



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito - Escola de Lisboa

Mestrado Forense

PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

A permeabilidade das ordens jurídicas da “Europa Latina” a alternativas de punir a prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais

Dissertação de Mestrado orientada pelo
Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva

Sara Justino Grancho

Julho de 2023

À minha mãe e irmão
– sem eles, nada seria possível.

À minha família
– que me apoia incondicional e intemporalmente.

Ao meu orientador Professor Doutor Germano Marques da Silva
– pela disponibilidade e compreensão.

A todos os que preencheram os momentos desta feliz jornada.

A todos, um eterno obrigada.

RESUMO

A prática de um crime leva tradicionalmente à aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança. Ultrapassadas as penas de morte e de prisão perpétua, a pena de prisão foi a quase isoladamente aplicada durante décadas até surgirem as penas substitutivas, enquanto formas alternativas de punir.

Não é chocante constatar que a certos crimes – nomeadamente os mais graves –, é impossível aplicar uma pena não privativa de liberdade, pois a liberdade do indivíduo pode sempre traduzir-se numa ameaça para a população em geral.

No entanto, os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais, ainda que possam estar associados a diferentes graus de desvalor ou censura, causam uma considerável repugnância social, em alguns casos na mesma medida da gravidade daqueles crimes que não podem ser punidos com “medidas alternativas”.

É por esta circunstância, entre outras, que a legislação e a jurisprudência entre países é tão díspar, ainda que se possa dizer que a portuguesa é uma das que menos evidencia este fenómeno.

Palavras-Chave:

Pena; Fins das penas; Penas de Substituição; Violação; Coação Sexual; Agressão sexual; abuso sexual de crianças; Jurisprudência

ABSTRACT

To commit an offense traditionally leads to the application of a penalty or a security measure. After the abolition of the death sentence and life imprisonment, the prison sentence was the (almost) only penalty used for decades until “alternative sanctions” emerged as alternative forms of punishment.

It is not shocking to realize that for certain offenses – in particular the most serious ones – it is impossible to apply a non-custodial sentence, as the freedom of the individual can always mean a threat to the population at large.

However, offenses against sexual freedom and self-determination, although they may be associated with different degrees of disvalue or censure, cause considerable social revulsion, in some cases to the same extent as the seriousness of those offenses which cannot be punished by "alternative measures".

It is for this reason, among others, that legislation and court decisions between countries are so different, although it can be said that portuguese legislation is one of the least favorable to this phenomenon.

Keywords:

Penalty; Purpose of sentencing; Alternative sanctions; Rape; Sexual Coercion; Sexual assault; child sexual abuse; Court decisions

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. O Conceito de pena e a sua evolução.....	7
2. 1. Os fins da sanção penal	8
2. 2. A pena de prisão	12
2. 3. O impacto da pena de prisão no indivíduo e na sociedade	13
3. As penas substitutivas.....	17
3. 1. O seu surgimento.....	18
3. 2. Tipos de penas substitutivas e o seu âmbito de aplicação	18
4. Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais e as penas substitutivas	19
4.1. Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais	19
4.2. A moldura penal: âmbito de aplicação específico das penas de substituição.....	21
• Em Portugal	21
• Nas ordens jurídicas da “Europa latina”	23
4.3. A posição da jurisprudência: são aplicadas penas substitutivas a estes tipos de crime?	29
4.3.1. A jurisprudência portuguesa.....	29
4.3.2. A jurisprudência “latina”	35
5. Considerações finais.....	42
6. CONCLUSÃO.....	45
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46
8. Anexo 1.....	49
9. Anexo 2.....	50

SIGLAS E ABREVIATURAS

Cf. – Confrontar

CP – Código Penal

i. e. – isto é

L – Lei

n.º – número

p. e p. – previsto e punido

pg. – página

pp. – páginas

ss. – seguintes

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, é frequente depararmo-nos com notícias sobre crimes de violação, de agressão sexual, ou, ultimamente, de abuso sexual de crianças aos quais estão associados – ainda que não sempre – penas substitutivas. Também é recorrente, em contextos desinformados e informais, ouvirmos comentários e críticas às mesmas decisões judiciais que encontramos nas primeiras páginas de um qualquer jornal.

É notória a repulsa e a emoção que os “crimes sexuais” causam na população em geral, o que também é exacerbado pela forma sensacionalista como a informação lhes é apresentada e pela falta de interesse por mais do que apenas a ténue camada superficial dessa mesma informação. Isto porque as penas substitutivas ou, no fundo, toda a pena que seja mais leve do que a pena de prisão (havendo, de facto, muitas pessoas que desejariam até “ressuscitar” as penas de morte e de prisão perpétua) é associada, pelo cidadão comum, a impunidade. Bem sabemos que não o é, sendo antes uma forma diferente de punir, provavelmente menos invasiva, de facto, mas igualmente ou mais eficaz.

Mas haverá, efetivamente, uma aplicação tão acérrima das penas substitutivas em Portugal? E nos outros países cultural e socialmente semelhantes? É precisamente este exame que pretendemos levar a cabo nesta exposição.

Para tal, depois de uma breve introdução histórica, na qual no fundo recuaremos ao surgimento do conceito de punição e explicaremos o surgimento das penas substitutivas, focar-nos-emos nestas últimas, enquanto mecanismo emergente de um longo esforço por mudar o paradigma onde nos encontrávamos “congelados” há anos.

De seguida, faremos uma breve abordagem aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais, de forma a relembrarmos de que tipos de crime se tratam bem como alguns traços característicos dos mesmos.

Depois de consolidarmos estes dois pontos, passaremos então para o *core* do trabalho, onde exporemos a legislação – dos ora referidos tipos incriminadores – vigente nas ordens jurídicas portuguesa, francesa, espanhola e italiana, bem como o quadro legal das penas substitutivas nas mesmas.

Por último, analisaremos alguma jurisprudência selecionada para, por fim, chegarmos à conclusão que almejamos alcançar com o presente trabalho, nomeadamente saber, das ordens jurídicas em apreço, qual a mais permeável a alternativas de punição, i. e., qual delas tem mais mecanismos e os utiliza efetivamente no âmbito dos crimes desta natureza.

2. O conceito de pena e a sua evolução

“O mundo das normas é o mundo dos deveres e, se o dever é cumprido com a conformação do comportamento humano à norma, o incumprimento do dever é violação da norma e provoca necessariamente a sanção”¹. Ou seja, a pena/ sanção (*lato sensu*) é o resultado direto do incumprimento do que num Estado é tido como correto (e penalmente relevante). GERMANO MARQUES DA SILVA concretiza, afirmando que “a norma penal exprime um juízo de desvalor jurídico sobre o facto que descreve e reafirma-o com a punição de quem atue com violação dessa norma”. Na sua obra, o autor evidencia duas características extremamente importantes de qualquer norma-sanção: mais do que estabelecer o desvalor de determinada conduta; funciona como forma de limitar o poder punitivo do Estado, estabelecendo claramente, antes de os factos serem praticados, quais são ou não censurados.

Importa também esclarecer que o resultado do incumprimento de uma norma não significa necessariamente a aplicação de uma pena, podendo estar antes em causa a aplicação de uma medida de segurança, que visa proteger a sociedade do potencial risco que o infrator possa representar no futuro – ao invés da pena, pensada para agir sobre o facto praticado pelo autor e corrigir o mal causado pelo mesmo².

Em termos de consequências jurídicas penais, a prática de um crime leva tradicionalmente à aplicação de uma pena (que era entendida como castigo) ou de uma medida de segurança (vista como tratamento/ remédio), tema que não iremos aqui aprofundar.

Dentro das penas existem as principais (prisão e multa para as pessoas singulares- artigos 41.º e 47.º; multa e dissolução para as pessoas coletivas – artigo 90.º-A), as acessórias (uma espécie de penas complementares- a lei consagra várias: n.º 2 do artigo 65.º; artigo 69.º; etc.) e as substitutivas (aplicáveis em substituição da pena de prisão – previstas nos artigos 41.º a 60.º³).

Exemplos destas últimas são a imposição de regras de conduta, como não frequentar determinado local ou pagar certa quantia a uma instituição social específica. Em regra esta conduta imposta é cumprida pelos reclusos com algum gosto, por ser uma hipótese alternativa à privação de liberdade.

¹ G. MARQUES DA SILVA, – *Direito Penal Português: Introdução e Teoria da Lei Penal*, 1ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, reimpr., pg. 12.

² Esta distinção vem de uma longa tradição jurídica e histórica, remontando a uma época em que a pena era vista como castigo e a medida de segurança como remédio/ tratamento, pois na altura vingava a crença de que alguns males tinham cura e outros não.

³ Todos do Código Penal (doravante “CP”).

2.1. Os fins da sanção penal

É impossível falar do conceito de pena sem se introduzir o tema dos seus fins, pois são, hoje, questões indissociáveis e cuja análise conjunta se tem revelado imprescindível para se obterem progressivamente melhores resultados nesta matéria. No entanto, este sempre foi um tema muito fraturante e tem sido alvo de discussão e debate quase desde os primórdios da existência do direito penal.

Isto porque a discussão do tema da privação de liberdade – por ser a que tem uma maior expressão atualmente em todo o mundo – e no fundo, *a maiori, ad minus*, da tortura, do trabalho forçado e de qualquer pena que represente uma grande restrição de direitos de um indivíduo não é nem pode ser uma discussão desligada de razões, motivos, fundamentos suficientemente fortes para que seja possível levar a cabo este tipo de restrições em casos como tal realidade ser possível.

Afirma-se, assim, da maior importância rever alguns conceitos e teorias já nossas conhecidas, que são um sólido ponto de partida para o que exporemos ao longo do trabalho, nomeadamente quando analisarmos com mais detalhe alguma jurisprudência e a motivação dos tribunais por trás da determinação de cada pena.

As teorias que mais acrescentaram à dogmática penalista ao longo da sua evolução foram as retributivas e as relativas/ preventivas.

As primeiras baseiam-se nos ideais da expiação, reparação e compensação do mal que representa o crime. Assim, os que seguiam esta linha de pensamento viam os efeitos sociais que possivelmente resultam da aplicação de uma pena como colaterais e completamente independentes das razões que devem presidir à determinação daquela, que deve exclusiva e necessariamente ser uma forma de fazer sentir na pessoa que comete um crime, a mesma dor e sofrimento que ela infligiu à(s) vítima(s) do mesmo. Só deste modo se atingiria uma sintonia entre o d. penal e o sentimento da comunidade geral que desde sempre – e até aos dias de hoje, como podemos verificar pela forma como a sociedade reage às notícias difundidas pela comunicação social – entendeu a pena como castigo e forma de expiação do mal do crime⁴. CESARE BECCARIA, na sua obra relembra que a pena na sua origem era não mais do que um castigo e associa-a à lei de talião – “olho por olho, dente por dente”.

⁴ Na base desta teoria estão os ideais de KANT – a pena enquanto “imperativo categórico”, de cuja aplicação não se pode preterir em caso algum, pois cada indivíduo deve sentir “aquilo de que são dignos os seus atos” –, HEGEL – lógica de que o crime significa a negação do direito e de que a pena significa a negação da negação – e à Lei de Talião – “Olho por olho, dente por dente” (cf. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, reimpr., pp. 45 e 46).

Sublinha, aliás, que esta foi a primeira norma jurídica sobre a matéria dos fins das penas – ideia de proporcionalidade, de vingança e de que a retribuição tem de ser do mesmo valor da ofensa.

Este tipo de pensamento foi bastante criticado desde logo pelos defensores das teorias preventivas, pelo facto de ser por natureza uma conceção dissociada de fins e por partir do princípio de que o Estado é uma entidade com um poder acima do que de facto tem. Esses consideram que o Estado não pode ser uma entidade sancionadora, sem mais, tem antes de limitar-se a proteger bens jurídicos. Mais, a doutrina retributiva é puramente social-negativa, pugnando pelo simples castigo na mesma medida do desvalor da conduta criminosa, sem socialização do delinquentes, sem restauração da paz jurídica da comunidade e sem efeitos benéficos no âmbito da reincidência e no controlo da criminalidade⁵.

Foram os ideais pós-iluminismo, como ensina CESARE BECCARIA, que redefiniram o paradigma da legitimação do Estado para castigar o povo pelos seus erros – castigar por castigar, só Deus pode –, considerando ser imprescindível existir um fim e no fundo, um motivo, para se restringirem os direitos de outrem, independentemente dos males que tenha praticado. Assim, a ideia que os pós-iluminismo trouxe foi de que a aplicação de uma pena devia estar sempre condicionada pela utilidade que a mesma pudesse representar no campo da reincidência, i.e. da prevenção da prática de novos crimes.

Só depois da segunda guerra mundial começou a entender-se a pena como meio de (re)integração social. Isto por se ter verificado uma grande dificuldade de integração por parte dos reclusos depois de saírem dos estabelecimentos prisionais onde tinham cumprido a sua pena. Nesta senda, nasceu uma corrente – dentro da Escola correcionalista – que pretendia difundir o ideal de que a pena e o tempo de reclusão devem ser sempre proveitosos em termos educativos e formativos, de forma a que o fim de uma pena não represente um obstáculo mas sim uma transição⁶.

E assim surgiram, portanto, as teorias relativas, que se auto intitulam de “teorias dos fins”, exatamente por entenderem ser no fim de uma pena que se encontra a legitimação do Estado para a aplicar, através das devidas instâncias judiciais. Contra si, sempre tiveram o argumento de que sustentar toda esta ideologia num fim ou objetivo significa instrumentalizar

⁵ Não obstante, o pensamento retributivo está na base do princípio da culpa, um dos princípios basilares da dogmática penal portuguesa.

⁶ Assim se criaram escolas, oficinas, entre outros, dentro das prisões; aprendiam um ofício que pudessem praticar autonomamente, pois a sociedade excluía imenso quem tinha saído da prisão. Hoje, a reinserção social não é nem pode ser apenas isso, pois não são apenas pessoas com dificuldades de reintegração que encontramos dentro dos estabelecimentos prisionais.

o ser humano e assim, violar a dignidade humana, pilar incontestável de um Estado de Direito democrático.

No entanto, há uma grande diferença entre as teorias relativas de prevenção geral⁷ e as de prevenção especial⁸ – e dentro das mesmas importa também distinguir as respetivas vertentes positiva e negativa – pois enquanto uma se foca mais na sociedade e na forma como a mesma apreende a pena e a sua aplicação, a outra enfatiza mais o impacto que a pena tem no indivíduo e a forma como a mesma afetará o seu futuro, respetivamente.

Os defensores da vertente negativa das teorias de prevenção geral acreditam que é através da pena e do sofrimento infligido que se consegue uma intimidação da população geral que não quererá seguir o mesmo exemplo. Já a vertente positiva pugna pela integração, fazendo da pena um meio de consolidação da confiança da comunidade na justiça e na vigência das normas⁹. Mais uma vez, CESARE BECCARIA¹⁰ traz importantes e concisas conclusões sobre este tema, associando as teorias de prevenção geral negativa ao medo e as de prevenção geral positiva ao carácter educativo das penas.

Para a doutrina da prevenção especial “a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delincente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes”¹¹. É aqui que se enfatiza mais a ideia de prevenção da reincidência¹², tendo-se verificado desde muito cedo uma divisão profunda entre os que consideravam que a mesma deveria ser

⁷ “A primeira formulação acabada de uma doutrina de prevenção geral fica a dever-se (...) a (...) Paul Johann Anselm Feuerbach: a conhecida teoria da coacção psicológica, segundo a qual a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um *contra-motivo* suficientemente forte para os afastar da prática do crime. A alma do criminoso potencial seria assim uma arena onde se digladiam as motivações conducentes ao crime e as contra-motivações derivadas do conhecimento do mal da pena” (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, pg. 51).

⁸ Estas afirmaram-se na 2ª metade do século XIX, por influência das escolas positivistas sociológicas italiana e alemã, no entanto, a sua verdadeira origem foi a escola correcionalista, com as “teses que (...) convergiam na ideia de que todo o homem é, por sua natureza, susceptível de ser corrigido, pelo que a pena deve, antes de tudo, propor-se operar a correção do delincente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes” (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, pg. 55).

⁹ Esta vertente é muito utilizada pelos Tribunais – na fundamentação da pena aplicada no caso concreto – para justificar a aplicação de penas mais severas ou a não aplicação de uma pena de substituição e este recurso torna-se ainda mais evidente no âmbito de certos tipos de crimes, como é o caso dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais. Nestes, como veremos de seguida, o Tribunal enfatiza a importância da confiança da comunidade num sistema penal que, de facto, se compromete a conferir-lhe proteção. No entanto e por vários motivos, a vontade de castigar quem comete um crime é um sentimento que ainda prevalece nos dias de hoje e que acaba inevitavelmente por absorver a pretensão do Estado de aumentar os níveis de confiança da comunidade nas instituições e no sistema. Assim, o que acontece na prática é uma condenação mais pesada por um motivo (prevenção geral positiva) que é, por vezes, flagrantemente alheio àquele que, na verdade, é o sentimento popular (que está muito associado ao ideal retributivo).

¹⁰ Cf. C. BECCARIA, *Dei Delitti e Delle pene*, Tradução de José de Faria Costa, Ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, pp. 120 e 122.

¹¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito*, pg. 55.

¹² “O crime não compensa” (cfr. BECCARIA, *Dei Delitti*, pp. 146 e 147).

alcançada através, por um lado, da intimidação individual/ medo ou da neutralização da segregação social do indivíduo – vertente negativa – e por outro, da “reforma moral” do agente ou, dito de outra forma, do tratamento das suas tendências criminosas – vertente positiva. No entanto, importa reter o fim último que as teorias preventivas especiais sempre enaltecem, que é o da ressocialização (nos casos em que não é mesmo necessária uma socialização) que se consegue através da criação das condições necessárias para que depois de cumprida a pena, o indivíduo esteja munido de mecanismos para não reincidir na prática de crimes.

Um fenómeno muito impactante e importante neste âmbito é o denominado “populismo penal”. Não obstante ainda estarmos numa fase muito preliminar da exposição, verificaremos mais adiante que os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais são alvo de especial repulsa por parte da população. Enquanto seres sociais e com os meios de que dispomos atualmente para nos fazermos ouvir, o poder da palavra mostra-se bastante prejudicial nalguns casos. Concretizando, este traduz-se, no fundo, num fenómeno através do qual a sociedade censura e/ ou acusa determinado indivíduo ou grupo de indivíduos por estar(em) associado(s) a uma cultura, a um grupo político, uma determinada profissão¹³ ou mesmo por habitar(em) em determinada zona mais problemática, mesmo antes de se provar que o(s) mesmo(s) tenham, de facto, cometido algum crime. Os imigrantes, por exemplo, como estão deslocados e inseridos em culturas muitas vezes distintas da sua, são várias vezes responsabilizados pelos males que sucedem e que não têm uma explicação imediata e plausível¹⁴. A satisfação de responsabilizar determinado indivíduo pelo crime cometido ultrapassa o poder do exercício racional e da busca pela verdade. Este fenómeno acentua-se ainda mais quando um membro de um conjunto de pessoas destas comunidades/ grupos pratica, de facto, um crime, que juntamente com o sensacionalismo que a comunicação social procura a todo o custo, cria um ciclo do qual dificilmente se sai¹⁵. A lógica subjacente é fundamentalmente a de que qualquer delinquente é o inimigo da sociedade, criando-se uma

¹³ Dois exemplos bastante diferentes mas em relação aos quais se verifica notoriamente este fenómeno são as comunidades imigrantes e as pessoas cuja profissão se encontra relacionada com a política.

¹⁴ Note-se que o choque cultural é um fenómeno transversal a todos os países. Se no âmbito social já existe um estigma muito grande quanto à forma de vestir, de estar, de falar, de se comportar e relacionar com o próximo, é comum instalar-se um clima de desconfiança geral que eclode automaticamente com a prática de um crime, independentemente da sua gravidade.

¹⁵ O cometimento de um ou de vários crimes torna culpado todo o grupo que possui características idênticas ou frequenta os mesmos meios sociais. Isto resulta numa tendência para acusar e considerar culpado um membro do grupo de cada vez que ocorre algum incidente por motivos que em nada estão relacionados com o crime cometido.

emoção popular que se traduz nesta matéria numa enorme pressão nas instituições no sentido do endurecimento das penas.¹⁶

Este populismo acaba, assim, por chegar aos tribunais, principalmente em casos mediáticos, quando o suspeito já é culpado – aos olhos de uma sociedade mal informada e manipulada pela comunicação social, que em busca do lucro, prefere ignorar as consequências desastrosas da forma como expõe a informação – antes de ser condenado por quem de direito.

Este tema demonstra a falta de flexibilidade e de informação da população geral que tem repercussões bastante significativas no campo das penas de substituição. Uma sociedade que condena cegamente, dificilmente conseguirá conceber um esforço por uma maior aplicação de mecanismos alternativos, ao invés da absoluta segregação de quem perturba o equilíbrio social.

2.2. A pena de prisão

Há muito que as penas privativas de liberdade são tomadas como “componente inevitável e permanente”¹⁷ da vida social. Aliás, à exceção de alguns lugares do planeta onde ainda é aplicada a pena capital – como acontece nos Estados Unidos da América – a pena de prisão é a pena mais aplicada em todo o mundo.

No entanto, até ao século XVIII, o encarceramento não era a forma principal de punição na Europa¹⁸ (este foi um instrumento importante da dominação colonial e está muito associado ao iluminismo e ao capitalismo industrial). Como ensina CESARE BECCARIA, o encarceramento surgiu como modo primário de punição infligido pelo Estado “com (...) o aparecimento de um novo conjunto de circunstâncias ideológicas, nomeadamente a emergência da burguesia enquanto classe social”. Os seus interesses e aspirações trouxeram “novas ideias científicas, filosóficas, culturais e populares.”¹⁹ Posto isto, é importante compreender que a prisão não surgiu como uma solução para todas as alturas ou transversal a todas as épocas, apenas era o que fazia sentido num determinado momento histórico, o que

¹⁶ O próprio papa Francisco, no seu discurso de 23 de outubro de 2014 à Delegação da Associação Internacional de Direito Penal, pregou de forma bastante clara sobre o conceito de populismo penal: “bodes expiatórios que paguem com a sua liberdade e com a sua vida todos os males sociais, como era típico nas sociedades primitivas, mas além disso há por vezes a tendência a construir deliberadamente inimigos: figuras estereotipadas, que concentram em si todas as características que a sociedade sente ou interpreta como ameaçadoras”.

¹⁷ Cf. A. DAVIS, *As prisões estão obsoletas?*, 1ª edição, Tradução de Sadiq S. Habib, Antígona, 2022, pg. 31.

¹⁸ Até ao século XIX, nos EUA (cf. DAVIS, *As prisões*, pg. 71).

¹⁹ Cf. DAVIS, *As prisões*, pg. 72.

significa que o sistema vigente²⁰ e o facto de ter sido transposto incontestavelmente para o século XXI não deixa de poder ser questionado.

Foi, portanto, com a Revolução Francesa que o ato de “remoção” de um indivíduo da sociedade para o interior de um espaço completamente controlado pelo Estado passou a ser reconhecido como punição. Aqui já havia um direito específico a ser violado, que surgiu a par de outros direitos, liberdades e garantias transversais a todos os indivíduos (reconhecimento que tornou lógica a ligação entre encarceramento e punição).

Curioso é o facto de, atualmente, a solidão – logo depois da morte e da tortura – consistir numa das maiores torturas que se pode infligir a um ser humano. Na altura, no entanto, presumia-se ter um efeito curativo/ emancipatório. O isolamento representava uma condição “ótima” para que pudesse dar-se uma purificação da alma, uma vez que o corpo estava em estado de completa segregação.

“local abstrato onde são depositados os indesejáveis, desobrigando-nos da responsabilidade de pensar sobre os problemas reais que afligem, de forma desproporcionada, as comunidades de origem dos reclusos”.²¹

2.3. O impacto da pena de prisão no indivíduo e na sociedade

A forma como a pena é apreendida pelo indivíduo e pela sociedade que o rodeia é um dos pontos chave desta temática e é um dos aspetos preponderantes na fase da determinação concreta da pena, ainda que haja alguma margem de discricionariedade, criando -se um inevitável caminho de propensão mais para o lado da apreensão do indivíduo ou para o lado da compreensão/ adesão comunitária. No entanto, é pela análise da experiência geral que se conseguem tirar conclusões consolidadas e não dos casos concretos que passam pelas mãos de um ou outro magistrado. É por esta razão que uma avaliação e análise da cadência da evolução e eficácia das penas em relação aos crimes cometidos é o primeiro passo para se conseguirem, *ex nunc*, desenvolvimentos sólidos nesta matéria.

Um dos aspetos mais relevantes quando se concebe o cumprimento de uma pena de prisão é a relação (ou ausência dela) que o indivíduo mantém com o exterior e com o seu ambiente social. Ao cumprir pena num estabelecimento prisional – e isto acontece na grande

²⁰ Que coloca as penas privativas de liberdade no pedestal, a par – no dias de hoje – da multa (as duas penas principais na maior parte dos ordenamentos jurídicos).

²¹ Cf. DAVIS, *As prisões*, pg. 39.

generalidade dos casos – os laços que o condenado mantinha com a sua realidade diluem-se significativamente e estes tanto podem tratar-se de laços familiares, profissionais, de amizade ou criados noutras contextos em que o mesmo se inseria antes de ser segregado. O verdadeiro problema deste aspeto, no entanto, não é essa rutura com o exterior em sentido estrito, mas as consequências que advêm da mesma, tais como a perda de referenciais afetivos, que apesar de tudo transmitem uma sensação de conforto e segurança a qualquer indivíduo e que muitas vezes constituem uma boa influência – ainda que, por vezes, apenas parcialmente – através da ligação positiva que se desenvolve e consolida ao longo do tempo. Mais, também o facto de essa rutura ser acompanhada da criação de novos laços com outros reclusos e/ou guardas ajuda a mudar a lógica de pensamento do recluso e dificulta o seu processo de aprendizagem, por referência ao crime cometido. É a este propósito que vários autores²² afirmam haver um indiscutível efeito criminógeno²³ das prisões nos reclusos e na orientação do seu comportamento. Alguns chegam até a afirmar poderem ocorrer alterações ao nível da personalidade, como afirma CHRISTIAN JARRET²⁴, acrescentando que o resultado de estudos realizados na matéria indicam que “estímulos e circunstâncias diferentes – tais como o ambiente extremamente formatado e ameaçador da prisão – mudam a forma como o pensamento, o comportamento e as emoções do ser humano se manifestam”.

Acima de tudo, é importante compreender que o ser humano antes de qualquer outra coisa é um ser social, o que faz do encarceramento ou de qualquer tipo de segregação social²⁵

²² ANDRÉ LAMAS LEITE é o próprio a referir este fenómeno, fazendo referência a estudos empíricos sobre a matéria, estudos esses que apontam precisamente no sentido de que “quando comparados com indivíduos a quem se aplica uma pena de substituição, é usual encontrar-se uma mais alta taxa de reincidência nos sujeitos a privação de liberdade”, como os de KLAUS TIEDEMANN, KILLIAS E VILLETZAZ (cf. A. LAMAS LEITE, *Crise da pena de prisão e os abolicionismos* – roteiro de análise, ano 5 (2019), nº 2, pg. 963).

²³ As transformações sociais a que assistimos no “mundo real” não ocorrem da mesma forma dentro das prisões. O que cá fora é mau, lá dentro é pior (cf. DAVIS, *As prisões*, pg. 117).

²⁴ Algumas características que o autor discrimina no âmbito desta possível e provável alteração psicológica são a perda crónica do livre arbítrio e da privacidade; o estigma diário; um medo constante; a necessidade de mostrar constantemente invulnerabilidade; a apatia emocional; entre outras. Resultados de entrevistas realizadas a condenados à prisão perpétua em *Boston*, nos Estados Unidos da América, levaram à conclusão de que a mudança de personalidade predominante foi a inabilidade de confiar nos outros por não poderem confiar em ninguém dentro do estabelecimento prisional. Estas características são muito visíveis em pessoas que passam longos períodos de tempo isolados do exterior. Contudo, estudos mais recentes (realizados nos Países Baixos, em 2018, p.e.), indicam que mesmo o isolamento menos prolongado pode levar a desvios de personalidade (cf. C. JARRET, *Como a prisão muda a personalidade de detentos*, BBC *future*, 2018).

²⁵ Relembre-se o impacto da pandemia e mais concretamente da quarentena na saúde mental dos indivíduos. Segundo dados disponibilizados no próprio site do SNS – pesquisável em <https://www.sns24.gov.pt/tema/saude-mental/impacto-da-covid-19-na-saude-mental/#quais-os-stronggruposstro ng-mais-afetados-pelos-sintomas-de-sofrimento-psicologico> – e relativamente ao concreto impacto do isolamento, estima-se que: 72% das pessoas isoladas sofreram de sofrimento psicológico; 56% de depressão moderada ou grave; 36% de ansiedade moderada ou grave; e 43% stress pós-traumático. Ainda na linha do impacto que a segregação tem nos seres humanos, CHARLES DICKENS, descreve na sua obra o que observou no âmbito de uma visita à *Eastern Penitentiary*: “O sistema aqui é de confinamento solitário rígido, estrito e sem esperança. Creio que é, nos seus efeitos, cruel e errado” e continua, “ (...) homem nenhum tem o direito de infligir ao seu semelhante (...) Considero esta interferência lenta e diária nos mistérios do cérebro imensamente

um dos piores castigos que se lhe podem impor. Nem a própria pena de morte – abolida, em Portugal, há mais de 150 anos – causava esse sofrimento aos condenados, sendo-lhes antes vedada a possibilidade de se redimirem ou de provarem conseguir mudar e atingir melhores padrões de socialização. Com o tempo vingou a tese de que retirar uma vida não é direito de ninguém nem deve ser prerrogativa de nenhuma entidade²⁶, ainda que a mesma continue a ser aplicada em diversos países.

De qualquer forma, retirar um indivíduo do seu meio, de perto das pessoas com quem partilha afetos e sentimentos, do pouco que o indivíduo aproveita do seu processo de socialização individual – pelo menos no caso de alguns crimes, por exemplo os que têm por base motivações financeiras (em que não houve um prejuízo físico/ material para ninguém)²⁷ – não é muito diferente de exclusivamente privar alguém da sua vida. Tudo na nossa vida tem uma base social, independentemente do estilo de vida que cada pessoa escolha ter.²⁸ Não obstante haver um conjunto de técnicas que através do *background* de cada indivíduo, do diagnóstico que se faz e de se estabelecer um programa de intervenção durante a pena (que pode ter uma eficácia, em teoria de 100%), subsiste um grande problema: o ambiente em que a pessoa se insere. O *input* negativo que um recluso recebe tem uma expressão demasiado elevada, quando os ideais de re(socialização) da pena são os que tão bem conhecemos.

Ao longo do tempo e cada vez mais têm surgido perguntas tais como se não deverá o encarceramento – e com ele, o afastamento da vida social – ser encarado como uma última instância em vez de o ser como uma pena principal e se não deverão haver mecanismos mais personalizados para concretizar a desejada ressocialização (ou de socialização, nos casos em que estes indivíduos nem sequer estavam integrados na sociedade)²⁹. Isto porque a pena de

pior do que qualquer tortura do corpo (...)” e concluindo que a solidão desencadeia enfermidades, não reabilita. Outros autores, como Alexis de Tocqueville e Gustave de Beaumont tinham entendimentos completamente opostos, falando no conceito de “reabilitação moral” (cfr. DAVIS, *As prisões*, pp. 78 e 79).

²⁶ Este, aliado a outros argumentos igualmente importantes, tais como o erro judiciário, que está na base de várias ideologias atenuantes ou a própria possibilidade de (re)integração enquanto uma espécie de segunda oportunidade, que de forma alguma teria lugar se ainda vigorasse a pena de morte.

²⁷ Naturalmente o mesmo não se pode dizer quanto a crimes em que seja impreterível o afastamento do condenado da sociedade, para proteção de bens jurídicos como a vida ou a integridade física.

²⁸ Basta observarmos a facilidade com que as redes sociais, por exemplo, penetram na nossa vida, quer estejamos ou não em constante contacto físico com a realidade fora de quatro paredes, afetando toda a forma como apreendemos a informação que vamos recebendo do exterior. E a questão de a mesma. Mesmo as pessoas que se fecham em casa e não convivem, vêem televisão, utilizam redes sociais, comunicam de alguma forma com o mundo exterior, ainda que de uma forma pouco usual.

²⁹ Terminologicamente, o termo “socialização” é mais correto para a maioria das situações em que nos referimos à ressocialização dos indivíduos. “É que o prefixo “re-” antecedendo o substantivo “inserção”, assenta no pressuposto teórico de que a intervenção deve ser orientada para restaurar uma situação de inserção social previamente existente e que foi quebrada (...) Todavia, a realidade com que nos deparamos nos estabelecimentos prisionais em Portugal é, crescentemente, a de indivíduos com percursos de inserção anteriores muito débeis ou quase inexistentes” – cf. A. SANI *et al.*, *Criminologia e Reinserção Social*, Ed. Pactor, Lisboa, 2019, pp. 24 e 25.

prisão e o pressuposto de que a mesma é imprescindível e absoluta tem e terá sempre subjacente a ideia de castigo, podendo, aliás, qualquer indivíduo facilmente constatar que socialmente vinga o entendimento de que crime e prisão são duas realidades inseparáveis (principalmente quando se fala de certos crimes mais graves, como o crime de homicídio, p. e p. no artigo 131.º do CP, para o qual a pena de prisão pode até apresentar uma taxa mínima de reintegração, pelas motivações anormalmente fortes associadas à prática do mesmo).

Não obstante a pertinência destas questões – e não querendo extravasar em demasia o âmbito deste subcapítulo, pois *infra* iremos desconstruir o surgimento das penas substitutivas, enquanto possíveis mecanismos “mais personalizados” para alcançar a (re)integração – sempre existirão contra-argumentos inultrapassáveis que sustentam a impossibilidade de uma abolição total da pena de prisão, sendo que o mais forte e mais evidente é a inexistência de um mecanismo que ofereça 100% de certeza de que uma pessoa que comete um crime não irá reincidir. E a força deste argumento é diretamente proporcional à gravidade do crime cometido, pois quanto maior for o prejuízo para a sociedade maior será o medo e a resistência em relação a penas alternativas ao afastamento físico da “ameaça”. Outra razão pela qual inexistem desenvolvimentos mais céleres nesta matéria está normalmente ligada a argumentos ou opções de base económica, política e financeira tais como: a dificuldade ou mesmo impossibilidade de corrigir a desigualdade social a todos os níveis – principalmente questões de carência financeira e de uma efetiva “igualdade” de oportunidades –, pelo menos de forma a impedir definitivamente a atividade criminosa, que é muitas vezes motivada por aquela; o facto de este tipo de compromissos não vencer eleições, direcionando-se e alocando-se consecutiva e reiteradamente recursos a outras temáticas, o que na prática significa ignorar questões de inegável importância; a falta de investimento na educação³⁰ – um setor significativamente danificado e negligenciado atualmente³¹ – que consiste num dos pilares fundamentais da sociedade e que tem de ser não só o meio através do qual não só se introduzem e discutem estas temáticas mas também um exemplo de como as pôr em prática, “ensinando” e “ensaiando” modelos de atuação social, valores e muitos outros aspetos que

³⁰ Entre outros. O próprio setor da saúde e mais concretamente no que respeita ao acompanhamento psicológico, está em notável crise. O acesso a psicólogos, terapeutas, psiquiatras, não existe nos mesmos termos para toda a população. O setor público disponibiliza, de facto, alguns serviços desta natureza mas extremamente incompletos – demonstrando que os mesmos significam na prática uma mera forma de se desresponsabilizar – e o setor privado mantém o valor da saúde mental a um preço elevadíssimo, deixando os que não conseguem sustentá-la nas mãos do “destino”.

³¹ Em 2023, mais do que nunca, verificando-se um défice fora do normal no número de docentes das escolas de quase todo o país, chegando alguns alunos a não ter aulas durante meses em determinadas disciplinas. A educação é o primeiro “processo de integração”, sendo através dela que se apreendem muitos dos mecanismos imprescindíveis para um crescimento social saudável.

por vezes são inexistentes ou desviantes no seio familiar e que restringem significativamente o crescimento e desenvolvimento das crianças; por último, o custo da reintegração sem encarceramento também tem sido um dos principais motivos para não se recorrer mais a penas de substituição, apesar de ser, de facto, impraticável haver uma pessoa responsável por cada condenado.

Ainda assim, vários estudos indicam que a aplicação da pena de prisão de uma forma arbitrária e não numa lógica de *ultima ratio*, bem como a tendência para aumentar as molduras penais por motivos não diretamente relacionados com os resultados que se verificam através das taxas de reincidência e dos níveis de segurança comunitários, é a forma menos eficiente de se alcançarem os fins que grande parte dos ordenamentos jurídicos europeus se comprometem a prosseguir, não tendo sido esta que – a nosso ver, felizmente –, legislador português tem adotado.

A par do enfraquecimento progressivo do ideal de que a pena de prisão é a que melhor satisfaz os fins do direito penal, têm vindo a surgir várias alternativas à mesma – denominadas “penas de substituição” ou “penas substitutivas” –, pensadas para casos em que flagrantemente se reconhece que a segregação não é o melhor meio para reintegrar ou prevenir a reincidência. Progressivamente se vai alargando a janela de aplicação das mesmas, pois mais do que um meio punitivo menos invasor da vida de cada um, as penas substitutivas são (desejavelmente) – ao contrário da pena de prisão que é a forma de punir industrial/ em massa – métodos que podem ser escolhidos de acordo com as características de cada caso concreto, fazendo deles soluções mais personalizadas e possivelmente, mais eficazes.

3. As penas substitutivas

Como o próprio nome indica, as penas substitutivas são penas aplicáveis em substituição de uma pena principal³², ainda que já há algum tempo se equacione a possibilidade de passar a haver uma intermutabilidade³³ entre pena principal e pena de substituição, possibilitando-se a aplicação de qualquer uma em primeira linha, como defende JESCHECK e, em português, (problematiza) notoriamente, ANDRÉ LAMAS LEITE.

³² ANDRÉ LAMAS LEITE afirma que a “«sacralização» das penas principais de algum modo se vem degradando, transformando- as antes em reacções de primeira linha, mas que podem ver cumpridos os seus desideratos por outras às quais não quadrará mal o epíteto de medidas de segunda linha. E são- no por razões históricas, fundamentalmente (cf. A. LAMAS LEITE, *Penas de Substituição – Entre as Reações Criminais à la Carte e a Sistematização dos Elementos do Júízo Substitutivo*, 2019, pg. 2)

³³ Ou *Austauschbarkeitsthese*, em alemão, é a expressão utilizada quando se fala de um paralelismo entre as penas principais e as penas de substituição.

No entanto, as penas de substituição ainda são entendidas como “alternativas” à pena de prisão, podendo apenas ser aplicadas – e este é um ponto transversal a todos os ordenamentos jurídicos – quando o juiz, no momento da determinação concreta da pena, verifica que a mesma potencialmente realize “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”, nomeadamente a proteção do bem jurídico em causa e a reintegração do agente na sociedade³⁴.

3.1. O seu surgimento

O surgimento das mesmas e a sua proliferação aconteceu e acontece exatamente no contexto do combate, há muito existente, à aplicação generalizada das penas detentivas, acompanhadas dos aspetos negativos que inegavelmente lhes estão associados, desde os ativos – o contacto com uma realidade fechada, restrita, condicionada e com pessoas também “dessocializadas” – aos passivos – principalmente a segregação social e o corte quase absoluto das poucas ligações positivas que existiam com elementos da vida exterior. Estas consistem em novos mecanismos pensados não como uma forma mitigada de liberação³⁵, mas sim como *inputs* deontológicos mais personalizados e despidos dos aspetos nefastos do afastamento do agente do crime do meio social que caracterizam a tradicional pena de prisão.

3.2. Tipos de penas substitutivas e o seu âmbito de aplicação

Em todos os Estados, ainda que em medidas diferentes, existem alternativas à pena de prisão. As mais conhecidas são a suspensão da execução da mesma, o regime de permanência na habitação (denominação portuguesa), mais conhecido como prisão domiciliária, a multa, o trabalho a favor da comunidade, entre outros.

Em Portugal, as mesmas encontram-se reguladas nos artigos 41.º a 64.º do CP.

O objetivo não é fazer uma análise e/ou enumeração de todas as penas de substituição existentes, mas antes sublinhar as suas características únicas e a riqueza que acrescentam a

³⁴ Artigos 70.º e 40.º do CP, respetivamente.

³⁵ Como sabemos ser a opinião pública, fruto de uma divulgação tendenciosa da informação, muitas vezes através da utilização de manchetes sensacionalistas, onde a informação que se lê, apesar de verídica, se encontra incompleta ou é demasiado complexa para um simples título poder informar corretamente o leitor. Exemplos deste fenómeno são dois casos bastante recentes, um de 2022 e outro de 2023, ambos relativos à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais, em que os juízes dos respectivos processos aplicaram a suspensão da execução da pena de prisão (cf. respetivamente, [Septuagenário condenado a cinco anos com pena suspensa por violação de jovem | Justiça | PÚBLICO](#) e [Pena suspensa para professor de Moral por crimes sexuais contra duas menores](#)) (consultados em 20/07/2023).

um ordenamento jurídico que desde há muito tempo deposita a sua confiança quase exclusivamente numa só pena, com um potencial de reintegração e combate às taxas de reincidência muito limitado e estático. Cada caso é um caso e todos os crimes são diferentes, o que exige do sistema penal um esforço acrescido de criação e desenvolvimento contínuos de soluções que se adaptem às realidades, às necessidades e às características próprias de cada sociedade. A aplicação de um só tipo de pena é “tratar como igual situações diferentes”³⁶, o que mais do que insuficiente, é injusto, visto que vivemos hoje numa sociedade de vícios, desconformidades, incompletudes e imperfeições.

Contudo, mais do que serem de aplicação de segundo plano, as penas de substituição não são de aplicação generalizada, como as principais ou as acessórias, que são aplicadas a qualquer tipo de crime, independentemente da gravidade do mesmo. Bem ou mal, existe um quadro minimamente definido, que varia de Estado para Estado, dentro do qual se podem aplicar estas medidas e que – ainda que se o mascare com o tradicional argumento de que mais nenhuma senão a pena de prisão realiza as finalidades da pena no caso de crimes acima de um determinado nível de gravidade, como o de homicídio, por exemplo – defendemos estar estreitamente relacionado com motivações de índole política e social.

4. Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais e as penas substitutivas

Antes de partirmos para a análise desse “quadro”, relembramos que o presente trabalho visa sobretudo analisar a forma como as penas substitutivas se relacionam especificamente com os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais e por isso, pretendemos antes de mais, fazer uma breve apresentação dos mesmos e de algumas das suas características, bem como sublinhar que todas as conclusões partilhadas a partir deste ponto estão, por defeito, relacionadas com os mesmos.

4.1. Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais

³⁶ Dentro da mesma lógica do princípio da igualdade que se encontra consagrado na CRP. Situações diferentes são resolvidas com soluções diferentes, adaptadas a cada caso concreto. A aplicação de soluções uniformes para todos os casos resolverá uns, não surtirá efeito em relação a outros e não em poucos casos prejudicará os demais, pelas suas características individuais.

A categoria dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais é uma das que tem sofrido mais modificações ao longo dos anos, não só por apenas terem sido devidamente autonomizados e inseridos no capítulo “Dos crimes contra as pessoas” apenas no ano de 1995³⁷, como por, entre 1998 e 2015, se ter verificado um alargamento significativo das incriminações no âmbito da sexualidade³⁸.

As mudanças também resultaram de uma maior e crescente influência do direito da União Europeia que, através de decisões-quadro, passou a restringir e a moldar de forma mais evidente as opções dos legisladores nacionais.

No fundo, interessa-nos para a discussão do tema em causa entender do que se tratam estes tipos de crime e onde se inserem no nosso ordenamento jurídico. Ora, existe uma panóplia de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, que vão desde a importunação sexual à violação³⁹, consistindo este último, objetivamente, no mais grave, por ser aquele em que há uma maior intromissão na esfera íntima da vítima.

Independentemente da gravidade do comportamento, é importante entender – e veremos que a mesma acaba por ser evidente no momento da decisão dos Tribunais – que este universo de crimes é indiscutivelmente e cada vez mais, dos mais repugandos pela comunidade em geral, especialmente quando estão em causa crianças.

A moldura penal de cada crime contra a liberdade e autodeterminação sexuais é diferente, ainda que a diferença entre o mínimo e o máximo da pena de prisão que pode ser aplicada à generalidade dos casos seja muito inferior – como veremos mais adiante – à diferença que se verifica noutros países.

No entanto e como *supra* referimos também existe uma “moldura penal” das penas de substituição, o que significa que, objetivamente, há certos crimes – em Portugal apenas o crime de violação, p.e. p. no artigo 164.º – em relação aos quais estão previstas molduras que excluem automaticamente a aplicação de uma pena substitutiva.

³⁷ “Ao invés da sua consideração como crimes atentatórios dos “fundamentos ético-sociais da vida social”, ligados aos “sentimentos gerais de moralidade sexual”, enquanto bens jurídicos comunitários, como ainda eram perspetivados na versão originária do CP (...)” (cf. C. FERREIRA da CUNHA, *Os Crimes Contra as Pessoas*, Universidade Católica Editora, Porto, julho de 2017, pg. 132). Antes, quaisquer “práticas sexuais que, à luz dos ‘sentimentos gerais de moralidade sexual’ devessem ser consideradas ‘desviadas’, ‘anormais’, ‘viciosas’ ou ‘contra a natureza’: numa palavra ‘imorais’ (a homossexualidade e a prostituição incluídas)” (o critério era mais de moralidade social do que jurídico) – cf. M. JOÃO ANTUNES, *Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual de Menores*, revista JULGAR, N.º 12 (especial), 2010.

³⁸ Através das Leis n.ºs 65/98, 99/2001, 59/2007, 83/2015 e 103/2015.

³⁹ Estes encontram-se previstos no capítulo V do Título I do Livro II do nosso CP (artigos 163.º a 179.º).

4.2. A moldura penal: âmbito de aplicação específico das penas de substituição

- **Em Portugal**⁴⁰

O crime de coação sexual, que consiste na prática, em “constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo”⁴¹, é atualmente punido com pena de prisão de até 5 anos, sendo que esta moldura penal pode passar para de 1 a 8 anos nos casos em que há ameaça ou violência.

Por sua vez, o crime de violação consistindo no constrangimento a “praticar cópula, coito anal ou coito oral; ou (...) atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos”⁴² é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

No n.º 2 do mesmo preceito encontramos uma moldura penal mais pesada, prevista para casos em que se verifiquem determinadas circunstâncias, nomeadamente violência, a qual equivale à prevista para o abuso sexual de crianças⁴³ quando inclua “cópula, coito anal, coito oral, ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”⁴⁴ – 3 a 10 anos –, a mais alta no âmbito dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais.

Como podemos constatar logo à partida, não há nenhuma grande discrepância entre as molduras penais destes crimes, como aliás acontece em relação aos restantes. Aliás, à exceção dos crimes de importunação sexual – o único para o qual é prevista tanto pena de prisão como de multa a título de penas principais⁴⁵ –, de fraude sexual (artigo 167.º), de atos sexuais com adolescentes (artigo 173.º) e de aliciamento de menores para fins sexuais (artigo 176.º-A), que são puníveis com penas de até 1 ou 2 anos, aos restantes tipos de crime compreendidos neste Capítulo estão associadas molduras penais bastante semelhantes, nunca ultrapassando os 5 ou 8 anos de prisão.

⁴⁰ Do anexo 1 consta uma tabela com as penas mencionadas no presente ponto (4.2).

⁴¹ Artigo 163.º do CP.

⁴² Artigo 164.º do CP.

⁴³ Que na sua forma simples é punível com pena de prisão de 1 a 8 anos.

⁴⁴ N.º 2 do artigo 171.º do CP.

⁴⁵ “Artigo 170.º do CP:

Importunação sexual:

Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Esta coesão do nosso ordenamento tem uma consequência direta quando olharmos para o âmbito de aplicação das penas de substituição: à partida, a conclusão que se retirar sobre se as mesmas têm um grande ou pequeno campo de aplicação respeita a quase todos os tipos de crime, o que não acontece noutras ordens jurídicas⁴⁶, em que esse espectro impossibilita objetivamente a aplicação de métodos alternativos e exclui *ab initio* a possibilidade de se aproveitarem as vantagens axiológicas e práticas que as penas de substituição têm vindo a revelar.

Como referimos anteriormente, as penas de substituição encontram-se previstas nos artigos 41.º a 64.º, ainda que nos interesse para o caso, nomeadamente as que constam dos artigos 43.º (regime de permanência na habitação), 45.º (multa), 46.º (proibição do exercício de profissão, função ou atividade), 50.º a 57.º (suspensão da execução da pena de prisão), 58.º (prestação de trabalho a favor da comunidade) e 60.º (admoestação) do CP.

A pena substitutiva de maior espectro é a suspensão da execução da pena de prisão, que pode ser aplicada a penas de prisão não superiores a 5 anos. Logo a seguir, a proibição do exercício de profissão, que pode apenas ser aplicada a crimes praticados no exercício de funções e punidos com pena de prisão inferior a 3 anos. As penas de “prisão domiciliária”⁴⁷ e de trabalho a favor da comunidade são aplicáveis em substituição de penas de prisão que não excedam os 2 anos e por fim, as de multa e admoestação, reservam-se para casos muito leves, em que o arguido é punido em menos de 1 ano ou 240 dias de prisão, respetivamente.

Das “duas premissas”⁴⁸ se retiram várias conclusões. A primeira e mais óbvia, é que dificilmente se consegue aplicar uma pena alternativa à prisão nos casos dos crimes de violação previstos no n.º 2 do artigo 164.º e de violação de crianças (abuso sexual de crianças quando existe “cópula, coito anal, coito oral, ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”) – uma vez que o mínimo das suas molduras penais são os e mesmo para os restantes casos de violação simples e de abuso sexual de crianças, a margem de aplicação de outra pena de substituição que não a suspensão da execução da pena de prisão também é muito diminuta.

⁴⁶ Em algumas, as penas podem ser de quase simbólicas à prisão perpétua ou até à pena de morte, não se observando esta linearidade como no ordenamento jurídico português.

⁴⁷ Denominação comum para o “Regime de permanência na habitação”, previsto no artigo 43.º do CP.

⁴⁸ Tendo em conta, por um lado, as molduras penais previstas para este tipo de crimes e, por outro, o espectro de aplicação das penas de substituição.

Mais, algumas penas de substituição, como é o caso da admoestação e da multa⁴⁹ têm um âmbito de aplicação mais reduzido do que o mínimo da moldura penal de grande parte dos crimes aqui em causa, como o caso da coação sexual nos termos do n.º 2 do artigo 163.º ou de qualquer tipo de violação.

O facto é que no geral, conseguimos facilmente concluir que a margem de aplicação das penas de substituição neste – e noutros – tipo de crimes é bastante reduzida. Ainda que não nos queiramos alongar nesta matéria, não deixa de ser interessante a discussão do porquê de os limites de aplicação da penas de substituição serem tão baixos. A conclusão óbvia que parece poder retirar-se é a evidente confiança no conformismo que se tem arrastado ao longo dos anos e que alimenta a inatividade e o objetivismo que sabemos ser insuficiente para resolver problemas pouco simples e muito variados. Parece não haver confiança nos juízes, no processo, nos estudos e nas suas conclusões. Haverá a necessidade de se estabelecerem limites objetivos à aplicação das penas alternativas? E porquê? A inexistência de vantagens na aplicação de soluções inovadoras em vez de penas mais pesadas não é óbvia nem absoluta para que tenhamos de limitar em tão grande medida o seu escopo de aplicação. Cremos que as razões imperiosas por detrás desse juízo não são senão aquelas que tentamos expulsar há muito do direito penal, as da repressão e retribuição, da vingança e do castigo. Perpetuamos estas ideologias procrastinando no conforto do que é mais fácil e económico, fechando os olhos às inconstitucionalidades que vamos assumindo como corretas.

Ainda assim, veremos adiante como a jurisprudência, em Portugal e nas ordens jurídicas que nos rodeiam se tem comportado, principalmente nos últimos cinco anos, face à reduzida expressão das formas alternativas de punir que temos previstas em quase todos os códigos penais vigentes e sempre em relação aos crimes que são a “atenção do momento”⁵⁰.

- **Nas ordens jurídicas da “Europa latina”**

Este é um dos aspetos mais diferenciadores entre o caso português e os restantes. Em Portugal e como acabámos de ver, há uma notável coesão das molduras penais em volta do mesmo tipo de bens jurídicos a proteger. O juiz, no momento de aplicar uma pena a um caso

⁴⁹ E em alguns casos, do regime de permanência na habitação e do trabalho a favor da comunidade – por exemplo relativamente ao crime de lenocínio de menores (artigo 175.º), cujo mínimo da moldura penal são 2 anos.

⁵⁰ Nomeadamente no seguimento do desvendar da panóplia de crimes de abuso sexual de crianças em Portugal e na Europa.

concreto, tem sempre um mínimo e um máximo, podendo mais facilmente fazer uma comparação entre caso novo e caso fechado.

Em muitos países não há uma moldura penal para este tipo de crimes, havendo antes um máximo e a ausência de um mínimo ou *vice versa*⁵¹, o que dá uma margem de discricionariedade significativa ao juiz e permite mais facilmente ao mesmo fugir da aplicação de penas substitutivas⁵², uma vez que as mesmas, ao contrário do que acontece com as molduras penais, que podem ser muito diferentes de Estado para Estado, têm um âmbito de aplicação extremamente reduzido e sempre estático.

No entanto, na Europa são raros os Estados onde ainda existe prisão perpétua e sobretudo na maioria dos países ocidentais da Europa latina, é possível verificar a opção por uma maior clareza e especificidade – e conseqüentemente, uma menor margem de discricionariedade – na determinação da moldura penal para cada tipo de crime.

Uma análise das molduras penais previstas nos códigos penais francês, espanhol e italiano, é suficiente para o provar. Ainda que ainda consigamos ver diferenças na punição destes crimes, conseguimos facilmente perceber que os sistemas jurídico-penais destes Estado se preocuparam em individualizar cada conduta quase ao pormenor e percebemos que a censura que cada um deles atribui a cada prática individualmente considerada é, como em Portugal, diferente.

Portugal é o país, destes quatro, que consagra, no geral, molduras penais mais leves para este tipo de crimes. Isto verifica-se em relação a dois dos três crimes que selecionamos para fazer a presente análise, nomeadamente quanto ao crime de violação e ao de abuso sexual de crianças, os quais podem ser punidos, respetivamente, até 10 ou 20 anos e prisão perpétua, em França e até 16 e 24 anos em Itália. Em Espanha, apesar de o máximo das molduras penais previsto para ambos os crimes ser muito semelhante ao português⁵³, o mínimo é significativamente mais alto – o que, aliás, se verifica de forma ainda mais marcada no *Codice Penale*, com a previsão de um mínimo de 12 anos de prisão para a prática do crime

⁵¹ Tanto nos EUA como no Reino Unido, por exemplo, à prática do crime de agressão sexual agravada e/ou com penetração pode ser aplicada uma pena de prisão perpétua: respetivamente, artigo 2241.º do Capítulo 109A do Título 18 do *United States Code* e artigos 2.º 3.º do *Sexual Offences Act 2003*. No *United States Code*, aliás, predomina a expressão "*fined (...) any term of years or life or both*", havendo apenas um artigo onde se prevêem molduras penais mais reduzidas, para casos menos graves.

⁵² Note-se que a ponderação sobre a aplicação destes mecanismos é de extrema complexidade e o juiz nunca tem a garantia de que a aplicação de uma ou de outra penas é a escolha acertada para cada caso concreto. O “risco judiciário” está sempre presente nesta matéria e é um fator preponderante no momento da ponderação sobre a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade.

⁵³ Para o crime de violação estão previstas as molduras penais de 4 ou 6 a 12 anos, dependendo o mínimo da utilização ou não de violência por parte do perpetrador e para o crime de abuso sexual de crianças estão previstas molduras que vão desde 2 a 8 anos, a mais reduzida (artigos 180 e n.º 1 do 178.º do CP espanhol) a 7 a 15 anos, a mais pesada (artigos 180.º e ns. 1 e 2 do 179.º do CP espanhol).

de abuso sexual de crianças quando a mesma tenha menos de 10 anos de idade⁵⁴, por exemplo –, o que tem consequências bastante relevantes no âmbito da possibilidade de aplicação de penas alternativas, impacto que analisaremos de seguida.

Já o crime de coação sexual é punido em Espanha com uma pena de prisão que pode ir de 1 a 5 anos⁵⁵, existindo apenas a diferença de 1 ano nos máximos das molduras previstas para os crimes de coação sexual sem e com violência. O regime italiano prevê quatro molduras penais distintas só para este crime, sendo a mais leve de 2 a 4 anos de prisão (uma atenuante da moldura simples prevista para o crime de agressão sexual, que é de 6 a 12 anos)⁵⁶ e a mais pesada de 8 a 16 (artigo 609-ter do *Codice Penal*). Portugal e França punem a prática de coação sexual de forma relativamente idêntica⁵⁷, ainda que o ordenamento francês preveja uma “pena complexa” de prisão e multa – como faz aliás, para vários outros crimes –, algo que o legislador português não explorou até à atualidade.

Da maior ou menor gravidade dos máximos das molduras penais – ainda que sirvam para melhor compreendermos a censura associada a este tipo de crimes em cada uma das ordens jurídicas em si consideradas –, pouca informação nos dá quanto à possibilidade de aplicação das penas substitutivas. Se as mesmas fossem de aplicação generalizada, i.e., se depois da determinação da pena o juiz pudesse sempre e obrigatoriamente decidir sobre a bondade e oportunidade da aplicação de uma pena substitutiva em vez da pena de privação de liberdade, talvez o raciocínio fosse diferente, mas neste caso é exatamente nos mínimos das molduras penais que nos queremos focar, tal como fizemos em momento anterior aquando da análise do âmbito de aplicação concreto das penas de substituição dentro deste tipo de crimes.

As penas substitutivas previstas nestes quatro ordenamentos também diferem, tanto no que diz respeito ao universo de penas previstas, como no que respeita ao seu âmbito de aplicação.

A suspensão da execução da pena de prisão é uma pena substitutiva transversal a todas as ordens jurídicas e a principal razão que preside à decisão sobre a sua aplicação é muito idêntica de uns Estados para os outros, prendendo-se normalmente com a lógica de ser

⁵⁴ Cf. parte final do artigo 609-ter do *Codice Penale*- “*Circostanze aggravanti*”.

⁵⁵ Em Espanha integrado no conceito de “*agresión sexual*” e previsto e punido no n.º 1 do artigo 178.º.

⁵⁶ Cf. artigo 609-bis do *Codice Penale*.

⁵⁷ Em Portugal, como já vimos, até 5 anos ou de 1 a 8 para casos em que seja utilizada violência (ns. 1 e 2 do artigo 163.º do CP), sem prejuízo de as mesmas aumentarem no seu mínimo e máximo (até metade) quando se verifique alguma das circunstâncias do artigo 177.º do mesmo diploma e em França, até 5 anos e multa até 75 000 euros, também com possibilidade de agravação até 7 anos e multa de 100 000 euros em certos casos especiais (artigos 222-27 e 222-28 do *Code Pénal*).

ou não suficiente para cumprir as finalidades que legitimam a punição de práticas deste género. Em França – como em Portugal, como supra referimos – a suspensão da execução só pode ser aplicada a crimes punidos com pena de prisão igual ou inferior a 5 anos. Já em Espanha esta possibilidade circunscreve-se aos casos em que a pena de prisão não ultrapasse os 2 anos, apesar de com este limite, estabelecer que esta é a punição regra para crimes dentro deste quadro de punição⁵⁸. Em Itália há a semiliberdade substitutiva⁵⁹, que pode ser aplicada a penas inferiores a 4 anos.

Em França o legislador decidiu dividir as infrações por níveis de gravidade. Isto significa que juntamente à análise das molduras penais dos crimes em causa, será pertinente ter em conta as implicações desta divisão. Este é o primeiro filtro objetivo que o legislador, nestas ordens jurídicas, estabeleceu para a aplicação de alternativas ao encarceramento. A lei francesa estabelece três “níveis”, as “*contraventions*”⁶⁰ – as infrações menos graves, não puníveis com pena de prisão – os delitos – condutas de gravidade “média” puníveis com pena de prisão potencialmente substituível por outras medidas – e os crimes, condutas puníveis com pena de até 15 anos ou mais⁶¹, aos quais nunca pode ser aplicada outra pena que não a de prisão, devendo a mesma ser efetivamente cumprida.⁶²

Ainda que na prática esta questão não seja da maior relevância, a mesma denota mais uma vez a tendência de o legislador (algo que transcende todas as ordens jurídicas) restringir e limitar objetivamente e de várias formas a aplicação das penas substitutivas, quando as mesmas, subjetivamente, já são muito difíceis de aplicar.

⁵⁸ “Artículo 82.

1. *El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena*” – *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre* (CP espanhol).

⁵⁹ Que consiste numa medida alternativa imprópria, pois o condenado permanece preso e a sua reintegração ao meio livre dá-se de forma parcial. É regulamentado pelo artigo 48º do Sistema Penitenciário italiano e consiste na possibilidade – concedida ao condenado –, de passar parte do dia fora da prisão, de participar em actividades laborais, educativas ou de outra natureza úteis à reinserção social, ao abrigo de um programa de tratamento.

⁶⁰ O equivalente, em Portugal, às contraordenações ou ilícitos de mera ordenação social.

⁶¹ Respetivamente artigos 131-12, 131-3 e 131-1 do *Code pénal*. O próprio artigo 131-3 apresenta o elenco de penas que podem ser aplicadas em substituição da pena privativa de liberdade.

⁶² Em Itália a divisão que encontramos no *Codice Penale* (artigo 39.º) é mais simples, apenas entre contravenções e crimes. No entanto, as contravenções são puníveis com uma modalidade equivalente à pena de prisão (“*arresto*”- artigo 17 do *Codice Penale*) e as penas substitutivas podem ser aplicadas a ambos (artigo 20-bis). Mais, o próprio *Codice Penale* classifica os tipos de condutas em dois livros separados, constando as condutas contra a liberdade e a autodeterminação sexuais do Livro II desse diploma, de preâmbulo: “*Dei Delitti in Particolare*” (“Dos Crimes em Particular”), i.e. estas condutas são sempre consideradas crimes.

No entanto, a análise do cruzamento entre, por um lado, do âmbito de aplicação objetivo destas penas e, por outro, dos mínimos das molduras penais associadas a este tipo de crimes continua a ser o mais interessante.

O legislador francês, como *supra* referimos, ao invés de optar por prever molduras penais (como nas restantes ordens jurídicas aqui em apreço), estabeleceu para cada crime a sanção mais grave que pode ser aplicada ao/à seu/sua perpetrador(a), o que dá uma grande margem de discricionariedade ao juiz no momento da determinação da pena, sem prejuízo de, aparentemente, possibilitar uma livre aplicação de medidas alternativas à pena de prisão, dentro do âmbito de aplicação das mesmas, que não é muito amplo. À exceção da suspensão da execução da pena de prisão – que o ordenamento francês não considera como pena substitutiva, mas sim como modalidade de execução da pena de prisão –, que pode ser aplicada a penas de prisão de até 5 anos (artigos 132-30 e ss. do *Code Pénal*), as restantes alternativas à execução de pena num estabelecimento prisional estão previstas para crimes aos quais tenham sido aplicadas penas de prisão até 1 ano no máximo⁶³. Assim, apenas se o juiz aplicar, em cada caso concreto, pena superior ao limite deste âmbito de aplicação é que as penas substitutivas não poderão entrar na equação. Isto significa que a efetiva aplicação das mesmas depende quase diretamente – ou pelo menos mais do que nas restantes ordens jurídicas, que ainda têm o fator “mínimo da moldura penal” – da censura maior ou menor que em cada momento concreto, da sociedade e, conseqüentemente “da máquina judicial” em relação a este tipo de ilícitos. Feliz ou infelizmente e como a seu tempo veremos, essa censura tem aumentado bastante – resultado da evolução social, cultural e da permeabilidade exponencial que o ser humano, mal ou bem, tem demonstrado relativamente à sensibilidade e ao respeito pela liberdade e autodeterminação sexuais do ser humano –, o que, no caso francês, com a ausência de mínimos das molduras penais, se faz sentir em tempo real.

Em Portugal, Espanha e Itália, onde estão previstos mínimos e máximos para cada tipo de crime, esta censura também desempenha um papel importante, mas antes de a mesma poder afetar um mínimo, que subseqüentemente tem necessárias implicações no campo das penas de substituição, tem o CP de cada ordem jurídica de ser modificado, o que, como bem sabemos, segue um procedimento significativamente intrincado, com bastantes obstáculos de várias naturezas, sem garantias de sucesso e que necessariamente passa pelo “filtro popular”

⁶³ E isto em casos especiais de aplicação da pena de prisão domiciliária (artigos 131-4-1, 2ª parte do 132-25 e 132-26), pois em termos gerais apenas penas inferiores a 6 meses podem ser substituídas por outras que não privativas de liberdade. É o que acontece com a regra geral de aplicação da prisão domiciliária (artigos 131-4-1 e 1ª parte do 132-25).

(através das instâncias competentes). Em França todo este procedimento é abreviado, cabendo a cada juiz no momento concreto fazer esse juízo.

Em Espanha, não obstante existir, de facto, um esforço no sentido de se procurarem e encontrarem soluções para a evidente ineficiência das penas privativas de liberdade⁶⁴, principalmente as de curta duração, no direito positivo encontramos poucos sinais de algum tipo de desenvolvimento nesta matéria. Para além do artigo 80.º, que estabelece que a pena de prisão inferior a 2 anos pode ser suspensa na sua execução⁶⁵, o CP espanhol apenas faz referência à expulsão de estrangeiros enquanto pena substitutiva da prisão em território nacional (artigo 89.º)⁶⁶. O Código estabelece também a obrigação de, dentro de determinadas circunstâncias, a pena de prisão inferior a 3 meses ser sempre substituída⁶⁷ por multa, “*trabajo en beneficio de la comunidad*” ou “*localización permanente*”, no entanto, estas não estão previstas como penas substitutivas no Código, apenas como penas principais para crimes menos graves ou leves (artigo 33.º)⁶⁸. Em todo o caso e sem prejuízo de mais adiante complementarmos esta conclusão, não parece haver grande abertura da lei a outras formas de punir para além das tradicionais – mais ainda neste tipo de crimes, que como já vimos estão associados a molduras penais mais altas do que os limites aqui expostos e por comparação, por exemplo, às previstas no ordenamento jurídico português –, vingando o entendimento de que a eficácia ou não da pena de prisão não passa de uma questão “*mas teórica que real*”⁶⁹.

⁶⁴ “*Sobre la convicción, comúnmente aceptada, de la crisis de la pena de prisión como instrumento sustancialmente único y rígido de reacción penal, enumera una serie de razones de dicha situación: a) no siempre es necesaria y por ello el Estado moderno ha estimado la posibilidad de crear otros instrumentos alternativos; b) puede ser contraindicada a los fines preventivos especiales, y también demasiado perturbadora y estigmatizante para el sujeto y la familia y costosa para la colectividad; c) ha sufrido una continua erosión de su función preventiva general y especial por efecto de la hipertrofia de la legislación penal y de la inflación de la pena de prisión misma*” – cf. J. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Editora Defensor del pueblo, Universidad de Granada, outubro de 2013, pg. 34.

⁶⁵ O que também neste ordenamento não é considerado como pena de substituição.

⁶⁶ Em 2015, com a *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, o artigo 88.º, que consagrava três outras penas substitutivas, foi revogado. Ou seja, o que em 2011 se entendia como um passo no sentido da evolução – “*Este giro reformista trae importantes consecuencias que llegan hasta nuestros días, matizado y ampliado: a) la pena privativa de libertad, aun siendo clave en la estructura de las consecuencias jurídicas del delito pasa, cada vez más, como ultima ratio, a un segundo plano entre los instrumentos con los que cuenta el Derecho penal, con relevancia únicamente para los supuestos de mayor gravedad (...) b) en lugar de las penas de corta duración, la de multa; c) en sustitución de las de duración medial, sometimiento a prueba en libertad bajo ciertas condiciones; d) otros desarrollos de alternativas a la pena de prisión por distintos caminos y con arreglo a diversas formulaciones jurídicas –entre otras (...)*” –, em 2015 deixou de o ser, passando a haver antes um “vazio de alternativas” e o inegável isolamento da única solução para os crimes de gravidade média/ alta (dentro da classificação que o legislador espanhol faz) – cf. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación*, pg. 36.

⁶⁷ N.º 2 do artigo 71 do CP espanhol.

⁶⁸ O Código Espanhol faz uma distinção entre crimes graves, menos graves e leves (artigo 13.º) e enumera no artigo 33.º as penas que podem ser aplicadas aos mesmos, respetivamente.

⁶⁹ Cf. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación*, pg 35.

Por último, a lei italiana é a que, ao mesmo tempo, mais facilita e mais dificulta a aplicação de penas de substituição. Por um lado, é dos quatro ordenamentos a que estabelece um âmbito de aplicação das mesmas mais alargado – podendo a pena de prisão de até 4 anos poder substituída por semiliberdade ou prisão domiciliária, a de até 3 anos por prestação de trabalho a favor da comunidade, a de até 1 ano por multa (artigo 20-bis do *Codice Penale*) –, ainda que no caso da suspensão da execução da pena se verifique exatamente o oposto, podendo apenas ser aplicada a penas de prisão inferior a 2 anos (n.º 1 do artigo 163.º do *Codice Penale*)⁷⁰. Por outro, não só são poucas as alternativas ao aprisionamento como os mínimos das molduras penais previstas para este tipo de crimes são extremamente altos, impossibilitando por completo a aplicação de qualquer das penas alternativas agora referidas aos tipos de crime em estudo no presente trabalho, os mais graves do elenco de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais⁷¹.

4.3. A posição da jurisprudência: são aplicadas penas substitutivas a estes tipos de crime?

4.3.1. A jurisprudência portuguesa

Agora que já temos uma noção sólida do âmbito de aplicação das penas de substituição dentro do universo de crimes selecionados, vejamos se os tribunais portugueses, chegados ao momento da condenação, fazem um uso efetivo das mesmas – e se o têm feito exponencialmente ao longo do tempo –, ou se a criação destes mecanismos acaba por se revelar, na prática, letra morta. É sabido que mesmo após a criação de outras formas de punir que não a pena de prisão, continua a ser um desafio incontornável saber, com exatidão, qual a forma mais eficaz de levar uma determinada pessoa a não reincidir, ou, por outras palavras, a encaixar-se nos padrões sociais que há muito estabelecemos e que se vão mutando paralelamente ao desenvolvimento e evolução da nossa espécie, tendo em conta as especificidades únicas, ainda assim, de cada Estado concreto e das unidades em que se insere

⁷⁰ Equivalente, como vimos, ao previsto no Código Penal espanhol. Tal como em Espanha e em França, o legislador italiano não considera a suspensão da execução da pena uma pena de substituição, o que se retira da inserção sistemática deste instituto em Capítulo à parte (Capítulo VI do *Codice Penale*).

⁷¹ Esta conclusão é relevante porque os mesmos crimes são em Portugal puníveis com penas mais leves e podem levar à aplicação de uma pena de substituição. Em Itália não só estão associados a penas muito pesadas, como estão completamente fora do âmbito de aplicação objetivo das mesmas, o que no fundo está de acordo com o preâmbulo do artigo 20-bis do *Codice Penale*, onde o legislador claramente expressou a sua intenção de apenas poderem ser aplicadas estas “alternativas” a “penas de curta duração”.

(como o enquadramento da UE no nosso caso). Mais, não deixa de ser uma dificuldade também difícil de ignorar o peso que têm os meios de comunicação social numa comunidade e o peso que essa mesma, por sua vez e como já referimos, faz recair sobre os tribunais, ainda mais quando estejam em causa crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais, que por si só já são crimes de uma natureza bastante difícil de definir e em relação à qual, independentemente dos estudos que se tenham feito até hoje, continua a levantar muitas dúvidas e questões.

A lei é a palavra da sociedade e o juiz a palavra da lei. Conciliar a vontade do povo com a justiça, sendo esta em si mesma uma construção social, não é nem nunca será uma tarefa fácil. A aplicação da pena de prisão é uma continuação da lógica de que para se alcançar a justiça tem de haver sempre um aspeto preferido e outro preterido. As penas de substituição vêm exatamente combater isso. Hoje, há formas de restringir os direitos de uma pessoa que pratica um crime apenas na medida do necessário, primando antes pela manutenção dos seus padrões de adequação social.

Se olharmos para a jurisprudência portuguesa, conseguimos facilmente perceber que o quadro de aplicação das penas de substituição é bastante respeitado, até porque vigorando a regra da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio*, veda-se a possibilidade ao juiz de aplicar uma pena de prisão sem justificar o porquê de não poder ser aplicada outra⁷², mais precisamente sem dar a conhecer o porquê de considerar que outra não satisfaz as finalidades a que a pena se compromete. Esta regra é uma forma bastante eficaz de combater a aplicação arbitrária de penas de prisão.

No Acórdão do TRL de 01.07.2020, proferido no processo n.º 1539/15.9PBCSC.L1-3, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, por exemplo, o juiz não fundamentou a escolha da pena aplicada, condenando o arguido, sem mais, em 4 anos e 6 meses de prisão. O mesmo recorreu com base nessa omissão, que se deveu provavelmente ao facto de o juiz partir do princípio de que, tratando-se de um caso de violação não havia necessidade de justificar, por parecer “óbvio”. O arguido alegou exatamente em sede de recurso: “não se compreende que deliberadamente se tenha “esquecido” de mencionar aquela que é a conclusão final desse relatório, da qual consta de forma cabal que, caso o Recorrente seja condenado e em pena que o permita, “estão reunidas condições para a aplicação de medida de execução na comunidade” - entenda-se, estão reunidas todas as condições para ser

⁷² Artigos 70.º e 71.º do CP.

aplicada ao recorrente a suspensão da execução da pena em que for condenado!”. O Tribunal fundamentou depois o porquê de não considerar que a suspensão da execução da pena de prisão aplicada satisfaria as finalidades da pena, o que não deixa de ser interessante para o tema que temos em mãos e ponto ao qual iremos voltar mais adiante: “(...) são, sobretudo, razões atinentes à prevenção geral que fundamentam, seja a aplicação, seja a não aplicação deste instituto”. “Decisivo só pode ser o quantum da pena indispensável para que se não ponham irremediavelmente em causa a crença da comunidade na validade de uma norma e, por essa via, os sentimentos de confiança e de segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais (...) Por outro lado, as razões de prevenção geral, atinentes à gravidade e à proliferação galopante dos crimes sexuais e à sua enorme danosidade social com custos pessoais para as vítimas e respectivas famílias muito importantes e prolongados em estreita ligação com a natureza traumatizante das experiências de violência e abuso, desaconselham, só por si, a suspensão das penas de prisão, pois esta não assegura a realização cabal da função do Direito Penal como direito do bem jurídico e constitui até mais um factor de vitimização secundária das vítimas, contribuindo para uma sensação geral de impunidade em relação a crimes de extrema gravidade e de desconsideração para com o sofrimento psicológico e mesmo físico que este tipo de criminalidade envolve.” Este é um Acórdão que ilustra bastante bem não só o peso que a comunidade e a mentalidade social tem na determinação de uma sanção penal, como a permeabilidade judicial a esses estímulos exteriores.

A suspensão da execução da pena de prisão é, no entanto e sem dúvida, a “alternativa” mais aplicada em Portugal, o que não deixa de ser interessante, por ser a mais “simples”. Na prática, o juiz condena o agente em x anos de prisão e ao suspendê-la, está a determinar que a forma de execução da pena será em liberdade, podendo fazê-la depender do cumprimento de regras de conduta ou outras obrigações, mas também podendo não o fazer. Em casos mais graves, em que a condenação se aproxima dos 5 anos, normalmente as penas de prisão suspensas na sua execução são sempre acompanhadas de deveres e/ou regras de conduta. Foi o que aconteceu, por exemplo, nos casos dos Acórdãos do TRP de 07.07.2021, que anteriormente já referimos e do do TRL de 22.02.2023, proferido no processo n.º 482/20.4PLLSB.L1-5 (ambos pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>). Como vimos, o primeiro caso levou à aplicação de uma pena de 5 anos de prisão suspensa na sua execução com sujeição a regime de prova e no segundo caso, o tribunal *a quo* tinha condenado o arguido “pela prática (...) de um crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art. 171º, nº1, do

Código Penal, na pena de cinco (5) anos de prisão” e o TRLisboa, em sede de recurso, concluiu pela aplicação de uma pena de prisão de 3 anos suspensa na sua execução pelo período de 4 anos, com sujeição a regime de prova e que assentaria “num plano de reinserção social, executado com vigilância e apoio, durante o tempo de duração da suspensão, dos serviços de reinserção social(...)”.

Quando se tratam de crimes “mais leves” ou no caso de ser praticado o mesmo crime mas dentro de circunstâncias menos graves, os tribunais condenam várias vezes – ainda que existam exceções⁷³ – em pena de prisão suspensa na sua execução sem impor outras obrigações, por considerarem na grande maioria desses casos, que todo o enquadramento do processo é suficiente para cumprir/ satisfazer as finalidades da pena.

Foi o que aconteceu no Acórdão do TRC de 15.06.2022, proferido no processo n.º 310/20.0JAGRD.C1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, em que, pela prática de um crime de coação sexual, o arguido foi condenado em 2 anos de prisão suspensa na sua execução.

O mais interessante é que existem inúmeros casos⁷⁴ nos tribunais portugueses em que é aplicada a suspensão da execução da pena de prisão, medida prevista nos artigos 50.º a 57.º do CP quando se está próximo do limite de aplicação desta, que é a condenação em até 5 anos de prisão⁷⁵. Até quando se trata da prática de vários crimes e portanto, a pena resulta de cúmulo jurídico. Um caso limite relativamente recente é o Acórdão do TRE de 07.03.2017, proferido no processo n.º 246/10.3JAFAR.E, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, em que o Tribunal, confrontado com um caso em que o arguido tinha sido condenado pelo Tribunal a quo – pela prática de “2 (dois) crimes de abuso sexual de criança, p. e p. pelo art. 171º, nº 1, do CP, nas penas, respetivamente, de 3 anos e 10 meses de prisão, e de 3 anos e 6 meses de prisão, em concurso real com a prática de 3 (três) crimes de importunação sexual, p. e p. pelo art. 170º, nº 1, do CP, nas penas, respetivamente, de 10 meses de prisão, 9 meses de prisão e

⁷³ Por exemplo, a imposição de deveres juntamente com a suspensão da execução da pena de prisão de 2 anos aplicada pelo Tribunal, no Acórdão do TRP de 13.01.2021, proferido no processo n.º 115/17.6GAETR.P1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

⁷⁴ É o que acontece em dois Acórdãos bastante recentes do TRP, um de 07.07.2021, proferido no processo n.º 1897/18.3JAPRT.P1 e outro de 11.01.2023, proferido no processo n.º 661/19.7JAPRT.P1, ambos pesquisáveis em <http://www.dgsi.pt>. No primeiro, um dos arguidos é punido pela prática do crime de abuso sexual de crianças e do de atos sexuais com adolescentes, p. e p., respetivamente, nos arts. xxx e xx do CP e a sua pena de prisão de 5 anos foi suspensa pelo mesmo tempo com sujeição ao regime de prova. No segundo, um caso bastante mais grave – por estar em causa um quadro muito mais complexo de crimes, incluindo violação, abuso sexual de crianças –, o Tribunal pune o arguido em 4 anos e 6 meses de prisão suspensa na sua execução pelo período de 5 anos, mediante regime de prova. Num outro Acórdão do TRL de 22.02.2023, proferido no processo n.º 482/20.4PLLSB.L1-5, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, o Tribunal, em recurso, reduz a pena que tinha sido estabelecida em 5 anos de prisão para 3 anos e determina a suspensão da sua execução pelo período de 4 anos, com sujeição a regime de prova assente num plano de reinserção social, com vigilância e apoio dos serviços de reinserção social(...) 36”.

⁷⁵ N.º1 do artigo 50.º do CP.

de 9 meses de prisão” – em 6 anos e 9 meses de prisão, concluiu pela redução da mesma para 5 anos de prisão suspensa na sua execução e com sujeição a regime de prova. Este é um bom exemplo de um caso em que o Tribunal considerou, de facto, que o cumprimento de uma pena de prisão num estabelecimento prisional não faria jus aos objetivos estabelecidos pela nossa ordem jurídico-penal.

A multa, enquanto pena principal, só é prevista para casos de importunação sexual (artigo 170.º do CP) e na grande maioria, apenas nos casos em que não há, de facto, qualquer tipo de contacto com a vítima⁷⁶, pois quando o há, coloca-se logo a possibilidade de se estar perante outros tipos de crime. Enquanto pena de substituição e como vimos anteriormente, a pena de multa pode ser aplicada a crimes que sejam punidos em até 1 ano de prisão, o que também não é muito recorrente, preferindo normalmente o Tribunal, fazendo uso do disposto no n.º 1 do artigo 45.º do CP, aplicar outra pena não privativa de liberdade, por várias razões, das quais a carência económica de grande parte dos arguidos, o que levaria a situações de discriminação e o facto de o prejuízo patrimonial não obrigar a qualquer tipo de autoreflexão, revelando-se este tipo e pena pouco promissora no que respeita à prevenção da reincidência.

Temo-nos referido mais aos crimes de coação sexual, de violação e de abuso sexual de crianças sobretudo por serem os mais graves e por ser a partir destes que se consegue tirar mais conclusões sobre a permeabilidade dos Tribunais às alternativas que têm hoje à disposição face à pena de prisão. Isto porque quando olhamos para casos menores, nomeadamente de importunação sexual (artigo 170.º) – como aliás já referimos brevemente no âmbito da aplicação da pena de multa –, de pornografia de menores (artigo 176.º)⁷⁷ ou até

⁷⁶ Exemplo da aplicação de uma multa é o Acórdão do TRG de 23.11.2020, proferido no processo n.º 1700/17.11PBRRG.G1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, em que o arguido foi condenado “pela prática de um crime de importunação sexual, previsto e punido pelo artigo 170.º do Código Penal, na pena de 60 (sessenta) dias de multa”.

⁷⁷ No Acórdão do TRC de 24.04.2018, proferido no processo n.º 364/12.3JALRA.C2, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, o tribunal, pela prática de um crime de pornografia de menores (p. e p. pelo art.º 176º, n.º 4, Código Penal), condenou o arguido na pena de três meses de prisão. Depois, em cúmulo jurídico, a pena aplicada na sua totalidade foi de quatro anos e seis meses de prisão, mas foi suspensa na sua execução, devendo a suspensão “(...) visar, em particular, a prevenção da reincidência, devendo para o efeito incluir sempre o acompanhamento técnico do condenado que se mostre necessário, designadamente através da frequência de programas de reabilitação para agressores sexuais de crianças e jovens, bem como sob a condição de o arguido se submeter a avaliação especializada para aferir da necessidade de intervenção e acompanhamento médico na área da sexualidade, preferencialmente direcionada para evitar atos semelhantes aos aqui em apreço [atendendo-se a que o arguido já prestou o seu consentimento para tal no âmbito do presente recurso] e de se sujeitar à regra de conduta, no âmbito das suas atividades “pro bono”, de proibição de exercer essas atividades em instituições relacionadas com menores.”. Acrescentou ainda a sujeição ao regime de prova e a condição, da qual dependia a suspensão da execução da pena, de continuar o tratamento clínico-psiquiátrico que já efectuava ou outro que lhe fosse prescrito. Este acórdão é bastante elucidativo relativamente ao tipo de fundamentação que se espera ver numa decisão penal e que não existe em muitas ordens jurídicas.

de atos sexuais com adolescentes (artigo 173.º), sendo raro⁷⁸ o caso em que o Tribunal não aplica uma pena em substituição da pena de prisão.

O regime da permanência na habitação, enquanto pena de substituição⁷⁹ prevista no art. 43.º, é, neste âmbito, pouco ou nada utilizado pelos tribunais portugueses⁸⁰. Para além de ter um curto âmbito de aplicação, como vimos *supra* (4.2), os tribunais não parecem muito convencidos, na maioria dos casos em que até há a possibilidade de aplicarem esta medida, de que a mesma é adequada para este tipo de crimes. O TRP, por exemplo, no Acórdão de 29.01.2020, proferido no processo n.º 3533/17.6JAPRT.P1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, referiu, no âmbito da prática de um crime de abuso sexual de crianças, que “*o cumprimento de uma tal pena de prisão em regime de permanência na habitação nos termos do disposto no art.º 43º do Código Penal, por ser desacompanhada de qualquer acompanhamento clínico especializado (...) não realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da execução da pena de prisão, tanto mais que o arguido integra o agregado constituído pela companheira e o filho de ambos, também ele menor de idade*”. Note-se que este é, de facto, um crime que, se motivado especialmente pela proximidade entre o agressor e as vítimas – o que acontece em muitas das situações –, não deve ser punido através de um método que o aproxime das mesmas, ainda que o contrário também não seja necessariamente o adequado.

Podemos, portanto, concluir facilmente que o ordenamento jurídico português (nas suas facetas legislativa e judicial) se tem esforçado ao longo dos anos – independentemente

⁷⁸ Casos em que tal sucede são por exemplo aqueles em que o arguido já é reincidente e não mostrou qualquer tipo de aprendizagem com a pena aplicada e cumprida anteriormente.

⁷⁹ Apesar de o regime de permanência na habitação ter natureza mista do ponto de vista dogmático depois da entrada em vigor da Lei 94/2017 de 23.08: “de pena de substituição em sentido amplo ou impróprio, na medida em que, tendo natureza privativa da liberdade, pode ser decidida na sentença condenatória em alternativa ao cumprimento da pena de prisão em meio prisional; de mera modalidade ou forma de execução da pena de prisão, uma vez que pode ser aplicada na fase de cumprimento de pena em consequência da revogação de pena não privativa da liberdade aplicada em substituição da pena de prisão, nos termos do artigo 43º, nº 1, al. c), do Código Penal”.- cfr. Acórdão do TRE de 14.07.2020, proferido no processo n.º 1742/14.9PAPTM-A.E1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

⁸⁰ Ainda que seja um mecanismo relativamente utilizado enquanto medida de coação: veja-se, por exemplo, o Acórdão do TRC de 28.01.2009, proferido no processo n.º 664/08.7TACTB-A.C1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt> onde se diz que “a medida de coação, obrigação de permanência na habitação, revela-se insuficiente e inadequada nos crimes de natureza sexual, visto poder ser cometido aliciando crianças a vir a sua casa, dado que normalmente as vítimas são amigos, vizinhos, conhecidos ou até familiares.” (cfr. também o Acórdão do TRL de 10.12.2020, proferido no processo n.º 160/20.4PDVFX-B.L1-9, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>). Enquanto pena substitutiva é muito aplicada, por exemplo, à prática de crimes de condução de veículos, como acontece nos Acórdãos do TRE de 24.09.2019, proferido no processo n.º 37/16.8GLBJA.E1 e do TRP de 09.05.2018, proferido no processo n.º 454/17.6PTPRT.P1.

das razões que estejam por detrás dessa opção – para continuar no caminho da evolução no campo das penas substitutivas, reservando assim as penas privativas de liberdade para casos em que nenhuma outra pena pudesse satisfazer em determinada medida as finalidades preventivas gerais e especiais que qualquer pena – de forma a assegurar-se a sua legitimidade – tem de ter.

4.3.2. A jurisprudência “latina”

Como *supra* referimos, não acrescenta nenhum valor significativo ao presente estudo – antes pelo contrário, acaba por lhe tirar a unidade que pretendemos – referirmo-nos a ordens jurídicas que apresentem soluções e estruturas dogmáticas diametralmente opostas à que perfilhamos em Portugal ou, na Europa, sobretudo nos países do sul e centro da mesma⁸¹. Não só pela proximidade geográfica mas também ideológica, fruto da unidade que temos vindo a criar ao longo do tempo através de vários instrumentos de uniformização e cooperação legais, é por estes que somos influenciados e são estes que potencialmente influenciámos⁸².

Neste subcapítulo pretendemos sobretudo dar a conhecer – como fizemos a propósito da jurisprudência portuguesa – a permeabilidade destas ordens jurídicas às penas de substituição, sempre dentro do enquadramento dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, que aliás, foram palco de muita controvérsia, depois de recentemente se terem posto a descoberto a prática de uma panóplia de crimes desta natureza no seio da igreja, tendo começado em França e continuado – por força do alerta que se gerou – a verificar-se nos restantes países europeus, tendo sido, aliás, um tema central em Portugal desde o início de 2023⁸³.

⁸¹ Referimo-nos fundamentalmente a Espanha, França, Itália e Alemanha, ainda que no presente trabalho nos foquemos fundamentalmente nos primeiros três.

⁸² Exemplo desta influência é a própria comparação que se faz entre soluções dos ários ordenamentos jurídicos. Veja-se a notícia sobre o crime de violação – p. e p. em Portugal no artigo 164.º do CP e em Itália no artigos 609-bis e ss. do *Codice Penale* – que continua a ser um crime público tanto em Portugal como em Itália, ao contrário do que acontece noutros Estados europeus (cf. A. DIAS CORDEIRO, *Portugal e Itália são exceção ao não darem à violação o estatuto de crime público*, Jornal PÚBLICO, Maio de 2023, disponível em: <https://www.publico.pt/2023/05/04/sociedade/noticia/portugal-italia-sao-excepcao-nao-darem-violacao-estatuto-crime-publico-2048318>).

⁸³ E não só. São inúmeras as publicações, notícias, comunicados, investigações em volta destes temas. Leigos e especialistas discutem desde sempre a oportunidade e a bondade das soluções que vão surgindo e das decisões que vão sendo tomadas em relação ao mais pequeno crime desta natureza. O próprio elogio com intenções desviadas ou, como denominado coloquialmente, “piropo” e os traços que o caracterizam ou limites que o definem têm sido bastante discutidos, principalmente desde 2015.

Num artigo da revista francesa *Vie Publique*, promovida pelo próprio governo francês e disponível em linha, diz-se verificar-se uma sistemática recusa em recorrer a “alternativas de punir”⁸⁴ – mesmo estabelecendo a lei, desde 2009, que a pena de prisão só deve ser aplicada em *ultima ratio* –, continuando os tribunais a aplicar, na esmagadora maioria dos casos, as tradicionais penas de prisão e de multa⁸⁵. Mais, o legislador tem encorajado ao longo tempo o recurso a estas penas substitutivas⁸⁶, alargando o espectro de aplicabilidade das penas correcionais, proibindo a aplicação de penas de prisão inferiores a um mês, entre outras medidas.

No entanto as penas de prisão e de multa representam ainda perto de 80% da totalidade das penas aplicadas em França⁸⁷ e ainda que a ligeira diferença de percentagens entre 2017 e 2020 pudessem indicar uma lenta mas ainda assim crescente aplicação de penas substitutivas, a verdade é que se observou uma diminuição da sua aplicação entre esses anos.

- **Em França**

Ao olharmos para a jurisprudência dos tribunais franceses chegamos facilmente à conclusão de que o crime de violação – por força, desde logo, da sua moldura penal, cujo máximo é significativamente mais elevado do que o âmbito de aplicação das penas de substituição – nunca leva a uma condenação em pena de substituição⁸⁸. Em França, estes casos são, aliás, normalmente alvo de recurso interposto pelo ofendido, no sentido de as penas aplicadas serem simbólicas, quando comparadas com o que é estipulado na lei penal.

Quanto aos restantes tipos de crime, entendidos quase transversalmente como menos graves e aos quais correspondem, conseqüentemente – e tanto em França como na Suíça –

⁸⁴ Cf. *Les mesures alternatives à la prison bracelet électronique sursis TIG | vie-publique.fr*, atualizado em 18 de julho de 2022.

⁸⁵ “*Toutefois, malgré le principe énoncé par la loi pénitentiaire de 2009 et réaffirmé depuis selon lequel l’emprisonnement doit être le dernier recours en matière correctionnelle, les peines alternatives prononcées par les juges sont rares.*” (cf. *Les mesures alternatives à la prison bracelet électronique sursis TIG | vie-publique.fr*, atualizado em 18 de julho de 2022).

⁸⁶ A última “Reforma de justiça” (tradução nossa) neste campo é, aliás, de 23 de março de 2019: disponível em [LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice \(1\) - Légifrance](#).

⁸⁷ Concretamente, 83% em 2020 e 83,7% em 2017.

⁸⁸ Alguns exemplos de acórdãos franceses em que o juiz se pronuncia sobre o crime de violação: caso em que um indivíduo cometeu um crime de violação contra a sua filha menor de 15 anos, tendo sido punido em 8 anos de prisão e 5 anos de acompanhamento social judiciário (cf. Acórdão da *Cour de Cassation* de 22.07.2020, proferido no processo n.º E 20-81.987 F-D); caso em que, por violação agravada e tentativa de agressão sexual agravada, o arguido foi condenado em 18 anos de prisão e 10 anos de acompanhamento social judiciário (cf. Acórdão da *Cour de Cassation* de 27.11.2019, proferido no processo n.º 18-85.852); caso em que uma violação e uma tentativa de violação culminaram na punição de 12 anos de prisão, em 10 anos de acompanhamento social judiciário e em 10 anos de inelegibilidade (cf. Acórdão da *Cour de Cassation* de 22.02.2023, proferido no processo n.º P 22-81.773 F-D) – todos pesquisáveis em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

molduras penais mais leves, já se verifica uma maior procura por parte do corpo judicial de outras medidas que não a tradicional pena de prisão.

A suspensão da pena de prisão, mecanismo que em França não é entendido como pena substitutiva⁸⁹, é tanto num como noutra ordenamentos muito aplicada pelos tribunais, ainda que os mesmos vão variando entre uma suspensão integral ou parcial⁹⁰ da pena, associando outras obrigações, proibições, regras ou não. A *Cour d'Appel de Dijon*, por exemplo, suspendeu parcialmente a execução da pena de prisão de 5 anos que aplicou, pela prática de um crime de agressão sexual agravada. O Tribunal determinou que 1 desses anos seria suspenso na sua execução, com sujeição a regime de prova (“*avec surcis et mise à l'épreuve*”)⁹¹.

Grande parte dos acórdãos em que os Tribunais se pronunciam sobre o crime de agressões sexuais e a pena de prisão aplicada não ultrapassa os cinco anos, culminam na aplicação da suspensão da execução da pena, normalmente associada a outro tipo de deveres de conduta, obrigações ou proibições. A suspensão da pena ocorre de uma forma transversal na maior parte dos acórdãos sobre este tema em que se aplique pena de prisão não superior a 5 anos.

Exemplo dessa aplicação é, de entre vários⁹², o Acórdão da *Cour de Cassation* de 08.02.2023, proferido no processo n.º Y 22-80.885 F- B, pesquisável em <https://www.legifrance.gouv.fr/>, no qual o tribunal aplica uma pena de prisão de cinco anos, dos quais três suspensos na sua execução com regime de prova pela prática de “*agressions sexuelles et violences, aggravées*”.

Já no que diz respeito ao restante leque de penas substitutivas – ou do ponto de vista da doutrina e jurisprudência francesas, às penas substitutivas propriamente ditas –, e como *supra* referimos, os Tribunais continuam a ignorá-las ou a considerá-las insuficientes para a

⁸⁹ Podendo esta diferença de qualificação inquirar as conclusões sobre a efetiva utilização de mecanismos alternativos à pena de privação de liberdade que vemos em artigos ou revistas que versem sobre este tema.

⁹⁰ No nosso Código Penal, apenas encontramos consagrada a primeira das modalidades.

⁹¹ Cf. Acórdão da Cour de Cassation de 07.03.2018, proferida no processo n.º 17-81.729, pesquisável em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁹² Vide também os Acórdãos da *Cour de Cassation* de 26.02.2020 e de 25.01.2023 – proferidos, respetivamente, nos processos n.º W 19-80.802 F-D e n.º W 22-83.344 F-B N.º 00092, ambos pesquisáveis em <https://www.legifrance.gouv.fr/> –, em que o tribunal aplicou a suspensão da execução da pena na sua totalidade às penas, respetivamente, de dez meses de prisão pela prática de um crime de agressões sexuais agravadas a uma criança e de dezoito meses também pela prática de mais do que um crime de agressão sexual agravada (ambas com penas acessórias associadas).

realização das finalidades com que o Estado francês se compromete no âmbito do direito penal e da prevenção da reincidência.^{[93][94]}

Ainda que os casos concretos que acabamos de analisar possam ser úteis para tirar determinadas conclusões, parece-nos que seja da análise geral da jurisprudência que se consegue uma melhor perspetiva do espírito do sistema no que concerne ao tema que procuramos aqui desenvolver. Por exemplo, o crime de violação não é punido com pena de prisão que possa ser substituída e esta questão retira-se não só do facto de a moldura penal do crime de violação em França já ser significativamente acima da moldura penal dos crimes aos quais pode ser aplicada uma pena alternativa à prisão, como vimos em (ponto 4.2.), como de uma análise superficial de jurisprudência, que automaticamente os permite chegar a esta conclusão.

Já os crimes de agressão sexual, profanação, pornografia, entre outros, normalmente levam à aplicação de penas suspensas (com medidas associadas, ainda que não muito frequentemente), o que aliás se tem verificado ao longo dos anos.

Um traço também bastante demarcado da jurisprudência francesa e que a distingue desde logo da portuguesa é o facto de a fundamentação dos acórdãos ser muito mais enfática no que diz respeito aos factos e ao direito substantivo isoladamente, ao invés de desenvolver a matéria da fundamentação da medida da pena e da sua determinação, o que deixa o leitor com algumas dúvidas quanto à racionalidade das penas aplicadas. Ainda que haja a regra da aplicação da pena de prisão como *ultima ratio*, os tribunais não são obrigados a explicar o porquê de não terem aplicado outra pena que não a de prisão no caso concreto.

- **Em Espanha**

Também em Espanha seria de esperar haver um esforço no sentido de se dar mais palco às penas substitutivas, pois também este ordenamento jurídico não é alheio às evidentes

⁹³ Num acórdão muito recente, já de 2023, a *Cour de Cassation* determinou a remessa do processo para o tribunal de 1ª Instância (*Cour d'Appel d'Aix-en-Provence*) por ter aplicado uma pena de prisão efetiva de 1 ano pela prática de um crime de agressão sexual, sem fundamentar a não aplicação da prisão domiciliária, medida que, como já tivemos a oportunidade de ver (supra), se encontra prevista no art.º D.48-1-1 do Código de processo Penal francês e que deve ser sempre aplicada em substituição da pena de prisão entre 6 meses e 1 ano, salvo se o tribunal considerar “que as circunstâncias ou a personalidade do condenado o impossibilite ou se revele materialmente impossível pôr a referida medida em prática” (tradução nossa) – cf. Acórdão da *Cour de Cassation* de 22.02.2023, proferido no processo n.º T 20-86.691 F-D, pesquisável em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁹⁴ Quando são aplicadas – o que acontece nalguns casos com a “prisão domiciliária” – são-no quanto a crimes muito leves, raramente desde o início do cumprimento da pena e muitas vezes senão todas, só depois de serem invocadas pelo arguido.

falhas do sistema prisional e à ineficácia e inconsistência dos resultados que o encarceramento tem demonstrado durante décadas. Até 2015 parecia ser esse, de facto, o entendimento dominante: “*sobre la convicción, comúnmente aceptada, de la crisis de la pena de prisión como instrumento sustancialmente único y rígido de reacción penal, enumera una serie de razones de dicha situación: a) no siempre es necesaria y por ello el Estado moderno ha estimado la posibilidad de crear otros instrumentos alternativos; b) puede ser contraindicada a los fines preventivos especiales, y también demasiado perturbadora y estigmatizante para el sujeto y la familia y costosa para la colectividad; c) ha sufrido una continua erosión de su función preventiva general y especial por efecto de la hipertrofia de la legislación penal y de la inflación de la pena de prisión misma*”.

No entanto, a reforma penal de 2015 veio endurecer o sistema penal, retirando-lhe “armas” que outros Estados têm lutado por manter consagradas, deixando um rasto quase inexistente de opções à disposição do julgador.

Antes de mais, cumpre enfatizar o facto de, em Espanha, haver uma clara tendência para a censura dos crimes desta natureza. Não só, como vimos, as molduras penais são, de facto, objetivamente duras, como o próprio juiz, no momento da determinação da pena, não mostra qualquer resistência à aplicação de penas mais pesadas. Alguns exemplos bastante recentes são os Acórdãos do *Tribunal Supremo* (todos de 2023) de 09/03, de 19/04, de 20/04, de 21/04, de 10/05⁹⁵, nos quais – sem exceção – confirmou as decisões dos Tribunais *a quo*, em penas de 4 a 12 anos por crimes de abuso e/ou agressão sexuais, sendo que estas não são as penas mais elevadas nesta matéria.

Como seria de esperar, nenhuma destas – mesmo as penas de prisão de 4 anos – foram substituídas por qualquer outra medida ou método alternativo de punição, pois a lei não só não consagra alternativas como não exige uma fundamentação muito cuidada da escolha da pena aplicada, pelo que também não temos como saber se há ou não razões sólidas, em cada caso concreto, para a aplicação da pena escolhida. É de sublinhar, aliás, o fenómeno exatamente oposto: em vez de uma mais exigente fundamentação e de maior simplicidade, é raro não encontramos nos acórdãos espanhóis um conjunto significativo de penas acessórias a acompanhar uma pena de prisão, independentemente de a pena aplicada ser mais ou menos extensa. No Acórdão do *STS* de 19 de Abril (*supra* identificado), por exemplo, o Tribunal, a par da aplicação de uma pena de prisão de 11 anos, aplicou ainda as penas de: inabilitação

⁹⁵ Respetivamente: Acórdão do *STS* de 09.03.2023, proferido no processo n.º 1275/2023; Acórdão do *STS* de 19.04.2023, proferido no processo n.º 1639/2023; Acórdão do *STS* de 20.04.2023, proferido no processo n.º 1839/2023; Acórdão do *STS* de 21.04.2023, proferido no processo n.º 1710/2023; e Acórdão do *STS* de 10.05.2023, proferido no processo n.º 2085/2023 (todos pesquisáveis em www.poderjudicial.es).

absoluta durante o tempo da sentença e inabilitação para qualquer profissão ou atividade que envolvesse contacto regular e direto com menores, proibição de abordar a vítima na sua residência ou em qualquer lugar frequentado por ela, bem como de comunicar com ela por qualquer meio e ainda liberdade condicional por 10 anos, após o cumprimento da pena de prisão⁹⁶.

A pena de prisão parece apresentar-se, assim, como uma inevitabilidade no que respeita a este tipo de crimes. E isto é assim desde os primórdios da sua existência⁹⁷, pois ainda que antes de 2015 estivessem previstas no CP espanhol penas alternativas para além das estipuladas atualmente, a verdade é que a mais abrangente era apenas aplicável em substituição de penas de prisão de até 1 ano. Ou seja, o auge da permeabilidade do sistema jurídico-penal espanhol às penas de substituição terminou em 2015⁹⁸ e mesmo quando nessa altura era de uma expressão quase nula. Podemos portanto dizer ter sempre havido uma grande resistência, em Espanha, à evolução ou, quanto muito, ao teste e à tentativa neste campo, a alternativas aos métodos tradicionais.

E resistência à mudança e ao acolhimento de métodos novos, talvez aparentemente radicais, mas nem por isso ineficazes, acaba por se espelhar nas taxas de criminalidade, como podemos concluir dos dados estatísticos de que dispomos.

A última compilação de dados relativos à evolução dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais em Espanha foi realizada em 2021, com dados até esse ano, o que nos dá uma perspetiva bastante próxima da realidade atual, também pelo facto de as alterações legislativas não abundarem desde essa data. Como explanado nos gráficos – anexo 2⁹⁹ –, este tipo de criminalidade tem aumentado consideravelmente, verificando-se, em 6 anos, ou seja, desde 2015, um aumento de 100% dos crimes registados¹⁰⁰. E note-se que em

⁹⁶ Também no Acórdão do *STS* de 10 de Maio (*supra* identificado), em que o juiz condenou o arguido numa pena substancialmente inferior – 4 anos de prisão pela prática de dois crimes de abuso sexual – o mesmo estabeleceu um conjunto de penas acessórias ainda mais alargado do que o que acabamos de ver.

⁹⁷ “*La pena de prisión se presenta con mayor probabilidad que las otras penas,(...), en las siguientes agrupaciones de delitos (correspondientes fundamentalmente, como se ha dicho, a los títulos del libro II del CP): 1. Homicidio y sus formas; 3. Lesiones; 4. Lesiones al feto; 6. Contra la libertad; 8. Contra la libertad e indemnidad sexuales*” (poucos crimes estão há frente destes, na hierarquia dos mais graves) – cf. J. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Editora Defensor del pueblo, Universidad de Granada, outubro de 2013, pg. 102.

⁹⁸ E entre 2008 e 2010, por exemplo, a apenas 30% dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual que levaram a uma condenação em pena de prisão foi aplicada a suspensão da mesma – cf. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación*, pg. 176.

⁹⁹ Para mais consultar: J. LÓPEZ GUTIÉRREZ et al., *Informe sobre Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, ed. Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2021.

¹⁰⁰ Não ignorando o facto de aqui se incluírem números que na verdade são fruto de denúncias ou queixas que anos antes – por ter sido até muito tarde um tabu –, nunca tinham chegado ao conhecimento das autoridades. Ou seja, o aumento em 100% deste tipo de crimes desde 2015 não se deve na sua globalidade ao aumento da criminalidade, ainda que este tenha sido o principal responsável por esse aumento.

2021, 81% da totalidade de crimes deste tipo registados são crimes de “*agresión sexual con penetración*”, “*abuso sexual con penetración*”, “*agresión sexual*” e “*abuso sexual*”, – precisamente o “grupo” de crimes que temos vindo a analisar no presente trabalho – sendo que estes últimos, isoladamente, representaram nesse ano quase 50% de todos os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais.

Daqui se conclui que a aplicação de penas em massa ou industrial – que é o que no fundo muitas ordens jurídicas continuam a fazer ao aplicar penas de prisão como se fosse o única forma de se restabelecer a paz –, mais não faz senão permitir que o crime continue a acontecer e que se desenvolva naturalmente, em consonância com a exposição cada vez maior a que se sujeita o ser humano, fruto da sua evolução e dos instrumentos à sua disposição atualmente¹⁰¹.

- **Em Itália**

Ainda que quanto à ordem jurídica italiana não haja muito a acrescentar, uma vez que o próprio âmbito de aplicação das penas, em conjugação com as molduras penais deste tipo de crimes torna quase impossível a aplicação de penas de substituição – colocando-a no topo do *ranking* das ordens jurídicas aqui analisadas, como a mais impermeável às medidas alternativas (no que respeita aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais) –, importa ainda assim deixar algumas considerações.

Em 2013, a par do que verificámos também quanto a Espanha, o legislador italiano pregava a necessidade de se reduzirem as penas e de se criarem alternativas de punir, sobretudo para a pequena e média criminalidades. Na opinião de FERRANDO MANTOVANI¹⁰², devia recuperar-se a eficácia da sanção penal a partir da correção do equilíbrio entre clemência-indulgência mas sem perder a desaprovação social dos atos incriminados. Assim, o autor defendia conseguir-se essa reparação através – no meio de outras medidas – “*b) añadiendo junto a la pena de prisión un amplio y flexible sistema de penas sustitutivas, de regulación aplicable a la criminalidad de modesta entidad, esto es, como opción a la pena de prisión de corta duración*”¹⁰³.

¹⁰¹ O cibercrime e neste contexto, o cibercrime sexual – ou “*ciberdelincuencia sexual*” (cf. LÓPEZ GUTIÉRREZ et al., *Informe sobre Delitos*, pp. 36 e ss.) – é uma realidade em crescimento e constante mutação.

¹⁰² Professor catedrático italiano dedicado ao estudo da criminologia e do direito penal.

¹⁰³ Cf. J. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Editora Defensor del pueblo, Universidad de Granada, outubro de 2013, pg. 35.

Depois de muitos anos em que várias reformas foram propostas mas nenhuma conseguiu vingar de forma a significativamente pôr em prática o que na teoria há muito se pretende, o ordenamento jurídico italiano continua com poucos mecanismos para fazer face à indiscutível “*crisi carceraria*”.

Tanto que em 2018 ainda se falava em Itália da necessidade de haver uma verdadeira reforma penitenciária, que, claro, não poderia prescindir de uma revisão do catálogo punitivo¹⁰⁴. Isto porque na prática, o *Codice Penale* se encontra intacto desde 1930, não tendo, desde aí, sido alvo de modificação ou revisão geral e construtiva.

5. Considerações finais

Por tudo o exposto parece-nos seguro poder dizer que há ainda um longo caminho a percorrer no campo das soluções jurídico-penais no âmbito destes crimes.

Há, de facto, certas especificidades associadas aos mesmos, principalmente no que diz respeito ao quadro psicológico e sociológico dos indivíduos que os perpetuam. Não é difícil perceber que mais do que simples maldade ou vontade de prejudicar o outro, estamos a falar também daquelas pessoas – talvez a maioria – que não apreendem a realidade social da mesma forma, que não sentem empatia, que talvez tenham passado por um processo evolutivo/ de crescimento distorcido e/ou tendencioso, sem rumo e linhas orientadoras.

Parece óbvio que num e noutro casos, pela gravidade associada a este tipo de crimes – muito pelo facto de significarem uma dupla invasão da intimidade, ao ultrapassarem o primeiro limite do contacto verbal, visual, etc., chegando ao contacto físico – a pena de prisão não é de todo indicada para prevenir a reincidência. As motivações por detrás do cometimento destes crimes são muito pouco racionais ou pelo menos fruto de uma racionalidade naturalmente deficiente, o que faz com que o processo racional pelo qual qualquer recluso passa numa prisão – não esquecendo os efeitos mais nefastos do que positivos que essa reclusão representa – simplesmente não funcione nestes casos¹⁰⁵.

No espírito do que na teoria encontramos quase transversalmente em todos os preâmbulos dos diplomas legais que até aqui mencionamos, o fator educação é, sem dúvida, o

¹⁰⁴ “*In questa crisi del sistema, è ormai chiaro che una decisa e indifferibile riforma penitenziaria non può prescindere da una compiuta rivisitazione del catalogo sanzionatorio*” – cf. L. SCOPELLITI, *Alternative alla Detenzione: Problemi e prospettive*, tesi di laurea, Università degli Studi di Palermo, 2017/2018, pg. 114.

¹⁰⁵ O que não significa que noutros funcione. A pena de prisão, na nossa opinião, é apenas um método tido como absoluto ao qual nos habituamos e não um método eficaz para cumprir as finalidades de uma pena.

ponto fulcral nesta matéria e responsabilidade do Estado¹⁰⁶. A saúde não é apenas física e psíquica, é social e é por isso que a educação e a formação são fatores fundamentais no combate ao crime, a par de uma legislação cuidada e adaptada às diferentes realidades¹⁰⁷.

Ora, da legislação e jurisprudência analisadas, percebemos as profundas diferenças que existem entre ordenamentos jurídicos de países que se situam geograficamente tão próximos. A ordem jurídica portuguesa, por incrível que pareça – e dizemo-lo porque Portugal é um país pequeno, mais influenciável do que influente –, tem-se mantido firme quanto à aplicação do que entende ser mais eficaz, desligando-se da pressão social e das escolhas e decisões tomadas pelas suas ordens jurídicas vizinhas.

Ainda que em determinados acórdãos consigamos ver alguns traços de uma “retribuição” de KANT, motivada pelas fortes opiniões e emoções sociais, principalmente quanto a estes crimes, o sistema globalmente considerado tem-se, de facto, mostrado constante nesse sentido, ao contrário do que vemos acontecer sobretudo em Espanha e Itália, onde parece não haver qualquer adesão às penas substitutivas.

No entanto, ainda conseguimos distinguir o caso português do caso dos Países Baixos, por exemplo, pioneiros na aplicação de medidas substitutivas e muito investidos no combate às penas de curta duração. Quando observamos a jurisprudência desta ordem jurídica percebemos automaticamente a praticabilidade com que a mesma lida com estes métodos e mesmo concretamente dentro do tipo de crimes em apreço. Nesses acórdãos, não há uma pena em substituição da pena de prisão, há uma panóplia de medidas e de soluções, que podem ou não estar associadas ao cumprimento de parte da pena de prisão aplicada. Mesmo quando o tribunal considera ser necessário o cumprimento da pena de prisão, deixa bem explícitas, no momento da condenação, todas as medidas para aligeirar o estigma associado à reclusão, bem como o tempo que será ou não necessário cumprir, efetivamente, “dentro de quatro paredes”¹⁰⁸. São um tipo de decisões das quais se extrai muito mais do que apenas um

¹⁰⁶ Já CESARE BECCARIA se referia à sua importância no séc. XX – cf. BECCARIA, *Dei Delitti*, pg. 160.

¹⁰⁷ Bem sabemos que o direito é a consequência da desordem e não lhe cabe resolver todos os problemas da ordem social, mas apenas aqueles que extravasam a esfera do “eu” e invadem a do próximo. No entanto, é ao direito que incumbe a difícil tarefa de identificar os problemas, para que os mesmos possam ser resolvidos.

¹⁰⁸ Note-se que nem sempre foi assim. Nos Países Baixos, é muito evidente a diferença das decisões judiciais atuais em relação às que eram proferidas há 10 anos atrás. Os acórdãos desta época eram vazios de fundamentação, o tribunal simplesmente condenava em determinados anos de prisão – vide, por exemplo, o Acórdão do *Tribunal de Groningen* de 27.04.2012, proferido no processo n.º 18-630195-11, pesquisável em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/>, em que o tribunal confirmou a decisão do tribunal *a quo* que tinha condenado um indivíduo a 10 anos de prisão pela prática de vários crimes de violação à sua filha, nada mais acrescentando.

crime, o direito aplicável e uma pena¹⁰⁹, percebendo-se com detalhe o que cada caso tem de específico e como combater essa especificidade. O Acórdão do *Tribunal de Gelderland* de 03.07.2019, proferido no processo n.º 05/740370-18, pesquisável em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/>, entre outros, é um bom exemplo disso, pois apresenta um vasto elenco de medidas associado à pena de prisão aplicada a um indivíduo, pela prática de vários crimes de abuso sexual contra o seu neto, indivíduo já reincidente neste tipo de crimes, sendo que o tribunal entendeu só ser necessário o cumprimento de 50% da mesma (equivalente a 12 meses).

Ao invés de defendermos um abolicionismo utópico e “cego” – o que em todo o caso seria impossível, pois a proteção de bens jurídicos ainda é um dos principais deveres do Estado, a par do dever de reintegrar ou integrar quem necessita –, consideramos, de facto, que o ponto fulcral é a personalização de cada decisão, é a preocupação em fazer melhor, não por quem comete crimes mas por esses e por todos os outros, pela sociedade no geral, pois melhores soluções por parte do direito penal beneficiarão todos no futuro e não apenas no âmbito da segurança.

Isto alcança-se antes de mais pela identificação das diferenças na atuação de quem comete um crime (nas motivações por detrás desse desvio) e na sua relação com a forma como o indivíduo que o comete aprenderá a pena.

Punir por punir não pode – a nosso ver – ser solução e é exatamente por isso que é importante evoluir sempre no sentido de se encontrarem soluções que tenham um potencial de apreensão superior por parte dos condenados, ao invés de regredir para uma uniformização de tratamento de questões completamente diferentes.

¹⁰⁹ O que acontece na grande maioria dos acórdãos supra mencionados das ordens jurídicas (geograficamente) mais próximas da portuguesa.

CONCLUSÃO

Em qualquer sociedade, a punição de atos e comportamentos desviantes é incontornável. Só assim conseguimos viver com as diferenças de cada um que, naturalmente ou não, existem e prejudicam o funcionamento harmonioso e desejado do quotidiano. A forma como os escolhemos punir e as consequências que daí advêm é que pode assumir contornos completamente distintos nos mais variados pontos do mundo. Tanto que em alguns países continua a vigorar a pena de morte, noutros a pena de prisão perpétua e outros aboliram uma e outra penas há décadas.

As penas substitutivas surgiram exatamente nesta linha de evolução, tendo possibilitado progressivamente ao longo dos anos explorar outras que não as formas tradicionais de punir, abraçando novos métodos mais personalizados e menos evasivos de prosseguir os mesmos fins que há muito tentamos e não conseguimos alcançar de forma otimizada com a pena de prisão.

Selecionamos os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais precisamente por entendermos ser um leque de crimes que se distancia muito de todos os outros, nomeadamente pelas motivações que estão por detrás do cometimento dos mesmos. É por esta especificidade que as penas substitutivas revelam extremamente importantes, pois apesar de os objetivos da pena serem sempre os mesmos – a proteção do bem jurídico e a reintegração – os tipos de crimes são todos diferentes, pelo que os meios não podem ser aplicados “às cegas”, têm antes de ser ajustáveis a cada situação concreta.

Pretendemos com a presente exposição revelar as diferenças na abertura das ordens jurídicas que nos são mais próximas a diferentes formas de punir este tipo de crimes, pelas (à partida) semelhanças culturais e sociais existentes. No entanto, verificamos que o ordenamento jurídico português (nas suas facetas legislativa e judicial) se destaca neste campo, fazendo um uso efetivo de um quadro muito mais alargado de penas do que em França, Espanha ou Itália e levando a sério a máxima da pena de prisão como *ultima ratio*, ao contrário do que acontece naquelas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. DAVIS, *As prisões estão obsoletas?*, 1ª edição, Tradução de Sadiq S. Habib, Antígona, agosto 2022.

A. LAMAS LEITE (dissertação de Mestrado):

- *Crise da pena de prisão e os abolicionismos – roteiro de análise*, ano 5 (2019), nº 2, pp. 949-989;
- *Penas de Substituição – Entre as Reações Criminais à la Carte e a Sistematização dos Elementos do Juízo Substitutivo*, 2019;

A. SANI et al., *Criminologia e Reinserção Social*, Ed. Pactor, Lisboa, 2019

C. BECCARIA, *Dei Delitti e Delle pene*, Tradução de José de Faria Costa, Ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998.

C. FERREIRA da CUNHA, *Os Crimes Contra as Pessoas*, Universidade Católica Editora, Porto, julho de 2017.

C. JARRET, *Como a prisão muda a personalidade de detentos*, BBC future, 2018.

G. MARQUES DA SILVA, – *Direito Penal Português: Introdução e Teoria da Lei Penal*, 1ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, reimpr..

J. BARQUÍN SANZ et al., *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Editora Defensor del pueblo, Universidad de Granada, outubro de 2013.

J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, reimpr..

J. LÓPEZ GUTIÉRREZ et al., *Informe sobre Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, ed. Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2021

L. SCOPELLITI, *Alternative alla Detenzione: Problemi e prospettive*, tesi di laurea, Università degli Studi di Palermo, 2017/2018.

Notícias e outras fontes disponíveis online:

A. DIAS CORDEIRO, *Portugal e Itália são exceção ao não darem à violação o estatuto de crime público*, Jornal PÚBLICO, Maio de 2023, disponível em:

<https://www.publico.pt/2023/05/04/sociedade/noticia/portugal-italia-sao-excecao-nao-darem-violacao-estatuto-crime-publico-2048318>

Site SNS, disponível em:

<https://www.sns24.gov.pt/tema/saude-mental/impacto-da-covid-19-na-saude-mental/#quais-os-stronggruposstrong-mais-afetados-pelos-sintomas-de-sofrimento-psicologico>.

Les mesures alternatives à la prison (...), revista *Vie Publique*, atualizado em 18 de julho de 2022 e disponível em:

[Les mesures alternatives à la prison bracelet électronique sursis TIG | vie-publique.fr](#), (consultado em 02/05/2023)

[Septuagenário condenado a cinco anos com pena suspensa por violação de jovem | Justiça | PÚBLICO](#), 2022. (consultada em 02/06/2023).

[Pena suspensa para professor de Moral por crimes sexuais contra duas menores](#), Diário de Notícias, 2023. (consultada em 20/06/2023).

Legislação:

Códigos Penais:

Português

Francês

Espanhol

Italiano

Jurisprudência citada:

Nacional:

Acórdão do TRL de 01.07.2020, proferido no processo n.º 1539/15.9PBCSC.L1-3.

Acórdão do TRL de 22.02.2023, proferido no processo n.º 482/20.4PLLSB.L1-5.

Acórdão do TRC de 15.06.2022, proferido no processo n.º 310/20.0JAGRD.C1.

Acórdão do TRE de 07.03.2017, proferido no processo n.º 246/10.3JAFAR.E.

Acórdão do TRP de 13.01.2021, proferido no processo n.º 115/17.6GAETR.P1.

Acórdão do TRP de 07.07.2021, proferido no processo n.º 1897/18.3JAPRT.P1.

Acórdão do TRP de 11.01.2023, proferido no processo n.º 661/19.7JAPRT.P1.

Acórdão do TRL de 22.02.2023, proferido no processo n.º 482/20.4PLLSB.L1-5.

Acórdão do TRG de 23.11.2020, proferido no processo n.º 1700/17.1IPBBRG.G1.

Acórdão do TRC de 24.04.2018, proferido no processo n.º 364/12.3JALRA.C2.

Acórdão do TRP de 29.01.2020, proferido no processo n.º 3533/17.6JAPRT.P1.

Acórdão do TRE de 14.07.2020, proferido no processo n.º 1742/14.9PAPTM-A.E1.
Acórdão do TRC de 28.01.2009, proferido no processo n.º 664/08.7TACTB-A.C1.
Acórdão do TRL de 10.12.2020, proferido no processo n.º 160/20.4PDVFX-B.L1-9.
Acórdãos do TRE de 24.09.2019, proferido no processo n.º 37/16.8GLBJA.E1.
Acórdão do TRP de 09.05.2018, proferido no processo n.º 454/17.6PTPRT.P1.

Francesa:

Acórdão da *Cour de Cassation* de 22.07.2020, proferido no processo n.º E 20-81.987 F-D.
Acórdão da *Cour de Cassation* de 27.11.2019, proferido no processo n.º 18-85.852.
Acórdão da *Cour de Cassation* de 22.02.2023, proferido no processo n.º P 22-81.773 F-D.
Acórdão da *Cour de Cassation* de 07.03.2018, proferida no processo n.º 17-81.729.
Acórdão da *Cour de Cassation* de 08.02.2023, proferido no processo n.º Y 22-80.885 F- B.
Acórdãos da *Cour de Cassation* de 26.02.2020, proferido no processo n.º W 19-80.802 F-D.
Acórdão da *Cour de Cassation* de 25.01.2023 – proferidos, respetivamente, nos processos n.º e n.º W 22-83.344 F-B N.º 00092.
Acórdão da *Cour de Cassation* de 22.02.2023, proferido no processo n.º T 20-86.691 F-D.

Espanhola:

Acórdão do *STS* de 09.03.2023, proferido no processo n.º 1275/2023.
Acórdão do *STS* de 19.04.2023, proferido no processo n.º 1639/2023.
Acórdão do *STS* de 20.04.2023, proferido no processo n.º 1839/2023.
Acórdão do *STS* de 21.04.2023, proferido no processo n.º 1710/2023.
Acórdão do *STS* de 10.05.2023, proferido no processo n.º 2085/2023.

Países Baixos:

Acórdão do *Tribunal de Gelderland* de 03.07.2019, proferido no processo n.º 05/740370-18.
Acórdão do *Tribunal de Groningen* de 27.04.2012, proferido no processo n.º 18-630195-11.

Molduras penais em Portugal	Agressões sexuais	Violação	Abuso sexual de crianças
Simple	até 5 (163,1)	1 a 6 (164,1)	1 a 8 (171,1) < de 14 anos
Com violência	1 a 8 (163,2)	3 a 10 (164,2)	
Com penetração (s/ e c/ violência)			3 a 10 (171,2)

Molduras penais em França	Agressões sexuais	Violação	Abuso sexual de crianças
Simple	até 5 anos e 75000 euros de multa (222-27) até 7	até 15 (222-23)	até 7 (222-29) até 10 (em certas condições)(222-30)
Com violência	até 7 (222-28)-agravante	até 20 (222-24) perpétua se tortura (222-26)	até 10 e 150000 (222-29-1)
Com penetração			até 20 (se criança-222-23-1)

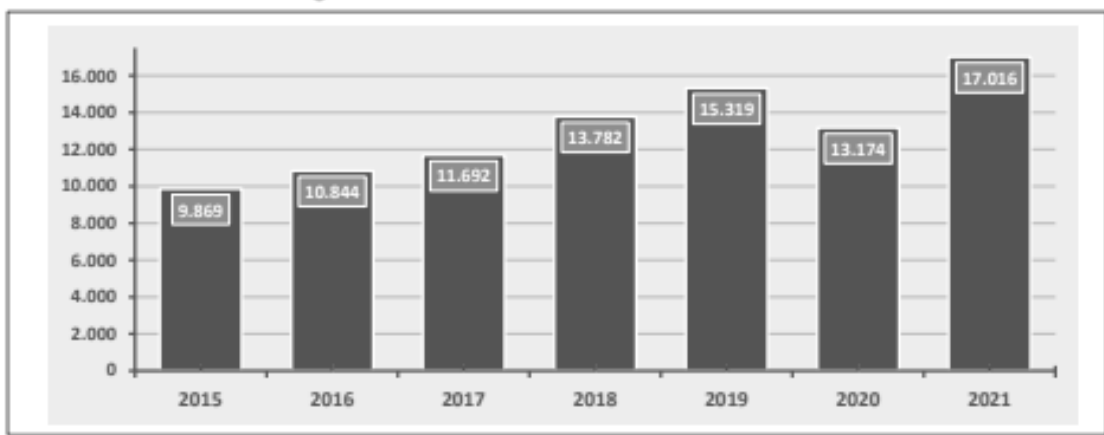
Molduras penais em Espanha	Agressões sexuais	Violação	Abuso sexual de crianças
Simple	1 a 4 (178.1)	4 a 12 (179.1)	2 a 8 (180 + 178.1)
Com violência	1 a 5 (178.3)	6 a 12 (179.2)	5 a 10 (180 + 178.3)
Com penetração (s/ e c/ violência)			7 ou 12 a 15 (180 + 179, 1 e 2)

Molduras penais em Itália	Agressões sexuais	Violação	Abuso sexual de crianças
Simple	6 a 12 (609-bis)- pode ser reduzida até 2 a 4 anos (casos menos graves)	6 a 12 (609-bis) 8 a 16 (609-ter)	8 a 16 (609-ter) se < de 18 9 a 18 (609-ter fim) se < de 14 12 a 24 (609-ter fim) se < de 10
Com violência	6 a 12 (609-bis) 8 a 16 (609-ter)		

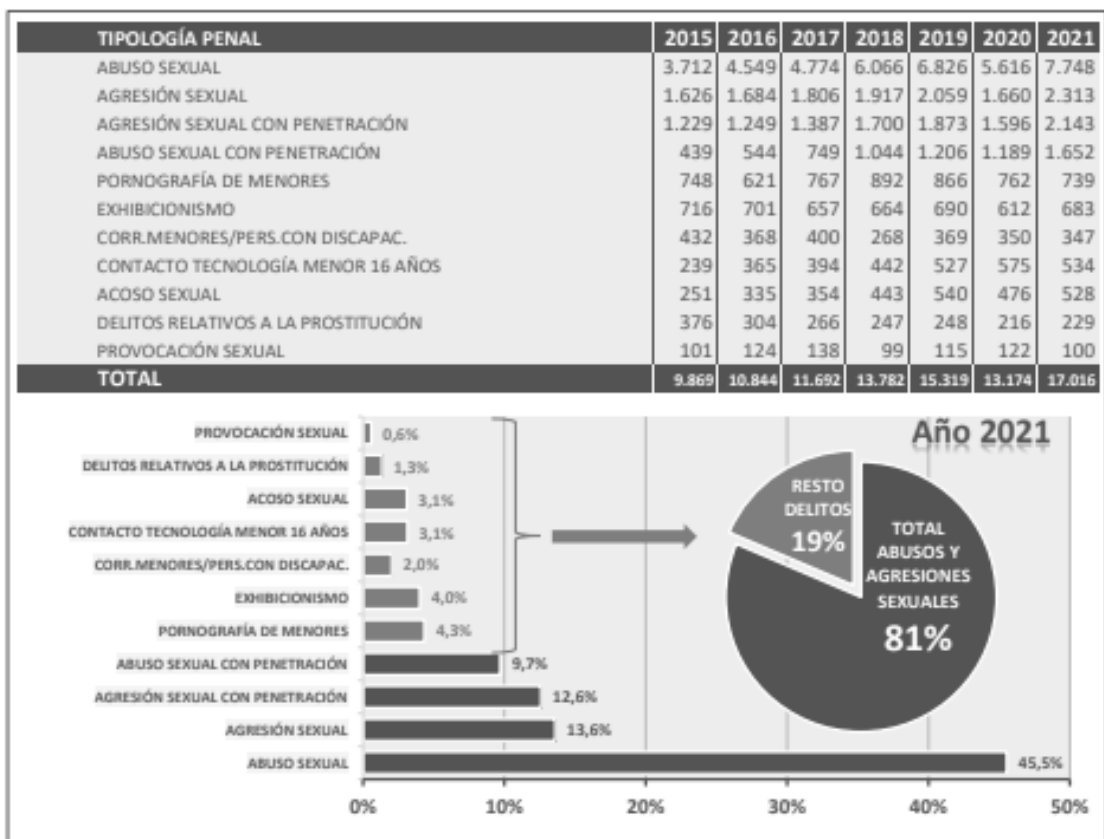
Anexo 1. As molduras penais dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexuais nas leis portuguesa, francesa, espanhola e italiana.

1 Evolución de los delitos sexuales - Series anuales

>> Hechos conocidos registrados. Datos anuales



>> Hechos conocidos registrados. Tipologías penales



Anexo 1. J. LÓPEZ GUTIÉRREZ et al., *Informe sobre Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, ed. Ministerio del Interior, Gobierno de España, 2021, pg. 5.