposto em causa não deveria tanto referir-se ao tempo de prisão a que o delinqüente foi condenado, quanto sobretudo ao tempo de prisão efectiva já cumprido. Pelo que o que a Lei deveria exigir como pressuposto de concessão da liberdade condicional, em rigor, não deveria ser o que o delinqüente houvesse sido condenado a pena de prisão superior a 6 meses, mas sim que ele houvesse cumprido um tempo mínimo de prisão, v. g. 6 meses.»

Esta sugestão ficou expressamente consagrada na nova redacção conferida ao art. 61.º, n.º 1, pelo diploma que procedeu à revisão do CP/82 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), ficando consagrado na referida norma a exigência do cumprimento mínimo de 6 meses de prisão, para além do cumprimento de metade da pena.

Com a nova disposição normativa quis o legislador explicitar que na base da concessão da liberdade condicional «facultativa» estava tão só a exigência da necessidade do cumprimento de um mínimo de prisão, o qual, na vigência do CP/82, era de 3 meses, e, após a reforma penal de 1995, passou a ser de 6 meses, sendo irrelevante, para o referido efeito, no concreto caso em apreciação, o *quantum* da pena imposta ao condenado, desde que, como é óbvio, superior a 6 meses.

De outro modo, à luz do despacho recorrido, cairíamos numa situação que temos como insustentável, ou seja, quem fosse condenado a uma pena de 12 meses ou mais de prisão poderia beneficiar da liberdade condicional, cumprido que fosse metade da pena (*no mínimo de 6 meses*), e quem fosse, como no presente caso, condenado numa pena superior a 6 meses mas inferior a 12 meses, ficaria excluído da aplicação da referida medida.

No caso em apreço, a arguida E.S.D. foi condenada na pena de 266 dias de prisão subsidiária.

Por isso que, em face do exposto, uma vez verificados os demais pressupostos (materiais) enunciados no art. 61.º, n.º 2, alis. a) e b), do Código Penal, pode a condenada beneficiar da liberdade condicional a partir da data em que atingir o período mínimo de reclusão (6 meses), ficando simultaneamente satisfeito o requisito consistente no cumprimento de metade da pena (4 meses e 13 dias).

III. Decisão

12. Posto o que precede, concede-se provimento ao recurso e, em consequência, revoga-se o despacho recorrido, o qual, oportunamente, deverá ser substituído por outro que admita, nos termos expostos, a apreciação do regime da liberdade condicional à reclusa E.S.D.

Não são devidas custas.

Évora, 2007.10.30

Fernando Ribeiro Cardoso

Anotação

1. O Tribunal da Relação de Évora toma posição neste Acórdão sobre a questão da admissibilidade de colocação em liberdade condicional do condenado em pena de prisão de duração inferior a 1 ano. Como se assinala na decisão, trata-se de um problema que vem sendo objecto de decisões díspares na jurisprudência, mas que não tem merecido atenção particular da doutrina.

A Relação foi chamada a pronunciar-se sobre a matéria na sequência de recurso interposto pelo Ministério Público no interesse da condenada sobre despacho judicial do Tribunal de Execução de Penas de Évora no qual se considerou que «aos condenados (como é o caso) em penas de prisão inferiores a 12 meses não pode ser concedida liberdade condicional». Divergindo deste entendimento, a Relação concluiu que «uma vez verificados os demais pressupostos (materiais)

enunciados no art. 61.º-2/a) e b) do Código Penal (CP), pode a condenada [em prisão subsidiária de 266 dias] beneficiar da liberdade condicional a partir da data em que atingir o período mínimo de reclusão (6 meses), ficando simultaneamente satisfeito o requisito consistente no cumprimento de metade da pena (4 meses e 13 dias)».

Não obstante tratar-se de recurso interposto sobre decisão denegatória da liberdade condicional proferida na vigência do art. 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro (1), a qualificação desta norma como inconstitucional, expressamente sustentada em jurisprudência constitucional recente nesse sentido (2), abriu caminho à sua admissão e conhecimento. Resultado que, de todo o modo, se importaria através da aplicação do art. 485.º-6 do Código de Processo Penal (CPP), na nova redacção introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, de aplicação imediata aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor, 15 de Setembro de 2007 (3), por força do art. 5.º-1 do CPP.

O novo regime da recorribilidade da decisão judicial que negue a concessão de liberdade condicional permitiu superar a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Constitucional e logo por isso, na medida em que representa a consagração de uma solução legal que assegura o respeito

(1) «Não é admitido recurso das decisões que concedam ou neguem a liberdade condicional, a saída precária prolongada e sua revogação, bem como dos recursos referidos no n.º 3 do artigo 23.º». Como se refere em texto, com a entrada em vigor do art. 485.º-6 do CPP, na redacção introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, esta norma deve ter-se por revogada na parte respeitante à inadmissibilidade do recurso sobre decisões que neguem a liberdade condicional.

(2) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 638/2006 (www.tribunalconstitucional.pt), que divergiu do julgo de constitucionalidade formulado pelo Ac. do TC n.º 321/93 (DR, II Série, de 22-01-1993). A conformidade constitucional dessa norma e até a sua própria vigência eram igualmente questionadas por MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime. Notas Complementares para a cadeira de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2006-2007, p. 32. Pelo contrário, PAULO PRINTO DE ALBUQUERQUE, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra Editora, 2006, p. 361, nota 144, entendia que as revisões de 1995 ao CP e de 1998 ao CPP não contenderam com a vigência do art. 127.º do Decreto-Lei n.º 783/76.

(3) Cf. art. 7.º da Lei n.º 48/2007.

constitucionalmente devido pela liberdade pessoal do condenado e pelos seus direitos de defesa, deverá ser acolhido de forma positiva (4). Reflexivamente, o novo regime de recorribilidade acabará por fomentar uma maior atenção jurisprudencial e doutrinária sobre esta matéria.

2. Numa abordagem focada somente na questão que a Relação entendeu como *thema decidendum* do recurso, a de saber se o condenado a pena de prisão com duração inferior a 1 ano poderá beneficiar de liberdade condicional, propenderíamos a alinhar com a fundamentação e a decisão final do recurso, que se inclinou para uma resposta afirmativa. Todavia, os elementos descritos no Acórdão relativos à condenação sofrida pela reclusa E.S.D. impõem uma avaliação diferente da pressuposta pelo Tribunal *ad quem*, que, por sua vez, conduz a uma conclusão distinta daquela a que a Relação chegou quanto à admissibilidade da liberdade condicional neste concreto caso. Parece-nos, com efeito, que as duas decisões judiciais proferidas no processo partem de uma premissa errada, a da parificação da prisão subsidiária à pena de prisão, que acaba por prejudicar a validade de ambas. Contra o que decidiu a Relação, julgamos que *nessa situação não havia lugar a liberdade condicional* por estar em causa uma privação da liberdade fundada em *execução de prisão subsidiária e não de pena de prisão*. A liberdade condicional deveria ser negada, como decidiu o Tribunal *a quo*, mas não com base no argumento de que a liberdade condicional não seria admissível por se tratar de prisão de duração inferior a 12 meses. A inadmissibilidade da liberdade condicional derivava antes da circunstância

(4) Para MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime. Lições para os alunos da disciplina de Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2007-2008, p. 54, «continua, no entanto, a ser questionável o segmento normativo que não admite recurso das decisões que concedam a liberdade condicional, à luz do pressuposto material de concessão que se refere à defesa da ordem jurídica e da paz social». Inclinando-se, todavia, para a susceptibilidade de recurso da decisão de concessão de liberdade condicional, ao abrigo do princípio da recorribilidade constante do art. 399.º do CPP, ARTUR VARGUES, «Alterações ao regime da liberdade condicional», em intervenção proferida nas Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, CEJ, 2007 (vd. www.cej.mj.pt).

de a reclusa cumprir *prisão subsidiária* e esta não constituir uma (modalidade da) pena de prisão, *não se lhe aplicando, por isso, o regime legal da liberdade condicional*.

3. Começemos, ainda assim, por explicitar as razões da nossa concordância com a posição assumida pelo Tribunal *ad quem* quanto à possibilidade de colocação em liberdade condicional no caso de execução de pena de prisão fixada em medida inferior a 1 ano e superior a 6 meses.

À partida, considerando a função primordial da liberdade condicional — «criar um período de transição entre a prisão e a liberdade, durante o qual o delinqüente possa equilibradamente recobrar o sentido da orientação social fatalmente enfraquecido por efeito da reclusão»⁽⁵⁾ —, a denegação de princípio da libertação antecipada em penas de prisão de duração inferior a 12 meses não constituiria uma afronta intolerável à finalidade de prevenção especial positiva que o art. 42.º-1 do CP adscreeve à execução da pena de prisão⁽⁶⁾. Em regra, uma institucionalização pelo período de um ano dificilmente implicará por si só um efeito dessocializador tal que uma bem sucedida reintegração social exija um regresso à vida em sociedade mediado pela liberdade condicional⁽⁷⁾, tanto mais que a sua duração não poderá exceder o tempo de

(5) Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. Cf., por outros, ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, «Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português», *BFDUC*, ano 65, 1989, p. 401 e ss., e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas / Editorial Notícias, 1993, 14.º Cap.

(6) Sobre a socialização como finalidade da execução da pena privativa da liberdade e o estado actual da questão, cf., desenvolvidamente e com amplas referências bibliográficas, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa da liberdade. Seu fundamento e âmbito», sep. do vol. XIII, do Suplemento ao *BFDUC*, 1982, p. 99 e ss., e *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra Editora, 2000, p. 29 e ss., e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, I: Questões Fundamentais; a Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 4.º Cap., §§ 19 e ss. e 68 e ss.

(7) A contraposição entre as chamadas liberdade condicional facultativa (art. 61.º-2 e 3 do CP) e liberdade condicional obrigatória (art. 61.º-4 do CP, que, todavia, depende sempre do consentimento do condenado, nos termos do n.º 1 do

prisão que falte cumprir (art. 61.º-5 do CP) e será, por isso, necessariamente curta.

Se a liberdade condicional não aparece aqui como imperiosa, nada impedirá, porém, o legislador de admitir a sua concessão mesmo em penas de prisão de curta duração, como o são as fixadas em medida inferior a 1 ano. E parece ter sido essa, na verdade, a opção legislativa plasmada no n.º 2 do art. 61.º do CP: «o tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo seis meses...».

Além do consentimento do condenado (art. 61.º-1 do CP) e da verificação de pressupostos de natureza material directamente relacionados com o cumprimento das finalidades de prevenção especial de ressocialização e de prevenção geral de integração através do cumprimento da pena⁽⁸⁾ (art. 61.º-2/a) e b) do CP), a concessão da liberdade condicional está dependente de uma execução com uma duração mínima de seis meses e ainda do decurso de um determinado período de tempo de cumprimento da pena de prisão⁽⁹⁾: 1/2, 2/3 ou, por fim, 5/6, em penas de duração superior a 6 anos. Por serem estes os momentos em que, por regra, se avaliará e renovará a instância, há uma propensão para entender que se não é possível a colocação em liberdade condicional a metade da pena por não terem ainda decorrido 6 meses de execução, o

mesmo preceito) revela implicitamente que o próprio legislador admitiu que na execução de penas de curta e média duração (até 6 anos: art. 61.º-4, *a contrario*) a transição da prisão para a vida em liberdade pode não ser acompanhada por um período de liberdade condicional na parte final da execução da pena de prisão, se se concluir, num juízo de ponderação a realizar aos 2/3 da sua execução, que não é de esperar que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente res-ponsável, sem cometer crimes (art. 61.º-3 do CP).

(8) Cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «A liberdade condicional no direito português: breves notas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, p. 376 e ss.

(9) Note-se que embora estes períodos de tempo pareçam ter um cunho meramente formal, a verdade é que se reflectem de forma substancial nos pressupostos materiais de que depende a libertação condicional: quanto maior é o tempo de execução da pena mais se atenuam — ao ponto de se apagarem, na liberdade condicional obrigatória — as exigências legalmente colocadas para a sua concessão.

que sucede quando esta tem duração inferior a 12 meses, deixará de ser possível a sua concessão⁽¹⁰⁾. Considera-se que se no primeiro momento em regra previsto para a colocação em liberdade condicional, metade da pena, não se mostram reunidas todas as condições para a sua concessão, designadamente o cumprimento de um mínimo de 6 meses, o condenado perde irremediavelmente a oportunidade de dela beneficiar.

Raciocínio que é, todavia, prejudicado pela própria redacção do n.º 2 do art. 61.º, que, como bem acentuou o Acórdão em anotação, exige, por um lado, que se encontre cumprida metade da pena e, por outro lado, um mínimo de 6 meses. *E não que no momento em que se atinge metade da pena já tenham decorrido 6 meses*. Tomando em consideração o caso em apreço, se à reclusa tivesse sido aplicada pena de prisão (e não pena de multa que deu lugar a prisão subsidiária) com duração de 266 dias, seria ao fim de 180 dias que, para usar as palavras da lei, se encontraria cumprida metade da pena e no mínimo seis meses. Estando verificados estes dois pressupostos formais da colocação do condenado em liberdade condicional não há razão para de imediato recusar a possibilidade de libertação condicional. Recusa eliminar justificada com base numa ideia de proibição de concessão de liberdade condicional em penas de prisão fixadas em medida concreta inferior a 12 meses que não é sequer sugerida, quanto mais imposta pela disciplina legal da liberdade condicional.

Aliás, tal como notou o Ministério Público na sua 9.ª conclusão, quando perspectivada a questão à luz do n.º 3 do art. 61.º do CP — «o tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo

seis meses» —, não se compreende a assertividade com que se afirma não ser possível existir liberdade condicional em penas de prisão inferiores a 1 ano: numa pena de prisão de, por exemplo, 11 meses, ao fim de 7 de meses e 10 dias não é inequívoca a verificação de dois dos pressupostos formais ali definidos? A saber: o cumprimento de dois terços da pena e um mínimo de seis meses. E se o é, não há qualquer razão para negar *in limine* a hipótese de concessão de liberdade condicional.

Decisiva para a correcta apreciação do problema acaba por ser a compreensão da função desempenhada pela cláusula de cumprimento efectivo de um mínimo de 6 meses de pena. Trata-se de um pressuposto da liberdade condicional introduzido pela reforma de 1995 do Código Penal, em substituição da equívoca condição que figurava na versão originária do Código⁽¹¹⁾, determinado pela ideia de que «antes de escoado este tempo nem é possível atribuir seriamente (como sempre se deve) ao cumprimento da prisão uma finalidade socializadora, nem é admissível emitir qualquer juízo de prognose favorável sobre o comportamento futuro do delinquente em liberdade»⁽¹²⁾. Fazer intervir este requisito para afastar a liberdade condicional em penas de prisão inferiores a 1 ano significa, em termos substanciais, alargar de 6 para 12 meses o período mínimo de privação da liberdade pressuposto pela libertação condicional. Extensão da amplitude deste pressuposto da liberdade condicional que não só não encontra nenhum conforto na

(10) "Art. 61.º (Pressupostos e duração). — 1. Os condenados a pena de prisão de duração superior a 6 meses podem ser postos em liberdade condicional quando tiverem cumprido metade da pena..." — cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 840 e ss.

(11) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 841. Rezam as «Actas da Comissão de Revisão do Código Penal», in: *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 62, que o Professor Figueiredo Dias, "justificando algumas das soluções preconizadas no novo texto, começou por referir a necessidade do cumprimento de pelo menos seis meses de prisão, pois só assim será viável a readaptação do condenado". Na mesma direcção, MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 47. Cf. ainda SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «A liberdade condicional no direito português: breves notas», p. 368 e ss.

(10) Cf. M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Anotado e Comentado*, 11.ª ed., Almedina, 1997, art. 61.º, 3.ª, p. 227, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Direito Prisional Português e Europeu*, Coimbra Editora, 2006, p. 356: «Ao invés [do regime previsto no art. 61.º, 4 do CP, na redacção anterior à Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro], os condenados nas restantes penas e pelos restantes crimes podem beneficiar de liberdade condicional ao meio da pena se estiverem asseguradas as finalidades de prevenção especial e geral e aos dois terços da pena se estiverem asseguradas pelo menos as finalidades de prevenção especial. Assim, a liberdade condicional não pode ser concedida a condenados em pena inferior a 12 meses de prisão» (it. nosso).

letra da lei, ao invés constituir uma interpretação *contra legem*, como nem sequer é justificada pela teleologia que funda a sua previsão legal, dado que o legislador entendeu serem, *a priori*, 6 e não 12 os meses necessários para que o cumprimento da prisão possa produzir um efeito ressocializador sobre o condenado e permitir a avaliação do pressuposto da colocação em liberdade condicional definido na al. a) do n.º 2 do art. 61.º do CP.

Tudo o que leva a concluir pelo acerto do juízo expresso pela Relação de Évora quanto à admissibilidade de concessão de liberdade condicional em penas de prisão de duração inferior a 1 ano.

4. A solução encontrada pelo Tribunal *ad quem* seria a mais ajustada ao regime legal vigente não fora a circunstância de estar em causa uma privação da liberdade em regime de prisão subsidiária e não de cumprimento de pena de prisão.

Resulta do texto do Acórdão que a reclusa em relação à qual se discutia a colocação em liberdade condicional cumpria não uma pena de prisão aplicada como pena principal, mas antes uma prisão subsidiária de 266 dias decorrente do não pagamento de uma pena de multa principal em que havia sido condenada, fixada em 400 dias de multa à taxa de € 2,50.

Tanto o Tribunal de Execução de Penas, como a Relação deram como adquirida a aplicabilidade do instituto da liberdade condicional à prisão subsidiária. A questão é, porém, *controvertida*. Ainda na vigência da versão originária do Código Penal de 1982 e perante um corpo legal que aproximava bem mais do que hoje a prisão sucedânea à pena de prisão punha-se o problema de saber se a pena susceptível de fazer intervir a liberdade condicional seria só a pena (principal) de prisão prevista no art. 40.º (correspondente ao actual art. 41.º do CP) ou também a prisão sucedânea de uma multa não paga (13). Actualmente, em face do regime legal vigente desde a reforma de 1995 do Código Penal,

(13) Eram estes os termos em que a questão era apresentada por FIGUEREDO DIAS, *Direito Penal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 858, que propendia para a admissibilidade da liberdade condicional.

Maria João Antunes é peremptória em considerar que na prisão subsidiária «não é admissível a concessão de liberdade condicional» (14).

A controvérsia sobre esta problemática não constitui, porém, uma originalidade nacional, registando-se também, *v. g.*, na Alemanha, onde curiosamente é sobretudo a jurisprudência que tende para a negação da susceptibilidade da concessão de liberdade condicional na prisão executada em vez da multa não paga, sendo a sua aplicação defendida fundamentalmente pela doutrina (15).

A nosso ver, e como procuraremos demonstrar, a evolução da disciplina legal da prisão subsidiária, aliada ao seu fundamento político-criminal e à actual natureza jurídica da liberdade condicional conduzem à conclusão de que é *legalmente inadmissível a colocação em liberdade condicional daquele que cumpre prisão subsidiária em consequência do não pagamento de uma pena de multa principal em que foi condenado*.

Esta nossa posição cinge-se unicamente à execução de prisão, denominada prisão subsidiária, resultante do incumprimento de uma multa principal e não se estende à execução da pena de prisão aplicada na sentença condenatória e substituída por multa, nos termos do art. 43.º-1 do CP, quando essa execução tenha lugar em virtude da revogação da multa de substituição por falta de pagamento da mesma (art. 43.º-2 do CP) (16). Nesta segunda hipótese do que se trata é do cumprimento de uma pena de prisão no sentido próprio do termo, a prisão aplicada como pena principal na decisão condenatória, que por isso estará sujeita à aplicação do instituto da liberdade condicional. Até à recente revisão do Código Penal essa admissibilidade de princípio não poderia, contudo, na prática, materializar-se numa efectiva concessão de liberdade con-

(14) MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 55.

(15) Sobre a questão, cf. *infra*, ponto 6.

(16) Para uma contraposição entre a multa como pena principal e como pena de substituição, cf. JORGE DE FIGUEREDO DIAS, «A pena de multa de substituição», *RLJ*, ano 125.º (1992), n.º 3819, p. 163 e ss., e n.º 3820, p. 201 e ss., ODETE MARIA DE OLIVEIRA, «Penas de substituição», in: *Jornadas de Direito Criminal — Revisão do Código Penal, Vol. II: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 61 e ss., e MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2006-2007, p. 55 e ss.

dicional, uma vez que só eram passíveis de substituição por multa as penas de prisão aplicadas em medida concreta não superior a 6 meses (art. 44.º-1 do CP revisto) e a colocação em liberdade condicional pressupunha (como ainda pressupõe) um cumprimento de pena de prisão por um período mínimo de 6 meses (art. 61.º-2 do CP). Tendo sido elevado para um ano, na revisão de 2007 do Código Penal, o limiar da medida concreta da pena de prisão passível de substituição por multa, será agora possível colocar em liberdade condicional o agente que cumpre pena de prisão de duração superior a 6 meses após ter visto revogada por falta de pagamento a multa que a havia substituído. Precisamente nestes casos ganhará acuidade a discussão travada *supra* acerca da possibilidade de concessão de liberdade condicional em penas de prisão de duração inferior a 1 ano.

5. Delimitado o âmbito do problema, circunscrito à execução de prisão subsidiária decorrente do não cumprimento de uma multa principal, procuraremos explicitar as razões que em nosso modo de ver justificam a inaplicabilidade do instituto da liberdade condicional a essa prisão subsidiária.

Para esse efeito, antes de mais cumpre compreender a função político-criminal desempenhada pela prisão subsidiária. A este propósito, deverá notar-se que não só entre nós, como na experiência do direito comparado (17) de há muito existe a clara consciência de que a prisão subsidiária é uma peça essencial do complexo legal da pena de multa. Na expressão certa de Tröndle, a prisão sucedânea constitui mesmo a espinha dorsal da pena de multa (18). Por muito nefasta que seja, a prisão subsidiária é vista como um meio imprescindível para conferir efectividade à pena de multa (19). Com efeito, pese embora o carac-

(17) Cf. a investigação exaustiva de Luis ROCA AGAPITO, *La Responsabilidad Penal Subsidiaria por Impago de la Pena de Multa (Estudio Histórico-Comparado, Dogmático y Político-Criminal)*, Ed. Lex Nova, 2003, p. 197 e ss. e *passim*.

(18) HERBERT TRÖNDLE, «Die Geldstrafe im neuen Straftensystem», *Monatschrift für Deutsches Recht*, ano 26, 1972, p. 466.

(19) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 179, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Sistema punitivo português. Principais alte-

ter de *ultima ratio* que deve conformar a privação da liberdade num sistema penal de um Estado de Direito material e o consabido efeito criminógeno da prisão de curta duração, não foi ainda encontrada pelo legislador alternativa melhor que a prisão subsidiária para, em derradeira instância, satisfazer a necessidade de garantir a efectiva aplicação da pena de multa (20). Pode afirmar-se, com Figueiredo Dias, que a consagração de uma prisão subsidiária «da multa não paga é político-criminalmente tão pouco desejável quanto irrenunciável; sem ela seria a própria pena de multa a sofrer irreparavelmente enquanto instrumento de actuação preferido da política criminal nos domínios da pequena e da média criminalidade» (21). Perspectiva avalizada entre nós quer pela jurisprudência constitucional (22), quer pela jurisprudên-

ças no Código Penal revisto», *Sub Iudice*, n.º 11, 1996, p. 34, e MAURACH / GÖSEL / ZIEF, *Derecho Penal. Parte General. II: Formas de Aparición del Delito y las Consecuencias Jurídicas del Hecho*, Editorial Astrea, 1995 (tradução da 7.ª edição alemã, de 1989, por Jorge Bofill Genzsch), § 59, n.º m. 71.

(20) Nesta direcção, WALTER STREBE, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª ed., C. H. Beck, 2001, § 43, n.º m. 1.

(21) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 179.

(22) Acs. da Comissão Constitucional n.º 149, de 13-03-1979, e n.º 387, de 31-03-1981 (apêndices ao DR de 31-12-1979, p. 42 e ss., e de 18-01-1983, p. 43 e ss., respectivamente), ambos relatados por Jorge de Figueiredo Dias. A favor, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 184 e s., e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Sistema punitivo português», p. 35.

Foi outra a posição tomada pela *Corte Costituzionale Italiana* na Sentença n.º 131/1979, de 21-11-1979 — publicada na *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, com anotação de PAOLO PITTARCO, «L'inconvertibilità della pena pecuniaria: implicazioni sistematiche di una decisione certamente "storica"», p. 1375 e ss.; agora também disponível em www.cortecosistuzionale.it —, na qual foi julgado inconstitucional o art. 136 do *Codice Penale*, que previa a conversão da multa não paga em prisão, por violação do princípio da igualdade consagrado no art. 3.º da Constituição italiana, na medida em que implicava uma disparidade de tratamento fundada apenas nas condições económicas do condenado. Note-se, porém, que a decisão de inconstitucionalidade formulada pelo Tribunal Constitucional italiano não assentou numa rejeição sumária da possibilidade de, por imposição legal, uma pena de multa não paga dar origem a uma privação da liberdade, tendo sido sobretudo determinada pela consideração de que o complexo normativo regulador das penas pecuniárias e da sua

dência comum⁽²³⁾, onde está perfeitamente estabilizado o entendimento da validade constitucional do cumprimento de prisão fundado no não pagamento da pena de multa.

Se há acordo quanto à inevitabilidade da imposição de prisão em caso de multa não paga e ainda em relação à necessidade de dotar o sistema legal de instrumentos que promovam a prisão subsidiária como mecanismo de *ultima ratio*, criando meios alternativos prévios à execução da prisão que assegurem igualmente o cumprimento da pena de multa de um modo políaco-criminalmente aceitável, como a cobrança coerciva (art. 49.º-1 do CP e art. 491.º-1 do CPP) ou a prestação de trabalho em substituição do pagamento em dinheiro (art. 48.º do CP), são todavia sensíveis as diferenças de opinião quanto à natureza desta prisão e à interpretação do seu regime legal.

A natureza jurídica da prisão subsidiária constitui naturalmente um importante elemento para a conformação da sua regulação legal e sobretudo para a diluição das questões mais duvidosas do seu regime, como, entre outras, a possibilidade de concessão da liberdade condicional. Sendo esta concebida como medida de execução da pena de prisão, para a resolução deste último problema não é de todo em todo indiferente a natureza atribuída à prisão subsidiária.

As concepções acerca dessa natureza são *fundamentalmente duas*. Uma linha de pensamento, dominante na Alemanha, perspectivava a prisão cumprida na sequência do não pagamento da multa principal como uma autêntica pena, com carácter privativo da liberdade.⁽²⁴⁾ Ao

execução apresentava uma série de desarmónias que tornavam árdua a sua plena adequação às normas constitucionais. O ponto crítico que decisivamente fez pender a *Corte Costituzionale* para a declaração inconstitucionalidade referia-se à fase executiva da pena de multa, em que a lei, de modo inelutável e automático, impunha a conversão da pena pecuniária em pena detentiva no caso de se verificar a insolvência do condenado.

⁽²³⁾ Por último, Ac. do TRP de 15-06-2005 (Proc. n.º 0446496, www.dgsi.pt).
⁽²⁴⁾ Cf., entre outros, HERBERT TRÖNDLE / THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54.ª ed., C. H. Beck, 2007, § 43, n.º m. 2, SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁶, § 43, n.º m. 2, HANS-HEINRICH JESCHICK / THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker & Humblot, 1996, § 73, III, 2.

configurar a *Ersatzfreiheitsstrafe*, prevista no § 43 do StBG⁽²⁵⁾, como uma verdadeira pena detentiva, à doutrina alemã maioritária reíra-lhe o desempenho de uma função de coerção ou persuasão ao pagamento da multa⁽²⁶⁾. Até por contraposição com um instituto afirm mas de natureza distinta do direito contra-ordenacional (*Arordnung von Erzwingungshaft*, § 96 da OWiG)⁽²⁷⁾, vai aí implícita a ideia de que a pena de prisão substitutiva da multa não pode aparecer como pena privativa da liberdade e simultaneamente como mecanismo de constrangimento ao pagamento da multa.

É toda uma outra a perspectiva que vem fazendo curso entre nós, remontando já à versão inicial do actual Código Penal e que se acen-tuou com a sua reforma de 1995. Com efeito, na doutrina nacional a prisão decorrente do não cumprimento da pena de multa principal tem sido vista não tanto como uma pena privativa da liberdade cumprida em vez da multa não paga, mas antes fundamentalmente como uma *medida de constrangimento aplicada ao condenado com o intuito de o persuadir a liquidar a multa determinada pela sentença condenatória*. Era já esta a preferência assumida por Figueiredo Dias na vigência do CP de 1982, que enfatizava na chamada prisão sucedânea «a sua vertente de sanção (penal) de constrangimento, conducente à realização do efeito preferido de pagamento da multa»⁽²⁸⁾. A reforma de 1995 do Código

⁽²⁵⁾ § 43 do StGB: «A pena de multa não paga é substituída por pena de prisão. A um dia de multa corresponde um dia de prisão. A medida mínima da pena de prisão de substituição é de um dia».

⁽²⁶⁾ TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*²⁴, § 43, n.º m. 2, SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁶, § 43, n.º m. 2, e JESCHICK / WEIGEND, *AT*⁷, § 73, III, 2.

⁽²⁷⁾ TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*²⁴, § 43, n.º m. 2, ERICH GÖHLER / PETER KÖNIG / HELMUT SEITZ, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 14.ª ed., C. H. Beck, 2006, § 96, n.º m. 1, e WOLFGANG MITSCH, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed., Springer, 2005, § 15, n.º m. 20.

⁽²⁸⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. II. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 182. O A., *idem*, nota 88, ressaltava que esta prisão sucedânea constitua "em todo o caso sanção penal (...)" e, nesta medida, como sublinha a doutrina alemã, uma verdadeira pena". Mas no pensamento de Figueiredo Dias era, ainda assim, e em contraposição com o entendimento alemão dominante, o carácter de constrangimento que

Penal foi nesta matéria orientada precisamente pela ideia de que a prisão aplicada em virtude do não pagamento da multa visa *prima facie* dissuadir o condenado de subtrair-se à regularização da multa aplicada, constringendo-o a pagá-la quer através da ameaça da prisão, quer da própria execução da prisão, dado que a todo o tempo a prisão poderá ser evitada mediante o pagamento da multa em falta⁽²⁹⁾. Intenção que justificou inclusive a introdução de uma nova terminologia legal, tendo sido abandonada a expressão «pena de prisão aplicada em alternativa» (arts. 46.º-3 e 47.º-3 do CP de 1982), substituída pela actual designação «prisão subsidiária» e não por «pena de prisão subsidiária» (cf. os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 49.º do CP vigente)⁽³⁰⁾.

Atenta a evolução da regulação legal nesta matéria e o pensamento, bem fundado, que a inspirou, cremos que a prisão subsidiária consagrada na legislação nacional assume uma finalidade precípua de cons-

avultava nesta prisão sucedânea, prevista pelo CP de 1982 nos seguintes termos: «quando o tribunal aplicar a pena de multa será sempre fixada na sentença prisão em alternativa pelo tempo correspondente reduzido a dois terços» (art. 46.º-3); «quando a multa não for paga ou substituída por dias de trabalho, nos termos dos números anteriores, será cumprida a pena de prisão aplicada em alternativa na sentença» (art. 47.º-3).

⁽²⁹⁾ Cf. Actas n.ºs 3 e 4 da Comissão de Revisão («Actas da Comissão de Revisão do Código Penal», *cit.*, pp. 26 e 29): «Trata-se afinal de conceder à prisão um carácter especial, pois o que se pretende é, em primeiro lugar, o pagamento da multa» (Professor Figueiredo Dias); «Finalmente, esclareceu ainda a razão de ser do segundo período do n.º 1 do art. 47.º-A, relativo ao pagamento parcial da multa. A solução fundamenta-se no especial cariz desta prisão subsidiária, que se configura como uma sanção de constrangimento perspectivada de forma a que se proceda em primeira linha ao pagamento da multa» (Professor Figueiredo Dias).

⁽³⁰⁾ As Actas da Comissão de Revisão demonstram que a escolha das palavras não foi fortuita, mas antes determinada justamente pela vontade de enfatizar a função coercitiva que deverá marcar a prisão executada em consequência do não pagamento da multa: «O Senhor Dr. Lopes Rocha exprimiu a sua concordância na generalidade com as redacções apresentadas, fazendo no entanto notar a estreita do termo "prisão subsidiária" no Código, possível de causar alguma perturbação. A Comissão, após análise desta questão, entendeu deixar intocável a expressão, pois ela própria exprime a ideia de diferença pretendida. Assim, realinha-se, também pelo aspecto literal, a especial força de constrangimento que se quis imprimir à prisão subsidiária» (Acta n.º 4, *in*: «Actas da Comissão de Revisão do Código Penal», *cit.*, p. 30).

trangimento ao pagamento da multa em que o agente foi condenado⁽³¹⁾. Reside aí, é certo, uma nota repressiva sobre o próprio condenado e por isso poderia até admitir-se que em face desse seu carácter sancionatório a prisão subsidiária teria de ser qualificada como uma pena⁽³²⁾; que, em todo o caso, definitivamente não se identificaria com a pena de prisão no sentido previsto nos arts. 41.º e 42.º do CP⁽³³⁾, nem seria uma pena substitutiva da pena de multa principal⁽³⁴⁾.

Tendo em consideração essa sua natureza coercitiva e o carácter sancionatório que vai associado ao seu cumprimento, em nosso modo de ver a prisão subsidiária deverá ser vista fundamentalmente como uma medida de execução da própria pena de multa principal. Apontam nesse sentido não apenas a sua função de constrangimento, como ainda a inextricável relação que por força da lei existe entre a sua execução

⁽³¹⁾ Neste sentido, MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 55: «Esta privação da liberdade tem, tal como tinha versão primitiva do CP a prisão fixada em alternativa na sentença, a natureza de sanção de constrangimento, visando, de facto, em último termo, constringer o condenado a pagar a multa». Ainda nesta direcção, SÓNIA FIDALGO, «O processo sumariíssimo na revisão do Código de Processo Penal», nota 38, em intervenção proferida nas Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, CEI, 2007 (vd. www.cej.mj.pt).

⁽³²⁾ Assim, já, como vimos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 182, nota 88, e agora JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpaabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Pub. Universidade Católica, 2002, p. 466: «É seguro que também a pena de multa (autónoma), no caso de não ser cumprida, pode implicar a privação de liberdade. Mas esta pena de prisão (ou quaisquer outras sanções que possam decorrer do não pagamento da multa) é apenas um sucedâneo de uma pena de multa e assume, pois, o carácter de sanção por "desobediência", visando, não as finalidades que com a pena de prisão se querem cumprir, mas, tão-só, aquelas que com a pena de multa se pretendem realizar».

⁽³³⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 181, e SÓNIA FIDALGO, «O processo sumariíssimo na revisão do Código de Processo Penal», nota 38.

⁽³⁴⁾ Nesta direcção, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 181; em sentido oposto, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral, III: Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*, Verbo, 1999, 314-2, p. 214 e s.

e o estado do pagamento da multa: o tempo de prisão subsidiária é fixado em função dos dias multa em que o agente foi condenado (art. 49.º-1 do CP); a multa parcialmente paga deverá repercutir-se nos dias de prisão subsidiária, diminuindo-os⁽³⁵⁾; o condenado pode a todo o tempo evitar, total ou parcialmente, a execução da prisão subsidiária, pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado (art. 49.º-3 do CP); os dias de prisão subsidiária cumpridos repercutem-se no montante da multa que o condenado deverá pagar para pôr termo à sua execução; e, decisivamente, findo o cumprimento da prisão subsidiária, a pena de multa deverá ter-se por cumprida e ser declarada extinta.

6. Se é esta a natureza jurídica da prisão subsidiária, a de mecanismo de constrangimento ao pagamento da pena de multa principal e não de uma autêntica pena privativa da liberdade, designadamente de uma pena de prisão, compreende-se sem dificuldade que não se lhe deva aplicar o regime da liberdade condicional. Não subsistem hoje dúvidas de que a liberdade condicional constitui um incidente de execução da pena de prisão⁽³⁶⁾, no sentido de que se trata ainda de uma parte, a final, do cumprimento da pena de prisão aplicada ao agente na decisão condenatória⁽³⁷⁾. Para essa conclusão apontam duas notas fundamentais do regime legal da liberdade condicional introduzidas pela reforma de 1995 do Código Penal: a de que em todas as suas modalidades a colocação em liberdade condicional depende do sentimento do condenado (art. 61.º-1 do CP); e a de que a duração da

(35) MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 47.

(36) ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Sistema punitivo português», p. 36, MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 47, e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «A liberdade condicional no direito português: breves notas», p. 363 e ss. É esta igualmente a posição dominante no sistema alemão: vd., por outros, SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*⁹⁶, § 57, n.º m. 2.

(37) Na vigência do CP de 1982, incluíam-se já *de jure condemnado* a favor da atribuição à liberdade condicional de uma natureza de incidente de execução da pena de prisão, ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, «Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português», p. 453 e s., e FIGUEREDO DIAS, *Direito Penal. II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 831 e ss.

liberdade condicional coincide em regra com o tempo da pena de prisão que falta cumprir, nunca o podendo exceder (art. 61.º-5 do CP)⁽³⁸⁾.

Na medida em que, por um lado, a prisão subsidiária prevista no art. 49.º-1 do CP não é uma pena de prisão — e ainda que fosse uma pena privativa da liberdade, não seria certamente uma pena de prisão no sentido previsto nos arts. 41.º e 42.º do CP — e, por outro lado, a liberdade condicional, por força da sua finalidade primacial, da sua função político-criminal, da sua natureza e da própria letra do seu regime legal, está reservada para a pena de prisão *stricto sensu*, não resta senão concluir pela inaplicabilidade da liberdade condicional à prisão subsidiária⁽³⁹⁾.

Poderia eventualmente objectar-se a esta conclusão estar a mesma arrojada a uma lógica demasiado formal, mas a verdade é que as premissas de que parte encontram, como vimos, uma funda justificação dogmática e político-criminal.

Além disso, no sentido da inaplicabilidade da liberdade condicional apontam igualmente as condições de aplicação e execução da prisão subsidiária.

Mesmo no contexto alemão e perante uma prisão substitutiva da multa unanimemente encarada como autêntica pena privativa da liberdade é por demais discutida a concessão de liberdade condicional àquele que cumpre a denominada pena de prisão substitutiva definida no § 43 do StGB.

A favor da aplicação da liberdade condicional à *Ersatzfreiheitsstrafe*⁽⁴⁰⁾ argumenta-se, desde logo, com a sua natureza de verdadeira

(38) Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Sistema punitivo português», p. 36, e MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 47. Sobre estas duas questões no direito anterior e a sua influência para a definição da natureza jurídica da liberdade condicional, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, «Passado, presente e futuro da liberdade condicional no direito português», p. 446 e ss. e *passim*, e FIGUEREDO DIAS, *Direito Penal. II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 831 e s.

(39) Na mesma direcção, MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2007-2008, p. 55.

(40) Na doutrina, por outros, JESCHECK, 47^a, § 79, II, 1., MAURACH / GÖSSEL / ZIPP, *DP-PG, II*, § 65, n.º m. 76, SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*⁹⁶, § 57, n.º m. 4, e EDUARD DREHER / HERBERT TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47.^a ed., C. H. Beck, 1995, § 43, n.º m. 3, e § 57, n.º m. 2a.

pena privativa da liberdade. Arrancando desse ponto de partida, absolutamente consensual na doutrina e jurisprudência, aduz-se que se a previsão legal da liberdade condicional (§ 57 do StGB) não distingue entre a privação da liberdade sofrida em execução de pena de prisão aplicada como pena principal (no sentido do § 38 do StGB) e de pena de prisão substitutiva da multa (§ 43 do StGB), não há razão para o intérprete restringir a aplicabilidade da liberdade condicional somente àquela ⁽⁴¹⁾, tanto mais que a situação do que cumpre esta segunda pena é idêntica à daquele que cumpre a primeira ⁽⁴²⁾.

A defesa da aplicação da liberdade condicional é ainda sustentada com base na ideia de que, na prática, vistas as coisas em termos substanciais, se o condenado em multa que sofre prisão sucedânea não beneficiar de liberdade condicional poderá acabar por ficar em pior posição do que aquele que por revelar uma culpa mais grave foi de imediato condenado em pena de prisão ⁽⁴³⁾.

Por fim, a concessão de liberdade condicional poderia contribuir para temperar o rigor com que a lei alemã regula esta pena de prisão de substituição da multa não paga ⁽⁴⁴⁾, nomeadamente a muito criticada regra de conversão à razão de 1 dia de multa em 1 dia de prisão (§ 43, II, do StGB) e o carácter excepcional ⁽⁴⁵⁾ da possibilidade de renúncia judicial à sua execução, reservada apenas para os casos em que uma efectiva privação da liberdade se traduziria numa execução revestida de uma severidade iníqua (§ 459f da StPO).

A esta corrente, predominante na doutrina, mas francamente minoritária na jurisprudência, é contraposta a ideia de que o condenado tem nas suas próprias mãos a possibilidade de a todo o tempo evitar ou

⁽⁴¹⁾ Cf. o Ac. do OLG de Zweibrücken de 20-10-1975, in: *Juristische Rundschau*, 1976, p. 466 e s., a favor da aplicabilidade do § 57 do StGB à prisão substitutiva da multa (§ 43 do StGB), com anotação concordante de H. PREISDANZ, JR, 1976, p. 467 e ss.

⁽⁴²⁾ SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁶, § 57, n.º m. 4.

⁽⁴³⁾ Ac. do OLG de Zweibrücken de 20-10-1975, cit., p. 467, JESCHECK, AT⁷⁴, § 79, II, 1., e DEHER / TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*⁷⁴, § 57, n.º m. 2a.

⁽⁴⁴⁾ MAURACH / GÖssel / ZIPF, *DP-PG, II*, § 65, n.º m. 76.

⁽⁴⁵⁾ TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*⁵⁴, § 43, n.º m. 10.

pôr termo à privação da liberdade resultante do não pagamento da multa ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾. Como acentua o OLG de Celle, em princípio a pena de prisão substitutiva da multa só deve ser executada quando a multa não é paga pelo condenado não porque ele não pode, mas verdadeiramente porque ele não quer ⁽⁴⁸⁾. E se assim é, não há razão para que um agente nessas condições beneficie da liberdade condicional.

Não vemos como possa a posição contrária superar a força deste argumento. Também entre nós será de afirmar a inaplicabilidade da liberdade condicional à prisão subsidiária, desde logo, como assinalamos, em virtude da natureza desta como instrumento de constrangimento ao pagamento da multa e não como pena de prisão em sentido próprio. Admitir aqui a concessão de liberdade condicional significaria ampliar o seu âmbito de aplicação em contradição com a sua natureza de incidente de execução da pena de prisão e simultaneamente enfraquecer a força de constrangimento da prisão subsidiária. Reflexivamente, seria fragilizada a sua função de garante da eficácia da pena de multa, com prejuízo para a satisfação do desígnio político-criminal da preferência por penas não privativas da liberdade nos domínios da pequena e média criminalidade.

Em complemento desta fundamentação, cumpre lembrar que a prisão subsidiária tem realmente um carácter subsidiário, só sendo aplicada em última instância, quando a multa não tenha sido substituída por trabalho (art. 48.º CP), nem seja possível a sua cobrança coerciva (art. 49.º-1 do CP). Será ainda útil trazer a esta discussão o cerne da argumentação expendida pela jurisprudência alemã dominante para recusar a aplicação da liberdade condicional à pena de prisão substitutiva da

⁽⁴⁶⁾ Ac. do OLG de Celle de 21-09-1976, in: *MDR*, ano 26, 1977, p. 65 e s. Pela inaplicabilidade da liberdade condicional, cf. agora, na doutrina, TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*⁵⁴, § 57, n.º m. 3, e também JESCHECK / WEIGEND, AT⁷⁵, § 79, II, 3., em posição de *jure dato*, mas crítica no plano político-jurídico.

⁽⁴⁷⁾ Segundo SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁶, § 57, n.º m. 4, é este o principal argumento avançado para recusar a liberdade condicional em caso de execução de uma pena privativa da liberdade substitutiva de uma multa não paga.

⁽⁴⁸⁾ Ac. do OLG de Celle de 21-09-1976, cit., p. 66.

multa, pois também no sistema nacional vale o princípio, devidamente reflectido no regime legal vigente (art. 49.º-3 do CP), de que ninguém deverá ser privado da sua liberdade em virtude da falta de condições económicas para pagar a pena de multa.

A regulamentação legal permite ao juiz logo à partida, na decisão condenatória, quando verifique não ter o arguido, sem culpa, condições para pagar a multa principal em que vai condenado, proceder à imediata conversão da multa em prisão subsidiária e suspendê-la sob a condição de cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro (49). No caso de a impossibilidade de pagamento da multa ser superveniente à condenação, o condenado poderá sempre valer-se do disposto no art. 49.º-3 do CP e demonstrar que o não pagamento se ficou a dever a razões que lhe não são imputáveis (50). Recairá então sobre o juiz, se der como demonstrado não ser a falta de pagamento imputável ao condenado, o poder-dever de converter a multa em prisão subsidiária e suspendê-la nos termos assinalados.

Perante este quadro legal, se há lugar à transformação da multa em prisão subsidiária e não é ordenada a sua suspensão isso só pode significar que ou o condenado prescindiu de tentar demonstrar que o não pagamento se ficou a dever a causas que lhe não são imputáveis, resignando-se tacitamente a uma privação da liberdade em cumprimento de prisão subsidiária, ou o tribunal, no legítimo exercício do seu poder de livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP), concluiu que, a falta de pagamento não se ficou a dever a razões que lhe não são imputáveis.

Vale isto por dizer que a imposição de prisão subsidiária radica, em último termo, na livre vontade do condenado, que podendo pagar a multa ou, pelo menos, demonstrar não estar em condições de o fazer por motivos que lhe não são imputáveis, decidiu não fazer nem uma coisa,

(49) Admite igualmente esta possibilidade, MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, 2006-2007, p. 35.

(50) Pronunciando-se no sentido da conformidade constitucional do art. 49.º-3 do CP no segmento em que faz recair sobre o condenado a incumbência de provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, Ac. do TC n.º 491/00.

nem outra. Se o livre exercício pelo condenado do seu poder de autodeterminação pode, em última instância, conduzir à aplicação da prisão subsidiária, dele pode decorrer igualmente o termo da sua execução, uma vez que pode o condenado a todo o tempo evitar, total ou parcialmente, a execução da prisão subsidiária, pagando, no todo ou em parte, a multa aplicada (art. 49.º-2 do CP).

Em face da natureza da prisão subsidiária, do seu carácter de *ultima ratio* e das condições legais que subjazem à sua aplicação e execução, *nada justifica que lhe seja aplicado o instituto da liberdade condicional*.

Fica, assim, expressa e fundamentada a nossa discordância em relação à decisão do Tribunal da Relação de Évora na parte em que, de forma implícita, aceitou a aplicabilidade da liberdade condicional à reclusa E.S.D., que cumpria prisão subsidiária de 266 dias na sequência do não pagamento da pena de multa principal de 400 dias em que tinha sido condenada.

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 17 • N.º 4 • Outubro-Dezembro 2007 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
Periodicidade trimestral • Preço deste número: Euros 13.50 (IVA incluído)



Coimbra Editora

I.D.P.E.E.