

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA



**A QUESTÃO DA APLICABILIDADE DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO
DA PENA DE PRISÃO AOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES**

Madalena Isabel Laia Luís

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a
obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora
Elsa Vaz Sequeira

Mestrado Forense

Abril de 2017

*Aos meus pais e à minha irmã Sofia,
por tudo o que me ensinaram e ensinam,
pelo apoio incondicional,
por acreditarem.*

*Ao Romeu, pelo apoio,
paciência e dedicação.*

*À Ana, à Inês, à Catarina e à Maria,
pela amizade de sempre.*

À Filipa por ouvir-me, sempre.

*Ao João pela calma e boa disposição
contagante.*

Um agradecimento especial à Professora Elsa Vaz Sequeira, por toda a disponibilidade e apoio prestados ao longo deste trabalho, por ajudar-me a aprofundar e aperfeiçoar sempre as minhas ideias.

Uma palavra de apreço à Ana Ferrão e à Anabela Filipe, pela competência, ajuda e disponibilidade constantes.

Nota: A presente dissertação é escrita ao abrigo da ortografia anterior.

“Aprender a punir aquele, que longe de ser diferente, é nosso semelhante, é o paradoxo com que a justiça penal vive desde há dois séculos. Ela aspira sair dessa oscilação que a atravessa sem cessar: a incompreensão que acusa e a compreensão que absolve”

Denis Salas

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	1
INTRODUÇÃO	3
I. AS FINALIDADES DAS PENAS CRIMINAIS	5
1.1) As teorias absolutas	5
1.2) As teorias relativas	7
1.2.1) A teoria da prevenção geral	8
1.2.2) A teoria da prevenção especial	9
1.3) O Direito Positivo	10
II. A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA.....	12
III. AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO	18
IV. A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	20
4.1) Antecedentes históricos e evolução no Direito Português	20
4.2) Regime Jurídico	23
V. OS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES	28
VI. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	32
VII. A PENA SUSPensa E OS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
ANEXOS.....	49
JURISPRUDÊNCIA CITADA	54
BIBLIOGRAFIA CITADA.....	56

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. Acórdão

Al. Alínea

APAV Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

art./arts. Artigo/Artigos

CC Código Civil

CEJ Centro de Estudos Judiciários

CEPMPL Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade

colab. Colaboração

CP Código Penal

CP/82 Código Penal de 1982

CPP Código de Processo Penal

CRP Constituição da República Portuguesa

dir. Dirigido por

DL Decreto-lei

ed. Edição

MP Ministério Público

n.º/n.ºs Número/Números

ob. cit. Obra Citada

orgs. Organizadores

p./pp. Página/Páginas

Prof. Professor

RASI Relatório Anual de Segurança Interna

RMP Revista do Ministério Público

RRSP Revista de Reinserção Social e Prova

ss. Seguintes

STJ Supremo Tribunal de Justiça

StGB Strafgesetzbuch

reimpr. Reimpressão

TC Tribunal Constitucional

trad. Tradução

TRC Tribunal da Relação de Coimbra

TRE Tribunal da Relação de Évora

TRG Tribunal da Relação de Guimarães

TRL Tribunal da Relação de Lisboa

TRP Tribunal da Relação do Porto

v./vide Ver

Vol. Volume

INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se sobre a questão da aplicabilidade da suspensão de execução da pena de prisão aos agentes de “crimes sexuais”¹ perpetrados contra menores². Excluem-se, portanto, do seu âmbito, os casos de psicopatia sexual, nos quais se equaciona a questão da inimputabilidade do agente.

Os crimes sexuais contra menores continuam a ser praticados, quer a nível nacional, quer a nível internacional, em proporções preocupantes. Frequentemente são noticiados casos de crimes sexuais contra menores, punidos designadamente com “pena suspensa”³, o que se afigura, muitas das vezes, aos olhos do cidadão comum, como particularmente chocante.

Assim, a questão a que pretendemos responder é a seguinte: será a aplicação de uma pena suspensa, no âmbito de crimes sexuais contra menores, compatível com as finalidades da punição?

Para analisar esta questão, começaremos por abordar a temática dos fins das penas, pois a aplicação de uma pena, seja ela principal ou de substituição, só é considerada admissível se, respeitando os princípios gerais constitucionalmente consagrados, tiver por base a prossecução daqueles que se entendem ser os fins legitimadores da intervenção do poder punitivo do Estado.

Esta premissa é constatável, desde logo, pelo uso, no CP⁴, de expressões remissivas como “(...) realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.” (art. 70.º), “(...) em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.” (art. 70.º/1) e - concretamente em relação à pena suspensa - “(...) realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.” (art. 50.º/1), “julgar conveniente e adequado às finalidades da punição (...)” (art. 50.º/2). Os fins das penas, são, portanto, chamados à colação em diversos preceitos legais, tidos como relevantes para a análise da questão.

Um passo lógico que antecede a decisão sobre a aplicação ou não aplicação da suspensão da execução da pena de prisão ao caso concreto é a determinação da medida da pena: num

¹ Com a expressão “crimes sexuais”, pretendemos referir-nos, simplifadamente, aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

² Menores serão aqueles que ainda não tiverem completado 18 anos de idade, nos termos do art 122.º do CC.

³ Apesar de esta expressão não ter correspondência no CP, é frequentemente utilizada pelos meios de comunicação social e em alguma jurisprudência. Por uma questão de fluidez textual, utilizaremos indistintamente as expressões “pena suspensa” e “suspensão da execução da pena de prisão”.

⁴ Todos os artigos mencionados sem indicação do diploma em que se inserem referem-se ao CP.

primeiro momento, apurar-se-á qual a moldura referente à penalidade e, num segundo momento, determinar-se-á a medida da pena. Analisaremos de forma sucinta esta questão.

Abordaremos, depois, a temática das penas de substituição como ponto de partida para a análise da suspensão da execução da pena de prisão. Pretendemos fazer referência aos antecedentes da pena suspensa e a sua evolução histórica no ordenamento jurídico português, bem como o regime jurídico vigente.

Segue-se a explicitação das especificidades dos crimes sexuais contra menores.

Para que o estudo possa ficar completo, pretendemos perceber quais os critérios seguidos pelos nossos tribunais no momento de decidir, estando em causa um destes crimes, se uma pena de prisão deve ou não ser suspensa.

Finalmente, retiraremos as nossas conclusões, no pressuposto de que a resposta ao problema deve ter sempre por base dois corolários essenciais: o respeito pelos fins das penas e a segurança da vítima ou potenciais vítimas destes crimes.

A análise terá de ser, necessariamente, concisa, pelo que apenas densificaremos os pontos que se nos afiguram particularmente relevantes para a compreensão do tema. Deste modo, algumas divergências doutrinárias que não sejam específicas dos crimes sexuais não serão aprofundadas.

I. AS FINALIDADES DAS PENAS CRIMINAIS

A aplicação de uma pena pressupõe a prática de um facto ilícito e culposo. Contudo, levanta-se a questão de saber qual é o objectivo prosseguido pelo Estado quando comina e, por via do seu poder punitivo, aplica determinadas penas à prática de certas condutas tipificadas como crimes. O mesmo é questionar, “com que fim se pune quem cometeu uma infracção criminal?”⁵

Apesar do longo e profundo debate em torno desta questão, é consensual a existência de duas teorias fundamentais neste âmbito: as teorias absolutas e as teorias relativas⁶.

As primeiras têm em vista o crime enquanto facto passado que deve ser punido, pelo simples facto de ter sido praticado (racionalidade retributiva). As segundas entendem que a aplicação da pena deve ter por base os seus efeitos futuros (racionalidade prospectiva⁷). Vejamos.

1.1) As teorias absolutas

As teorias absolutas encontram o seu fundamento na ideia de retribuição. Na sua génese, a pena surge como a “justa paga⁸” pelo mal causado com o crime, devendo verificar-se uma equivalência entre a pena e o facto praticado. “Pune-se porque se pecou⁹”. O mal do crime tem necessariamente de ser compensado com o mal da pena, independentemente de qualquer fim pragmático ou de interesse social. A pena surge assim como um imperativo categórico¹⁰, como uma exigência pura de justiça.

⁵ CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, Prevenção, Culpa e Pena – Uma Concepção Preventivo-ética do Direito Penal in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, orgs. Manuel da Costa Andrade *et al.*, Coimbra Editora, 2003, p. 315.

⁶ Sem prejuízo da existência de outras construções como as teorias mistas ou ecléticas, que tentam alcançar a resposta à questão que nos ocupa através da combinação de elementos de ambas as teorias e, mais recentemente, a ideia de “concertação agente-vítima” através da reparação dos danos causados com o crime. Veja-se, a este propósito, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 58-64.

⁷ As expressões “racionalidade retributiva” e “racionalidade prospectiva” são da autoria de Germano Marques da Silva e integram-se no conceito mais amplo de “racionalidades punitivas”, que pretende referir os princípios de coerência e inteligibilidade dos diversos discursos sobre a pena, SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*, 2ª ed., Editorial Verbo, 2008, p. 33.

⁸ Expressão utilizada por Figueiredo Dias, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p.45.

⁹ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p.45.

¹⁰ Esta expressão deve-se a Kant, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 46.

Como refere EDUARDO CORREIA, a retribuição “dirige-se à culpa do delinquente, como censura por ter agido com agiu. Censura que pressupõe que claramente se admita, no homem, o poder de agir de outra maneira, e, portanto, a sua liberdade de determinação, a possibilidade de se decidir pelo bem e pelo mal, pelo direito ou contra o direito¹¹”.

Pode dizer-se que a legitimidade da pena basta-se com a prática do crime e a natureza da pena a aplicar é encontrada na natureza do crime praticado.

KANT e HEGEL tiveram, ao nível das teorias absolutas, uma importante influência histórica.

KANT refere que a função da pena consiste na realização da justiça. A pena apenas pode impor-se ao agente do crime porque este delinuiu, pois, de outro modo, se se prossegue a prevenção geral ou especial, verifica-se uma instrumentalização do condenado, usando-o como meio para alcançar fins de carácter social, violando a sua dignidade humana¹². É célebre o exemplo de KANT usado para evidenciar o carácter categórico da pena: mesmo no âmbito de uma sociedade dissolvida por mútuo acordo, deveria executar-se o último assassino que se encontrasse na prisão, pois caso contrário, a comunidade seria cúmplice da denegação pública da justiça¹³.

Por sua vez, HEGEL considerava o crime como a negação do direito e a pena como a negação da negação, alcançando-se, assim, o restabelecimento do Direito¹⁴⁻¹⁵.

Contudo, apesar do radicalismo subjacente às teorias absolutas “tradicionais” – efectivamente, o “justo equivalente” a que se alude neste âmbito seria suficiente para legitimar a pena de morte cominada ao assassino¹⁶, o que é impensável nos dias de hoje, no âmbito de um Estado de Direito Democrático – o conceito de retribuição foi profundamente alterado a partir do Iluminismo. Actualmente, a equivalência entre o crime e a pena tem por base uma ideia de proporcionalidade entre o desvalor do crime para a sociedade e o desvalor da pena para

¹¹ CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, colab. Figueiredo Dias, vol. I, Coimbra, Almedina, 1993, reimpr., pp. 46-47.

¹² Neste sentido veja-se, por todos, GÜNTHER, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. Joaquin Cuello Contreras / Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas SA, 1995, p. 21.

¹³ GÜNTHER, JAKOBS, *Derecho Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 21.

¹⁴ Sinteticamente, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 46.

¹⁵ Note-se que Jakobs considera que, no que diz respeito à doutrina defendida por HEGEL, a teoria absoluta é meramente conceptual, pois na sua concreta configuração depende do estado da sociedade, dando, por conseguinte, espaço às teorias relativas. GÜNTHER, JAKOBS, *Derecho Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁶ Como refere Kant, numa alusão clara à Lei de Talião: “Se matou, deve morrer”. GÜNTHER, JAKOBS, *Derecho Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 21.

o delinquente¹⁷. Assim, a pena justa é aquela que é proporcional à natureza e gravidade do crime.

Apesar de a generalidade da doutrina¹⁸ considerar que as teorias absolutas não consubstanciam uma resposta legítima à questão dos fins das penas, existem autores que, contrariamente, entendem que esta é a única teoria admissível, como é o caso, entre outros, de FARIA COSTA¹⁹ e A. LOURENÇO MARTINS²⁰.

1.2) As teorias relativas

Sendo a pena uma manifestação do poder punitivo do Estado, os defensores das teorias relativas entendem que a sua aplicação só é legítima se visar um efeito social útil. Até porque, caso contrário, verificar-se-ia uma colisão com o princípio da mínima intervenção do Direito Penal²¹. Este efeito social útil tem por base a ideia de pena como instrumento destinado a evitar a prática de futuros crimes.

Estas teorias têm, por conseguinte, subjacente uma ideia de prevenção que se dirige a dois destinatários: a comunidade integrada por cada um dos seus cidadãos (prevenção geral) e o próprio agente do crime (prevenção especial).

¹⁷ CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, (...) *ob. cit.*, pp. 45-46. No mesmo sentido, JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. S. Mir Puig / F. Muñoz Conde, vol. I, Barcelona, Bosch, casa editorial SA, 1981, p. 92.

¹⁸ Exemplificativamente, Figueiredo Dias, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, pp. 47-49 e pp. 78-82 e Anabela Rodrigues, RODRIGUES, ANABELA, Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Coimbra, 1984, pp. 35 e ss.

¹⁹ Defende uma concepção neo-retributiva de fundamento onto-antropológico dos fins das penas, com base em dois principais argumentos: a responsabilidade e a igualdade. Para mais desenvolvimentos, COSTA, JOSÉ DE FARIA, Uma Ponte Entre o Direito Penal e a Filosofia Penal: Lugar de Encontro Sobre o Sentido da Pena in *ARS Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, orgs. Jorge de Figueiredo Dias, JJ. Gomes Canotilho, José de Faria Costa, vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 403 e ss.

²⁰ MARTINS, A. LOURENÇO, *Medida da Pena, Finalidades, Escolha, Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência*, Coimbra Editora, 2010.

²¹ Neste sentido, Figueiredo Dias, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 49.

1.2.1) A teoria da prevenção geral

A teoria da prevenção geral subdivide-se em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

No primeiro caso, a pena surge como um meio de dissuasão dos cidadãos quanto à prática daquele crime. O agente do crime surge como exemplo para a sociedade, verificando-se uma intimidação dos cidadãos através do sofrimento infligido ao delinquente com a aplicação da pena. O receio de que praticando o crime serão punidos nos mesmos moldes, levará a que os cidadãos se abstenham de cometer factos puníveis²².

A formulação mais conhecida das teorias da prevenção geral negativa deve-se a FEURBACH que construiu a designada teoria da “coacção psicológica”. De um modo geral, esta teoria postula que os cidadãos abster-se-iam de praticar crimes quando o mal da pena fosse necessariamente maior do que o “desprazer²³” subjacente à abstenção da sua prática.

A teoria da prevenção geral negativa como fim legítimo da pena é rejeitada pela maioria da doutrina²⁴.

No segundo caso, a efectiva aplicação da pena surge como meio de pacificação social, uma vez que assegura a confiança da comunidade na vigência da norma jurídica violada.

Como afirma FIGUEIREDO DIAS, a pena pode ser concebida como “instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar, e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamentos adequados às normas²⁵”. São, por conseguinte, tuteladas as expectativas da comunidade na confiança no Direito.

Através da aplicação da pena, a sociedade sente-se segura, pois entende que as normas jurídicas são cumpridas de forma transparente e efectiva. Como refere JAKOBS, esta estabilização das expectativas comunitárias é imprescindível à vida em sociedade²⁶.

²² DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...), ob. cit.*, p. 50.

²³ Expressão de José Beleza dos Santos. SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida Editora, 1968, p. 184.

²⁴ Veja-se, por todos, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Notícias Editorial, 1993, p.242. O autor refere que não estamos perante uma finalidade legítima da pena, apenas podendo surgir como efeito lateral da necessidade de tutela dos bens jurídicos e de estabilização das expectativas comunitárias.

²⁵ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...), ob. cit.*, p. 51.

²⁶ GÜNTHER, JAKOBS, *Derecho Penal (...), ob. cit.*, p. 11.

De acordo com a teoria ora em análise, a pena corresponde também a um meio interiorização por parte da sociedade na importância do bem jurídico que se pretende tutelar com a incriminação penal.

A generalidade da doutrina entende que este é o fim primordial da aplicação da pena, como é o caso de FIGUEIREDO DIAS²⁷, ANABELA RODRIGUES²⁸.

1.2.2) A teoria da prevenção especial

À semelhança do que acontece no âmbito das teorias de prevenção geral, também a prevenção especial poderá ter carácter negativo e carácter positivo.

Pode dizer-se que a prevenção especial negativa tem em vista duas finalidades: a intimidação individual do agente do crime e a defesa social²⁹.

Com a primeira finalidade visa-se que o delinquente não volte a praticar crimes, por via do sofrimento experienciado com a pena.

Com a segunda finalidade pretende-se a protecção da própria sociedade, através da segregação ou separação social de agentes socialmente perigosos, neutralizando-se, deste modo, tal perigosidade³⁰.

No que concerne à prevenção especial positiva, esta tem por base a ideia de reintegração social do agente do crime ou, dito de outro modo, a sua recuperação para a sociedade. Entende-se que o Estado deve criar as condições necessárias para que o agente do crime oriente a sua vida de modo a não voltar a cometer crimes no futuro³¹. O que se pretende é que o agente do crime – através do apoio social que no caso se afigure necessário – se abstenha, de forma voluntária, de voltar a cometer novos crimes³².

²⁷ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 79 e ss.

²⁸ RODRIGUES, ANABELA, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 545-558.

²⁹ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 54.

³⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 54.

³¹ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 55.

³² Está aqui implícita uma ideia de “auto-adesão do delinquente à indispensabilidade social dos valores essenciais (bens jurídicos) para a possibilitação da realização pessoal de todos e de cada um dos membros da sociedade”, CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Prevenção (...)*, p. 325.

Como refere TAIPA DE CARVALHO, para que este objectivo seja prosseguido é necessário que estejam reunidas as condições necessárias para o efeito nos estabelecimentos prisionais³³.

Contudo, atendendo à conjectura actual do sistema prisional, tem-se entendido que as finalidades de prevenção especial positiva dificilmente serão alcançadas na prisão.

Assim, em virtude dos malefícios das penas curtas de prisão e do carácter criminógeno da mesma, foram sendo desenvolvidas várias penas de substituição, tendo em vista alcançar as finalidades de prevenção especial de forma mais eficaz, sendo mais fácil cumprir este objectivo em contexto de total ou parcial liberdade. Voltaremos a abordar esta questão mais à frente.

Um dos autores que coloca como tónica essencial a prevenção especial no âmbito do debate sobre os fins das penas é TAIPA DE CARVALHO. De acordo com o autor, o objectivo da pena enquanto meio de protecção de bens jurídicos é a prevenção especial positiva e negativa. No entanto, refere que este critério não tem carácter absoluto, na medida em que é limitado quer pela culpa quer pelas necessidades de prevenção geral³⁴.

Também outros autores como FIGUEIREDO DIAS³⁵ e ANABELA RODRIGUES³⁶ consideram que a prevenção especial é uma finalidade legítima da pena, mas apenas na exacta medida em que a prevenção geral positiva ainda a admite.

1.3) O Direito Positivo

A posição vigente, no âmbito do nosso Direito Positivo, quanto à questão dos fins das penas, encontra-se prevista no art.40.º do CP.

De acordo com o art. 40.º/1 “A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.”³⁷.

³³ CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Prevenção (...)*, p. 325.

³⁴ CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Prevenção (...)*, pp. 327-228.

³⁵ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, pp. 56-57 e pp. 81-82. Note-se, ainda, que nos casos em que o agente não carece de socialização, a pena funcionará apenas como advertência.

³⁶ Como refere a autora “Seria injustificável que não se levasse o mais longe possível a satisfação das exigências de prevenção especial quando não se ponham em causa as de prevenção geral”. RODRIGUES, ANABELA, *Critério de Escolha (...)*, *ob. cit.*, p. 40.

³⁷ Note-se que este artigo foi introduzido pela Revisão do Código Penal de 1995, operada pelo DL 48/95 de 15 de Março. Pretendeu fornecer-se critérios orientadores quanto à questão de saber que finalidades deve a pena prosseguir, sem, no entanto, invalidar a discussão dogmática sobre o assunto. Pode ler-se na parte inicial do

A generalidade da doutrina entende que a referência a “protecção de bens jurídicos” remete para as finalidades de prevenção geral, enquanto a “reintegração do agente da sociedade” refere-se às exigências de prevenção especial positiva³⁸.

Cabe fazer referência à doutrina propugnada por FIGUEIREDO DIAS com base neste regime legal, uma vez que é aquela que, de acordo com a análise levada a cabo, mais tem influenciado a jurisprudência portuguesa³⁹.

De acordo com este autor, haverá uma medida óptima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias que não pode ser excedido por considerações de prevenção especial. Contudo, esta medida óptima não fornece ao juiz o quantum exacto de pena. Abaixo deste ponto existem outros em que a tutela é ainda efectiva e consistente, até se alcançar um limiar mínimo, que corresponde à “defesa do ordenamento jurídico”, abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem pôr irremediavelmente em causa a sua função de protecção de bens jurídicos. A prevenção geral positiva fornece, deste modo, uma moldura de prevenção (ponto óptimo/limiar mínimo), dentro de cujos limites podem e devem actuar considerações de prevenção especial que determinarão, em última instância, a medida da pena⁴⁰.

Outro aspecto fundamental a ter em conta, diz respeito ao princípio da culpa, previsto no art. 40.º/2: “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

Deste modo, a culpa do agente surge como limite intransponível da medida da pena. A medida da pena não pode, em caso algum, ser superior à medida da culpa. Contudo, importa ter em consideração que o conceito de culpa a que nos referimos no âmbito deste art. não é equivalente àquele que é chamado à colação no âmbito das teorias absolutas que têm por base a ideia de retribuição. Estamos no âmbito da segunda função do conceito de culpa a que alude ROXIN⁴¹.

referido diploma “Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática dos fins das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.”

³⁸ No entanto, há quem entenda que, no âmbito do nosso Direito Positivo, há margem para entender que a retribuição é uma das finalidades prosseguidas com a pena. Neste sentido, MARTINS, A. LOURENÇO, *Medida da Pena (...)*, *ob. cit.*, p. 140.

³⁹ De notar que a análise jurisprudencial levada a cabo para efeitos do presente estudo cingiu-se aos casos de crimes sexuais contra menores.

⁴⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, pp. 80 e ss.

⁴¹ O autor refere que o conceito de culpa tem vindo a desempenhar duas principais funções: a primeira serviu para justificar a teoria da retribuição, postulando a imposição de um mal adequado à culpa do agente, numa lógica de que a culpa pode ser compensada. Na sua segunda função, que é aquela que nos ocupa, a culpa desempenha um

O princípio da culpa surge, neste âmbito, como corolário da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, previsto desde logo no art 1.º da CRP. Este princípio tem em vista que ninguém possa ser punido sem que tenha culpa e, tendo culpa, que a medida da pena não possa ultrapassar a culpa, limitando, por esta via, o intervencionismo estatal⁴². O delinquentes fica, assim, protegido face a uma intervenção estatal excessiva e desproporcionada⁴³. Deste modo, mesmo que estejamos perante as mais prementes necessidades de prevenção, estas não poderão servir como justificação para colocar a medida da pena num patamar superior ao da culpa.

Uma última nota referente ao conceito de culpa. De acordo com EDUARDO CORREIA, a culpa diz respeito à censura ético-jurídica dirigida a um sujeito que, podendo agir de modo diverso, não o fez⁴⁴. Deste modo, estamos perante um comportamento culposo quando seja socialmente desvaliosa a conduta levada a cabo pelo agente, sendo exigível, em função das circunstâncias um comportamento diferente, isto é, conforme ao Direito.

II. A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA

De um modo geral, pode dizer-se que a determinação da medida da pena corresponde a uma operação complexa, através da qual, mediante critérios determinados e com base no circunstancialismo envolvente do crime, o juiz fixa a pena cabida ao caso no seu *quantum* e na sua natureza ou modo de execução⁴⁵.

No que diz respeito a esta temática, são dois os principais artigos que cumpre ter em consideração: o art. 70.º e o art. 71.º⁴⁶.

papel limitador da medida da pena, bem como da intervenção estatal. ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Madrid, Reus SA, 1981, pp. 42-43.

⁴² Assim, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 83. Do mesmo modo, JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho (...)* p. 31.

⁴³ De acordo com Figueiredo Dias, “A verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente numa incondicional proibição do excesso”, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 82

⁴⁴ CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal, (...)* *ob. cit.*, p. 316.

⁴⁵ De acordo com JESCHECK, parece que o conceito de determinação da medida da pena não compreende apenas a fixação da pena aplicável, mas também a opção por penas de substituição e penas acessórias. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho (...)* *ob. cit.*, p. 1189.

⁴⁶ O capítulo IV do Título III tem por epígrafe “Escolha e Medida da Pena” e prevê do art. 70.º ao art 82.º um conjunto de regras orientadoras para a determinação da medida da pena, bem como esta determinação no âmbito de certas figuras jurídicas que acarretam algumas especificidades: Atenuação Especial da Pena e Termos da Atenuação (art. 72.º e art. 73.º), Dispensa de Pena (art. 74.º), Reincidência (art. 75.º e art. 76.º), Concurso de Crimes e Crime Continuado (arts. 77.º a 79.º) e Desconto (art. 80.º a 82.º). Não nos é possível, no âmbito do presente estudo, analisar cada uma delas, pelo que abster-nos-emos de o fazer. Centrar-nos-emos, por conseguinte, nas

O art 70.º refere que “se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Vários autores, bem como a generalidade da jurisprudência analisada, referem que esta preferência pelas penas não detentivas em detrimento das penas detentivas tem aplicação tanto nos casos em que um crime é punido em alternativa com uma pena detentiva e com uma pena não detentiva (os casos em que a lei permite ao juiz optar por aplicar uma pena de prisão ou uma pena de multa⁴⁷), como nos casos em que a medida concreta da pena permita equacionar a possibilidade de aplicação de uma pena de substituição⁴⁸.

No entanto, penso que esta questão deve ser densificada: do teor literal do artigo em causa não resulta que seja aplicável directamente às penas de substituição. Efectivamente refere “se ao crime forem aplicáveis em *alternativa* pena privativa da liberdade e pena não privativa da liberdade” (itálico nosso). Ora, não há nenhuma disposição legal que puna a prática de um crime com pena de prisão efectiva ou, em alternativa, suspensão de execução da pena de prisão, por exemplo.

Assim, não me parece que o art. 70.º possa servir para fundamentar, sem mais, a opção por uma pena de substituição⁴⁹.

Outro panorama será considerar, como faz FIGUEIREDO DIAS⁵⁰, que existe um princípio geral de preferência pelas reacções penais não detentivas.

regras gerais da determinação da medida da pena, que são sempre tidas em consideração, inclusivamente nos casos em que se indaga da aplicabilidade de alguma das referidas figuras.

⁴⁷ Veja-se, por exemplo, no âmbito da nossa temática, o art. 170.º do CP.

⁴⁸ Neste sentido, ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 266. Semelhantemente, GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 17ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 249.

⁴⁹ O Ac. do STJ de 13.03.1996 refere precisamente esta questão, embora na altura o actual art 70.º correspondesse ao art. 71.º e o art. 71 ao art 72.º.: “Atenta a moldura a considerar, que é a «prisão de 2 a 8 anos», dir-se-á não ter qualquer sentido o apelo que o recorrente faz ao artigo 71, visando lhe seja cominada «pena não privativa de liberdade»; na verdade, esse artigo 71 só é de ter em atenção - conforme muito claramente ele dispõe - «se ao crime forem aplicáveis pena privativa ou pena não privativa da liberdade...»; e não é essa a hipótese dos autos, pois que para o crime praticado, tão só prevê a lei pena de prisão!”.

⁵⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Notícias Editorial, 1993, pp. 74-75.

Na mesma esteira encontra-se GERMANO MARQUES DA SILVA⁵¹, que refere que tal princípio é uma consequência dos princípios da necessidade e da subsidiariedade da intervenção penal, tendo consagração expressa no art. 70.^{o52}.

Não parece haver dúvidas que existe, de facto, um princípio neste sentido⁵³. Simplesmente, por razões de rigor técnico, não nos parece que possa aplicar-se directamente o art. 70.^o no âmbito da escolha de uma pena de substituição. A determinação da medida da pena é uma operação complexa, avançando os autores diversas fases lógicas para que possa ser alcançada a pena justa, sendo que a fase na qual se insere o art. 70.^o não se confunde com a fase de escolha das penas de substituição.

Feita esta consideração, há que ter em conta que as penas não detentivas só poderão ser aplicadas se realizarem “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Verifica-se, portanto, uma remissão para as finalidades previstas no art 40.^o do CP.

Uma vez que a revisão de 1995 não pretendeu colocar fim à discussão sobre os fins das penas, o art 70.^o será interpretado em conformidade com a posição que se adopte. Dado que a posição maioritária considera que no art 40.^o estão subjacentes exigências de prevenção⁵⁴, partiremos desse pressuposto.

Deste modo, a pena não detentiva só terá aplicação se não colocar em causa a prevenção geral consubstanciada na protecção de bens jurídicos e as necessidades reintegração do agente na sociedade, nos termos de uma prevenção especial positiva. Se estas necessidades ficarem comprometidas com a aplicação de uma pena não detentiva, esta deverá ser recusada, sendo de aplicar a pena de prisão⁵⁵.

⁵¹ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal (...)* ob. cit., pp. 27-29.

⁵² Veja-se também, CORDEIRO, ADELINO ROBALO, *Escolha e Medida Da Pena in Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa, CEJ, 1983, p. 238.

⁵³ Veja-se o amplo leque de penas de substituição da pena de prisão levado a cabo pelo Código, consubstanciando algumas delas um verdadeiro poder-dever do julgador, como é o caso da suspensão da execução da pena de prisão. A parte inicial do DL 48/95 de 15 de Março refere mesmo que deverá optar-se por alternativas às penas curtas de prisão atento o seu comprovado carácter criminógeno e que a pena de prisão apenas deverá ser aplicada quando as restantes medidas se revelem inadequadas.

⁵⁴ Contra, MARTINS, A. LOURENÇO, *Medida da Pena (...)* ob. cit., p. 518. O autor refere que “a escolha entre a pena de prisão e a alternativa ou a de substituição não depende unicamente de considerações de prevenção, sem embargo de se poderem demonstrar particularmente relevantes”. Esta asserção encontra-se em conformidade com a sua posição e interpretação das finalidades das penas.

⁵⁵ CORDEIRO, ADELINO ROBALO, *Escolha (...)* ob. cit., p. 239.

Apesar de o art. 70.º não fazer referência expressa à necessidade de fundamentação, esta não poderá ser preterida, pois essa exigência encontra-se prevista na CRP e no CPP⁵⁶. Veja-se a este propósito, o art. 205.º/1 da CRP e os arts. 374.º/2, 375.º/1 e 379.º/1 a) do CPP.

Por sua vez, o art 71.º/1 refere que a determinação da pena “é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”.

Não obstante alguma divergência doutrinária em relação à posição que a culpa e a prevenção devem ocupar no âmbito da determinação da medida concreta da pena, tem-se entendido que o que está em causa é a consideração dos fins das penas, conforme previstos no art 40.º/1, sem perder de vista a culpa como factor fundamental da determinação da pena e seu limite máximo, como resulta, desde logo, do art 40.º/2. Como refere GERMANO MARQUES DA SILVA, a exigibilidade e a censurabilidade são graduáveis e, portanto, será também graduável a pena aplicada em concreto, em razão do concreto juízo de censurabilidade⁵⁷.

Assim, num primeiro momento, há que apurar quais os fins das penas a ter em consideração. Efectivamente, “o ponto de partida da determinação judicial das penas é a determinação dos seus fins, pois só partindo dos fins das penas, claramente definidos, se pode julgar que factos são importantes e como devem ser valorados no caso concreto para a fixação da pena⁵⁸”.

No âmbito da determinação legal da penalidade, ou seja, na determinação da moldura abstracta, cumpre ter em conta as circunstâncias modificativas, ou seja, aquelas que, pela sua verificação, alteram a moldura penal que seria aplicável caso não se verificassem. Essas circunstâncias tanto podem ser agravantes ou atenuantes e podem integrar-se no próprio tipo legal, modificando-o e dando origem a um novo tipo legal⁵⁹⁻⁶⁰.

Tais circunstâncias podem, no entanto, ser de carácter geral. Neste caso, aplicam-se a todos os crimes em que se verifiquem⁶¹.

Questão bastante controvertida na doutrina diz respeito ao concurso de circunstâncias modificativas. Efectivamente, o CP não toma uma posição expressa sobre o assunto, a não ser

⁵⁶ GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal (...) ob. cit.*, p. 250.

⁵⁷ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal (...) ob. cit.*, p. 144.

⁵⁸ JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho (...) ob. cit.*, p. 1194.

⁵⁹ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal (...) ob. cit.*, pp. 126-127.

⁶⁰ Veja-se o caso dos crimes qualificados e privilegiados.

⁶¹ Veja-se, por exemplo, a agravação por via da aplicação do regime da reincidência (arts. 75.º e 76.º do CP).

em determinadas disposições legais concretas, como são os casos previstos nos arts. 76.º/2, 204.º/3 e 177.º/8.

No tema que nos ocupa, cabe fazer referência ao regime previsto no art. 177.º/8⁶², uma vez que agrava as penas previstas para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais.

Verifica-se a existência de um princípio de exasperação, no sentido em que a circunstância mais forte, ou seja, aquela que mais eleva o limite máximo da moldura, se sobrepõe às demais, sendo as restantes tidas em consideração na determinação concreta da pena⁶³.

Havendo concurso entre circunstâncias previstas noutros artigos e circunstâncias previstas no art 177.º, funcionará o regime de acumulação entre as primeiras e, seguidamente, o regime da exasperação⁶⁴.

Determinada a moldura abstracta, esta será mais ou menos ampla, para que o juiz possa ter em consideração as demais circunstâncias existentes no caso, situando a pena mais perto do mínimo ou do máximo, consoante a culpa do agente e as exigências de prevenção. Passa-se então à determinação da medida concreta da pena ou à sua determinação judicial.

Há, então, que atender a “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”, nos termos do n.º 2 do art. 71.º, verificando-se uma enumeração exemplificativa de circunstâncias que devem ser sopesadas⁶⁵.

As circunstâncias que o julgador irá analisar são, portanto, aquelas que o legislador não considerou ao tipificar a infracção, não obstante estarem “de algum modo relacionadas com ela, directamente, ou através do seu agente⁶⁶”. Caso contrário, verificar-se-ia uma situação de dupla valoração, colocando em causa o princípio *ne bis in idem*⁶⁷⁻⁶⁸.

⁶² Sobre a questão do concurso de circunstâncias modificativas quando não esteja em causa o art 177.º/8, veja-se, por todos, CORDEIRO, ADELINO ROBALO, Escolha (...) *ob. cit.*, pp. 264-266.

⁶³ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do (...) ob. cit.*, p. 556.

⁶⁴ GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal (...) ob. cit.*, p. 613.

⁶⁵ Os autores agrupam de forma diversa estas circunstâncias. Figueiredo Dias, por exemplo, agrupa-as em: factores relativos à execução do facto; factores relativos à personalidade do agente e factores relativos à conduta do agente, anterior e posterior ao facto. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...) ob. cit.*, pp. 245-255.

⁶⁶ CORDEIRO, ADELINO ROBALO, Escolha (...) *ob. cit.*, p. 272

⁶⁷ Se, por exemplo, no âmbito de um crime de abuso sexual de criança calculámos a moldura abstracta, nos termos do art. 177.º/1 a), pelo facto de o agente ser o pai da vítima, a circunstância “ser pai da vítima” não pode voltar a ser valorada.

⁶⁸ Para uma abordagem mais profunda sobre o princípio da proibição da dupla valoração, veja-se RODRIGUES, ANABELA, *A Determinação (...)*, pp. 594-609.

A doutrina refere, porém, que não fazem igualmente parte do tipo de crime aquelas circunstâncias que, apesar de terem sido consideradas pelo legislador aquando da fixação da moldura penal, excedem a intensidade prevista pelo legislador ao configura-la⁶⁹.

As circunstâncias previstas neste n.º 2 podem ter um carácter ambivalente a dois níveis: tanto podem ser consideradas como atenuantes ou como agravantes, dependendo do caso concreto, e tanto podem relevar por via da culpa, como por via da prevenção, podendo, “um mesmo factor relevar de forma antinómica, diminuindo (atenuando) a culpa e aumentando (agravando) as exigências de prevenção ou vice-versa”⁷⁰.

Outro aspecto a ter em consideração, diz respeito ao facto de, uma vez que o art. 71.º/2 refere “todas as circunstâncias”, as circunstâncias previstas no art 72.º/2, quando não façam funcionar o instituto da atenuação especial da pena, ou seja, não diminuam de forma acentuada (mas apenas geral) a ilicitude do facto, a culpa o agente ou a necessidade da pena, são susceptíveis de ser tidas em consideração como circunstâncias atenuantes gerais, nos termos do art 71.º/2⁷¹.

A determinação da pena concreta a aplicar ao agente não é uma função arbitrária do juiz, obedecendo a critérios legais específicos, como é o caso dos aqui referidos arts. 70.º e 71.º. Está aqui em causa uma “discrecionabilidade juridicamente vinculada”⁷².

A decisão sobre a pena aplicada é susceptível de ser apreciada em sede de recurso, sendo que o n.º 3 do art 71.º introduz uma norma de carácter processual ao exigir a fundamentação expressa do tribunal quanto a esta temática⁷³. O tribunal deve, portanto, densificar com detalhe todos os elementos e processos lógicos que o levaram a concluir pela aplicação de uma determinada pena.

Note-se, por fim, que depois de determinada a pena no seu *quantum* e natureza, há que aferir se há a possibilidade e, havendo, se faz sentido aplicar alguma pena de substituição.

⁶⁹ Por todos, CORDEIRO, ADELINO ROBALO, Escolha (...) *ob. cit.*, p. 272.

⁷⁰ ANTUNES, MARIA JOÃO, *Consequências Jurídicas do Crime, Lições para os Alunos da Disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 2010-2011, p. 29.

⁷¹ LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA / SANTOS, MANUEL DE SIMAS, *Código Penal anotado, referências doutrinárias, indicações legislativas: resenha jurisprudencial*, vol. I, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2002, p. 815

⁷² JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho* (...) *ob. cit.*, p. 1191.

⁷³ Veja-se os arts 369.º a 371.º do CPP.

III. AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

As penas de substituição das penas principais⁷⁴, encontram-se previstas nos arts 43.º a 60.º do CP e o seu fundamento histórico radica no movimento político-criminal contra as penas de prisão, especialmente as de curta duração⁷⁵, sendo este objectivo bem patente, desde logo, na parte introdutória do CP de 1982⁷⁶⁻⁷⁷.

Efectivamente, são vários os malefícios que a pena de prisão acarreta como é o caso da quebra dos laços familiares do condenado, a perda do seu emprego, a sua exposição ao contágio criminal e a estigmatização através do rótulo de “ter estado na prisão”⁷⁸⁻⁷⁹. Certos autores referem também os elevados custos suportados pelo Estado ao manter um agente encarcerado, bem como a verificação de problemas de “superpopulação prisional”⁸⁰.

Por estes motivos, a generalidade da doutrina entende que deverá ser atribuída preferência às penas de substituição, especialmente não detentivas, de modo a que não se verifiquem os referidos inconvenientes e para que as necessidades de prevenção especial sejam mais facilmente alcançadas.⁸¹⁻⁸²

⁷⁴ No nosso ordenamento jurídico: prisão e multa.

⁷⁵ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...)* ob. cit., p. 91.

⁷⁶ “O Código traça um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem sempre ser executadas com um sentido pedagógico e ressocializador. Simplesmente, a concretização daquele objectivo parece comprometida pela existência da própria prisão. Daí todo o conjunto de medidas não institucionais que já foram mencionadas noutro contexto.”

⁷⁷ Este movimento político-criminal não é exclusivo do nosso ordenamento jurídico. Veja-se o estudo levado a cabo pelo Comité Europeu para os Problemas Criminais, de onde consta uma enumeração e explicitação de várias medidas não privativas da liberdade existentes em vários Estados-membros. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Mesures Pénales de Substitution aux Peines Privatives de Liberté*, Strasbourg, Conseil de l’Europe, 1976, pp. 23 e ss.

⁷⁸ RODRIGUES, ANABELA, *Critério de Escolha (...)* ob. cit., p. 30.

⁷⁹ Como é referido no estudo levado a cabo pelo Comité Europeu para os Problemas Criminais, por vezes estas consequências são mais gravosas do que a própria pena privativa da liberdade. “Ces conséquences, telles la stigmatisation et les difficultés de réadaptation, son bien entendu d’autant plus graves que la peine privative de liberté résulte d’un processus de justice pénale; toutefois, il importe de ne pas entièrement négliger les conséquences préjudiciables du processus de jugement et de condamnation proprement dite, même si la peine infligée n’est pas sévère.” COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Mesures (...)* ob. cit., p. 16.

⁸⁰ PINTO, J. ROBERTO, *Pena Suspensa e Regime de Prova no Projecto do Código Penal in separata do n.º 22 do Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, Lisboa, 1967, pp. 8-9.

⁸¹ Do mesmo modo, COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Mesures (...)* ob. cit., pp. 19-20.

⁸² Há quem considere existir uma “hierarquia legal de penas de substituição”. A este propósito, ANTUNES, MARIA JOÃO, *Consequências (...)* ob. cit., p. 54.

No entanto, mesmo nos casos em que a pena de prisão deva ser aplicada, de modo a que não sejam postos em causa os fins das penas nos termos expostos⁸³, esta deve ser executada “no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes”, nos termos do art. 42.º/1, sendo a execução da pena de prisão regulada em legislação própria (art. 42.º/2)⁸⁴⁻⁸⁵.

O fundamento primordial da aplicação de uma pena de substituição reside, portanto, na prossecução de necessidades de prevenção especial positiva. Contudo, não podemos abstrair-nos de tudo o que foi analisado até aqui.

Assim, uma pena de substituição só pode ser decretada se, estando verificado o pressuposto formal para o efeito, estiverem salvaguardadas de forma adequada e suficiente as finalidades da punição⁸⁶. Poderá, portanto, proceder-se a um reexame da situação, no sentido de aferir se deverá ser aplicada uma pena de substituição⁸⁷.

Tem sido entendido que o fundamento primordial da pena é a prevenção geral e, portanto, seguindo esta concepção, não poderá ser aplicada uma pena de substituição se forem postas em causa as exigências de prevenção geral previstas no art 40.º do CP.

Efectivamente, se a não aplicação da pena de prisão tem essencialmente por base razões de prevenção especial positiva, serão, por outro lado, razões de prevenção geral que poderão

⁸³ Efectivamente, como se refere em, MARTÍN, LUIS GRACIA / PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL / DOBÓN, CARMEN ALASTUEY, *Tratado de Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 102, a prisão continua a ser um instrumento imprescindível e de primeira ordem para lutar contra a criminalidade mais grave, especialmente por razões de prevenção geral.

⁸⁴ Este objectivo de alcançar a reintegração do agente é bem patente em certas disposições do CEPMPL. Veja-se, por exemplo, os arts. 2.º/1, 3.º/6, 5.º/2, 38.º/1. Veja-se também, os arts 477.º e ss. do CPP.

⁸⁵No entanto, para que se alcance a ressocialização do agente, dando resposta às necessidades de prevenção especial, é necessário, como refere TAIPA DE CARVALHO que estejam reunidas as condições necessárias nos estabelecimentos prisionais para o efeito. CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Prevenção (...)*, p. 325. Concordamos com o autor. Seria importante que a prisão deixasse de ser negativamente conotada. São feitas muitas referências ao “estigma de ter estado na prisão”, sendo que se a prisão fosse uma instituição credível, de verdadeira regeneração humana, esse estigma desapareceria. Poderíamos caminhar no sentido de se considerar que se determinada pessoa esteve na prisão, então certamente estará positivamente mudada, deixando a própria sociedade mais segura com a saída do agente da prisão e não, como acontece actualmente, em que se entende que se esteve na prisão, ainda deverá ser mais perigoso. No entanto, apesar de o sistema penitenciário não ser perfeito, consideramos que razões como a sobrepopulação prisional ou os elevados custos para o Estado não podem ser avançadas para a propagação do uso de medidas não institucionais, como a suspensão da execução da pena de prisão. Não é isso que incumbe ao juiz. O juiz deve aplicar a pena adequada ao caso, sob pena de denegação de justiça e de colisão com os fins das penas. No entanto, essas razões não são despciendas e exigem resposta urgente.

⁸⁶ Veja-se o art 50.º/1 *in fine*.

⁸⁷ LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA / SANTOS, MANUEL DE SIMAS, *Código (...)* *ob. cit.*, p. 819.

obstar à aplicação de uma pena de substituição não detentiva⁸⁸. A prevenção geral surge novamente como limite à prevenção especial positiva.

Como refere ANABELA RODRIGUES, “A sociedade tolera uma certa «perda» de efeito preventivo geral – isto é, conforma-se com a aplicação de uma pena de substituição; mas, quando a sua aplicação possa ser entendida pela sociedade, no caso concreto, como uma injustificada indulgência e prova de fraqueza face ao crime, quaisquer razões de prevenção especial que aconselhassem a substituição cedem, devendo aplicar-se a prisão.”⁸⁹⁻⁹⁰.

De acordo com FIGUEIREDO DIAS⁹¹ e ANABELA RODRIGUES⁹², a decisão – nos casos em que esta é possível – sobre a aplicação ou não de uma pena de substituição apenas pode ter por base considerações de prevenção e não de culpa, não cabendo a esta última qualquer papel independente neste âmbito⁹³.

Passaremos agora à análise da pena de substituição em foco neste estudo: a suspensão da execução da pena de prisão.

IV. A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

4.1) Antecedentes históricos e evolução no Direito Português

A suspensão da execução da pena de prisão, como a concebemos actualmente, tem a sua origem na dicotomia *sursis-probation*.

A suspensão da execução da pena (*sursis*) remonta ao projecto francês de BÉRENGER de 1884. Contudo, foi consagrada primeiramente na Bélgica, em 1888, e só depois em França em 1891⁹⁴.

⁸⁸ MOURA, JOSÉ SOUTO DE, A Jurisprudência do S.T.J. Sobre Fundamentação e Critérios da Escolha da Medida da Pena, Lisboa, 2010, disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf

⁸⁹ RODRIGUES, ANABELA, Critério de Escolha (...) *ob. cit.*, p. 41.

⁹⁰ De modo inteiramente coincidente, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências* (...) *ob. cit.*, p.333.

⁹¹ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências* (...) *ob. cit.*, p. 331.

⁹² RODRIGUES, ANABELA, Critério de Escolha (...) *ob. cit.*, p. 42.

⁹³ Contrariamente, CORREIA EDUARDO, *Código Penal – Projecto da Parte Geral*, Coimbra, 1963, p. 59.

⁹⁴ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, Velhas e Novas Questões sobre a Pena de Suspensão de Execução da Prisão in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3804, 1991, p. 65.

Este sistema, designado de “franco-belga”, tinha como fundamento essencial a ideia de que, em certos casos, a simples ameaça da prisão seria suficiente para que o agente se abstinhasse de cometer um novo crime. A ser assim, as vantagens preventivas seriam alcançadas sem que tivesse de sujeitar-se o agente ao ambiente criminógeno da prisão⁹⁵. Deste modo, o tribunal fixava a pena de prisão, mas, mediante determinados pressupostos, poderia optar por **suspender a execução** da mesma.

Este sistema foi implementado em vários países da Europa, tendo sido introduzido em Portugal pela lei de 6 de Julho de 1893.

Contudo, este modelo foi sendo progressivamente aperfeiçoado, tendo sido fortemente influenciado pelo instituto anglo-americano da *probation*⁹⁶.

A *probation* pode, genericamente, ser definida como “a method of dealing with offenders (...) developed as an alternative to imprisonment, applicable in cases where guilt was established but where the administrators of justice were led, by other considerations, to refrain from imposing a prison sentence”⁹⁷.

A especificidade deste instituto, na sua concepção tradicional, consiste na **suspensão da pronúncia** da pena, ao invés da sua execução como acontecia na *sursis*. O tribunal declararia o agente como culpado (“*conviction*”) sem, no entanto, fixar o *quantum* de pena a ser cumprido (“*sentence*”). Este *quantum* só seria fixado em caso de fracasso da *probation*: se o agente assume durante o período de prova um comportamento adequado, a condenação basta-se com a declaração da culpa. Caso contrário, o tribunal aplicará a pena, tendo em consideração o seu comportamento durante este período de prova⁹⁸.

Contudo, os verdadeiros pontos-chave deste instituto dizem respeito à assistência social que é dada ao agente do crime, por via de um plano de readaptação social e os designados “*probation-officers*”, funcionários encarregues da assistência, fiscalização e vigilância do delinvente durante o período de prova.⁹⁹⁻¹⁰⁰

⁹⁵ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...) ob. cit.*, p. 338.

⁹⁶ A *probation* corresponde, no essencial, àquilo que em Portugal designamos por “regime de prova”.

⁹⁷ UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF SOCIAL AFFAIRS, *Probation and Related Measures*, New York, 1951, p. 3.

⁹⁸ A este propósito, veja-se, JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho (...) ob. cit.*, pp. 108-109.

⁹⁹ CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal, (...) ob. cit.*, pp. 400-404.

¹⁰⁰ Uma dificuldade na actuação dos *probation officers* notada em CHARLES, R. / VAN DROOGHENBROECK, P., *Suspension, Sursis et Probation in Extrait du Répertoire pratique du droit belge, Complément*, tome IV, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1974, p. 24.

Como refere EUGENIO CALÓN, a *sursis* é uma medida passiva, uma vez que findo o seu período, a justiça não volta a ocupar-se do agente a não ser em caso de novo delito, enquanto a *probation* é um método dinâmico, de ampla base social¹⁰¹.

A combinação do regime de *sursis* franco-belga com a *probation* anglo-americana deu origem ao designado “sistema continental”. Este sistema conjuga ambos os regimes, sendo que a forma de combinação nos diferentes países assume algumas nuances¹⁰².

Em Portugal, a suspensão da execução da pena não assumiu sempre os mesmos contornos. Elencaremos os pontos que consideramos mais relevantes¹⁰³.

Na vigência do CP de 1982, suspensão da execução da pena e regime de prova eram duas penas autónomas. O critério formal que presidia a ambos os institutos dizia respeito a uma pena de prisão “não superior a 3 anos”, sendo que no primeiro caso estava em causa a pena concreta e no segundo caso a moldura penal. O período de suspensão de execução da pena deveria ser fixado entre 1 e 5 anos (art. 48.º/4 CP/82), sendo que no caso do regime de prova esse período seria entre 1 a 3 anos, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação (art. 53.º/2 CP/82). Note-se que o regime de prova era subsidiário em relação à pena suspensa (art 53.º/1 CP/82).

A revisão de 1995 acabou com esta dicotomia, tornando o regime de prova numa modalidade da suspensão da execução da pena de prisão. Caberia ao juiz analisar se seria conveniente fazer acompanhar a suspensão com o regime de prova.

diz respeito ao facto de, não obstante este dever actuar e ser encarado como um amigo, respeitando a pessoa sujeita à *probation*, representar, igualmente, a autoridade do tribunal. Deste modo, pode ser levado a tomar medidas relativamente às quais o agente não reaja favoravelmente. Assim, para além do apoio que o *probation officer* deverá prestar, a grande vitória será a de persuadir aqueles de quem se ocupa a aceitar a sua autoridade e colaborar com ele.

¹⁰¹ CALÓN, EUGENIO CUELLO, Tratamiento en libertad de los delinquentes. El sistema de prueba (*probation*) in *La Moderna Penología - represión del delito y tratamiento de los delinquentes, penas e medidas, su ejecución*, Barcelona, Bosch, casa editorial SA, 1958, p. 645.

¹⁰² Se atentarmos no caso de França, compreendemos que existem diversas modalidades possíveis de “suspensão”, se entendida em sentido amplo, previstas no CP: i) *sursis simple* (art. 132-29 e ss.); ii) *sursis avec mise a l'épreuve* (art. 132-40 e ss.); iii) *sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général* (art. 132-54 e ss.); iv) *l'ajournement simple* (art. 132-60 e ss., que faz lembrar o sistema de *probation* pelo facto de o juiz poder adiar a pronúncia da pena, mediante certos requisitos); v) *ajournement avec mise a l'épreuve* (art. 132-63 e ss.), *l'ajournement avec injonction* (art 132-66 e ss.), *l'ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité ou la situation matérielle, familiale et sociale* (art. 132-70) e *l'ajournement aux fins de consignation d'une somme d'argent* (art. 132-70-3).

¹⁰³ Para uma síntese da resenha legislativa na qual se verifica a introdução progressiva do instituto da *probation*, “no tecido clássico da *sursis*” em Portugal, veja-se DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, Velhas (...) *ob. cit.*, pp. 66-67.

Com a revisão de 2007, verificam-se novas alterações: em primeiro lugar, cumpre notar o alargamento do critério formal da suspensão de 3 para 5 anos e a correspondência entre o tempo da pena de prisão decretada na sentença e o período do regime de prova¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. Para além disso, o regime de prova passa a ser obrigatório quando o condenado não tiver completado 21 anos ou quando a pena aplicada seja superior a 3 anos.

Mais recentemente, mas de grande importância especialmente no que respeita ao nosso estudo, são as modificações introduzidas pela Lei 103/2015 de 24 de Agosto (transpondo a Directiva 2011/92/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011): o regime de prova torna-se obrigatório quando o agente seja condenado por crime sexual contra menor (art. 53.º/4) e, neste caso, será orientado no sentido de prevenção da reincidência através do acompanhamento técnico adequado, designadamente por via da “frequência de programas de reabilitação para agressores sexuais de crianças e jovens” (art 54.º/4), o que significa que, no âmbito da temática que nos ocupa, a suspensão da pena, quando a ela haja lugar, será sempre acompanhada de regime de prova.

4.2) Regime Jurídico

O regime jurídico da pena suspensa encontra-se previsto nos arts 50.º a 57.º do CP e nos arts 492.º a 495.º do CPP.

Nos termos do art 50.º/1, “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a

¹⁰⁴ Esta alteração não é isenta de críticas, veja-se, LEITE, ANDRÉ LAMAS, A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal in Separata de ARS IVDICANDI, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 595-600.

¹⁰⁵ Em países como a França, Espanha e Alemanha, não se verifica esta coincidência. Em França a *sursis avec mise à l'épreuve* aplica-se a penas de prisão até 5 anos ou até 10 anos no caso de estarmos perante reincidente, sendo que o período de regime de prova não pode ser inferior a 12 meses nem superior a 3 no primeiro caso, podendo o limite máximo ser alargado até 5 anos no segundo caso (arts. 132-41 e 132-42 CP francês). Em Espanha a regra geral é a de que só podem ser suspensas penas até 2 anos (art 80.º/1 CP espanhol), salvo as excepções previstas no n.º 4 e 5 do art 80.º do CP espanhol. O período de regime de prova possui um intervalo variável em função da pena aplicável, v. art 81.º do CP espanhol. No caso da Alemanha, a suspensão só pode ser ordenada, em regra, quanto a penas até 1 ano (§ 56 (1) StGB) e excepcionalmente até 2 anos (§ 56 (2) StGB).

simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”¹⁰⁶

Daqui decorre desde logo a existência de dois critérios fundamentais para que o tribunal possa decretar a suspensão da execução da pena de prisão: um **critério formal** na medida em que só é possível aplicar esta figura nos casos em que a pena de prisão, previamente determinada pelo juiz, não seja superior a 5 anos¹⁰⁷ e um **critério material** que diz respeito à formulação de um juízo de prognose favorável - apurado por referência ao momento da decisão e não ao momento da prática do crime¹⁰⁸ - relativamente ao comportamento futuro do delincente tendo por base a análise das circunstâncias do caso concreto. O que está em causa é a questão de saber se, com base no circunstancialismo apurado¹⁰⁹, uma pena suspensa assegura de forma “adequada e suficiente as finalidades da punição”, previstas, como já sabemos, no art 40.º do CP.

Contudo, como refere FIGUEIREDO DIAS, a propósito do prognóstico favorável, “o que está aqui em causa não é qualquer «certeza», mas a esperança fundada de que a socialização em liberdade possa ser lograda. O tribunal deve encontrar-se disposto a correr um certo risco – fundado e calculado – sobre a manutenção do agente em liberdade. Havendo, porém, razões sérias para duvidar da capacidade do agente de não repetir crimes, se for deixado em liberdade, o juízo de prognose deve ser desfavorável e a suspensão negada.”¹¹⁰

Do mesmo modo se pronuncia JESCHECK, referindo que o tribunal deve estar disposto a assumir um risco prudente, mas se existirem dúvidas sobre a capacidade do condenado para compreender a oportunidade de ressocialização que lhe está a ser proporcionada, a prognose deverá ser negativa, o que supõem um “*in dubio contra reum*”.¹¹¹

Há ainda que ter em consideração que, atendendo aos fins das penas, mesmo que o tribunal conclua pela existência de um prognóstico favorável, tendo por base considerações de

¹⁰⁶ De forma algo semelhante, no que concerne às circunstâncias a ter em consideração, veja-se o art. 80.º/1 do CP espanhol e § 56 (1) do StGB.

¹⁰⁷ Note-se, no entanto, que o período de suspensão nunca poderá ser inferior a um ano (art. 50.º/5).

¹⁰⁸ Neste sentido, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...)* ob. cit., p. 343.

¹⁰⁹ Como refere JESCHECK, a prognose exige uma valoração total de todas as circunstâncias que permitem uma conclusão sobre a conduta futura do agente, JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho (...)* ob. cit., p. 1155. P.

¹¹⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...)* ob. cit., p. 344.

¹¹¹ JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho (...)* ob. cit., pp. 1154-1155.

prevenção especial, a suspensão deverá ser negada se a ela se opuserem as necessidades de prevenção geral¹¹².

Deste modo, estando o critério formal verificado, há que proceder a um “reexame” da situação, no sentido de saber se poderá ser aplicada tal suspensão.

Falamos em “reexame” na medida em que as circunstâncias já foram, neste momento, analisadas e ponderadas para efeitos de determinação da medida concreta da pena¹¹³. De todo o modo, como refere EDUARDO CORREIA, “(...) as circunstâncias são ali e aqui valoradas numa projecção diferente, bem podem cumulativamente servir para fixar a pena e para indicar se a condenação condicional terá êxito sem que, dessa forma, se viole o princípio « ne bis in idem »”¹¹⁴

É importante ter em consideração que estamos perante um poder-dever do tribunal e não uma mera faculdade, pelo que, verificados os critérios, o tribunal tem de decretar a suspensão na modalidade que se afigure mais adequada.¹¹⁵

Apesar de o art. 50.º/4 referir que a decisão condenatória tem de especificar os fundamentos da suspensão e das suas condições, isto não significa que a decisão pela não aplicação da suspensão não tenha de ser fundamentada. Sobre esta questão pronunciou-se o Ac. do TC n.º 61/2006, que considerou inconstitucional, por violação do artigo 205.º, n.º 1, da CRP, as normas dos artigos 50.º, n.º 1, do Código Penal e 374.º, n.º 2, e 375.º, n.º 1, do CPP, interpretadas no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução de pena de prisão¹¹⁶.

A suspensão de execução da pena pode assumir diversas modalidades: i) suspensão simples (art. 50.º/1); ii) suspensão com deveres (arts. 50.º/2 e 51.º); iii) suspensão com regras de conduta (arts. 50.º/2 e 52.º); iv) suspensão com regime de prova (art. 53.º)¹¹⁷.

¹¹² DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...)* ob. cit., p. 344.

¹¹³ Efectivamente, se atentarmos nas circunstâncias elencadas no art 71.º/2 e nas circunstâncias enunciadas no art 50.º/1, verificamos que existe alguma coincidência entre elas. Aquelas que coincidem desde logo são: no art 71.º/2 al. d) “As condições pessoais do agente e a sua situação económica” e no art 50.º “condições da sua vida”; no art 71.º/2 al. e) “conduta anterior ao facto e posterior a este (...)” e no art 50.º/1 “conduta anterior e posterior ao crime”, sendo que as demais circunstâncias referidas no art 71.º/2, podem ser reconduzidas, ou pelo menos, fornecer-nos informações sobre a “personalidade do agente” e as circunstâncias do crime, referidas no art 50.º/1. Pensamos ser por isso que, alguns acórdãos, densificam de forma detalhada as circunstâncias, remetendo depois, aquando da decisão da suspensão da pena, para o que já foi dito em sede de determinação da medida da pena.

¹¹⁴ CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal, (...)* ob. cit., p. 408.

¹¹⁵ Por todos, GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal (...)* ob. cit., p. 201.

¹¹⁶ V. ANEXO 1.

¹¹⁷ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do (...)* ob. cit., p. 227.

Note-se que os deveres e regras de conduta podem ser impostos cumulativamente (art. 50.º/3), podendo o plano de reinserção social aplicado no âmbito da suspensão com regime de prova ser, também ele, acompanhado de deveres e regras de conduta, nos termos do art 54.º/3.

No primeiro caso, o tribunal limita-se a suspender a pena, uma vez que considera verificados os pressupostos necessários para o efeito.

Contudo, nos termos do art. 50.º/2, se entender conveniente à realização das finalidades da punição, o tribunal pode subordinar a suspensão ao cumprimento de determinados deveres ou/e regras de conduta.

Os deveres têm por objectivo reparar o mal do crime, enquanto as regras de conduta destinam-se a facilitar a reintegração do agente na sociedade. As enumerações previstas nos arts. 51.º e 52.º são meramente exemplificativas.

Tanto os deveres como as regras de conduta estão sujeitos aos princípios da razoabilidade e da modificabilidade (arts. 51.º/2 e 3 e 52.º/4).

O princípio da razoabilidade postula que não possam ser impostos ao condenado deveres ou regras de conduta cujo cumprimento não seja razoavelmente de lhe exigir¹¹⁸, ou seja, os deveres não podem violar os direitos fundamentais do condenado¹¹⁹.

Já o princípio da modificabilidade postula a possibilidade de modificação dos deveres ou regras de conduta, de modo a apoiar a reinserção social¹²⁰ sempre que se verifiquem circunstâncias supervenientes ou de que o tribunal apenas tenha conhecimento em momento posterior que o justifiquem. A modificação dos deveres e regras de conduta segue as regras do art. 492.º do CPP.

O tribunal pode ainda determinar o apoio e a fiscalização do condenado, pelos serviços de reinserção social, no cumprimento dos deveres e regras de conduta (art. 51.º/4 e 52.º/4), devendo este acompanhamento ser limitado ao estritamente necessário para o sucesso da suspensão, não devendo transformar-se numa vigilância total da vida do condenado¹²¹.

¹¹⁸ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal (...) ob. cit.*, p. 230.

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do (...) ob. cit.*, p. 229.

¹²⁰ GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal (...) ob. cit.*, p. 207.

¹²¹ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do (...) ob. cit.*, p. 231.

A suspensão com regime de prova centra-se nas necessidades de prevenção especial do condenado e tem por base a elaboração de um plano individual de reinserção social que é executado com vigilância dos serviços de reinserção social (art. 54.º CP e art 494.º CPP).

Já sabemos que há casos em que é obrigatório o acompanhamento da pena suspensa do regime de prova, designadamente nos casos de crimes sexuais contra menores (arts. 53.º/3 e 4)¹²².

O art 55.º fixa as consequências no caso de incumprimento dos deveres e regra de conduta ou do plano de reinserção social, sendo que o art. 495.º do CPP regula os seus trâmites. De acordo com MAIA GONÇALVES, só mediante as particularidades do caso concreto é que o juiz deverá decidir se alguma sanção deve ser aplicada e qual a mais conveniente¹²³.

O art 56.º determina os casos em que poderá verificar-se a revogação da suspensão. Contudo, esta revogação não é automática, pelo que a infração grosseira ou repetida dos deveres, regras de conduta ou plano de reinserção social (al. a)) ou o cometimento de um novo crime pelo qual venha a ser condenado (al. b)), não é suficiente para que seja revogada a suspensão. É necessário que, para além da verificação de alguma destas situações, se conclua que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas.

Sendo decretada a revogação, o condenado terá de cumprir a pena fixada na sentença, sem que possa exigir a restituição das prestações que tenha efectuado (art. 56.º/2).

No caso de revogação por cometimento de novo crime, a pena aplicada ao segundo crime executa-se depois do cumprimento da pena de prisão cuja suspensão foi revogada¹²⁴, ou seja, as penas executam-se sucessivamente.

Não havendo motivos para revogar a suspensão, no final do período da mesma, a pena é declarada extinta (art. 57.º/1).

Pode acontecer, contudo, que o período de suspensão já tenha decorrido, mas esteja pendente um processo por crime que possa determinar a revogação da suspensão ou incidente por falta de cumprimento das condições da suspensão ou do plano de reinserção. Neste caso, a

¹²² *Supra*, ponto 4.1).

¹²³ GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal (...) ob. cit.*, p. 216.

¹²⁴ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do (...) ob. cit.*, p. 236.

pena só será declarada extinta se, findo o processo ou o incidente, se concluir que não deverá haver lugar a revogação ou à prorrogação do período de suspensão (art. 57.º/2).

V. OS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

Os crimes sexuais contra menores dizem respeito a uma realidade complexa que entrecruza várias áreas do saber: o Direito, a Medicina, a Psicologia e a Sociologia¹²⁵.

As suas especificidades decorrem de não existir um “típico” agressor sexual¹²⁶, uma vez que cada agente tem as suas motivações, não obstante ser frequente a existência de desvios ao nível da sexualidade, o que pode relacionar-se com a existência de determinadas parafilias¹²⁷, ou com outras perturbações decorrentes, por exemplo, do abuso de drogas ou álcool¹²⁸.

As consequências para a vítima, decorrentes de tais actos, podem ser as mais variadas, dependendo das circunstâncias concretas do caso. Pode verificar-se desde a ansiedade, PTSD¹²⁹, depressão, baixa auto-estima, disfunções sexuais, problemas comportamentais, entre outros¹³⁰. Como refere ISABEL ALBERTO, há circunstâncias que dificultam a superação do abuso, como por exemplo, a repetição sucessiva do mesmo¹³¹.

De acordo com o RASI do último ano (à semelhança do que aconteceu em 2014 e 2015), a maioria das detenções levadas a cabo no âmbito de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual teve por base o crime de abuso sexual de crianças (122 detidos), seguindo-se o crime de violação (45 detidos) e o de pornografia de menores (46 detidos). Dos inquéritos iniciados, 43,3% referem-se a abuso sexual de crianças¹³².

¹²⁵ Neste sentido, Isabel Alberto, CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual de Menores – Uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 40.

¹²⁶ V. BATISTA, ISABEL, A avaliação dos agressores sexuais de crianças in *Ousar Integrar - RRSP*, ano 4, n.º 8, Janeiro 2011, pp.117-131.

¹²⁷ Quando seja este o caso, estamos normalmente perante comportamentos compulsivos associados a impulsos ou comportamentos sexualmente excitantes e recorrentes implicando a actividade sexual com crianças. SOEIRO, CRISTINA, Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças in *Ousar Integrar – RRSP*, ano 2, n.º4, Setembro 2009, p. 50. Sobre o designado “síndrome da compulsão” referido por FURNISS, v., sinteticamente, CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...)*, *ob. cit.*, p. 71.

¹²⁸ DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual in *RMP*, ano 34, n.º 136, CEJ, Outubro/Dezembro 2013, p. 67.

¹²⁹ Designação clínica para trauma, encontrando-se geralmente associado a sobreviventes civis e militares de guerras e de campos de concentração e a sobreviventes de acidentes, CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...)*, *ob. cit.*, nota 5, p. 95.

¹³⁰ CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...)*, *ob. cit.*, p. 41.

¹³¹ CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...)*, *ob. cit.*, p. 41-42.

¹³² RASI, 2016, p. 28.

Quanto ao tipo de relacionamento entre a vítima e o autor “prevalece o quadro das relações familiares enquanto espaço social de relacionamento entre autor e vítima”, correspondendo a 42,3% dos inquéritos iniciados¹³³.

Este é um dos motivos pelos quais os crimes sexuais, designadamente aqueles que envolvem contacto físico, acabam muitas das vezes por não ser denunciados. Seja porque são cometidos em locais onde apenas se encontra a vítima e o agressor, não havendo testemunhas presenciais; seja porque a vítima não tem a noção de que está a ser cometido um crime contra si; seja por receio do impacto que a divulgação pode ter na família ou mesmo o encobrimento de outros familiares¹³⁴.

Ainda assim, a APAV registou 142 ocorrências de abuso sexual de menores e 143 de violação envolvendo menores ou adultos¹³⁵. Por sua vez, as Estatísticas da Justiça registaram 1112 crimes contra a autodeterminação sexual de menores em 2016.

A nível internacional, sucedem-se vários instrumentos que pretendem harmonizar as legislações nacionais, facilitar a cooperação entre os vários países e promover medidas de protecção das vítimas. De entre os múltiplos instrumentos existentes neste âmbito destacamos a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989, bem como o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, a Convenção de Lanzarote de 2007, cujo art. 5.º esteve na base da Lei 113/2009 de 17 de Setembro e, mais recentemente, a Directiva 2011/92/UE, que esteve na origem de várias alterações ao nosso CP, através da Lei 103/2015 de 24 de Agosto.

Quanto a essas alterações, verifica-se – como já foi referido – que o regime de prova passa a ser obrigatório quando estejam em causa crimes sexuais contra menores. No geral, verifica-se um agravamento de determinadas molduras penais, bem como a exclusão, na generalidade dos crimes em que tal era admitido, da pena de multa alternativa à prisão. Introduziu ainda as penas acessórias previstas nos arts. 69.º-B e 69.º-C. A principal inovação desta lei foi, no entanto, a criação do sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes sexuais contra menores¹³⁶.

¹³³ RASI, 2016, p. 29.

¹³⁴ DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, Notas (...), *ob. cit.*, p. 60.

¹³⁵ V. Estatísticas APAV – Relatório Anual 2016, p. 8.

¹³⁶ A este propósito, referindo-se também às alterações decorrentes da Lei 83/2015, v. LEITE, ANDRÉ LAMAS, As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas in *Julgar*, N.º 28, Janeiro/Abril, 2016, pp. 61-74.

Note-se que tanto a Convenção de Lanzarote como a Directiva 2011/92/UE referem que devem ser tomadas as medidas necessárias para garantir que, no âmbito destes crimes, as penas sejam “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”.¹³⁷

O Capítulo V do Título I da Parte Especial do CP tem por epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, o que evidencia a existência de uma bipartição fundamental no âmbito dos designados “crimes sexuais”: por um lado, os crimes contra a liberdade sexual (Secção I, que integra os arts. 163.º a 170.º) e, por outro, os crimes contra a autodeterminação sexual (Secção II, que diz respeito aos arts. 171.º a 176.º-A). Os arts. 177.º e 178.º, apesar de surgirem na sequência da Secção II, são disposições comuns a ambas as secções.

No primeiro caso, protege-se a liberdade e a autodeterminação sexual de todas as pessoas, independentemente da idade, relativamente a comportamentos que atentam contra o direito de cada pessoa a decidir livremente da sua vida e práticas sexuais¹³⁸. Na segunda situação, o que está em causa é a protecção da liberdade e autodeterminação sexual dos menores, que se relaciona com o livre desenvolvimento da personalidade do menor, particularmente na esfera sexual¹³⁹.

Como refere FIGUEIREDO DIAS, visa-se proteger o menor “face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coacção, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual¹⁴⁰”

A referência aos crimes contra a liberdade sexual não é, no entanto, despicienda, na medida em que poderá estar em causa uma vítima menor. Funciona, aliás, como agravante dos crimes de coacção sexual, violação e abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, a circunstância de a vítima ser menor de 16 ou menor de 14 anos (n.º 6 e n.º 7 do art 177.º, respectivamente).

¹³⁷ Quanto à Convenção de Lanzarote, v. art. 27.º e quanto à Directiva 2011/92/UE considerando (12).

¹³⁸ CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual de Menores – Uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 36.

¹³⁹ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I (arts. 131.º a 201.º), 2ª ed., dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 711.

¹⁴⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário (...)*, *ob. cit.*, p. 834.

Cumpra ter em consideração que o nosso CP atribui uma tutela diferenciada consoante idade da vítima¹⁴¹⁻¹⁴². Como refere MOURAZ LOPES¹⁴³, é diversa a repercussão que este tipo de actos tem numa criança e num adolescente.

Assim, o legislador considerou que abaixo dos 14 anos de idade é sempre prejudicial sujeitar ou expor um menor a qualquer um dos comportamentos previstos no crime de abuso sexual de crianças¹⁴⁴ (art. 171.º).

Ultrapassada a fronteira dos 14 anos, os crimes passam a conter elementos típicos mais restritos. O legislador tutela o menor entre 14 e 16 anos, mas não basta a prática de acto sexual de relevo: o agente tem de ser “maior” e abusar da inexperiência da vítima (art. 173.º/1).

Também é atribuída tutela aos menores que se encontrem na faixa etária entre 14 e 18 anos, como é o caso do art. 172.º e do art. 174.º. No primeiro caso, o menor tem de ter sido confiado para educação ou assistência, pelo que agente do crime só pode ser a pessoa a quem o menor tenha sido confiado. No segundo caso, tem de verificar-se a existência de “pagamento ou outra contrapartida”, que é passível de viciar a formação da vontade da vítima, atendendo à sua jovem idade, colocando, assim, em causa o bem jurídico da autodeterminação sexual¹⁴⁵.

Nos casos dos arts. 175.º e 176.º o legislador protege os menores de 18 anos. No primeiro caso pretende evitar-se que o menor se dedique ao exercício da prostituição, sendo explorado para esse efeito e, no segundo, pretende evitar-se que sejam instrumentalizados e usados em pornografia¹⁴⁶.

Note-se a existência de determinadas circunstâncias, para além das previstas no art. 177.º¹⁴⁷, que agravam a penalidade, originando, segundo a doutrina, tipos qualificados¹⁴⁸.

¹⁴¹ O legislador nacional, utiliza, inclusivamente os conceitos de “crianças”, “adolescentes” e “menores”, consoante a faixa etária em causa. Não segue, portanto, a prática internacional de considerar como “criança” qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos. V. art. 1.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, art. 3.º al. a) da Convenção de Lanzarote e art. 2.º al. a) da Directiva 2011/92/UE.

¹⁴² Esta diferenciação é admissível constitucionalmente. V. anotação ao art. 69.º, CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição (...)*, ob. cit., p. 870.

¹⁴³ LOPES, JOSÉ MOURAZ, *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 131.

¹⁴⁴ CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...)*, ob. cit., pp. 36-37.

¹⁴⁵ DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, *Notas (...)*, ob. cit., p. 88.

¹⁴⁶ DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, *Notas (...)*, ob. cit., pp. 88-91.

¹⁴⁷ De acordo com Maria João Antunes, nos nºs 1, 3, 6 e 7 estamos perante crimes qualificados ao nível do tipo de ilícito, enquanto no nº 5 estamos perante crimes agravados pelo resultado. ANTUNES, MARIA JOÃO, *Comentário (...)*, ob. cit., p. 888.

¹⁴⁸ V. arts. 171.º/4, 172.º/3, 175.º/2, 176.º 2, 3 e 7. No sentido de estarmos perante crimes qualificados, *Comentário (...)*, ob. cit., pp. 842, 850, 875, 883.

No âmbito da temática dos crimes sexuais, assume particular relevância o conceito de “acto sexual de relevo”. Estamos perante um conceito que, embora indeterminado, não deve conotar-se com conteúdos moralistas¹⁴⁹.

A lei tipifica os actos sexuais de relevo mais graves: a cópula, o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal de partes do corpo ou objectos. Contudo, poderá verificar-se a prática de outros “actos sexuais de relevo” susceptíveis de ser punidos, embora com uma moldura penal mais leve.

Assim, levanta-se a questão de saber se, face a condutas que não se encontram tipificadas, estamos perante um acto sexual de relevo.

De acordo com RUI DO CARMO caberá apurar se o conteúdo ou o significado sexual do acto contende, com importância, com a liberdade ou autodeterminação sexual de quem o sofre ou pratica. Deverá ser tido em consideração o carácter objectivo do acto, a sua adequação social e o seu reflexo sobre a vítima, de modo a que se possa concluir se foi ou não, na situação concreta, violado o bem jurídico protegido pela norma¹⁵⁰.

Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor têm natureza pública, à excepção do crime previsto no art 173.º (actos sexuais com adolescentes) que, se dele não resultar suicídio ou morte da vítima, tem natureza semi-pública (art. 178.º/1 e 3).

No âmbito dos crimes sexuais contra menores, o MP poderá determinar a suspensão provisória do processo, verificados os requisitos dos nºs 4 e 5 do art 178.º.

Uma nota final que deve ser referida diz respeito ao regime de prescrição destes crimes. Nos termos do art. 118.º/5, o procedimento criminal por crimes desta natureza não se extingue antes de o ofendido perfazer 23 anos.

VI. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Cabe agora analisar quais são os critérios que têm sido tidos em consideração pelos nossos tribunais, no momento de decidir se, no âmbito da prática de crimes sexuais contra menores, uma pena de prisão deverá ou não ser suspensa na sua execução.

¹⁴⁹ LOPES, JOSÉ MOURAZ, *Os Crimes (...)*, p. 23.

¹⁵⁰ CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...)*, *ob. cit.*, p. 39.

A análise jurisprudencial levada a cabo incidiu sobre os acórdãos nos quais se enunciam critérios favoráveis e desfavoráveis à suspensão no caso concreto. Não conseguiremos no âmbito do presente trabalho referir todos os acórdãos analisados, pelo que apenas faremos referência àqueles que se nos afigurem particularmente sintomáticos, atentos os pontos em análise.

Estão em causa acórdãos em relação aos quais se equacionou a possibilidade de suspensão da pena, por estar verificado o pressuposto formal para o efeito, bem como aqueles em que tendo sido pedida a redução da pena para efeitos de aplicação da suspensão da execução da mesma, se enunciam critérios para a sua aceitação ou rejeição.

Da análise levada a cabo, constatámos que os principais critérios para suspender a execução da pena de prisão são, essencialmente, os seguintes:

- i) Inexistência de antecedentes criminais;
- ii) Lapso de tempo decorrido entre o facto e o momento de aplicação da pena;
- iii) Gravidade reduzida atendendo às modalidades possíveis de realização do tipo de ilícito;
- iv) Ser bem visto no meio social;
- v) Inserção familiar e profissional;
- vi) Idade avançada do agente.
- vii) Prevenção geral não ser posta em causa com a suspensão da execução da pena.

Relativamente aos critérios invocados para obstar à suspensão da execução da pena, destacamos os seguintes:

- viii) Existência de antecedentes criminais;
- ix) Reiteração dos factos;
- x) Ausência de arrependimento;
- xi) Reduzida idade das vítimas;
- xii) Relação de proximidade entre o agente e a vítima;
- xiii) Desvalor da personalidade do agente;

xiv) Fortes exigências de prevenção geral.

Note-se que alguns destes critérios suscitam divergências na jurisprudência.

Há também que ter em consideração que, muitas vezes, os casos têm especificidades muito próprias, pelo que são tidos em consideração outros critérios, para além dos critérios gerais acabados de referir¹⁵¹. Não nos pronunciaremos sobre esses.

- **Antecedentes criminais**

Relativamente a este elemento, é fácil compreender que a inexistência de antecedentes criminais servirá para apoiar a fundamentação pela opção de uma pena suspensa, enquanto que a existência de antecedentes criminais será tida como obstáculo à suspensão da mesma.

A relevância atribuída à inexistência de antecedentes criminais registados tem sido analisada na sua relação com a idade do agente. Quanto mais avançada for a idade do agente, mais relevância se afigura a inexistência de antecedentes criminais, na medida em que será mais fácil concluir que tem levado uma vida fiel ao Direito. Já quando se trata de jovens, entende-se que à ausência de antecedentes não pode ser atribuída grande relevância atenuativa¹⁵².

A inexistência de antecedentes criminais vem, na nossa jurisprudência, muitas vezes associada à conclusão de que estamos perante um acto único e isolado¹⁵³.

Contudo, atendendo às especificidades dos crimes sexuais e ao facto de serem de difícil conhecimento, não nos parece que se possa concluir sem mais que a ausência de antecedentes criminais demonstra que estamos perante um acto único e isolado na vida do agente¹⁵⁴. Seguimos, portanto, a orientação defendida pelo Ac. do STJ de 09.07.2003 que refere que “Comporta, algum relevo atenuativo, mas não exagerado, o facto de não registar antecedentes criminais, o que nem sequer atesta bom comportamento anterior, mas apenas que não chegou ao cadastro criminal até hoje a notícia de facto ilícito, escapando às malhas da lei penal (...)”.

- **Lapso de tempo decorrido entre o facto e o momento da aplicação da pena**

¹⁵¹ Por exemplo, o facto de existirem testemunhas que dão conta de factos semelhantes praticados pelo arguido em momento anterior; ter perseguido a vítima na pendência do processo; os factos terem ocorrido durante o dia, entre outros.

¹⁵² Assim, Ac. do STJ de 12.09.2012.

¹⁵³ Veja-se, entre outros, Ac. do TRP de 26.05.2004 e Anexo 2.

¹⁵⁴ Do mesmo modo, mas em relação à generalidade dos crimes, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...) ob. cit.*, pp. 252-253.

Este critério tem sido invocado para fundamentar a possibilidade de aplicação de suspensão da pena, na medida em que, a partir do momento em que se verifique o decurso de um lapso de tempo relevante, as exigências de prevenção geral e especial tornam-se mais ténues, podendo a pena já não ser (tão) necessária como seria se não se tivesse verificado esse período de tempo. Contudo, parece não haver uniformidade relativamente ao lapso de tempo tido por relevante para efeitos de atenuação das exigências de prevenção.

Apurámos que este argumento é utilizado, quer tenham passado cerca de nove¹⁵⁵, quatro¹⁵⁶, três¹⁵⁷ e até mesmo um ano¹⁵⁸, desde a prática do crime.

Não nos parece que o facto de ter passado cerca de um ano da prática do crime, por exemplo, sem que o agente tenha cometido crimes nesse período, tenha relevância suficiente para fundamentar uma opção pela suspensão. Efectivamente, parece-nos que deverá estar em causa um lapso de tempo suficientemente considerável, sob pena de serem colocados em causa os fins das penas.

Qual deverá então ser o lapso de tempo em que já se pode dizer, com alguma segurança que as exigências de prevenção se encontram mais esbatidas?

Se atentarmos no CP, concluímos que existem algumas situações em que a lei atribui relevância à passagem do tempo, para efeitos de punição.

Veja-se, desde logo a alínea d) do art. 72.º. Nos termos deste art., é possível aplicar o instituto da atenuação especial no caso de “ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta”, desde que essa circunstância revele uma diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena.

De acordo com o Ac. do STJ de 15.03.2012, “(...) a expressão “muito tempo” significa um lapso de tempo muito amplo, *excepcionalmente* longo, tendo em consideração a normal tramitação do processo.

No caso dos autos, é de rejeitar liminarmente a verificação do condicionalismo exigido para aplicação da atenuação especial. Com efeito, o prazo decorrido desde o último facto ilícito até à presente decisão não excede cerca de três anos e meio. Tendo em conta a normal tramitação de um processo comum em tribunal coletivo, e considerando ainda que a primeira

¹⁵⁵ Veja-se, o Ac. do STJ de 25.09.2008 e Anexo 3.

¹⁵⁶ Ac. TRC 21.05.2014 e, sintomaticamente, Anexo 4.

¹⁵⁷ Ac. TRE 29.11.2016 e, sintomaticamente, Anexo 5.

¹⁵⁸ Ac. TRL 18.01.2007 e, sintomaticamente, Anexo 6.

decisão proferida em 1ª instância foi anulada neste Supremo Tribunal, obrigando a um segundo julgamento e nova decisão, não se pode entender, de forma alguma que o período de tempo entretanto decorrido é excepcionalmente longo, que é «muito tempo»¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

Se atentarmos no art. 75.º/2, concluímos que também no âmbito da reincidência se verifica a atribuição de relevância ao decurso do tempo. Efectivamente, se já tiverem decorrido mais de cinco anos sobre a prática do crime anterior, o agente não será punido como reincidente. Entende-se que o este prazo prescricional “vem como que «apagar», para efeitos de aplicação do instituto, a reiteração, considerando que, uma vez distanciada em mais de cinco anos, ela não é pressuposto dessa maior culpa e propensão que lhe é atribuída se decorre em prazo inferior”¹⁶¹.

Outra situação de relevo é, a nosso ver, o facto de o decurso de certo lapso de poder acarretar a prescrição da pena, nos termos do art. 122.º. Como refere FIGUEIREDO DIAS, “É óbvio que o mero decurso do tempo sobre a prática de um facto não constitui motivo para que tudo se passe como se ele não tivesse ocorrido; considera-se, porém, que uma tal circunstância é, sob certas condições, razão bastante para que o direito penal se abstenha de intervir ou efectivar a sua reacção”. Para além disso, refere o autor que as necessidades de prevenção geral e de prevenção especial esbatem-se com o passar do tempo. Seja porque, ao nível da prevenção geral, as expectativas da comunidade já estão apaziguadas ou ficaram definitivamente frustradas. Seja pelo facto de, ao nível da prevenção especial, passado tanto tempo a sanção já não conseguir alcançar quaisquer finalidades de socialização ou segurança¹⁶².

Tendo decorrido um lapso de tempo considerável, a vida do agente pode ter mudado de tal forma que, ao nível da prevenção especial, a pena deixe de ser necessária. Por outro lado, o decurso do tempo não prova por si só isso mesmo. Pode suceder que a pena continue a ser necessária, o que terá de apurar-se no caso concreto.

Contudo, atendendo à relevância deste critério, entendemos que deveríamos estar perante um lapso de tempo expressivo. Até porque, como se sabe, o alarme social causado por

¹⁵⁹ Em sentido coincidente, veja-se o Ac. do STJ de 25.03.2009 e, sintomaticamente, Anexo 7.

¹⁶⁰ Veja-se também, quanto à relação “decurso do tempo-prevenção geral”, a propósito da alínea d) do art 72.º, o seguinte excerto: “ao dito requisito do decurso de muito tempo sobre a prática do crime, não é necessário que se demonstre ter-se esbatido o alarme social causado pelo crime, porquanto é a própria lei que presume este resultado, decorrido que seja muito tempo sobre a prática do crime, baseada certamente nas regras da experiência, pelo que esse só seria de afastar mediante a prova de contrário”. Ac. STJ de 19.09.1990, citado em LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA / SANTOS, MANUEL DE SIMAS, *Código (...) ob. cit.*, p. 870.

¹⁶¹ SUSANO, HELENA, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Lisboa, Almedina, 2012, p. 106.

¹⁶² JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências (...) ob. cit.*, p. 699.

crimes desta natureza é premente, pelo que só com um lapso de tempo suficientemente expressivo se pode considerar, com alguma, segurança, que as exigências de prevenção geral se encontram mais ténues.

- **Ser bem visto no meio social**

Tendencialmente, este critério é utilizado como argumento para a opção pela suspensão da execução da pena. Contudo, é importante notar que existe jurisprudência divergente em relação a esta circunstância.

Efectivamente, há decisões que entendem que a sua verificação não é suficiente para se sobrepor a outras circunstâncias que não permitem a suspensão, especialmente por se considerar que este tipo de criminalidade tem, frequentemente, como agentes indivíduos que gozam de alguma consideração social. Há também, por outro lado, decisões que entendem que este elemento não deve ser encarado como favorável à suspensão.

Veja-se o Ac. do TRG de 10.05.2010 que, debruçando-se sobre a questão de o arguido ser bem visto socialmente, considerou que se, por um lado, esse elemento faz supor um comportamento de conformidade às normas, por outro lado torna mais fácil a aproximação à vítima, tornando-se o agente, potencialmente, mais perigoso¹⁶³.

- **Idade avançada do agente**

Esta circunstância também não reúne consenso. Se, por um lado, é considerada como atenuante capaz de fundamentar a suspensão da pena - seja por poder sujeitar-se o agente a uma pena de prisão que, provavelmente, durará o resto da sua vida, seja porque se consideram mais diminutos os fins socializadores das penas - por outro lado, entende-se que quanto mais elevada for a idade do agente, maior deveria ser a sua responsabilidade, atendendo à sua experiência de vida. Particularmente relevante quanto a esta última posição, veja-se o Ac. do STJ de 09.01.2008¹⁶⁴.

¹⁶³ Anexo 8.

¹⁶⁴ E, sintomaticamente, Anexo 9.

- **Gravidade reduzida atendendo às modalidades possíveis de realização do tipo de ilícito**

Este elemento é de fácil compreensão. Efectivamente, verificámos a existência de situações que foram subsumidas ao tipo legal de “abuso sexual de crianças”, tanto em casos em que o agente pratica, por exemplo, cópula completa com a vítima, como nos casos em que “a única parte do corpo da ofendida a entrar em contacto com o órgão sexual do arguido foi uma das mãos e o contacto havido verificou-se com interposição das calças que o arguido manteve vestidas”¹⁶⁵. Obviamente que, à vista desarmada – isto é, abstraindo-nos de outras circunstâncias que possam ocorrer no caso concreto - ao nível da prevenção geral, a primeira situação causa mais alarme e repulsa do que a segunda.

- **Reiteração**

Na generalidade dos casos em que se verifica a reiteração dos factos, os nossos tribunais têm considerado que, se o lapso de tempo em que se verificou a reiteração não foi suficiente para o agente abster-se de voltar a praticar os factos, poderá estar aqui subjacente uma tendência para a prática destes crimes, bem como uma personalidade desvaliosa que não permita concluir com segurança por um prognóstico favorável. Havendo reiteração, as exigências de prevenção geral são consideradas mais elevadas do que se estivéssemos perante uma única situação¹⁶⁶.

- **Ausência de arrependimento**

A ausência de arrependimento é também considerada como uma circunstância que faz aumentar as exigências de prevenção especial, sendo invocada como obstáculo ao juízo de prognose favorável.

Contudo, ao que pudemos apurar, há situações em que se afirma inexistir arrependimento quando não existem factos concretos que demonstrem esta premissa. Consideramos não ser prudente avaliar as circunstâncias pelo facto de o agente não ter levado a cabo um certo comportamento. Efectivamente, em todos os casos poderíamos referir inúmeras condutas que o arguido poderia ter levado a cabo e não levou.

¹⁶⁵ Ac. do TRE de 20.12.2011.

¹⁶⁶ Por todos, Ac. do STJ de 05.06.2003 e, sintomaticamente, Anexo 10.

Assim, entendemos que a ausência de arrependimento só deveria ser valorada quando se verificasse a existência de comportamentos activos que a demonstrem¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

- **Relação de proximidade entre o agente e a vítima**

Apesar da agravação prevista no art. 177.º/1 a) e b) em virtude de certas relações especiais de proximidade, não poder, em sede de determinação da pena, ser valorada duplamente, há acórdãos que extraem conclusões sobre a personalidade do arguido, nos casos em que estejamos perante alguma dessas relações. Por outro lado, são também tidas em consideração, como reveladores de uma personalidade desvaliosa, outras relações que, não estando previstas neste artigo, foram aproveitadas pelo agente para conseguir ter “fácil acesso” à vítima e conseguir ficar sozinho com a mesma.

- **Reduzida idade das vítimas**

Há, como vimos, uma protecção legal diferente consoante a idade, sendo que os nossos tribunais têm entendido que quanto mais reduzida é a idade da vítima, mais grave se afigura o ilícito global e mais desvaliosa é a personalidade do agente¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

- **Desvalor da personalidade do agente**

Os nossos tribunais colocam, muitas vezes, ênfase na personalidade desvaliosa do agente, que não permite formular um juízo de prognose favorável. Este argumento advém, normalmente, de um conjunto de circunstâncias já enunciadas no caso, que permitem concluir por esse desvalor. Seja porque: o agente não revela qualquer tipo de “censura ou auto-crítica”, demonstra uma “personalidade indiferente aos valores jurídico-penais elementares”, “evidencia uma personalidade desviante”, etc...

¹⁶⁷ Veja-se o lugar paralelo do art. 72.º/2 c).

¹⁶⁸ De forma, algo semelhante, Ac.do TRC de 26.02.2014 que refere que, não tendo o arguido demonstrado arrependimento, essa circunstância embora não o prejudique, também não o beneficia.

¹⁶⁹ Exemplificativamente, Ac. do STJ de 08.07.2003: “(...)que o comportamento do arguido é objecto de elevada reprovação social, reprovação essa tanto maior quanto mais baixa é a idade da ofendida (...)”

¹⁷⁰ Como é referido em ROOK / WARD, *Sexual Offences – Law and Practice*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 191, “the younger the child the more vulnerable”.

- **Prevenção especial**

A prevenção especial é invocada como resultado de certos factores. Quando o agente se encontra devidamente inserido quer a nível profissional, quer a nível familiar, considera-se que, se as exigências mínimas de prevenção geral o permitirem, a pena deverá ser suspensa de modo a que não se quebre essa estabilidade.

- **Prevenção geral**

É o principal critério invocado tanto para não suspender como para suspender, o que se compreende, tendo em conta que é este o fim fundamental, tanto para a generalidade da doutrina como para a jurisprudência, da sanção criminal.

Assim, como fundamento que obsta à suspensão, diz-se que as necessidades de prevenção geral não a permitem, na medida em que se afirma que a sociedade não compreenderia a aplicação de uma pena suspensa nestes casos, ficando totalmente defraudadas as expectativas da comunidade na vigência da norma.

Quando é utilizado como argumento para a suspensão diz-se que, apesar de ser unânime o facto de, em abstracto, serem acentuadas as exigências de prevenção geral, no caso concreto – e com base na construção propugnada por FIGUEIREDO DIAS - o limiar mínimo de defesa do ordenamento jurídico não é posto em causa com a suspensão da execução da pena de prisão.

Por fim, é ainda importante notar que se verifica a existência de uma linha jurisprudencial que considera que a suspensão da execução da pena de prisão, quando estejam em causa crimes sexuais contra menores, deverá ser excepcional¹⁷¹.

Nestes termos, refere o Ac. do STJ de 08.01.2003: “I - A especificidade dos crimes sexuais contra menores reside como que numa obrigação de protecção de castidade e virgindade, sejam eles de que sexo forem. II - Quando, como hoje, se assiste com uma frequência preocupante ao autêntico escárnio dos mais sagrados sentimentos de crianças indefesas, tantas vezes transformadas sem escrúpulo em meros instrumentos de satisfação libidínica, não raro por actuação perversa e cobarde, até, dos próprios progenitores, ou de quem, acobertado pelo recato do lar, e em regra, por isso, portador da sua inocente confiança total, não hesita em conspurcar esse sacrário de inocência no seu próprio chafurdo sexual, não pode o

¹⁷¹ Por exemplo, Ac. do STJ de 27.02.1997, Ac. do TRG de 12.04.2010 e Ac. do TRG de 11.01.2016.

sistema jurídico-penal dar outra resposta que não seja um inequívoco sinal de segurança, enfim, proporcionando porto de abrigo a quem dele tão veementemente mostra necessitar: as crianças. III - Em regra, nesse tipo de criminalidade a defesa do ordenamento jurídico e os sentimentos de confiança e de segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais que urge satisfazer, não se bastarão com uma pena situada no limiar inferior da moldura penal abstracta, impedindo assim a sua compatibilização formal com a pena suspensa.” Este excerto assume particular relevância, na medida em que é transcrito nos vários acórdãos em que se advoga esta excepcionalidade.

VII. A PENA SUSPensa E OS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

Aqui chegados cumpre questionar: será que a aplicação de uma pena suspensa a crimes sexuais contra menores satisfaz as finalidades da punição?

Do que se expôs, é possível observar que existe uma ampla margem de discricionariedade do juiz, no momento de decidir se deverá aplicar ou não uma pena suspensa.

O juiz deverá atender às circunstâncias previstas no art. 50.º/1, cabendo-lhe, no entanto, determinar o peso que deverá ser atribuído a cada uma delas.

É o julgador que decide se é ou não conveniente e adequado à realização das finalidades da punição a subordinação da suspensão da execução da pena de prisão ao cumprimento de deveres e regras de conduta (art. 50.º/2).

Se optar por essa subordinação e se verificar o seu incumprimento por parte do agente de forma “grosseira ou repetidamente”, o juiz ponderará se a pena suspensa deverá ser revogada. O mesmo acontece se o agente cometer novo crime pelo qual venha a ser condenado (art. 56.º/1), podendo esse crime ser, inclusivamente da mesma natureza. Em termos abstractos, é possível um agente ser punido com uma pena suspensa por um crime sexual contra um menor e voltar a cometer outro crime sexual contra menor e ser novamente punido com uma pena suspensa. Claro que neste caso consideramos que seria particularmente difícil um prognóstico favorável, mas o que é certo é que a lei não veda, nem impõe comandos para fazer face a este tipo de situações.

É inequívoco que tem de haver alguma discricionariedade neste âmbito, pois só assim é possível atender às circunstâncias e atribuir sentenças justas. Cada caso é um caso e, portanto,

deverá ser devidamente analisado e ponderado, não devendo haver comandos excessivamente rígidos, sob pena de serem tratadas da mesma forma situações totalmente diferentes entre si.

Efectivamente, é diferente o caso em que A, de 60 anos, comete um crime sexual contra o menor B, de 5 anos, durante vários anos fazendo uso da sua força física, vencendo a resistência do menor e ameaçando-o para não contar a ninguém do que o caso em que C, de 19 anos, tem relações sexuais consentidas com a sua namorada de 14 anos.

Logicamente que estas circunstâncias têm de ser devidamente sopesadas. Contudo, a ampla discricionariedade de que o julgador dispõe pode originar situações conflituantes. Veja-se o caso do Ac. do TRG de 11.01.2016 em que, com base nos mesmos factos, o Tribunal da Primeira Instância e o Tribunal da Relação tecem considerações exactamente opostas¹⁷².

Para além disso, existem situações em que não sabemos como foi possível concluir pela existência de um prognóstico favorável com base num “risco calculado”.

Estamos a pensar, particularmente, no Ac. do TRL de 15.06.2005. A primeira instância considerou não dever haver lugar à suspensão da execução da pena de prisão, mas o Tribunal da Relação determinou que a pena deveria ser suspensa. Está em causa um acórdão no qual se dá conta que o agente continha inúmero material pornográfico contendo menores desde os 6 aos 14 anos em práticas sexuais explícitas com adultos. Para além disso, o agente escrevera um guião – supostamente de um filme pornográfico – envolvendo menores. Assumiu ter fantasias sexuais com menores embora não ter intenções de realizá-las. Continuou a contactar com umas das vítimas já na pendência do processo e referiu a uma das vítimas que não sabia quanto tempo iria resistir à sua filha menor.

O ponto essencial neste âmbito é o de que as necessidades de prevenção geral e de prevenção especial sejam respeitadas.

No âmbito da **prevenção geral positiva**, a sociedade tem de sentir que as normas são cumpridas, não podendo criar-se o sentimento de que o crime ficou sem punição, o que muitas vezes acontece quando é aplicada uma pena suspensa. Estamos a falar de crimes que não deixam a sociedade indiferente. Como refere DENIS SALAS, a sociedade vê estes crimes como “uma ofensa ao estrato mais profundo da colectividade: a estrutura das gerações, muito anterior a

¹⁷² V. Anexo 11.

qualquer associação política¹⁷³”. Há como que uma “moral de compaixão”¹⁷⁴ para com as vítimas que, atendendo à sua idade deveriam ser especialmente protegidas e não colocadas em perigo. Aplicar uma pena suspensa a estes crimes é, muitas das vezes, encarado pela sociedade como a demissão do Estado na aplicação da justiça.

Por outro lado, em termos de **prevenção geral negativa**, se se começar a criar no espírito da sociedade que esse tipo de crimes tem como paradigma a suspensão da execução da pena de prisão, como é que poderá haver a tão necessária dissuasão, referida nos instrumentos internacionais face ao número crescente de crimes sexuais contra menores?

Além disso, quando se aplica uma pena suspensa, pretende-se que a ameaça da prisão seja suficiente para que o agente se abstenha de cometer crimes. Há aqui algumas ponderações a fazer.

Quando explicitámos a teoria da **prevenção especial negativa**, referimos que uma das suas funções é a de que o agente não volte a cometer crimes por via do sofrimento experienciado com a pena. Mas será que uma pena suspensa é suficiente para dissuadir o agente de voltar a praticar este tipo de crimes? O agente continua livre, orientando a sua vida naturalmente sendo que, em vários casos, os factos nem chegam ao conhecimento público. Se o agente não sentir que lhe está a ser aplicada uma verdadeira pena, qual é o impacto que a pena suspensa terá na tentativa de condução da vida de modo diferente? Se o agente considerar que não foi punido, como no caso do Ac. do TRC de 26.02.2014¹⁷⁵, não parece que seja possível satisfazer as finalidades da punição, designadamente, proteger os bens jurídicos. Só interiorizando o seu comportamento ou, em situações mais graves, recebendo o devido apoio, é possível afastar o agente da criminalidade. Além disso, sendo por norma, um comportamento tendencialmente compulsivo, agindo os seus autores movidos por impulsos que eles próprios não sabem como controlar, como se pode ter segurança suficiente de que não cometerão um novo crime?

Claro que se olharmos unicamente para a teoria da **prevenção especial positiva**, a pena suspensa será um óptimo meio para a alcançar, na medida em que o agente pode manter o seu emprego e laços familiares de modo a ter uma vida dita “normal”. Mas não me parece que os

¹⁷³ SALAS, DENIS, O Delinquente Sexual in *A Justiça e o Mal*, dir. Antoine Garapon / Denis Salas, trad. Maria Fernanda Oliveira, Bobadela, Instituto Piaget, 2000, p. 48.

¹⁷⁴ Expressão utilizada em DENIS, SALAS, *O Delinquente (...)*, *ob. cit.*, p. 46.

¹⁷⁵ Situação na qual o agente já tinha sido punido com pena suspensa por crime sexual contra menor, nos termos do mesmo *modus operandi*. No âmbito desse processo, o agente esteve preso preventivamente, sendo que, posteriormente, quando lhe perguntaram se tinha sido condenado no âmbito desse processo, “o arguido respondeu que não, pois foi para casa, saiu em liberdade, sendo que se fosse condenado continuava na prisão(...)”.

benefícios da pena suspensa para efeitos da prevenção especial positiva devam prevalecer sem mais.

Há ainda um outro factor na “equação” que tem de ser devidamente ponderado: a vítima.

Não nos podemos esquecer que o Estado também tem deveres para com a vítima, bem como dos direitos fundamentais de que esta é titular e que foram ofendidos pelo seu agressor, como é o caso do direito à sua “integridade moral e física” (art 25.º/1 CRP), o direito ao “desenvolvimento da personalidade” (art. 26.º/1 CRP), bem como a tutela da “Infância” (art. 69.º CRP) e da “Juventude” (art. 70.º CRP).

Outro direito fundamental de todos os cidadãos é o direito à segurança (art 27.º CRP). Uma vez que a maioria dos casos de abuso sexual são perpetrados por familiares ou pessoas com certa relação de proximidade para com a vítima, não colocará a pena suspensa deliberadamente em causa a sua segurança? Não nos parece que, pelo menos em casos em que o agente continua a ter o já referido “fácil acesso” à vítima, se esteja a correr um risco prudente com a aplicação da pena suspensa.

Terá, pois, de haver um equilíbrio: não pode partir-se da compaixão que a sociedade tem para com a vítima para aplicar penas desmesuradas, usando o agente como escudo de repressão. Contudo, também não poderá adoptar-se uma atitude de complacência no âmbito de crimes que assumem especial gravidade. Ambas as posições exigem um apoio diferenciado. Os abusos do passado e a tentativa de proteger o arguido dos excessos do poder punitivo, não podem fundamentar a aplicação de penas simbólicas, sem efeito útil visível. Não se deve pecar, nem por excesso, nem por defeito, mas como já foi referido, na dúvida “contra reum”¹⁷⁶.

Não consideramos que a aplicação da pena suspensa deva ser excluída do âmbito dos crimes sexuais contra menores. Simplesmente, consideramos que deverá haver um especial cuidado na sua ponderação.

Então como conciliar as duas posições?

Pensamos que a discricionabilidade tem de existir. Contudo, existem circunstâncias que devem fundamentar uma excepcionalidade da pena suspensa neste âmbito, seja por via das exigências de prevenção geral, seja por via de uma dificuldade acrescida de respeitar o “risco

¹⁷⁶ *Supra*, ponto 4.2).

calculado” para a aplicação da pena suspensa. A nosso ver, essas circunstâncias seriam as seguintes:

- i) Comprovada atracção sexual por menores;
- ii) Prática do(s) acto(s) no local em que reside;
- iii) Reiteração;
- iv) Antecedentes criminais por crimes da mesma natureza¹⁷⁷,

Quanto à primeira circunstância referida, consideramos que é um factor fundamental a ter em consideração aquando da ponderação sobre a suspensão ou não suspensão da execução da pena de prisão. Efectivamente, os agressores sexuais, como já foi referido, não sofrem todos de parafilias originárias de comportamentos compulsivos. Há, no entanto, situações em que existe uma comprovada atracção sexual por menores. Estamos a pensar em casos nos quais: o agente detém intencionalmente material de pornografia infantil; se verifica a reiteração de condutas; são várias as vítimas (menores) dos crimes pelos quais foi condenado; há uma premeditação e um mesmo “modus operandi” de actuação, entre outros.

A prática dos actos no local (ou imediações) em que reside tem relevância na medida em que, geralmente, os actos são praticados nesse local que é, por norma, também onde a vítima reside. Nestes casos, a pena suspensa tem de ser especialmente ponderada ou, até, afastada pois manter o agente no mesmo meio que a vítima, consubstanciará, a mais das vezes, um risco que não deverá ser levado a cabo.

Dos acórdãos analisados, quando existe reiteração considera-se que estamos perante uma forte possibilidade tendência ou compulsividade, na medida em que o agente, durante certo lapso de tempo mantém-se indiferente ao Direito, bem como ao sofrimento da vítima. Nestes casos tanto pode estar subjacente uma dificuldade em controlar certas pulsões, como poderemos estar perante uma personalidade deformada, decorrente de outros factores.

Por fim, os antecedentes por crimes da mesma natureza demonstram essa tendência, com a agravante de o agente agir com indiferença à condenação de que foi alvo. Se o agente já foi punido com uma pena suspensa, parece claro que não há margem para acreditar que agente

¹⁷⁷ Em Espanha só é possível a aplicação da pena suspensa se estivermos perante um delinquente primário, nos termos do art. 80.º/2 do CP espanhol. Por sua vez, em França, o agente não pode ter sido condenado durante os 5 anos precedentes aos factos (art. 132-30 do CP francês).

adopte um comportamento diferente perante uma nova suspensão. Se foi punido com uma pena de prisão efectiva e o sofrimento experienciado com a pena não foi suficiente para se abster de praticar, novamente, o facto punível, então não me parece que haja margem para um prognóstico favorável à suspensão.

Assim, pensamos que, estando verificada a “comprovada atracção sexual por menores” cumulativamente com um ou mais dos factores enumerados, a pena suspensa deveria ser excepcional¹⁷⁸ ou, a equacionar a sua aplicação, deveria ser acompanhada de obrigação de residir noutra localidade (em prol da protecção da vítima)¹⁷⁹ e de acompanhamento médico adequado¹⁸⁰ (em prol da protecção das potenciais vítimas)¹⁸¹.

Contra esta asserção pode argumentar-se que assim, a prevenção especial poderá ser mais difícil de alcançar, pois poderá culminar, por exemplo, com a quebra do emprego em determinado local. É verdade. Mas certamente que será mais fácil a reintegração do agente noutra localidade do que na prisão.

Além disso, como referem GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “(...) Pode mesmo argumentar-se que a admissão de medidas de privação total da liberdade legitima implicitamente a aplicação de medidas de privação parcial quando substitutivas daquelas (por ex., aplicação de restrições à liberdade de movimentos em vez da prisão)¹⁸²”. Ora, não obstante os direitos do agente deverem ser respeitados, não podemos esquecer-nos que o arguido cometeu um crime pelo qual terá de cumprir uma pena. Crime esse, para qual o CP prevê pena de prisão. Deste modo, se para se conseguir a compatibilização dos interesses referidos é necessário impor algumas restrições à suspensão da pena de prisão ao agente, então assim terá que ser.

¹⁷⁸ Sem prejuízo do devido acompanhamento que deverá ser proporcionado ao agente no estabelecimento prisional.

¹⁷⁹ A vítima também carece de reintegração. Como refere Isabel Alberto, CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual (...), ob. cit.*, p. 87, “Em caso de suspeita de abuso, o agressor deve ser afastado da vítima, de forma a que esta última se mantenha integrada no seu contexto familiar e social”. Só assim a vítima poderá restabelecer a sua vida – dentro do possível e quando isso é possível. Não é a vítima que deve ser institucionalizada, nem sair da cidade onde vive por sua iniciativa ou dos seus representantes. Ela não escolheu ser vítima e, portanto, a nosso ver, nos casos mais graves, o agente deverá ser afastado – com segurança – da mesma.

¹⁸⁰ Fazendo entender ao condenado a importância desta reabilitação.

¹⁸¹ Efectivamente, afastar o agente de certo local pode não resolver totalmente o problema, pois se essa atracção existe, poderá estar a pôr-se em risco outras crianças residentes nesse novo local.

¹⁸² CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, (arts. 1.º a 107.º), 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 479.

Com estas circunstâncias pensamos que há elementos suficientes para concluir que o risco de reincidência é elevado, já para não falar de que são circunstâncias que causam um alarme social premente.

Nos demais casos, será o juiz que, ao abrigo da sua discricionariedade, deverá, como vem sendo feito até agora, analisar qual a opção mais adequada.

Efectivamente, a pena suspensa é uma verdadeira pena e continua, mesmo com as condições elencadas a cumprir o seu objectivo: fazer face à pena de prisão, mas reduzindo o “risco” de insucesso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A aplicação de uma pena tem sempre por base a prossecução das finalidades da punição, tal como constam do art 40.º do CP.

2. As teorias sobre os fins das penas subdividem-se, fundamentalmente, em duas: as teorias absolutas e as teorias relativas.

3. As teorias absolutas têm por base a ideia de retribuição, enquanto as teorias relativas fundam-se numa ideia de prevenção. As teorias relativas dizem essencialmente respeito às teorias da prevenção geral positiva e negativa e teorias de prevenção especial positiva e negativa.

4. A orientação dominante na nossa doutrina e jurisprudência é a de que a pena prossegue fins de prevenção geral e de prevenção especial positiva, sendo que esta última só será tida em consideração nos exactos termos em que a prevenção geral a permite.

5. Será com base na prossecução dos fins das penas que serão valoradas as circunstâncias presentes no caso concreto para que se determine qual a pena adequada, podendo, se estiverem verificados o critério formal e o critério material necessários para o efeito, haver lugar à aplicação de uma pena de substituição.

6. As penas de substituição têm subjacente a ideia de que a prevenção especial positiva será mais facilmente alcançada com o agente em liberdade total ou parcial. É, contudo, orientação dominante que se a prevenção geral não for devidamente salvaguardada não deverá ser aplicada qualquer pena de substituição.

7. O regime da pena suspensa assenta na “esperança fundada” de que o arguido pode permanecer em liberdade, pois há margem para acreditar que não irá cometer crimes no futuro. A ameaça da prisão será suficiente para que se abstenha da sua prática.

8. Existe uma ampla margem de discricionariedade do juiz no momento de decidir se uma pena deverá ou não ser suspensa. Esta discricionariedade existe para que possam ser tidas em consideração todas as circunstâncias relevantes no caso.

9. Os crimes sexuais contra menores têm especificidades muito próprias decorrentes da vulnerabilidade da vítima (atendendo à sua idade), do crime ser, por norma, mantido em segredo ou praticado por pessoas que pertencem ao círculo de confiança da vítima.

10. Os crimes sexuais causam uma forte repulsa na sociedade sendo, muitas vezes, a pena suspensa encarada como ausência de punição. É por este motivo que existe jurisprudência que considera que, no âmbito de crimes sexuais contra menores, a suspensão da execução da pena de prisão deve ser excepcional pois, caso contrário, as exigências de prevenção geral não serão respeitadas.

11. Para que a suspensão da execução da pena de prisão no âmbito de crimes sexuais contra menores não colida com as finalidades das penas é importante que determinados critérios funcionem como “alerta” para uma ponderação mais profunda.

12. Consideramos que os “critérios de alerta” serão: a comprovada atracção sexual por menores; a prática dos factos do local em que o agente reside; reiteração e antecedentes criminais por crimes da mesma natureza. Nestes casos, para que haja uma compatibilização entre os interesses da vítima e/ou potenciais vítimas, entendemos que o agente deveria deixar de residir no local onde praticou os factos e ser sujeito ao acompanhamento médico adequado.

13. Os crimes sexuais contra crianças dizem respeito a uma realidade complexa que deve ser analisada com muito detalhe. Sendo, normalmente, crimes de pulsão e sendo no caso concreto “visível” essa tendência, o juiz não pode ignorá-la, colocando as vítimas e/ou potenciais vítimas em risco.

ANEXOS

Anexo 1

Ac. do TC n.º 61/2006 - Processo n.º 442/05 – Relator Mário Torres

“Determinada, de acordo com os critérios estabelecidos pelo artigo 71.º do Código Penal, qual a medida da pena que se considera adequada, se esta for de prisão de duração não superior a três anos, o tribunal tem de, por força do artigo 50.º, n.º 1, do mesmo Código, decidir, num segundo momento, se suspende, ou não, a sua execução, realizando officiosamente as diligências de prova necessárias para o efeito. Trata-se, na verdade, de situação substancialmente diversa daquelas em que está em causa um mera faculdade do tribunal, como na dispensa de pena (artigo 74.º do Código Penal). E a decisão concreta que vier a ser adoptada quanto à suspensão da execução da pena de prisão não pode deixar de ser fundamentada, por imposição do artigo 205.º, n.º 1, da CRP, quer seja no sentido da suspensão, quer no sentido da não suspensão, sendo, aliás, de salientar que esta última solução, porque contrária à preferência do legislador pelas penas não privativas de liberdade (artigo 70.º do Código Penal), surge como a decisão mais desfavorável para o arguido, pelo que o dever da sua fundamentação até se pode considerar mais premente.

(...)

Em face do exposto, acordam em:

a) Julgar inconstitucionais, por violação do artigo 205.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, as normas dos artigos 50.º, n.º 1, do Código Penal e 374.º, n.º 2, e 375.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, interpretados no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução de pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos; e, conseqüentemente,

b) Conceder provimento ao recurso, determinando a reformulação da decisão recorrida em conformidade com o precedente júízo de inconstitucionalidade.”

Anexo 2

Ac. do TRP de 26.05.2004 - Processo n.º 0411484 – Relator Manuel Braz

“O arguido não tem antecedentes criminais e nenhuma referências existem a outros comportamentos como o que aqui está em causa. Este apresenta-se **assim** como um acto isolado (...) O arguido não tem antecedentes criminais, sendo uma pessoa respeitada e trabalhadora, estando actualmente a trabalhar. É, assim, de crer que a simples censura do facto e a ameaça da prisão são suficientes para levar o arguido a não praticar no futuro novos crimes.” (negrito nosso).

Anexo 3

Ac. do STJ de 25.09.2008 - Processo n.º 07P792 – Relator Souto de Moura

“A seu favor procede o facto de (...) decorreram quase **nove anos** depois da prática dos factos. (...) Nada se pode apontar quanto ao seu comportamento anterior ao crime, ou posterior ao mesmo. Isto, obviamente, na medida em que continua com o registo criminal limpo, mais de oito anos volvidos sobre os factos destes autos, factos esses que, convém lembrar, integram um

tipo de crime que pode revelar uma parafilia, a qual por sua vez pode manter-se ou não. (...) Assume especial relevo o **tempo decorrido** desde que o recorrente praticou os factos.” (negrito nosso).

Anexo 4

TRC 21.05.2014 - Processo n.º1707/10.0T3AVR.C1 – Relator José Eduardo Martins

“Além disso, os factos ocorreram há **mais de 4 anos** e, desde então, nada consta em desabono do ora recorrente.” (negrito nosso).

Anexo 5

TRE 29.11.2016 - Processo n.º 65/13.OGDLE.E1 – Relator Martins Simão

“...já decorreram **mais três anos** desde a data dos factos e o arguido tem estado em liberdade, sem qualquer recidiva (...) Perante este quadro é possível formular um juízo de prognose favorável, quanto ao seu comportamento futuro” (negrito nosso).

Anexo 6

TRL 18.01.2007 - Processo n.º 10015/2006-9 – Relator Ribeiro Cardoso

“No caso sob apreciação, **decorreu pouco mais de um ano** após a data dos factos. A uma tal distância não pode já dizer-se, com segurança, que a pena de prisão efectiva seja necessária na dimensão funcional da prevenção geral; não sendo estritamente necessária, as necessidades de prevenção não se opõem à aplicação de uma pena de outra natureza.” (negrito nosso).

Anexo 7

Ac. do STJ de 25.03.2009 - Processo n.º 09P0490 – Relator Armindo Monteiro

“O tempo decorrido sobre os factos não funciona como atenuante porque o **decorso de 4 anos** sobre eles não pode considerar-se muito tempo, além de que eles comportam um tão grande desvalor objectivo-subjectivo que não passam ao limbo do esquecimento comunitário , sem mais , satisfazendo-se com uma penalização meramente simbólica , pela via da atenuação especial ou suspensão da execução da pena” (negrito nosso).

Anexo 8

Ac. do TRG de 10.05.2010 - Processo n.º 77/07.8TAPT.B.G2 – Relatora Margarida Almeida

“Se a ausência de antecedentes criminais joga a seu favor, a verdade é que a consideração que goza no seu meio acaba por funcionar como um «pau de dois bicos», como circunstância simultaneamente agravante e atenuante. Na verdade, se essa consideração, por um lado, faz pressupor uma conduta dentro das normas sociais vigentes e uma aparente boa integração social, que contribui para que seja respeitado por quem o conhece, por outro torna a sua actuação potencialmente mais perigosa, precisamente porque essa consideração e esse respeito

permitiram a sua aproximação a uma menor, sem os entraves que decorreriam caso se tratasse de um elemento socialmente desconsiderado.”

Anexo 9

Ac. do STJ de 09.01.2008 Processo n.º 07P3748 – Relator Armindo Monteiro

“... o facto de ter 69/71 anos na data dos factos não constitui circunstância que atenua a sua responsabilidade criminal, porque seria ver no idoso um «subcidadão», para mais afirmando-se que agiu voluntária, livre e conscientemente, com pleno conhecimento de que a vítima tinha menos de 14 anos, sob pena de a decisão ser meramente simbólica e do juízo de censura ser excluído ou excessivamente mitigado. Os elementos disponibilizados nos autos são escassamente sob a forma de ausência de registo de condenação no cadastro criminal e a sua idade (à data do ac. com 76 anos), sendo que não foi a idade avançada que o impediu de , reiterada e intervaladamente , delinquir e voltar a fazê-lo , sem nunca interiorizar os malefícios do seu acto, arrepiando caminho .”

Anexo 10

Ac. do STJ de 05.06.2003 - Processo n.º 03P1656 – Relator Costa Mortágua

“(...) o certo é que a sua conduta prolongou-se, no primeiro caso, por 6 anos e, no segundo caso, por 2 anos, o que denota alguma propensão para este tipo de comportamentos. (...) Enfim: como decorre do exposto, e fixadas definitivamente as penas parcelares e a pena unitária, à decretada suspensão da execução da pena aplicada ao arguido opõem-se, frontalmente, os falados sentimentos de confiança e segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais.”

Anexo 11

Ac. do TRG de 11.01.2016 – Processo n.º 112/14.3GBMDL.G1 – Relatora Dolores Silva E Sousa

Tribunal de Primeira Instância	Tribunal da Relação
Prisão Efectiva	Pena Suspensa

<p>“(…) temos que o arguido se mostra familiar e socialmente integrado, apresentando, ainda, uma modesta condição económica. No entanto, este circunstancialismo não foi suficiente para o demover ou desmotivar de cometer os crimes. Ao que acresce que, como é consabido, trata-se de uma característica comum às situações de pedofilia que acabam por chegar aos tribunais: os pedófilos são habitualmente pessoas bem inseridas no seu meio familiar e social e sem história criminal, o que os torna potencialmente ainda mais perigosos.”</p>	<p>“É indivíduo estimado e considerado no meio em que vive.”</p>
<p>“(…) não evidenciou capacidade de análise crítica face à natureza dos factos em discussão nestes autos. Aliás, decorreu com evidência, atenta as suas declarações finais prestadas em audiência de julgamento, que o arguido não interiorizou minimamente o desvalor das suas censuráveis e graves condutas, já que não demonstrou qualquer arrependimento pelo seu comportamento, optando por negá-lo, o que é revelador da sua falta preparação para manter um comportamento futuro conforme à lei, nomeadamente de se abster de cometer crimes de natureza semelhante aos dos presentes autos.”</p>	<p>“(…) prestou durante o processo, como resulta da motivação do acórdão, prestimosa colaboração para a descoberta da verdade material. Carrega um sentimento de vergonha associado aos factos, meio caminho para o arrependimento. Tem consciência da ilicitude.”</p>
<p>“(…) suspensão da execução da pena de prisão não permite a reafirmação da norma jurídica violada junto da comunidade, já que esta – como já se referiu – seguramente não compreenderia a suspensão da execução da pena de prisão em face de tão elevado grau de ilicitude e de censurabilidade ético-jurídica, dado o alarme social e a repulsa inerente aos crimes de abuso sexual de crianças, pelo que, em concomitância, não responde com eficácia às suas expectativas, comprometendo as finalidades</p>	<p>“Ao contrário da decisão sob apreciação afigura-se-nos que à suspensão da execução da pena de prisão não se opõem necessidades de reprovação e de prevenção do crime. Isto é, entendemos que não há considerações de prevenção geral, sob a forma de exigências mínimas e irrenunciáveis do ordenamento jurídico, que imponham a execução da pena de prisão. Entendemos ser, portanto, de suspender a pena de prisão aplicada, por o juízo de prognose realizado ser positivo, favorável ao arguido e dele se concluir como provável que o agente sentirá a</p>

precíguas da pena.”	condenação como uma solene advertência, ficando a sua eventual reincidência prevenida com a simples ameaça da prisão.”
---------------------	--

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Tribunal Constitucional

Ac. do TC n.º 61/2006 - Processo n.º 442/05 – Relator Mário Torres in:
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060061.html>

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 13.03.1996 - Processo n.º 048739 – Relator Castro Ribeiro in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 27.02.1997 - Processo n.º 96P985 – Relator – Bessa Pacheco in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 08.01.2003 Processo n.º 03P1090 – Relator Pereira Madeira in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 08.07.2003 - Processo n.º 03P2155 – Relator Simas Santos in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 05.06.2003 Processo n.º 03P1656 – Relator Costa Mortágua in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 09.07.2003 Proc. n.º 03P2852 – Relator Armindo Monteiro in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 09.01.2008 Processo n.º 07P3748 – Relator Armindo Monteiro in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 25.03.2009 Processo n.º 09P0490 – Relator Armindo Monteiro in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 25.09.2008 Processo n.º 07P792 – Relator Souto de Moura in: www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 06.10.2010 Processo n.º 77/07.8TAPT.B.G2 - Relator Pires da Graça in:
www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 15.03.2012 Proc. n.º 1417/08.8TAVIS.C1.S1 – Relator Maia Costa in:
www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 12.09.2012 Processo n.º 605/09.4PBMTA.L1.S1 – Relator Oliveira Mendes in:
www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. do TRL de 15.06.2005 – Processo n.º 4604/2005-3 – Relator Clemente Lima in:
www.dgsi.pt

Ac. TRL 18.01.2007 - Processo n.º 10015/2006-9 – Relator Ribeiro Cardoso in: www.dgsi.pt

Tribunal da Relação do Porto

Ac. do TRP de 26.05.2004 - Processo n.º 0411484 – Relator Manuel Braz in: www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. do TRC de 26.02.2014 Processo n.º 17/11.0GBAGD.C1 – Relatora Isabel Valongo in: www.dgsi.pt

Ac. do TRC 21.05.2014 Processo n.º 1707/10.0T3AVR.C1 – Relator José Eduardo Martins in: www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Évora

Ac. do TRE de 20.12.2011 Processo n.º 21/06.0GBABF.E2 – Relator Sérgio Corvacho in: www.dgsi.pt

Ac. do TRE 29.11.2016 Processo n.º 65/13.OGDLE.E1 – Relator Martins Simão in: www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. do TRG de 12.04.2010 Processo n.º 42/06.2TAMLG.G1 – Relator Cruz Bucho in: www.dgsi.pt

Ac. do TRG de 10.05.2010 Processo n.º 77/07.8TAPT.B.G2 – Relatora Margarida Almeida in: www.dgsi.pt

Ac. do TRG de 11.01.2016 Processo n.º 112/14.3GBMDL.G1 – Relatora Dolores Silva E Sousa in: www.dgsi.pt

BIBLIOGRAFIA CITADA

A

ALBUEQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Consequências Jurídicas do Crime, Lições para os Alunos da Disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 2010-2011

- *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I (arts. 131.º a 201.º), 2ª edição, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

B

BATISTA, ISABEL, A avaliação dos agressores sexuais de crianças in *Ousar Integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*, ano 4, n.º 8, Janeiro 2011

C

CALÓN, EUGENIO CUELLO, Tratamiento en libertad de los delincuentes. El sistema de prueba (probation) in *La Moderna Penología - represión del delito y tratamiento de los delinquentes, penas e medidas, su ejecución*, Barcelona, Boch, 1958

CANOTILHO, J.J. GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, (arts. 1.º a 107.º), 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CARMO, RUI DO / ALBERTO, ISABEL / GUERRA, PAULO, *O Abuso Sexual de Menores – Uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2006

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, Prevenção, Culpa e Pena – Uma Concepção Preventivo-ética do Direito Penal in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organizadores Manuel da Costa Andrade *et al.*, Coimbra Editora, 2003

CHARLES, R. / VAN DROOGHENBROECK, P., Suspension, Sursis et Probation in *Extrait du Répertoire pratique du droit belge, Complément*, tome IV, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1974

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Mesures Pénales de Substitution aux Peines Privatives de Liberté*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976

CORDEIRO, ADELINO ROBALO, Escolha e Medida da Pena in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa, CEJ, 1983

CORREIA, EDUARDO, *Código Penal – Projecto da Parte Geral*, Coimbra, 1963

- *Direito Criminal*, colab. Figueiredo Dias, vol. I, Coimbra, Almedina, 1993, reimpr.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, Uma Ponte Entre o Direito Penal e a Filosofia Penal: Lugar de Encontro Sobre o Sentido da Pena in *ARS Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, orgs. Jorge de Figueiredo Dias, JJ. Gomes Canotilho, José de Faria Costa, vol. I, Coimbra Editora, 2008

D

DIAS, MARIA DO CARMO SILVA, Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual in *Revista do Ministério Público*, ano 34, n.º 136, Centro de Estudos Judiciários, Outubro/Dezembro 2013

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

- *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Notícias Editorial, 1993

- Velhas e Novas Questões sobre a Pena de Suspensão de Execução da Prisão in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3804, 1991

- *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I (arts. 131.º a 201.º), 2ª edição, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

G

GONÇALVES, MANUEL MAIA, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2005

GÜNTHER, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. Joaquin Cuello Contreras / Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas SA, 1995

J

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. S. Mir Puig / F. Muñoz Conde, vol. I-II, Barcelona, Bosch, casa editorial SA, 1981

L

LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA / SANTOS, MANUEL DE SIMAS, *Código Penal anotado, referências doutrinárias, indicações legislativas: resenha jurisprudencial*, vol. I, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2002

LEITE, ANDRÉ LAMAS, *A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal in Separata de ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

- As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas in *Julgar*, N.º 28, Janeiro/Abril, 2016

LOPES, JOSÉ MOURAZ, *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008

M

MARTÍN, LUIS GRACIA / PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL / DOBÓN, CARMEN ALASTUEY, *Tratado de Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006

MARTINS, A LOURENÇO, *Medida da Pena, Finalidades, Escolha, Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência*, Coimbra Editora, 2010

MOURA, JOSÉ SOUTO DE, *A Jurisprudência do S.T.J Sobre Fundamentação e Critérios da Escolha da Medida da Pena*, Lisboa, 2010

P

PINTO, J. ROBERTO, *Pena Suspensa e Regime de Prova no Projecto do Código Penal in separata do n.º 22 do Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, Lisboa, 1967

R

RODRIGUES, ANABELA, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

- Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Coimbra, 1984

ROOK / WARD, *Sexual Offences – Law and Practice*, Third edition., London, Sweet & Maxwell, 2004

ROXIN, CLAUDIUS, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, Madrid, Reus SA, 1981

S

SALAS, DENIS, *O Delinquente Sexual in A Justiça e o Mal*, dir. Antoine Garapon / Denis Salas, tradução de Maria Fernanda Oliveira, Bobadela, Instituto Piaget, 2000

SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Coimbra, Atlântida Editora, 1968

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*, 2ª ed., Editorial Verbo, 2008,

SOEIRO, CRISTINA, *Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças in Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, ano 2, n.º4, Setembro 2009

SUSANO, HELENA, *Reincidência Penal – Da Teoria à Prática Judicial*, Lisboa, Almedina, 2012

U

UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF SOCIAL AFFAIRS, *Probation and Related Measures*, New York, 1951