



DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Da inaplicabilidade do regime da reincidência aos casos de prisão efetiva resultantes da revogação de penas substitutivas

Autor e Candidato
Patrícia Fonseca Nunes

Orientador
Professor Doutor Germano Marques da Silva

Dissertação para Obtenção de Grau de Mestre em Direito

Mestrado Forense

Lisboa
Junho 2014

*Aos meus queridos pais e ao meu avô,
por estarem presentes em todos os momentos*

*«a Justiça escolhe, a prisão corrompe e a sociedade tem os
criminosos que merece»*

Alexandre Lacassagne

ÍNDICE

§1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

- 1. Objeto 5
- 2. Percurso 6

§2. A REINCIDÊNCIA

- 1. O regime legal 7
- 2. Fundamento do efeito agravante 8
 - 2.1 A doutrina portuguesa 11

§3. AS PENAS SUBSTITUTIVAS

- 1. Enquadramento geral 14
- 2. A pena privativa da liberdade e os seus efeitos 15
- 3. As penas substitutivas 16
 - 3.1 Multa 16
 - 3.2 Prestação de trabalho a favor da comunidade 17
 - 3.3 Admoestação 18
 - 3.4 Suspensão da execução da pena de prisão 19
 - 3.5 Proibição de exercício de profissão, função ou atividade 20
- 4. O regime de permanência na habitação, a prisão por dias livres e o regime de semidetenção 21

§4. A REINCIDÊNCIA E O PRESSUPOSTO PRISÃO EFECTIVA: PRISÃO NÃO SUBSTITUÍDA OU SUBSTITUÍDA E INCUMPRIDA?

- 1. Evolução histórica 25
- 2. Jurisprudência 27
 - 2.1 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-12-2003 – Relator António Gama 27

2.2 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2004 – Relator Conceição Gomes	27
2.3 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23-01-2008 – Relator Fernando Ventura	28
2.4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-04-2010 – Relator Maia Costa	28
2.5 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-06-2009 – Relator Sousa Fonte	28
3. Doutrina	30
§5. O PARADOXO ENTRE A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE E A REINCIDÊNCIA	
1. A pena privativa da liberdade e a dessocialização do recluso	34
2. Da imprescindibilidade da pena privativa da liberdade	36
§6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
§7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

§1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

«Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer-se o que se deve querer e em não estar obrigado a fazer o que não se deve querer.»

BARÃO DE MONTESQUIEU

1. Objeto

O presente trabalho prende-se com o estudo do instituto da reincidência, o qual tem sido alvo de escassas investigações por parte dos autores portugueses.

Utilizando os conhecimentos facultados pela etimologia, «reincidir» tem origem do latim «*recidere*» (voltar a cair), que por sua vez deriva da palavra «*cadere*» (*cair*). Na língua portuguesa, aquele termo surge definido como repetir um ato, recair no mesmo erro, cometer novamente um delito. O vocábulo reincidência, constituído pelo prefixo «*re*» (de repetição) e de incidência de (acontecimento), exprime todo o seu sentido: a repetição de um determinado acontecimento, recaída ou nova execução do ato¹.

Nesta dissertação, propomo-nos a estudar um dos pressupostos formais da reincidência que se encontra previsto no n.º 1 do artigo 75.º do Código Penal – «*punido com prisão efetiva*» - que tem vindo a suscitar algumas dúvidas na doutrina. A questão principal que se coloca é saber se a expressão atrás referida abrange a aplicação de penas substitutivas mas que tenham sido incumpridas, ou se simplesmente não abrange esse tipo de penas.

Como em todos os casos em que não existe uma solução direta e inequívoca para um determinado problema, é essencial criar uma linha de pensamento que evite futuras discrepâncias na aplicação da norma legal. Desta maneira, ao longo destas páginas iremos proceder ao estudo e à investigação desta temática, que muito nos atrai e agrada, de forma a tentar encontrar uma solução justa e coerente, pois como já referimos existem muitas dúvidas mas poucas considerações exaustivas acerca deste assunto, sendo a lei também bastante ambígua.

¹ Cfr. BARBOSA, Ana Ferreira, *Factores preditivos da reincidência: análise de uma amostra aleatória de reclusos portugueses do sexo masculino*, Dissertação de Mestrado em Psicologia, Área de conhecimento de Psicologia e Justiça, 2012.

2. Percurso

Iniciaremos o presente estudo fazendo uma análise geral ao regime da reincidência no §2 Capítulo, e abordaremos a problemática que rodeia o efeito agravante da reincidência. Implicando a reincidência uma agravação da pena, torna-se imperativo questionar o fundamento dessa agravação, ou por outras palavras, a sua legitimidade.

No §3 Capítulo proceder-se-á à análise do regime das penas substitutivas (multa, prestação de trabalho a favor da comunidade, admoestação, suspensão da execução da pena de prisão, proibição de exercício de profissão, função ou atividade), consagrado no Código Penal. Falaremos igualmente dos regimes da permanência na habitação, prisão por dias livres e semidetenção, que apesar de não serem “verdadeiras” penas substitutivas, estão intrinsecamente relacionados a estas.

No §4 Capítulo indagaremos a doutrina e a jurisprudência portuguesa no que diz respeito à questão central deste trabalho, e simultaneamente, levaremos a cabo a investigação desta problemática à luz da evolução histórica do Código Penal Português.

Por fim, no §5 Capítulo iremos abordar uma questão que apesar de não ser objecto do nosso estudo, está intrinsecamente associada a este – os efeitos dessocializadores da pena privativa da liberdade. Neste capítulo tentaremos demonstrar que a prisão tem vindo a aumentar os índices de reincidência, não cumprindo deste modo as finalidades de prevenção especial.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, principalmente a nível nacional mas foi também realizada alguma pesquisa de obras e estudos estrangeiros.

Foram consultados acórdãos dos Tribunais da Relação, do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional.

Foram analisados alguns relatórios elaborados pela Direção Geral de Reinserção Social (DGRS) de forma a estudar os regimes do trabalho a favor da comunidade e o da suspensão da execução da pena de prisão.

§2. A REINCIDÊNCIA

«Só a pena necessária é justa, mas necessária do ponto de vista preventivo especial é apenas aquela que se requer para impedir a reincidência do autor concreto.»

GUNTER STRATENWERTH²

1. O regime legal

O instituto da reincidência está consagrado no artigo 75.º do atual Código Penal Português. Trata-se de uma circunstância modificativa comum que altera a medida abstrata da pena, agravando-a. A agravação que resulta deste fenómeno justifica-se pelo maior grau de censura de que o delinquente se torna suscetível, uma vez que o novo facto demonstra que a anterior condenação não foi suficiente para que o agente mantivesse uma conduta pautada pelo respeito pela vida, integridade física, liberdade, património, entre outros direitos, das restantes pessoas. Desta forma, o elemento essencial da reincidência parece assentar no desrespeito, por parte do delinquente, da advertência contida na condenação anterior.

Os pressupostos da reincidência, consagrados no n.º 1 do artigo referido, consistem na prática de crimes dolosos, na condenação em penas de prisão efetiva (superior a 6 meses) por ambos os crimes, no trânsito em julgado da condenação prévia, no não decurso de mais de cinco anos entre a prática do crime anterior e a prática do novo crime - pressupostos formais - e na culpa agravada do agente por a anterior condenação não ter servido de suficiente advertência contra o crime - pressuposto material³ - é neste último requisito que o legislador português encontra fundamento para uma maior censura e, portanto, para uma culpa agravada no que diz respeito ao facto cometido pelo agente.

² *Derecho Penal, Parte Generale, I – El Heccho Punible*, Trad. De la 2.ª ed. Alemã de Gladys Romero (1976), Caracas, 1982.

³ *«Foi com o C. Penal de 1982 que o regime da reincidência se formou nos moldes em que atualmente se encontra em vigor: tendo deixado de estar apenas sujeito aos requisitos formais e integrado o pressuposto material da imprescindibilidade de o juiz verificar que é de censurar o agente pelo facto, de a condenação anterior não ter constituído suficiente advertência para voltar a cometer um novo crime»*, SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, Lisboa, 2012, pág. 31.

2. Fundamento do efeito agravante

Ao longo dos séculos, as sociedades têm considerado o fenómeno da reincidência fundamento de uma punição mais grave, suportada na ideia da necessidade de reduzir os crimes praticados por um mesmo agente.

Todavia, e apesar do referido, o efeito agravante da reincidência sempre foi alvo de inúmeras discussões no que diz respeito ao seu fundamento. São por isso várias as teorias, nacionais e estrangeiras, que têm tentado dar resposta à seguinte questão: Existirá um (verdadeiro) fundamento para a agravação da pena nos casos de reincidência?

A discussão originou duas linhas de orientação: as negativas defendem que não há fundamento para a agravação, enquanto as positivas sustentam essa mesma agravação.

De entre as primeiras perfilam as teorias:

A. Abolicionistas absolutas, defendem que uma vez aplicada a pena, o delito fica retribuído e a dívida com a sociedade satisfeita. Esta linha de pensamento refere que o princípio “*ne bis in idem*” é posto em causa sempre que um mesmo facto é duplamente valorado.

Não concordamos com esta teoria pois a valoração que é realizada não conduz à condenação do reincidente novamente pelo primeiro delito, sendo este apenas tido em conta para efeitos da nova condenação. O agente que volta a cometer um novo delito deve ter um tratamento diferente, o qual só é possível alcançar se for apreciado o delito ou delitos anteriores.

B. Abolicionistas relativas postulam que a reincidência não deveria operar como uma causa agravante, mas antes como uma causa de exclusão (defendido por Bucellati⁴) ou de atenuação da pena (Kleinschord⁵). Ambos justificam as suas teorias no facto da sociedade ser a verdadeira responsável pela recaída do delincente,

⁴ Bucellati, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, Lisboa, 2012, pág. 70.

⁵ Kleinschord, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, Lisboa, 2012, pág. 70.

uma vez que não fornece meios susceptíveis de evitar o cometimento de um novo crime⁶.

C. Neoabolicionistas defendem que o fenómeno da reincidência está estritamente relacionado com a personalidade do agente e que por isso o seu fundamento constitui um mero formalismo, pelo que não aceitam o efeito agravante da reincidência.

Relativamente às segundas, destacam-se as teorias:

D. Da insuficiência relativa, Carrara⁷ o impulsor desta teoria, refere que o legislador determinou uma pena para cada delito, considerando ser esta a suficiente para combater as necessidades de prevenção, porém em caso de reincidência impõe-se a aplicação de uma pena mais gravosa ao sujeito, uma vez que a pena prevista não se revelou apta a satisfazer as necessidades aludidas.

Esta teoria faz referência à insuficiência da pena como causa da justificação da reincidência, mas a verdade é que a pena, em princípio, será sempre justa e proporcionada ao delito cometido, mas tal facto não quer dizer que a pena tenha a força corretiva necessária que obste a que o agente volte a delinquir.

E. Do maior alarme social, os defensores desta teoria consideram que o segundo delito praticado pelo reincidente contém um maior grau de gravidade, uma vez que é causador de um maior dano social.

A esta teoria há que apontar o facto do alarme social resultar da própria gravidade intrínseca do segundo delito e não da intensidade do alarme social que ele provoque.

F. Da maior lesão causada pelo segundo delito, o defensor desta linha de pensamento - Manzini⁸ - entende que o segundo delito lesa um interesse diverso ou o mesmo interesse em maior grau do que o primeiro delito cometido, isto porque o delinvente demonstra não só a vontade em violar a norma penal, mas também a vontade persistente em transgredir.

⁶ Neste sentido, escreve Stratenwerth «desde sempre se sustentou que o número de penas anteriores eleva a probabilidade de reincidência e existem razões fundadas para supor que o cumprimento da execução de uma pena estimula a recaída no delito.»

⁷ Carrara, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina 2012, págs. 71 e 72.

⁸ Manzini, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina 2012, págs. 75.

G. Da maior perigosidade, diz esta teoria que o agente reincidente revela um caráter mais perigoso, temível e antissocial. E por isso, o Estado deve deter uma postura preventiva, e não repressiva, relativamente à reincidência.

A prática de um delito após uma condenação não basta para concluir um critério geral segundo o qual o agente terá de voltar necessariamente a delinquir. Na verdade, a reincidência assenta em razões de prevenção especial, ou seja, o aumento da pena tem como objetivo evitar o cometimento de novas infrações por parte do agente reincidente, ou seja, através da agravação da pena espera-se que o agente tenha, por fim, tido em conta advertência contida na condenação.

H. Da maior capacidade e da maior inclinação para delinquir, a primeira teoria alude ao facto do reincidente demonstrar uma persistência em infringir a lei e, conseqüentemente, a sua capacidade criminal aumentar, enquanto a segunda afirma que o fundamento da agravação reside na maior gravidade da segunda infração, uma vez que nesta concorre uma culpabilidade pelo facto.

I. Da culpabilidade aumentada, escreve Maurach⁹ que a agravação da pena deriva da maior consciência que o reincidente passa a possuir, fruto da própria experiência (condenação e execução), da punibilidade da sua conduta. Desta maneira, a conduta do reincidente torna-se mais censurável uma vez que não teve em conta, a título de advertência, a condenação ou condenações anteriores.

Na verdade, o agente reincidente revela falta de vontade em motivar-se pela advertência contida na condenação anterior, voltando a praticar a mesma conduta criminosa apesar de ter um maior conhecimento e, assim sendo, uma maior responsabilidade. Desta forma, a reincidência reflete uma desobediência por parte do agente reincidente relativamente ao agente primário, pois aquele não teve em conta a advertência contida na condenação a que foi sujeito.

J. Da maior gravidade do injusto, os propulsores desta teoria encontram a razão de ser da agravação da pena no facto do reincidente demonstrar uma atitude de maior desprezo face aos valores jurídicos, pois o delinquente teve oportunidade de observar e assimilar, não só por parte da Lei, mas também ao nível da condenação de que foi alvo.

Na esteira da teoria anteriormente apresentada, também esta assenta no pressuposto que o agente reincidente manifesta uma atitude de desprezo face à

⁹ MAURACH, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, Lisboa, 2012, pp. 84 e 85.

experiência judicial anterior, uma vez que não teve em linha de conta os valores jurídicos que teve a oportunidade de apreciar e por isso comete novas infrações.

K. No limiar destas duas últimas linhas de orientação, encontra-se a **teoria eclética** que defende uma apreciação facultativa da agravação da pena, fazendo menção ao facto do juiz não estar obrigado a aplicar a agravante, mas podendo fazê-lo se, apreciadas as circunstâncias do caso, entender que assim o deve fazer¹⁰.

Esta teoria não faz qualquer referência ao fundamento da reincidência, e por isso não acrescenta nem sufraga qualquer das teorias anteriormente apresentadas, mas introduz um fator que não deixa de ser menos significativo: um fator de ponderação que introduz equidade/igualdade ao nível desta matéria.

2.1 A doutrina portuguesa

A maioria dos autores portugueses tem adotado uma posição favorável à agravação da pena, destacando-se:

a. Secco¹¹ defendeu, em 1876, que a justificação da agravação da pena assenta em três pilares: a ineficácia da pena, a maior imoralidade da conduta e a segurança pública. Em conclusão disse que *«se o mal moral da reincidência é maior, e mais urgente o interesse social, ainda que permaneça igual o mal material, a agravação da punição é a consequência, porque nestes três termos está a legitimidade e a medida da pena.»*

b. Cavaleiro Ferreira¹² afirma que na reincidência *«(...) está em causa a frequência da criminalidade revelar um estado perigoso, a perigosidade do agente, em os crimes anteriores serem indício de que na própria personalidade do agente tem origem o novo crime, porque não encontra resistência séria no seu espírito e antes se conforma com o seu carácter»*. Para este autor, o fundamento da agravação da pena assenta na aquisição de uma personalidade com tendência para delinquir que o agente deveria ter corrigido, não obstante a existência de uma natureza adquirida que não pode ser alterada e relativamente à qual não pode haver culpa.

¹⁰ Como assim o entende Marnoco e Sousa, *«a reincidência é uma presunção desfavorável ao acusado, que pode desaparecer perante as circunstâncias do facto»*.

¹¹ Secco, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, 2012, pág. 88.

¹² *Lições de Direito Penal*, comp. Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda, Lisboa, FDL, 1945, pág. 943.

c. Eduardo Correia¹³ diz que o elemento fundamental da reincidência é o desrespeito, por parte do delinquente, da solene advertência contida na condenação anterior.

No fundo, o elemento apontado por este autor é o pressuposto material da reincidência, consagrado no atual Código Penal Português e já contida nos Códigos anteriores.

d. Figueiredo Dias¹⁴ defende que a agravção da pena nos casos de reincidência *«assume relevo na medida em que no facto cometido posteriormente a uma condenação se documenta uma maior culpa, consubstanciada numa atitude pessoal de desconsideração pela solene advertência contida na condenação anterior e se revela assim uma mais grave traição da tarefa existencial de conformação da personalidade do agente com o tipo de personalidade suposta pela ordem jurídica, isto é dizer, com a personalidade do homem fiel ao direito»*.

e. Todos estes autores encontram uma justificação para o efeito agravante da reincidência, todavia Beleza dos Santos¹⁵ sufraga uma opinião distinta. Este autor chama a atenção para o facto do reincidente típico ser aquele indivíduo que é caracterizado pela debilidade da sua vontade ou por defeitos de personalidade que o tornam pouco receptivo à advertência contida na condenação anterior. Deste modo, este autor acaba por defender que *«a reincidência nem sempre, ou melhor, quase nunca, deverá ser agravante, porque se o reincidente infringe um dever que se tornou mais grave, em virtude da condenação anterior, por outro lado, muitas vezes acontece que, precisamente em virtude desta condenação e dos seus efeitos, poderá resistir menos à solicitação para o crime. A culpa é dever e poder seguir uma conduta diversa da ilícita. Ora, se para o reincidente o dever aumentou, muitas vezes o poder diminuiu, porque se desclassificou, porque se desmoralizou na prisão, porque encontra dificuldades no regresso à vida honesta, etc.»*.

Esta teoria tem na sua base uma fundamentação similar à abolicionista relativa, pois associa a “recaída” do delinquente a fatores relacionados com a debilidade do sistema penitenciário e também com a falta de cooperação da própria sociedade, que é incapaz de inculcar ao agente os valores fundamentais. Portanto, esta teoria para além de afastar qualquer fundamento que esteja relacionado com a

¹³ *Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral II*, Lisboa, 1966, pág. 143.

¹⁴ *In Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, pp. 261 a 269.

¹⁵ Beleza dos Santos, RLJ, 75.º, p. 51.

personalidade do agente, ainda justifica a tendência para delinquir em fatores que não estão associados ao agente mas ao próprio sistema punitivo e judicial.

§3. AS PENAS SUBSTITUTIVAS

«Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção geral e especial; a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa, dentro deste limite ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função das exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais.»

FIGUEIREDO DIAS, J.

1. Enquadramento geral

O artigo 41.º do Código Penal consagra como penas principais a pena de prisão e a multa. Porém, em alguns casos, a lei possibilita a aplicação de uma pena substitutiva¹⁶.

O legislador de 1982 entendeu que quando o juiz tenha a sua disposição uma pena de prisão e uma pena não privativa da liberdade, deveria optar pela aplicação da segunda sempre que se conseguisse supor que esta realizaria, de forma adequada e suficiente, as finalidades de punição. No atual Código Penal parece inexistir um critério geral de aplicação das penas substitutivas, contudo o critério parece ser aquele que já era apresentado pelo Projeto de 1991: *«o tribunal deve preferir à pena privativa da liberdade uma pena alternativa ou de substituição sempre que, verificados os respetivos pressupostos de aplicação, a pena alternativa ou de substituição se revelem adequadas à realização das finalidades de punição¹⁷»*.

A aplicação das penas substitutivas está dependente da satisfação das necessidades de prevenção geral e especial.

O tribunal só deve negar a aplicação de uma pena substitutiva quando a pena de prisão se revele, do ponto de vista da prevenção especial, necessária ou mais

¹⁶ Alguns autores alemães (como é o caso de Liszt) entendiam que as penas curtas de prisão eram inúteis e produtoras de danos mais graves do que aqueles que derivariam da plena impunidade dos agentes. A pena curta de prisão não poderia satisfazer as finalidades que a pena deveria cumprir, nem de prevenção geral, nem de prevenção especial, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime (Parte Geral II)*, Coimbra Editora, 3.ª Reimpressão, 2011, pp. 327-328.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime (Parte Geral II)*, Coimbra Editora, 3.ª Reimpressão, 2011, p. 331.

adequada. São também as necessidades de prevenção especial que orientam o juiz na determinação da pena substitutiva aplicável.

As necessidades de prevenção geral representam o conteúdo mínimo de prevenção indispensável à defesa e proteção do ordenamento jurídico, constituindo portanto o limite à aplicação de penas substitutivas resultante do preenchimento de necessidades de prevenção especial. Assim sendo, a pena substitutiva não deverá ser aplicada no caso de a pena de prisão se mostrar indispensável à tutela dos bens jurídicos e à reposição da confiança da comunidade na validade das normas jurídicas.

A vantagem das penas substitutivas assenta no facto de, por um lado, evitar que o condenado seja contaminado pelo meio prisional, e por outro lado, impedir que a privação da liberdade interrompa e afete as suas relações sociais e profissionais¹⁸.

2. A pena privativa da liberdade e os seus efeitos

Se ponderarmos os efeitos que a pena privativa da liberdade tem no condenado verificamos que a prisão reforça a carga de estigmatização social traduzida pelo julgamento e pela aplicação da pena, que as condições gerais do recluso não se aproximam das que caracterizam a vida em liberdade e, que muitas das vezes, não são favorecidas as relações do recluso com o mundo exterior¹⁹. Desta forma, a aplicação da pena de prisão deverá restringir-se aos crimes mais graves.

Na verdade, existem efeitos dessocializadores que estão normalmente associados à pena de prisão e que colocam obstáculos às necessidades de prevenção especial – *«a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras da vida em sociedade, por outro lado, segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos “oficiais”²⁰»*.

Tendo em conta os problemas resultantes da aplicação da pena de prisão, principalmente no que toca à baixa e média criminalidade, surgiu a opção de substituir aquela pena por penas substitutivas que importem efeitos menos dessocializadores no condenado.

¹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Novembro de 2010.

¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2002, pp. 47 e 48.

²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2002, pp. 191.

3. As penas substitutivas²¹

Designam-se por penas substitutivas, aquelas que são aplicáveis em substituição das penas principais – pena de prisão e multa (artigo 41.º do Código Penal). A escolha da espécie da pena substitutiva é determinada por considerações de natureza preventiva, inexistindo uma hierarquia legal entre as penas de substituição. Contudo, quando haja a possibilidade de aplicação de uma pena substitutiva não detentiva, torna-se necessário dar preferência a esta uma vez que é a menos gravosa para o condenado.

São penas substitutivas: a multa (artigo 43.º do Código Penal), a prestação de trabalho a favor da comunidade, a admoestação, a suspensão da execução da pena de prisão e a proibição de exercício de profissão função ou atividade²².

3.1 Multa

A pena de multa que se encontra consagrada no artigo 43.º do Código Penal é uma verdadeira pena substitutiva, esta norma legal impõe ao aplicador o cumprimento de um poder-dever, no sentido de ter de proceder à substituição da pena de prisão não superior a um ano por uma pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade, salvo se a execução da pena de prisão se revelar necessária à satisfação das finalidades de punição.

A pena substitutiva de multa não se confunde com a pena de multa principal que surge regulada nos artigos 47.º a 49.º do Código Penal. Ambos os regimes não são idênticos, o que facilmente se comprova pela remissão seletiva que o legislador estabeleceu, no artigo 43.º do Código Penal, em relação às disposições do regime da pena de multa principal que são aplicáveis à pena de multa de substituição. As diferenças entre os dois regimes são evidenciadas pelas consequências distintas que o incumprimento da pena de multa principal e da pena de multa de substituição têm. Também a substituição da multa por prestação de trabalho a favor da comunidade – artigo 48.º do Código Penal – é inaplicável ao regime da pena de multa de substituição²³.

²¹ Abordaremos apenas as penas substitutivas aplicáveis às pessoas singulares, pois são as que apresentam relevância para o presente estudo.

²² Introduzida pela Lei n.º 59/2007.

²³ Como escreve o Acórdão da Relação do Porto de 19 de Junho de 2013 «*os fins da punição (previstos no artigo 40º do CP), em boa verdade, tanto se alcançam se a multa for uma pena principal, ou resultar de uma pena de substituição (multa aplicada em substituição de pena de prisão). Assim, não se vê*

O raciocínio que preside à substituição da pena de prisão por pena de multa ou outra pena não privativa da liberdade prende-se com as finalidades de punição, optando-se necessariamente pela pena que se afigurar mais adequada à situação concreta.

Caso haja incumprimento desta pena substitutiva, o condenado cumprirá a pena de prisão estipulada na sentença (artigo 43.º, n.º 2 do Código Penal).

3.2 Prestação de trabalho a favor da comunidade²⁴

Desde a Revisão de 2007, esta pena substitutiva passou a ser suscetível de ser aplicada em substituição de uma pena de prisão não superior a dois anos (artigo 58.º, n.º 1 do Código Penal). Corresponde a trabalho gratuito prestado fora do horário normal de trabalho ao Estado, a outras pessoas coletivas de direito público ou a entidades privadas cujos fins o tribunal considere de interesse para a comunidade (artigo 58.º, n.º 2 do Código Penal).

A sua aplicação está dependente de critérios de natureza exclusivamente preventiva.

Também esta pena substitutiva não pode ser aplicada sem a existência de uma manifestação de vontade do condenado²⁵, no sentido de que lhe seja aplicada a pena de prestação de trabalho (artigo 58.º, n.º 5 do Código Penal).

Em caso de aplicação desta pena substitutiva, o Tribunal solicita à D.G.R.S (Direção Geral de Reinserção Social) a elaboração de um relatório de apreciação do cumprimento da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade, estando na base deste relatório objetivos de natureza reintegradora e preventiva.

qualquer razão material para que as penas de multa, quer sejam aplicadas a título principal, ou como penas de substituição, não tenham idêntico regime quanto ao seu cumprimento e possibilidade de substituição por dias de trabalho”»

²⁴ «Esta pena revela-se altamente satisfatória em termos, quer de ressocialização do arguido (prevenção especial), quer de manutenção da confiança dos cidadãos nas normas (prevenção geral positiva), com o importante e acrescido benefício de chamar a comunidade à participação no restabelecimento da paz jurídica, perturbada pelo ilícito cometido pelo arguido. Este desiderato resulta da natureza da pena: conjugação das componentes punitivas, traduzidas na perda de parte do tempo livre, mas sem reclusão prisional, com a social de caráter positivo, enquanto prestação ativa e, em certo sentido, “voluntária” a favor da comunidade», GILMAN, William Themudo, *apud* TORRES, Eugénia, *As penas de substituição não detentivas*, Dissertação de Mestrado, 2012, p. 39.

²⁵ «Esta pena ao exigir o consentimento do arguido, apela à sua responsabilização social, proporcionando-lhe a prestação de um contributo positivo à comunidade cujas normas infringiu», TORRES, Eugénia, *As penas de substituição não detentivas*, Dissertação de Mestrado, 2012, p. 35.

Em caso de incumprimento involuntário desta pena, sejam os motivos de ordem médica, familiar, profissional ou outros, a prestação de trabalho poderá ser suspensa, porém o tempo de execução da pena não poderá ultrapassar os 30 meses. Se a impossibilidade decorrer de causas não imputáveis ao condenado (que não sejam as anteriormente previstas), o tribunal poderá optar por substituir a pena de prisão estipulada na sentença por multa ou suspender a sua execução por um período entre 1-3 anos, com subordinação ao cumprimento de deveres e regras de condutas adequadas (artigo 59.º, n.º 6 do Código Penal). Caso o incumprimento seja culposos, a lei prevê a revogação desta pena substitutiva e, conseqüentemente, o cumprimento da pena de prisão estipulada na sentença (descontando-se os dias de trabalho realizados – artigo 59.º, n.º 4 do Código Penal).

3.3 Admoestação²⁶

É uma pena substitutiva da pena de multa e encontra a sua previsão legal no artigo 60.º do Código Penal. Consiste «*numa advertência solene feita em audiência pública pelo tribunal, aplicável a delinquentes culpados de factos de escassa gravidade e relativamente aos quais se entende, por serem delinquentes primários, por ser neles mais vivo o sentimento da própria dignidade ou por quaisquer outras razões ponderosas, que não há, numa visão preventiva, a necessidade de serem utilizadas outras medidas penais mais gravosas*»²⁷.

A admoestação só poderá ser aplicada se ao agente for aplicada pena de multa em medida não superior a 240 dias.

A aplicação desta pena substitutiva está também dependente da prévia reparação do dano (se o houver) e ainda que o tribunal possa concluir, consideradas as circunstâncias concretas do facto e do agente, que a admoestação se revela um meio adequado e suficiente de realização das necessidades preventivas. Deste modo, a admoestação só poderá ser aplicada se não colocar em risco a expectativa da comunidade na validade das normas jurídicas.

²⁶ «A admoestação tem um carácter puramente simbólico. Apesar desse carácter meramente simbólico, a admoestação não pode ser proferida antes de transitada a decisão condenatória que a manda aplicar, sob pena de perder utilidade o recurso interposto dessa decisão», Acórdão da Relação do Porto de 6 de Dezembro de 2006.

²⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de 29 de Maio de 2012.

3.4 Suspensão da execução da pena de prisão

O Código Penal reserva alguns artigos a esta importante pena substitutiva – artigos 50.º a 57.º - trata-se de uma pena substitutiva da pena de prisão que consiste na não execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos (pressuposto formal) por um período igual ao da pena de prisão estipulado na sentença, nunca podendo ser inferior a um ano. Relativamente ao pressuposto material²⁸, a adequação da mera censura do facto e a ameaça de prisão têm de ser suficientes de modo a estarem preenchidas as necessidades preventivas do caso, sejam elas de prevenção geral, sejam de prevenção especial.

Como se escreve no Acórdão da Relação do Porto de 20 de Novembro de 2013, «(...) a suspensão da execução da pena de prisão é uma medida de conteúdo reeducativo e pedagógico, que pressupõe a realização de um juízo de prognose favorável relativamente ao comportamento futuro do arguido, assentando na expectativa razoável de que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição e, conseqüentemente, dessa forma, será viável conseguir a ressocialização do arguido em liberdade, funcionando a condenação como uma advertência para evitar a prática de futuros crimes». Esta pena está assim imbuída de uma ideia corretiva e reintegradora, orientada para evitar o fenómeno da reincidência.

«Suspende a execução da pena de prisão e, em geral, lançar mão de uma medida substitutiva importa uma aposta ao condenado, a qual não pode deixar de ser um risco permitido, visto que esta categoria dogmática só se liberta de anátemas economicistas quando se reforça em eficácia e em balanceamento dos interesses presentes. Todavia, e mesmo assim se operando, é sempre com renovada confiança antropológica que se cauciona o infrator de uma norma violadora dos mais íntimos fundamentos comunitários, quando se ressoarem em todos nós as intemporais palavras de Figueiredo

²⁸ «... o tribunal atendendo à personalidade do agente e às circunstâncias do facto, conclua por um prognóstico favorável relativamente ao comportamento do delincente: que a simples censura do facto e a ameaça da pena (...) bastarão para afastar o delincente da criminalidade. Para a formulação de tal juízo – ao qual não pode bastar nunca a consideração ou só a personalidade, ou só das circunstâncias de facto – o tribunal atenderá especialmente às condições de vida do agente e à sua conduta anterior e posterior ao facto.» FIGUEIREDO DIAS, in *Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, 1993, pp. 242 e 243).

Dias (...) no fundo, o homem é um segredo e toda a humanidade reside no respeito pelo segredo do homem.»

ANDRÉ LAMAS LEITE²⁹

Esta pena será revogada nos casos previstos no artigo 56.º do Código Penal³⁰, mas a revogação não possui um carácter automático, dependendo de um juízo sobre a inconciliabilidade e as finalidades de punição³¹.

O incumprimento origina a execução da pena de prisão que se visava substituir, não havendo lugar a qualquer desconto (artigo 56.º, n.º 2 do Código Penal) – acerca disto, é necessário referir que não se consegue vislumbrar qualquer fundamento para esta desigualdade face às outras penas.

Importa ainda referir que o período previsto na sentença não pode ser prorrogado e uma vez decorrido o período da suspensão a pena deve ser declarada extinta, salvo os casos devidamente estipulados na lei³².

3.8. Proibição de exercício de profissão, função ou atividade

É uma pena substitutiva que consiste na proibição da atividade concreta em cujo exercício foi cometido crime³³. Ela deve substituir a pena de prisão não superior

²⁹ LEITE, André Lamas, *A suspensão da execução da pena privativa da liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal Português*, Coimbra Editora, Porto, 2009.

³⁰ Dispõe o artigo 56º (Revogação da suspensão) do Código Penal:

1 - A suspensão da execução da pena de prisão é revogada sempre que, no seu decurso, o condenado:

a) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres ou regras de conduta impostos ou o plano de reinserção social; ou
b) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado, e revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas.

2 - A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, sem que o condenado possa exigir a restituição de prestações que haja efectuado.

³¹ Conforme defende FIGUEIREDO DIAS, a revogação da suspensão só deve ter lugar quando, do incumprimento culposos das condições de suspensão, «(...) nasce a convicção de que um tal incumprimento infirmou definitivamente o juízo de prognose que esteve na base da suspensão, é dizer, a esperança de por meio desta manter o delinquente, no futuro, afastado da criminalidade»

³² Se findo o período de suspensão se encontrar pendente processo por crime que possa determinar a revogação da suspensão da execução ou incidente por falta de cumprimento dos deveres, das regras de conduta ou do plano de readaptação, a pena só será declarada extinta quando o processo ou o incidente findarem e não houver lugar à revogação ou à prorrogação do período de suspensão (artigo 57.º do CP).

³³ Esta pena já se encontrava prevista no Código Penal, antes da revisão de 2007, como pena acessória (artigo 66.º do Código Penal), como medida de segurança não privativa da liberdade (artigo 100.º do Código Penal) e como regra de conduta associada à pena de suspensão da execução da pena de prisão (artigo 52.º, n.º 2, alínea a) do Código Penal).

a três anos quando o crime tenha sido cometido no exercício de profissão, função ou atividade, públicas ou privadas. Esta pena só não deve ser aplicada quando a sua aplicação obste às finalidades de punição.

Nesta pena substitutiva *«inexiste uma correspondência legal entre o tempo de prisão determinado e a medida da pena que a substitui, tendo então de se ter em conta os critérios estabelecidos no artigo 71.º do Código Penal»*³⁴.

O incumprimento desta pena origina a revogação da proibição e o correspondente cumprimento da pena de prisão – artigo 43.º, n.º 5 do Código Penal. Dos n.ºs 5 e 7 do artigo 43.º do Código Penal depreende-se que a revogação da pena de substituição de proibição de exercício implica o *«cumprimento da pena de prisão determinada na sentença»* (n.º 5 do artigo 43.º do Código Penal), sendo descontado *«no tempo de prisão a cumprir o tempo de proibição já cumprido»* (n.º 7 do artigo 43.º do Código Penal).

4. O regime de permanência na habitação, a prisão por dias livres e o regime de semidetenção

Escolhemos tratar aqui destes regimes uma vez que não se justifica a sua autonomia, contudo é necessário frisar que não são penas substitutivas, tratando-se antes de penas que consubstanciam formas de execução da pena de prisão ou por outras palavras, constituem penas de prisão efetiva. Apesar desta necessária e relevante distinção, estas penas englobam o objeto do presente trabalho, e por isso o seu estudo constitui uma mais-valia.

O primeiro instituto a ser abordado é o da permanência na habitação e encontra-se regulada no artigo 44.º do Código Penal. Trata-se de uma pena que apenas “substitui” a aplicação direta da pena de prisão, não “substituindo” a execução de penas de prisão que resultem do incumprimento de outras penas de substituição.

Esta pena consiste na permanência na habitação do arguido ou de terceiro, com vigilância electrónica³⁵. É aplicada em substituição do cumprimento da prisão em estabelecimento prisionais em condenações até um ano, ou quando estejam em

³⁴ TORRES, Eugénia, *As penas de substituição não detentivas*, Dissertação de Mestrado, 2012, p. 31.

³⁵ Este tipo de pena não se confunde com a prisão domiciliária, pois o regime consagrado na lei portuguesa não é de prisão uma vez que não é estabelecido qualquer mecanismo para forçar o condenado a permanecer na habitação.

causa condenações superiores, mas em que o remanescente a cumprir não exceda um ano, descontado o tempo de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação. Ou, excepcionalmente, o remanescente não superior a dois anos, quando se verificarem circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselhem a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente gravidez, idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos, doença ou deficiência graves, existência de menor a seu cargo, existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado. Requisito fundamental e indispensável nesta pena é o consentimento do condenado, que é revogável a todo o tempo, e o consentimento das pessoas maiores de 16 anos que coabitem com o condenado. A sua escolha é determinada exclusivamente por considerações de natureza preventiva³⁶.

O tribunal revoga este regime nas seguintes situações: se o condenado infringir grosseira ou repetidamente os seus deveres; se cometer crime na pendência da pena e vier a ser condenado por ele, revelando dessa forma que os fins da pena não podem ser alcançados com a permanência na habitação; se revogar o seu consentimento; se danificar o equipamento de monitorização com intenção de impedir ou dificultar a vigilância, ou iludir os serviços de vigilância ou se eximir a esta. A revogação tem como efeito o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, com desconto da parte da pena já cumprida em regime de permanência na habitação.

O segundo regime, a prisão por dias livres que se encontra prevista no artigo 45.º do Código Penal, destina-se a produzir um efeito choque no condenado, sem os inconvenientes habituais das penas curtas de prisão³⁷. Pretende-se que, desta forma, o arguido tome consciência da necessidade de respeitar os valores que violou e que alcance, de forma responsável, a ressocialização, ficando igualmente satisfeitos os anseios legítimos de segurança da comunidade em que se insere.

³⁶ «Esta pena é particularmente indicada no caso em que o arguido já tenha sofrido um período de obrigação de permanência na habitação a título cautelar na pendência do processo e as necessidades preventivas sejam compatíveis com o cumprimento da pena de prisão no mesmo ambiente». PINTO DE ALBUQUERQUE, P., *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 214.

³⁷ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, P., *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 216.

Esta pena consiste na privação da liberdade por períodos correspondentes ao fim-de-semana (cada período de fim-de-semana tem a duração mínima de 36 horas e máxima de 48 horas). Não poderão ser excedidos os 72 períodos.

Simas Santos e Leal-Henriques referem que *«a prisão por dias livres pretende adaptar a pena à vida familiar e profissional do condenado, criando um regime intermédio entre a prisão contínua e o tratamento em meio aberto, procurando-se também, evitar que se projetem sobre a família do condenado consequências económicas desastrosas e a ruptura prolongada com o meio profissional e social (...) O fracionamento da execução da pena, o seu cumprimento em dias geralmente de ócio e a execução em condições que não lhe fazem perder a natureza punitiva, não apagam a finalidade de prevenção especial»*.

Esta pena apenas pode ser aplicada nos casos em que o arguido é condenado a uma pena concreta de prisão não superior a um ano de prisão, e por implicar um menor período de privação da liberdade este regime prefere ao da semidetenção.

Em caso de incumprimento da pena de prisão por dias livres, o tribunal deve revogar esta pena e ordenar o cumprimento da prisão contínua. Todavia, sufragamos a opinião defendida pelo Acórdão do Tribunal da Relação Évora de 6 de Abril de 2010 que menciona que *«a prisão por dias livres só deverá ser revogada se um tal incumprimento revelar que as finalidades que estavam na base da aplicação da pena de prisão por dias livres já não poderão, por meio desta, ser alcançadas. Ou, dito de outra forma, se nascer dali a convicção de que um tal incumprimento haverá infirmado definitivamente o juízo de prognose que esteve na base de tal pena (de prisão por dias livres), isto é, a esperança de, por meio desta, manter o delinvente (o arguido / recorrente), no futuro, afastado da criminalidade.»*

O último regime é o da semidetenção (artigo 46.º do Código Penal) e consiste na privação da liberdade, com saídas do recluso não vigiadas para efeito de ele prosseguir a sua vida profissional ou os seus estudos, de modo normal. Esta pena não pode ser aplicada a uma pessoa que não tenha obrigações escolares ou profissionais.

Tal como o regime anteriormente mencionado, o regime de semidetenção apenas pode ser aplicado nos casos em que o arguido é condenado a uma pena concreta de prisão não superior a um ano de prisão. E tal como já foi anteriormente referido, também não deverá ser aplicado se estiverem preenchidos os requisitos da prisão por dias livres.

Este regime está dependente do consentimento do condenado, que deverá referir-se às condições concretas da detenção³⁸. A aplicação está dependente da adequação deste regime às necessidades de prevenção geral e especial.

Em caso de incumprimento, o tribunal deve revogar esta pena e ordenar o cumprimento da prisão efetiva.

Como se vê, estes regimes são favoráveis em relação à pena de prisão uma vez que, ou correspondem a menores períodos de privação da liberdade, ou permitem que a privação seja realizada no próprio domicílio, ou até admitem a conciliação com outras atividades – tudo isto permite que o agente mantenha uma relação com a sociedade e com os valores a ela inerentes.

³⁸ Local de detenção e horário de saídas e entradas.

§4. A REINCIDÊNCIA E O PRESSUPOSTO PRISÃO EFECTIVA: PENA NÃO SUBSTITUÍDA OU SUBSTITUÍDA E INCUMPRIDA?

«Interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as suas palavras»

CLÓVIS BEVILAQUA

No n.º 1 do artigo 73.º do Código Penal, encontramos um dos pressupostos da reincidência que tem feito surgir diversas questões – *«punido com prisão efetiva superior a seis meses»*.

Este pressuposto restringe o âmbito de aplicação da reincidência, uma vez que exige que ao agente seja aplicada uma pena de prisão efetiva. Torna-se portanto imperativo saber se o artigo 75.º do Código Penal fala em prisão efetiva no sentido de pena não substituída ou substituída e incumprida?

É exatamente a resposta a esta questão que se pretende dar com este estudo, por isso neste capítulo levaremos a cabo a investigação desta problemática à luz da análise do regime da reincidência nos códigos penais anteriores, na doutrina e na jurisprudência.

1. Evolução Histórica

O primeiro Código Penal Português (1852) já previa o instituto da reincidência no seu artigo 85.^{o39}, exigindo como pressupostos que o crime fosse da mesma natureza do anteriormente cometido, e que a sua execução se realizasse dentro de 10 anos a partir da condenação definitiva pelo primeiro⁴⁰.

³⁹ O Código Penal de 1852 dizia no artigo 85.º: *«A reincidência verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, comete outro crime da mesma natureza, antes de terem passado dez anos desde a dita condenação; e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada. §1.º Não se considera reincidência quando o primeiro crime foi amnistiado ou o criminoso foi rehabilitado. §2.º Nas contravenções o termo é de um ano; e não se requer que a segunda contravenção seja da mesma natureza.»*

⁴⁰ Este Código apresentava algumas diferenças em relação à legislação presente em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso de Espanha que referia que o criminoso apenas poderia ser reincidente se fosse julgado por um crime que estivesse compreendido no mesmo título do Código, ou ainda da Bélgica e da Itália, que referiam que apenas era reincidente aquele que, depois de definitivamente condenado, cometesse outro crime, ainda que não fosse da mesma natureza e sem limitações de tempo.

O Código Penal Português de 1886 passou a prever a reincidência no artigo 35.º, mas o artigo 34.º, que fazia alusão às circunstâncias agravantes, fazia referência ao instituto no seu ponto 33.º.

O artigo 35.º⁴¹ previa os seguintes pressupostos: condenação anterior por algum crime transitado em julgado, perpetração de outro crime com a mesma natureza e lapso temporal não superior a 8 anos.

Esta norma falava apenas em condenação, podendo o agente ser condenado como autor, cúmplice ou encobridor. Mas essa condenação já não abrangia o caso do agente pagar a multa antes da condenação (nos casos em que esse pagamento é permitido), situação em que já não haveria reincidência.

Mesmo nos casos em que houvesse condenação, excluía-se a anulação, a amnistia e o decurso do tempo de suspensão da pena sem comissão de novo crime da reincidência, não podendo essas situações serem abrangidas. Contudo, o perdão e a prescrição poderiam implicar a aplicação da reincidência, uma vez que o entendimento era no sentido de que não fazia desaparecer o crime.

Conferimos assim que, não há qualquer alusão à prisão efetiva como pressuposto de aplicação do regime da reincidência, falando-se apenas em condenação. E podemos ainda comprovar, nos exemplos dados por Pinheiro Farinha⁴², que neste código não existia qualquer distinção entre penas: *«O agente de estupro ou violação, casado com a ofendida e condenado a pena suspensa, deve considerar-se reincidente se, no decurso de oito anos, comete crime da mesma natureza, independentemente de caducar ou não a pena suspensa.»* *“As condenações de menores pelo Tribunal de Menores são de considerar, para efeitos de reincidência,*

⁴¹ Dizia o Código Penal de 1886: *«Dá-se a reincidência quando o agente, tenha sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, cometa outro crime da mesma natureza, antes de terem passado oito anos desde a dita condenação, ainda que a pena do primeiro crime tenha sido prescrita ou perdoadada.*

§ 1.º Quando a pena do primeiro crime tenha sido amnistiada, não se verifica a reincidência.

§ 2.º Se um dos crimes for intencional e o outro culposos, não há reincidência.

§ 3.º Os crimes podem ser da mesma natureza, ainda que não tenham sido consumados ambos, ou algum deles.

§ 4.º Não são computadas para a reincidência, por crimes previstos e punidos no Código Penal, as condenações proferidas pelos tribunais militares por crimes militares não previstos no mesmo Código, nem as proferidas por tribunais estrangeiros.

§ 5.º Não exclui a reincidência a circunstância de ter sido o agente autor de um dos crimes e cúmplice do outro.»

⁴² FARINHA, João de Deus Pinheiro, *Código Penal Português Anotado*, Edições Ática, Lisboa, Outubro, 1991.

se dentro de oito anos, o agente cometer novo crime de idêntica natureza, ainda que já sujeita aos tribunais comuns.»

Estamos portanto perante uma norma bastante mais abrangente no que diz respeito à questão abordada neste trabalho, todavia mais limitativa em relação a outros aspetos, como é o caso da natureza dos crimes.

2. Jurisprudência

2.1 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-12-2003 – Relator António Gama

«São pressupostos da reincidência:

Pressupostos formais:

Segundo o disposto no art.º 75.º, n.º 1, 1ª parte do Código Penal, será punido como reincidente aquele que, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer crime doloso a que corresponda pena de prisão efetiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efetiva também superior a 6 meses, por outro crime doloso.

Exige-se a pena de prisão efetiva, total ou parcialmente cumprida.»

2.2 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2004 – Relator Conceição Gomes

«No acórdão recorrido o Tribunal “a quo” considerou que se mostram verificados todos os pressupostos de que depende a reincidência, nos termos do artigo 75º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, com os seguintes fundamentos:

(...) «No caso em apreço constata-se que, por acórdão, já transitado em julgado, proferido em 12/03/02, no Processo Comum Singular n.º .../01.5GBTMC, do Tribunal Judicial de Alfândega da Fé, o arguido foi condenado, por factos praticados em 5, 6 e 12 de Agosto de 2001, na pena de 6 meses de prisão pela prática de um crime de condução sem habilitação legal, pena essa que, em cúmulo jurídico, com a pena de 1 ano de prisão pela prática de um crime de furto qualificado, determinou o cumprimento efetivo da pena de um ano de prisão.

Daqui resulta que o arguido cometeu os crimes aqui em apreço depois de ter sido condenado, por sentença transitada em julgado, em pena de prisão efetiva, superior a 6 meses, pela prática de outro crime doloso.»

2.3 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23-01-2008 - Relator Fernando Ventura

«No caso em apreço, diz-se na acusação, a fls. 239 e 240: «O arguido foi condenado por crime de roubo na pena de 13 meses, em data anterior à dos factos descritos na acusação, conforme decorre do seu certificado de registo criminal e da certidão de fls. 29 a 40, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, tendo cumprido pena de prisão por tal crime até 24-11-2003, data em que saiu em liberdade.»

2.4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-04-2010 – Relator Maia Costa

«Os pressupostos formais da reincidência são a prática de crimes reiterados dolosos, a condenação em penas de prisão efetiva por ambos os crimes, o trânsito em julgado da primeira condenação e o não decurso de mais de 5 anos entre a prática do crime anterior e a do novo crime.

No caso dos autos, mostra-se provado que o recorrente foi condenado na pena de 3 anos de prisão, por um crime de tráfico de estupefacientes, por decisão transitada, de 23-10-2003, e nos presentes provou-se um crime idêntico, mas, ignorando-se quando teve início a atividade de venda de estupefacientes, só pode ser considerada, para efeitos de reincidência a data em que foi detido, ou seja, 30-01-2009.»

2.5 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-06-2009 – Relator Sousa Fonte

«Começamos pelos pressupostos formais.

a) O preenchimento do primeiro e do terceiro desses pressupostos não suscita qualquer dúvida: tanto o crime atual (tráfico de estupefacientes) como o(s) anterior(es) por que o Arguido foi condenado (em alternativa porque, enquanto a acusação refere que, no Processo 842/97.2PKLSB, o Arguido foi condenado na pena única de 10 anos e 6 meses de prisão, «pela prática de crime de roubo», o acórdão explícita que essa pena, imposta nesse processo, é o resultado do cúmulo jurídico «com as condenações anteriores», onde se referem os crimes de roubo, sequestro e furto – o que não importa alteração substancial dos factos) são crimes dolosos. E por estes últimos foi punido com prisão efetiva bem superior a 6 meses: concretamente com a pena conjunta de 10 anos e 6 meses de prisão.

b) Quanto ao segundo, o que releva, como vimos, é que o novo crime deva ser punido, sem a consideração da reincidência, com pena de prisão efetiva superior a 6 meses.

Como explica Figueiredo Dias ("Direito Penal Português, As Consequências...", 270) ao enunciar as operações que o juiz tem de efetuar para determinar a medida da pena no caso de reincidência, o tribunal tem, em primeiro lugar, de determinar a pena que concretamente deveria caber ao agente se ele não fosse reincidente, seguindo o procedimento normal de determinação da pena, por duas razões: para assim determinar se se verifica um dos pressupostos formais – o de o crime reiterado ser punido com prisão efetiva; e, por outro lado, para tornar possível a última operação, imposta pela 2ª parte do nº 1 do artigo 76º – a agravação resultante da reincidência não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.

O acórdão recorrido não procedeu desse modo.

Limitou-se a dizer que «a pena a aplicar será sempre superior a 6 meses de prisão», expressão em que, ao menos formalmente, parece não caber a consideração da outra exigência imposta pelo requisito – a de que o arguido devesse ser condenado em prisão efetiva.

Apesar disso, pensamos que, no caso concreto, atendendo à moldura penal do crime que agora lhe é imputado – o p. e p. no artigo 21º, nº 1, do DL 15/93, de 22 de Janeiro, a que corresponde pena de prisão de 4 a 12 anos – e a ausência de quaisquer circunstâncias susceptíveis de reclamar a atenuação especial da pena, a suspensão da sua execução ou, ainda, a sua substituição por pena não privativa da liberdade, mesmo que viesse a ser fixada abaixo dos 5 anos de prisão, é suficiente aquela afirmação do acórdão recorrido. Como é igualmente suficiente para acautelar a limitação imposta pela 2ª parte do nº 1 do artigo 76º: considerando aquele limite mínimo e a pena conjunta anteriormente sofrida (10 anos e 6 meses de prisão), a agravação de um terço daquele nunca excederá esta.»

Da leitura destes acórdãos podemos concluir que a jurisprudência portuguesa não tem conferido grande relevância ao tema que tem vindo a ser abordado ao longo destas páginas. Na verdade, a jurisprudência tem-se debruçado, quase exclusivamente, sobre a questão que envolve o pressuposto material da reincidência... Assumindo que, quanto aos pressupostos formais nada resta a dizer ou a acrescentar.

Em todos os acórdãos, verificamos que o agente é condenado (tanto no crime anterior como no posterior) a pena de prisão efetiva. Contudo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-06-2009 podemos afirmar que caso subsistissem dúvidas quanto à aplicação da pena de prisão, o regime da reincidência seria colocado em causa uma vez que o mesmo não seria aplicável aos casos de suspensão da execução da pena.

Esta orientação literalista parece resultar da inexistência de uma indagação quanto esta temática, não expressando, em nosso entender, um parecer no que diz respeito ao tema aqui abordado.

3. Doutrina

Tal como já vimos, o artigo 73.º do Código Penal determina, como um dos requisitos da reincidência, que o agente tenha sido punido com prisão efetiva superior a seis meses e que tenha sido anteriormente condenado (por decisão transitada em julgado) em pena de prisão efetiva superior a seis meses.

A doutrina portuguesa tem manifestado diversos entendimentos no que diz respeito à questão de saber se a prisão efetiva, prevista na norma legal, abrange os casos resultantes da revogação de penas substitutivas.

Leal-Henriques e Simas Santos⁴³ entendem que a prisão cumprida por força da revogação da suspensão da pena, a pena de prisão por dias livres e o regime de semidetenção (desde que aplicados num período superior a seis meses) encontram-se abrangidos no conceito «prisão efetiva» previsto no artigo 73.º, mas o mesmo já não acontece com as penas de substituição em sentido próprio previstas no artigo 43.º do Código Penal, bem como a pena de multa com prisão alternativa efetivamente cumprida, pois a *ratio* da norma legal pressupõe que a condenação anterior assuma tal gravidade que imponha aquela sanção, o que não aconteceria nestes casos.

Já Figueiredo Dias⁴⁴ defende que a prisão cumprida por força da revogação da suspensão da pena de prisão não deve ser abrangida no conceito referido, pois entende que o legislador de 1995 ao impor a exigência da pena de prisão efetiva tentou afastar

⁴³ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 280.

⁴⁴ In *Direito Penal Português*, pp. 264 e 265.

do regime da reincidência a pena de prisão cumprida devido à revogação das penas substitutivas. Todavia, entende que a pena de prisão por dias livres e o regime de semidetenção são regimes que consubstanciam formas de execução ou de cumprimento de uma pena de prisão e, portanto, estão abrangidas no espírito da norma.

Coelho de Barros⁴⁵ entende que o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime de prisão por dias livres e de semidetenção é incompatível com os pressupostos inerentes ao instituto da reincidência. Acrescenta que o tratamento mais benévolo destes regimes afigura-se incompatível com espírito da lei, uma vez que a reincidência implica uma maior culpa.

Entendemos porém, que os regimes da prisão por dias livres e o de semidetenção não são incompatíveis, pelo menos diretamente, com a declaração de reincidência. Sufragando a posição defendida por Helena Susano «(...) crimes há, punidos com pena superior a seis meses e inferior a um ano, como é requisito legal da conjugação das normas do artigo 75.º, n.º1, com o artigo 45.º ou 46.º do Código Penal, que proporcionarão a aplicação do instituto: basta pensar-se, eventualmente, na condução sem habilitação legal.⁴⁶»

Pinto de Albuquerque⁴⁷ manifesta a posição mais abrangente, este autor defende que a condenação em prisão efetiva abrange a prisão resultante da revogação de qualquer pena substitutiva, bem como a prisão subsidiária resultante da conversão do não pagamento da multa. Tal entendimento assenta no facto de que em todos estes casos se verifica uma advertência séria do condenado em virtude da imposição da pena de prisão.

Maria João Antunes⁴⁸ entende que a prisão efetiva tem de ser a pena diretamente imposta, o que exclui os casos em que o agente cumpriu pena de prisão na sequência da revogação da pena de substituição.

⁴⁵ COELHO DE BARROS, *apud* SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina 2012, p. 102.

⁴⁶ SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, 2012, pp. 102 e 103

⁴⁷ LEAL-HENRIQUES E SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, 3ª Edição, Editora Rei dos Livros, 2002, pp. 893 e 894.

⁴⁸ ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime, Lições para os alunos de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2010-2011, p. 37.

Cavaleiro Ferreira⁴⁹ escreve que a condenação anterior transitada em julgado não basta só por si, exigindo-se que se trate de condenação em pena de prisão. Exclui assim, a reincidência em todos os crimes em que não seja aplicada a pena de prisão.

Estes dois autores defendem uma aplicação direta da lei, não admitindo interpretações que extravasem a letra da norma. Trata-se, portanto, de orientações completamente literalistas.

Helena Susano⁵⁰ refere que no que toca à pena de prisão por dias livres e ao regime de semidetenção não existe qualquer obstáculo à aplicação do instituto da reincidência. No que diz respeito às penas de substituição de prestação de trabalho a favor da comunidade e de proibição de exercício de função, atividade ou profissão, uma vez incumpridas e revogadas devem ter um tratamento semelhante à pena que aplicou diretamente a prisão efetiva. Quanto à pena de substituição prevista no artigo 44.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal defende também que deve relevar para o mesmo efeito.

Lamas Leite⁵¹ aborda esta questão no que diz respeito à suspensão da execução da pena de prisão. Refere este autor que do artigo 75.º, n.º 1 do Código Penal retira-se que a reincidência não opera se o juiz tiver aplicado pena de substituição, o que deporia no sentido de que tendo a escolha da sanção recaído sobre uma pena substitutiva, tal bastaria para não permitir o funcionamento da circunstância modificativa, independentemente do destino da pena determinada em vez da sanção principal. *«Porém, trata-se de um resultado hermenêutico insustentável. Lançando mão do ratio legis quer das penas de substituição em geral, quer da reincidência, quanto às primeiras não se duvida que somente o seu efetivo cumprimento extingue a pena e, em consequência, tem a virtualidade de fazer cessar também o funcionamento de institutos que, direta ou indiretamente, dependem da aplicação da pena principal. Falamos em «aplicação» na medida em que o inadimplemento que provoca o ressurgimento da pena substituída, o que pressupõe, por decorrência lógica, que ela nunca deixou de existir. Mostrando-se o condenado incapaz de ir ao encontro daquilo que o ordenamento jurídico lhe exige com o intuito de afastar um cumprimento*

⁴⁹ CAVALEIRO FERREIRA, Manuel, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no Código de 1982*, Almedina, Maio de 2010.

⁵⁰ SUSANO, Helena, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Almedina, 2012, páginas 102 e 103.

⁵¹ LEITE, André Lamas, *A suspensão da execução da pena privativa da liberdade sobre pretexto da revisão de 2007 do Código Penal*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Porto, 2009.

sancionatório efetivo, não se poderá, sob pena de não alcance das finalidades e da efetividade da sanção (principal e também substitutiva) beneficiar o agente com o afastamento das regras que tenham por base o cumprimento da pena principal. Regras essas que nas hipóteses de inadimplemento das injunções lacto sensu impostas ao condenado, nada mais são que o simples deixar atuar os dispositivos legais à situação real de efetiva aplicação da pena que se segue a uma pena substitutiva que, na prática, falhou por culpa do condenado. Por outro lado, se o fundamento da reincidência é uma ideia de culpa agravada corporizada na comissão de novo delito que apresenta uma verdadeira “homotropia mitigada”, como não afirmá-la quando, no decurso do prazo de cumprimento da pena de substituição (obviamente respeitado o requisito da prescrição da reincidência do artigo 75.º, n.º 2 do Código Penal), o agente volta a praticar crimes após o trânsito em julgado da anterior condenação (que em nada é perturbada pela decisão de aplicar a pena substitutiva)? Do ponto de vista político-criminal, haverá interpretação menos fundada do que aquela que pugne pela inaplicabilidade da reincidência a uma hipótese de inadimplemento da pena de substituição, com a mera amarra formal do artigo 75.º, n.º1 do Código Penal?»

§5. O PARADOXO ENTRE A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE E A REINCIDÊNCIA

«Com a pena privativa da liberdade e através da “privação da liberdade”, procuramos punir, mas também ensinar a “viver em liberdade.»

PEDRO CORREIA GONÇALVES

Nos últimos tempos, a pena de prisão tem sido alvo de duras críticas por parte de vários autores. A fundamentação dos juízos negativos centra-se no facto da prisão não estar a conseguir cumprir um dos principais objetivos da pena - a reintegração social dos reclusos - sendo prova disso a elevada percentagem de reincidência que se tem verificado nos últimos anos⁵².

1. A pena privativa da liberdade e a dessocialização do recluso

A prisão, a pena central do sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspetiva o regresso do recluso à comunidade.

A entrada e a permanência na prisão diminuem a personalidade do recluso, provocando a introdução inevitável no coletivo (de criminosos) existente no estabelecimento prisional. São fatores contributivos a solidão, a perda de intimidade, a falta de condições e a contaminação física e psicológica a que ficam sujeitos. O recluso acaba por ter de voltar a definir os seus valores e o seu comportamento, de forma a conseguir sobreviver e adaptar-se ao meio prisional, que tem na sua base relações de controlo, coação, desconfiança, medo e abuso. A juntar a todos estes fatores negativos, acresce o facto de a reclusão implicar um forçoso distanciamento do meio familiar o que poderá fragilizar ainda mais a situação do recluso uma vez que tem menos apoio e tranquilidade, como também poderá implicar consequências para a sua família a nível económico e afectivo.

⁵² O Relatório Prisional da Provedoria da Justiça, publicado em 2003, referia que a taxa de reincidência criminal geral era de 51% em Portugal, cfr. BARBOSA, Ana Ferreira, *Fatores preditivos da reincidência: análise de uma amostra aleatória de reclusos portugueses do sexo masculino*, Tese de Mestrado, Universidade do Minho, 2012.

A prisão acaba por dificultar o retorno do recluso à sociedade devido ao nefasto ambiente penitenciário⁵³, à inexistência de acompanhamento psicológico, à desadequação das atividades desenvolvidas⁵⁴, bem como o afastamento do seio familiar... Finda a pena, o recluso é enviado para um mundo que já não conhece e que, na maior parte das vezes, lhe impossibilita a oportunidade de recomeçar. Nas palavras de Pedro Correia Gonçalves, «*não é um homem livre que sai da prisão, mas sim um ex-presidiário, com todas as consequências que essa qualificação acarreta*».

Esta pena acaba por revelar um determinado antagonismo, por um lado a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras da vida em sociedade, mas por outro lado, segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico, atinge a personalidade deste, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos que regem a comunidade.

Acresce a tudo o que foi referido a elevada planificação do que é permitido ao recluso fazer ou não fazer, à margem dos seus interesses e desejos. O que conduz à falta de desenvolvimento do sentido de responsabilidade e que coloca entraves à preparação e posterior adaptação à vida em liberdade.

À prisão não está inerente a intervenção socializadora a que deveria estar associada, acabando por se tornar um espaço de não direito, uma vez que o Estado, na maior parte dos casos, se desvincula dos deveres que tem para com os reclusos⁵⁵ - por parte do Estado deverá haver, não apenas deveres de abstenção no que toca aos maus tratos infligidos aos reclusos, como também prestações positivas, nos domínios da alimentação, higiene e segurança. Também deverão estar associadas exigências ao recluso, nomeadamente nos campos da educação, formação profissional e trabalho,

⁵³ As regras dos estabelecimentos prisionais regem-se por regulamento altamente limitativos que dificultam e proíbem as mais diversas atividades, subordinados ao objectivo principal de evitar problemas e, sobretudo, dominar o recluso. A importância de garantir a segurança e o controle regular e contínuo da vida do recluso transformam a prisão num local que expõe o recluso a uma grande violência e opressão.

⁵⁴ As atividades desenvolvidas são desadequadas ao móbil da reintegração social porque são desenvolvidas de forma programada e costumeira e transformam o recluso num mero executor de ordens, retirando-lhe qualquer sentido de responsabilidade, cfr. GONÇALVES, Pedro Correia, *A pena privativa da liberdade – Evolução histórica e doutrinal*, Quid Juris, 2009.

⁵⁵ Não nos podemos também olvidar que os reclusos mantêm, nos termos legais e constitucionais, a titularidade dos direitos fundamentais - exceto no que diz respeito às limitações inerentes à condenação e às exigências respetivas à execução - e que estes direitos são regularmente violados no seio prisional.

isto é, o Estado tem a obrigação de colocar à disposição dos reclusos este género de recursos (dever de prestação positiva), de forma a poderem valorizar-se nestes domínios.

2. Da imprescindibilidade da pena privativa da liberdade

O legislador português teve em linha de conta os problemas que rodeiam a pena privativa da liberdade, tendo disciplinado no nosso Código Penal vários tipos de penas alternativas e substitutivas à prisão (podemos ver estas últimas no §4 deste trabalho). Contudo, a pena de prisão continua a ser considerada umas das penas principais do nosso sistema punitivo (a par da pena de multa), nos termos do artigo 41.º do Código Penal.

Mas os aplicadores do direito têm vindo a optar pela aplicação de penas não detentivas devido aos efeitos dessocializadores da prisão, à sobrelotação dos estabelecimentos prisionais e à despesa que representa para o Estado, cada dia de prisão do condenado – Escreve Anabela Miranda Rodrigues que *«a manterem-se os níveis de aplicação da pena de prisão, a criação, em larga escala, de novos estabelecimentos penitenciários que respondam a modelos diferentes dos tradicionais em dimensão, organização, qualidade e quantidade dos operadores não será compatível com os recursos financeiros que o Estado está em condições de despende»*⁵⁶.

A inserção de penas alternativas e substitutivas à pena de prisão no nosso sistema penal revela um grande e importantíssimo avanço no que toca à problemática que até aqui se tem vindo a tratar. Se atendermos à diversidade de crimes que existem, aos diversos graus de gravidade e até aos vários perfis dos agentes, percebemos que são necessárias intervenções distintas e adequadas a cada indivíduo, daí a importância da aplicação de penas que não resultem unicamente na reclusão.

Mas entendemos que não se poderá falar com “ânimo leve” na total supressão da prisão uma vez que, desta forma, poderíamos ter de transferir o controlo das penas para a sociedade, controlo este que atualmente é efectuado dentro dos muros da

⁵⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projeto de proposta de lei de execução das penas e das medidas privativas da liberdade*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 48 e 49.

prisão. Se faz todo o sentido o controlo por parte da sociedade no que diz respeito às penas associadas à pequena e média criminalidade, o mesmo já não se pode dizer quanto aos crimes de maior gravidade, bem como aqueles que apresentam agentes perigosos⁵⁷.

Mas a limitação da aplicação da pena privativa da liberdade através da associação de penas de substituição aos crimes menos graves, conduzirá à criação de estabelecimentos prisionais com estruturas mais organizadas, dispondo de secções adequadas para tornar viáveis formas específicas de tratamento, e também a uma redução da diferença de número entre operadores penitenciários e reclusos, a uma melhor seleção e formação do pessoal, à participação regular de técnicos especializados provenientes do exterior e à organização do trabalho no meio prisional⁵⁸.

A juntar ao que foi aqui referido, seria ainda necessário fazer a seguinte questão: Estará a sociedade atual preparada para abdicar da pena de prisão? Consentirão os cidadãos em que seja aplicada uma medida não detentiva a um agente que matou dezenas de pessoas ou que abusou sexualmente de crianças? Sentir-se-á a comunidade confiante com a aplicação das normas penais caso seja excluída a pena privativa da liberdade?⁵⁹

A resposta a todas estas questões é negativa, pois a sociedade ainda não está preparada para prescindir da pena de prisão como meio de punição de determinados tipos de crime, necessitando desta para salvaguardar os interesses inerentes à comunidade. Só hipoteticamente é que poderíamos pensar que todos os condenados têm o apoio familiar, a determinação e o acompanhamento devidos para poderem cumprir a pena em liberdade, sem porem em causa os bens jurídicos que deveriam ser protegidos pela norma penal. Todos temos a consciência de que existem delinquentes

⁵⁷ cfr. GONÇALVES, Pedro Correia, *A pena privativa da liberdade – Evolução histórica e doutrinal*, Quid Juris, 2009, p. 146.

⁵⁸ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projeto de proposta de lei de execução das penas e das medidas privativas da liberdade*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, p. 49.

⁵⁹ «Uma reforma penal para ser bem-sucedida deve ter em consideração as emoções que as pessoas sentem perante a iniquidade. Para além disso, uma reforma de sucesso deve ter em conta as mudanças verificadas no “humor” da sociedade ou as emoções registadas ao longo do tempo e ser sensível às diferentes culturas políticas e sociais.» FREIBERG *apud* GONÇALVES, Pedro Correia, *A pena privativa da liberdade – Evolução histórica e doutrinal*, Quid Juris, 2009, p. 147.

perigosos, padecendo muitos deles de síndromes e psicoses, e outros de carência efetiva e económica, que impossibilitariam o cumprimento da pena em liberdade.

Uma vez que o tema deste trabalho assenta precisamente na relação entre estes dois institutos, a reincidência e a pena privativa da liberdade, o presente capítulo revelou-se útil na descoberta dos problemas que a prisão acarreta ao nível da reincidência.

Como foi possível ver, a prisão ao procurar um efeito socializador, isto é, fazer com que o recluso respeite as normas jurídico-penais e não cometa novos crimes no futuro, acaba, devido a todos os motivos a que fizemos menção, por conduzir à dessocialização. Porém, e apesar dos índices de reincidência constituírem uma situação alarmante, existem outros problemas em torno desta problemática que possuem um carácter tão ou mais urgente, como é o caso da sobre população prisional com graves dificuldades e carências. O tratamento é um factor essencial para evitar ou minorar os efeitos nocivos da privação da liberdade e para proporcionar melhores condições de detenção e ajuda aos reclusos que a aceitem. A prisão deve assim organizar-se de forma a oferecer os serviços essenciais ao recluso, para que este possa resolver as dificuldades de que a prática do crime é expressão⁶⁰.

⁶⁰ «Depois de se ter considerado o recluso como um sujeito de direitos, é preciso trata-lo como tal.», RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projeto de proposta de lei de execução das penas e das medidas privativas da liberdade*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2002, p. 175.

§6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

«Se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade, então falha em tudo.»

ALBERT CAMUS

A questão central deste trabalho é, sem dúvida, relevante não só para um melhor entendimento do instituto da reincidência, mas também para uma correta interpretação e aplicação da lei.

Mas só neste momento será possível oferecer uma resposta à questão inicialmente colocada, pois primeiro foi necessário entender alguns aspectos relacionados com o instituto da reincidência e com o regime das penas substitutivas.

Iniciamos o presente trabalho com o estudo de uma das mais complexas discussões em sede de reincidência, saber se existe ou não legitimidade para o seu efeito agravante.

Como se pode observar, existem duas orientações completamente distintas, assentando umas delas na defesa do efeito agravante e outra na sua ilegitimidade.

Apesar de alguns autores afirmarem que a agravação da pena viola claramente o princípio da culpa, consideramos que tal afirmação não se justifica pois o que o princípio da culpa impõe é que em caso algum poderá haver uma pena sem culpa ou uma medida da pena superior à medida da culpa, e o nosso entendimento é que a culpa do reincidente é mais elevada devido ao desrespeito pela advertência contida na condenação ou condenações anteriores, logo a medida da pena também terá de ser naturalmente mais elevada.

Também não sufragamos a opinião de que a agravação da pena resultante da reincidência coloque em causa o princípio *«ne bis in idem»*, uma vez que agravação não representa uma nova pena pelo crime já punido, mas um aumento a ter em consideração pelo facto de ter sido praticado um novo crime, o que se baseia no aumento da culpa do delinquente que insistiu em voltar a delinquir.

Apesar de considerarmos que o fundamento da reincidência não padece de nenhuma das ilegitimidades que têm sido invocadas, somos incapazes de ficar indiferentes às opiniões manifestadas por alguns autores no que diz respeito ao efeito perverso que a reincidência acaba por ter no reincidente típico. Porém é uma questão que nada tem a ver com o fundamento da reincidência e que abordaremos a final, pois

é um assunto que está intimamente relacionado com o objecto principal deste trabalho.

Foi também feita alusão ao regime das penas substitutivas, como não podia deixar de ser, tendo sido possível observar que a finalidade dessas penas é reduzir a aplicação das penas principais - principalmente da pena de prisão – mas a sua utilização está dependente da satisfação das finalidades de prevenção geral e especial.

Ainda no §3 Capítulo fizemos referência aos regimes de prisão por dias livres e semidetenção, tendo sido dito que apesar da inserção no mesmo capítulo, não se tratam de penas substitutivas, mas sim de penas de prisão efetiva em que a execução não é efectuada de uma forma contínua. Esta distinção introduz importantes diferenças no tratamento a dar a estas penas, nomeadamente no que diz respeito à questão central deste trabalho, pois o facto não englobá-las no regime das penas substitutivas significa inseri-las diretamente na letra da lei - «*punido com prisão efetiva*».

Vamos então dar a nossa resposta à questão que deu origem a este estudo, e que é no fundo saber se o artigo 75.º, n.º 1 do Código Penal se refere à prisão efetiva no sentido de pena não substituída ou substituída e incumprida?

São ainda alguns os autores que formularam considerações acerca desta temática, tratando-se algumas delas de respostas totalmente afirmativas, outras totalmente negativas e ainda existem aquelas que apresentam apreciações não tão lineares.

Não pretendendo criticar qualquer dos pareceres que foram referidos ao longo destas páginas, é importante salientar que qualquer orientação que ofereça uma resposta totalmente afirmativa - isto é, abranger a revogação das penas substitutivas no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 75.º – não irá, em nosso entender, ao encontro do espírito da norma legal.

Através da observação da evolução histórica dos Códigos Penais Portugueses, foi possível inferir por um lado que, em todos eles estava legalmente consagrado o instituto da reincidência, e por outro, que a expressão «*punido com prisão efetiva*» não constituía um dos pressupostos da reincidência. Nenhum dos códigos anteriores apresentava-se restritivo no que toca a esta matéria, falando apenas em «*condenação*», sendo portanto de concluir que a reincidência seria aplicada a qualquer tipo de pena,

desde que preenchidos os restantes pressupostos. Desta forma podemos dizer que face às alterações introduzidas no presente código, é legítimo concluir que o legislador teve a intenção de inserir restrições no que diz respeito ao âmbito de aplicação da norma e, portanto uma orientação que abranja qualquer tipo de pena é, de certo modo, contrária ao que foi mencionado.

Também referimos que os regimes de prisão por dias livres e semidetenção não são penas substitutivas, tratando-se antes de penas de prisão efetiva mas em que a execução é descontínua. Tal como defendem Leal-Henriques, Simas Santos e Figueiredo Dias, também nós não podemos deixar de inserir estas penas no conceito de «*prisão efetiva*» previsto no artigo 75.º do Código Penal, até porque parece ter sido a intenção do legislador de 1995 com a introdução desta alteração.

Assim sendo, e tendo em conta a letra e o espírito da lei, entendemos que o pressuposto formal «*punido com prisão efetiva*» abrange a revogação dos regimes de prisão por dias livres e semidetenção, pelo facto de serem penas de prisão efetiva, mas que não abrange a revogação de penas substitutivas.

Mais entendemos que não há interesse prático em aplicar o instituto da reincidência a situações em que as circunstâncias inerentes ao crime ou à personalidade do agente não revestem um grau elevado de gravidade ou de culpa – melhor dizendo, nos casos em que existe a possibilidade de aplicação de penas substitutivas, mesmo que posteriormente venham ser revogadas - pois se ponderarmos a reincidência acaba por ter efeitos negativos no reincidente.

Observamos que a prisão acaba por acentuar ainda mais a debilidade psíquica e emocional do recluso e por acentuar os vícios de personalidade que, desacompanhados de uma correta orientação em liberdade, implicam futuras recaídas. Desta forma e face ao efeito prevaricador que as sanções penais privativas da liberdade têm no condenado, podemos afirmar que o efeito agravante da reincidência acaba, ironicamente, por aumentar a percentagem de reincidência. A agravação da pena associada a um maior período de reclusão determinará, na maior parte dos casos, uma menor capacidade de adaptação à sociedade e uma maior resistência à lei, ao direito.

Porém, a falha não parece residir no regime da reincidência, mas na ineficiência da pena privativa da liberdade, dos nossos estabelecimentos prisionais e, em parte, do nosso sistema punitivo.

A verdade é que o instituto da reincidência acaba por criar a situação que pretende evitar: a prática de novos crimes pelo mesmo agente. E portanto é necessário evitar a aplicação descontrolada deste instituto, e isso só é possível através de uma correta interpretação dos pressupostos que constam do artigo 75.º do Código Penal.

Em jeito de conclusão, consideramos que o regime da reincidência será inaplicável aos casos de prisão efetiva resultante da revogação de penas substitutivas pois tal solução seria contrária ao espírito da lei e implicaria um maior número de reincidentes, o que de certo modo acabaria por contribuir para o aumento do efeito que se designa «dessocialização».

§7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO, Maria Clara, *Reinserção social – perspectivas para o século XXI*, Direito e Justiça, Volume Especial, Universidade Católica, 2004.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a edição atualizada, Universidade Católica Editora, Outubro, 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *O futuro dos estudos penitenciários*, Direito e Justiça, Volume Especial, Universidade Católica, 2004.

BARBOSA, Ana Ferreira, *Factores preditivos da reincidência: análise de uma amostra aleatória de reclusos portugueses do sexo masculino*, Dissertação de Mestrado em Psicologia, Área de conhecimento de Psicologia e Justiça, 2012.

BARBOSA, Fernando Adolfo Martins, *Da natureza da habitualidade criminosa*, 1943.

BARBOSA, Fernando, *Reincidência Criminal – Tópicos de Avaliação e Intervenção Biopsicossocial*, 2012.

BATARRITA, Adela Ausa, *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del XIX*, Bilbao Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1982.

BORGES, Ana Lúcia Barbosa, *Reincidência*, Dissertação de Mestrado em Direito, 2010.

CARLOS, Manuel João Palma, *Código Penal Atualizado e Anotado*, 2.^a Edição, Procural Editora, 1946.

CHAVES, Francisco Mattos, *Da reincidência*, 1943.

COELHO, Trindade, *Anotações ao Código Penal e à Legislação*, Empresa de História de Portugal, Lisboa, 1991.

CORREIA, António Simões, *Código Penal Português Atualizado*, Procural, Lisboa, 1934.

CORREIA, António Simões, *Legislação Penal de Uso Corrente*, Livraria Ferir, Lisboa, 1939.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume II, Reimpressão.

CUNHA, Manuela Ivone P. Pereira da Cunha, *A prisão e as suas novas redundâncias*, Direito e Justiça, Volume Especial, 2004.

- DIAS**, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime, Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2007.
- DIAS**, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – Consequências Jurídicas*, Coimbra Editora, 3.^a Reimpressão, 2011.
- DORES**, António Pedro, *Anomia em Durkheim – entre a sociologia e a psicologia prisionais*, Direito e Justiça, Volume Especial, Universidade Católica, 2004.
- FARINHA**, João de Deus Pinheiro, *Código Penal Português Anotado*, Edições Ática, Lisboa, Outubro, 1991.
- FAVEIRO**, Vítor António Duarte, *Código Penal Português*, 2.^a Edição, Revista Atualizada, Coimbra Editora, 1952.
- FERRAZ**, Eduarda, *O sistema prisional na óptica dos direitos fundamentais dos cidadãos*, Direito e Justiça, Volume Especial, Universidade Católica, 2004.
- FERREIRA**, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal – Parte Geral, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, Almedina, Maio, 2010.
- GAMA E BAPTISTA**, *Notas ao Código Penal Português*, 2.^a Edição, Volume I, 1923.
- GARCIA**, Luís, *Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, 1982.
- GONÇALVES**, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português – Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18.^a Edição, Almedina, 2007.
- GONÇALVES**, Pedro Correia, *A pena privativa da liberdade – Evolução histórica e doutrinária*, Quid Juris Sociedade Editora, 2009.
- HENRIQUES**, Manuel de Oliveira Leal, *Código Penal Anotado*, 3.^a Edição, Editora Rei dos Livros, 2002.
- JORDÃO**, Levis Maria, *Comentário ao Código Penal Português*, Typographia de José Baptista Morando, 1854.
- LATAGLIATA**, Angelo Raffaele, *Contributo allo studio della recidiva*, 1958.
- LATAS**, António, *Intervenção jurisdicional na execução das reações criminais privativas da liberdade – aspectos práticos*, Direito e Justiça, Volume Especial, 2004.
- LEITE**, André Lamas, *A suspensão da execução da pena privativa da liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Porto, 2009.

- MIRABETE**, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal, Parte Geral – Artigos 1.º a 120.º do Código Penal, Volume I*, 17.ª Edição revista atualizada, Editora Atlas, São Paulo, 2001.
- PEREIRA**, Victor de Sá, *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação Conexa e Complementar*, 2.ª Edição, Quid Juris.
- PEREIRA**, Luís Manuel de Oliveira de Miranda, *Os tempos e o tempo da reforma*, Direito e Justiça, Volume Especial, Universidade Católica, 2004.
- PRATA**, Ana, *Dicionário Jurídico – Direito Penal e Direito Processual Penal*, Almedina, 2013.
- RODRIGUES**, Anabela Miranda, *Da afirmação de direito à proteção de direitos dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão*, Direito e Justiça, Volume Especial, 2004.
- RODRIGUES**, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária – Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projeto de proposta de lei de execução das penas e das medidas privativas da liberdade*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2002.
- SANTOS**, Manuel Simas, *Noções de Direito Penal*, Rei Livros, 4.ª Edição, 2011.
- SANTOS**, Maria José Moutinho, *Pensar a história das prisões em Portugal: entre resultados e desafios*, Direito e Justiça, Volume Especial, Universidade Católica, 2004.
- SILVA**, Germano Marques, *Direito Penal Português – Parte Geral III, Teoria das penas e medidas de segurança*, 2.ª Edição, Editorial Verbo, 2008.
- SUSANO**, Helena, *Reincidência Penal – Da teoria à prática judicial*, Almedina, Lisboa, 2012.
- TAVARES**, António José Carreiro de Sousa, *Da reincidência*, 1941.
- TORRES**, Eugénia, *As penas de substituição não detentivas*, Dissertação de Mestrado, 2012.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Sexta Edición, Ediar, 2002.