



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO
E OS CRIMES SEXUAIS**

Ana Rita Lopes Costa Fidalgo Fernandes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO E OS CRIMES SEXUAIS

Ana Rita Lopes Costa Fidalgo Fernandes

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Criminal pela Escola de
Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob orientação da Professora Doutora
Conceição Ferreira da Cunha

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

Aos meus pais, pela oportunidade.

À minha orientadora, pela dedicação.

RESUMO: A presente dissertação versa sobre a suspensão da execução da pena de prisão e a sua aplicação no âmbito dos crimes de cariz sexual. Procurou-se perceber se, atendendo às particularidades dos crimes sexuais e dos seus perpetradores e às suas repercussões comunitárias, é prudente um recurso tão frequente a este instituto. Para isso, analisaram-se as circunstâncias que rodeiam um comportamento sexual agressivo e o que o propulsiona. Abordou-se também o sentimento comunitário perante tais crimes. Apesar de se tratar de um tópico que reclama um tratamento multidisciplinar, concluiu-se que este tipo de crimes e de agressores estão a ser considerados à luz de dados que não representam a realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes sexuais, Penas de Substituição, Suspensão da Execução da Pena de Prisão, Finalidades da Pena, Prevenção Geral, Prevenção Especial, Agressores Sexuais, Distorções Cognitivas

ABSTRACT: The present dissertation deals with the suspension of the execution of the prison sentence and its application in sexual crimes. It was sought to realize if, considering the particularities of sexual assault and their perpetrators and their public repercussions, it is prudent to resort so frequently to this institute. To this end, the circumstances that surround an aggressive sexual behaviour and what causes it were analysed. The public reaction to such crimes was also addressed. Although it is a topic that requires a multidisciplinary treatment, it was concluded that this types of crimes and offenders are being considered in the light of data that doesn't represent the reality.

KEY-WORDS: Sexual crimes, Alternative measures to imprisonment, Suspension of the Execution of the Prison Sentence, Purposes of punishment, General Prevention, Special Prevention, Sexual Offenders, Cognitive Distortions

Índice

LISTA DE ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	10
I. AS FINALIDADES DA PENA	12
1. As Teorias Absolutas ou de Retribuição	12
2. As Teorias Relativas ou de Integração	14
2.1 Teoria da Prevenção Geral.....	15
2.2. Teoria da Prevenção Especial	18
3. As Finalidades da Pena na Ordem Jurídica Portuguesa.....	21
II. AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO	24
1. Contexto Histórico	24
2. Critério da Escolha das Penas de Substituição.....	25
III. A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO	28
1. Evolução Histórica	28
2. Regime Jurídico	30
2.1 Pressupostos	30
2.2. Modalidades	33
IV. OS FINS DAS PENAS FACE À SINGULARIDADE DOS CRIMES SEXUAIS	36
1. Da Prevenção Especial	36
2. Da Prevenção Geral.....	40
Considerações Finais.....	44
CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	47
ANEXO	52

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. Acórdão

Art. / Arts. Artigos / Artigos

BGH *Bundesgerichtshof*

CEJ Centro de Estudos Judiciários

cf. Conferir

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

CRP Constituição da República Portuguesa

ed. Edição

n.º Número

ob. cit. Obra citada

OMS Organização Mundial da Saúde

p. / pp. Página / Páginas

PAN Partido Pessoas-Animais-Natureza

Prof. Professor

RASI Relatório Anual de Segurança Interna

ss. Seguintes

STJ Supremo Tribunal de Justiça

Supl. Suplemento

TC Tribunal Constitucional

trad. Tradução

INTRODUÇÃO

No presente trabalho apresentamos uma reflexão a respeito da adequação da suspensão da execução da pena de prisão quando aplicada aos crimes sexuais, partindo da consideração das finalidades acometidas à pena.

Os crimes sexuais têm sido alvo de uma frequente desvalorização da sua importância, quer pela sua apreciação à luz de estigmas e preconceitos, quer pela desconsideração dos danos que provocam nas vítimas. A aplicação, diríamos quase paradigmática, do instituto da suspensão da pena a este tipo de criminalidade reflete a postura tolerante e permissiva que tem vindo a pautar o quadro jurisprudencial. Neste sentido, e através de dados relativos ao ano de 2016 do Ministério da Justiça, a pena de prisão efetiva foi aplicada a apenas 37% dos agressores sexuais¹.

Deste modo, pretendemos apreciar se o bem jurídico liberdade na sua vertente sexual encontra efetiva proteção através da aplicação deste instituto, recorrendo, para isso, a uma análise da sua compatibilidade com as finalidades da pena.

Para aferirmos desta questão, iniciaremos por abordar os diversos fins que têm sido atribuídos à pena, enquanto expressão do poder punitivo do Estado, acabando por observar quais os critérios que orientam a ordem jurídica portuguesa. Este ponto apresenta-se fulcral para a nossa tomada de posição, na medida em que é perante estas considerações que confrontaremos as particularidades dos crimes sexuais e seus autores.

Analisaremos a temática das penas de substituição, em matéria de contexto histórico e critérios de escolha, pretendendo assim criar uma “antecâmara” para o estudo do instituto da suspensão da execução da pena de prisão, sem ignorar, contudo, a relevância de compreender a *ratio* da criação destas penas substitutivas.

Avançando para o dito estudo do instituto da suspensão da execução da pena de prisão, referir-nos-emos à sua evolução histórica, nomeadamente aos seus antecedentes, e ao seu regime jurídico vigente, destacando a análise do pressuposto do juízo de

¹ Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a do PAN. Ainda nesta proposta, existe a informação de que, no ano de 2016, de 32 condenações pelo crime de coação sexual, 23 resultaram na aplicação de uma pena suspensa. Panorama semelhante registou-se em relação ao crime de abuso de pessoa incapaz de resistência, com a aplicação da pena suspensa a 47% dos casos.

prognose, uma vez que é quanto a este ponto que encontramos mais estreita ligação com o que se pretende afirmar – a especificidade dos agressores sexuais.

Completando o presente estudo e constituindo o seu ápice, demonstraremos as razões que dotam os crimes sexuais de uma certa singularidade, confrontando-as com a finalidade preventivo-especial e a finalidade preventivo-geral da pena, por forma a averiguar se estas encontram concretização quando a resposta é a aplicação da suspensão. Terminaremos com uma breve referência ao bem jurídico protegido nos crimes sexuais, servindo o propósito de reforçar o que se vem de dizer acerca da política de indulgência e passividade adotada face a estes ilícitos e avançando um forma de dirimir a questão.

A temática que nos propomos a desenvolver é ampla, porquanto a criminalidade sexual engloba um conjunto vasto de tipos de crime, inseridos no Capítulo V do Código Penal. No entanto, cumpre-nos esclarecer que, apesar de utilizarmos a expressão «crimes sexuais», temos o intuito de nos referir apenas aos ilícitos mais graves, necessariamente aqueles com as molduras penais mais expressivas – coação sexual (art. 163.º CP), violação (art. 164.º CP), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º CP), abuso sexual de crianças (art. 171.º CP), abuso sexual de menores dependentes (art. 174.º CP). Neste sentido, queremos ressaltar que o que se afirmará apenas poderá encontrar validade junto de comportamentos revestidos de uma certa nocividade. Acreditamos, no entanto, que as críticas apontadas ao discurso jurisprudencial encontram legitimidade mesmo em relação a este tipo de comportamentos.

Por último, queremos ainda esclarecer que tudo o que se dirá seguidamente, mesmo que não o especificando, terá ainda razão de ser quando os crimes em causa forem perpetrados contra crianças.

I. AS FINALIDADES DA PENA

As finalidades da pena afiguram-se como o ponto de partida para a apreciação da relação de compatibilidade entre a aplicação do instituto da suspensão da execução da pena de prisão e a liberdade sexual enquanto bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Questiona-se, nesta medida, com que fundamentos aparece a utilização da pena – o meio mais restritivo de direitos – pelo poder instituído como forma de garantir uma convivência social pacífica, imiscuindo-se na conformação da vida dos indivíduos.

As soluções apresentadas até ao momento, segundo a classificação que se tem vindo tradicionalmente a adotar, dividem-se em dois grandes grupos: as teorias absolutas ou da retribuição e as teorias relativas ou da prevenção.

1. As Teorias Absolutas ou de Retribuição

As teorias absolutas ou de retribuição² concebem a pena como uma forma de realização da justiça, exigência ética anterior ao próprio ordenamento jurídico, não contendo em si a prossecução de qualquer outro fim – a pena é um fim em si mesmo³. Por conseguinte, a finalidade da pena não poderá ser senão a compensação da culpabilidade do agente.

Desta forma, designam-se teorias absolutas porque, como explica PEDRO VAZ PATTO, «nestas a pena é concebida como uma exigência *absoluta*, metafísica e ética, de justiça, independentemente de considerações utilitaristas, de maior ou menor conveniência que tal pena possa acarretar na perspetiva do interesse social num determinado contexto histórico concreto»⁴; e teorias da retribuição porque a pena é imposta como forma de castigo pelo ato praticado.

² No entanto, pode dizer-se que as concepções retributivas, ao longo da história, espelharam uma corrente plural. Neste sentido, existe doutrina retribucionista que formula o termo *expição* [da culpa] para a fundamentação da pena. Para mais desenvolvimentos, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: Os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 159 e 160.

³ «aquilo que justifica a pena continua a ser reconhecido na sua *justiça*, não na sua *utilidade*» RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, pp. 161 e 162.

⁴ PATTO, Pedro Vaz, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, Albufeira, 2011, p. 1.

A questão foi desenvolvida por KANT segundo o princípio da dignidade do homem como um fim em si mesmo, onde menospreza um conceito de Direito Penal que se prende com a utilidade, em que o indivíduo se transforma em instrumento a utilizar na realização de objetivos referentes à sociedade, designadamente a intimidação de potenciais criminosos.⁵ No seu entender, a pena consistia numa retribuição ética do delito cometido, onde a gravidade da pena seria sempre congruente com a gravidade do facto praticado e da culpa⁶.

Paralelamente, HEGEL compreende a pena como «a negação da negação do direito»⁷, na medida em que lhe atribui a função de restituir a vigência da norma violada, criando-se uma «ligação necessária que faz com que o crime, como vontade em si negativa, implique a sua própria negação, que aparece como pena.»⁸ Trata-se, assim, da reposição do direito violado, negado pelo mal da pena, sob a forma de retribuição jurídica.^{9/10} Como esclarece ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «do próprio facto deve portanto nascer o conceito lógico de pena»¹¹.

Ambos rejeitam, portanto, qualquer vertente utilitária do Direito Penal e concluem pela retribuição como a única forma de fundamentar o sentido da pena – o mal do crime pago com o mal da pena - e legitimar o poder punitivo do Estado.

O radicalismo da teoria retributiva mostrou-se desde cedo inconciliável com uma estrutura estadual que se nomeava democrática, social e de direito, tendo sofrido inevitáveis modificações com o pensamento iluminista. A questão torna-se preambular e deixa de se centrar na apreciação da pena como justa, pois, ainda que esta se possa entender como tal, o que se procura legitimar agora é a sua aplicação pelo Estado.

⁵ «A pena jurídica (...) não pode ser aplicada apenas como um meio para obter um bem para o delincente ou para a sociedade, mas deve ser sempre aplicada porque o delincente cometeu um crime; e isto porque o homem não pode nunca ser tratado como um puro meio para a realização de objetivos de outros e ser confundido entre as coisas dos direitos reais, pois que disso o protege a sua inata personalidade (...).» (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, ob. cit., p. 163).

⁶ TAIPA DE CARVALHO fala, portanto, numa teoria ético-retributiva da pena. CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª ed, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, p. 69.

⁷ ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Lisboa, Veja Universidade, 1998, p. 16 e CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)* ob. cit., p. 69.

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, ob. cit., p. 167.

⁹ Expressão de Taipa de Carvalho (CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)*, ob. cit., p. 69).

¹⁰ De igual forma, está presente em Hegel a ideia de respeito pela pessoa humana, principalmente na sua teoria do direito à pena do delincente, em que «o sofrimento que se impõe ao criminoso não é justo em si – (...) ele é também um direito do próprio criminoso, ele está já implicado na sua vontade existente, no seu ato.» (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, ob. cit., p. 167).

¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, ob. cit., p. 167.

Avança-se de um Direito Penal metafísico para um Direito Penal assente na racionalidade e realidade humanas e questiona-se o facto de o poder punitivo – o poder que mais constrange a liberdade pessoal – estar acometido ao Estado e, por conseguinte, quais os seus limites.

Num primeiro plano, o ideário iluminista legitima a pena por meio dos seus efeitos proveitosos para a comunidade, nomeadamente evitar o cometimento de futuros crimes, numa clara afloração de uma intenção preventiva. Num segundo plano, surge uma perspectiva contratualista do poder de punir, tradução da transferência do direito de defesa, pelo contrato social, para o soberano.

À principal crítica de que o Direito Penal encerrava antes uma lógica de vingança¹² – ao invés da dita justiça, pois, se ao mal da pena corresponde o mal do crime, então a gravidade da pena deverá ser equivalente ao mal do crime, compreendendo, no limite, a pena de morte – os retribucionistas contrapunham com a ideia de proporcionalidade entre as duas dimensões.

Uma última nota: apesar da atual doutrina dominante em vários ordenamentos jurídicos, incluindo o nosso, rejeitar as teorias retributivas, sobrevive o princípio da culpa¹³, indubitavelmente a si ligado, uma vez que a culpa permanece pressuposto e limite da pena – não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa (art. 40.º do CP).

2. As Teorias Relativas ou de Integração

As teorias relativas ou de integração, por sua vez, têm em consideração os efeitos socialmente úteis passíveis de se alcançar com a aplicação da pena, essencialmente evitar

¹² ROXIN coloca esta questão de forma expressiva: como se pode pagar um mal cometido acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena? (ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 19).

¹³ Uma conceção retributiva da pena implicava uma composição da categoria da culpa desenvolvida no âmbito da afirmação do livre arbítrio do indivíduo (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 214). Com a conservação do princípio da culpa, já não se invocam necessariamente as vozes retributivas, sendo hoje lido sob o prisma da prevenção – em que a culpa, embora sendo condição necessária para a aplicação da pena, não é condição suficiente – e do princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal. (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 212 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 73) Assume-se assim uma conceção unívoca ou unilateral de culpa. Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal, Análise Histórica. Sentido e Limites (1985)*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, 1983, p. 99 e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, pp. 82 e seguintes.

o cometimento de futuros crimes¹⁴. A pena, enquanto expressão de um Direito Penal tutelar de bens jurídicos¹⁵, é então enquadrada pelas ideias de necessidade social e utilidade, com vista ao objetivo último de proteção da sociedade, quer obstando à prática do crime pelo seu agente – prevenção especial – quer obstando à prática do crime pelos restantes membros da comunidade – prevenção geral.

No presente, o sentido do Direito Penal é marcadamente preventivo, uma vez que esta finalidade da pena se revela como a mais consonante com as orientações constitucionais, especialmente o art. 18.º, n.º 2 da CRP. A pena encerra sempre uma restrição de direitos, que, por via deste limite vertido na Constituição, só pode ocorrer na medida do necessário para acautelar a proteção dos bens jurídicos, através da prevenção – geral e especial.

2.1 Teoria da Prevenção Geral

A prevenção geral comporta uma vertente negativa e uma vertente positiva.

A vertente negativa ou de intimidação preconiza a pena como instrumento de dissuasão – pelo seu efeito intimidatório – de potenciais criminosos. Tem, portanto, a generalidade das pessoas como campo de atuação, que, verificando a sujeição do delinquente à penosidade da sanção, retraem-se de perpetrar o crime. A própria lei penal alcança igualmente este efeito intimidatório pela simples ameaça da pena.

Deste modo, percebe-se que a esta doutrina encontra-se subjacente uma visão própria do ser humano, entendido na sua busca pelo prazer, pesando as vantagens e as desvantagens da realização de determinada ação antes de se decidir pela sua prática.¹⁶

No desenvolvimento desta matéria, distingue-se FEUERBACH e a sua conhecida «teoria da coação psicológica», que, de forma resumida, se funda na ideia de que as

¹⁴ «Aquilo que a ideia preventiva confere ao direito penal é, na verdade, uma *pragmaticidade*, um sentido útil de si e dos seus efeitos que cabe comparar à *espiritualidade* do direito penal de outros tempos.» (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 307). Assim, deixa o Direito Penal de perseguir intenções transcendentais, moralistas e metafísicas, cuidando agora de responder a necessidade de cariz social.

¹⁵ É hoje pacífico que o Direito Penal se desenha como um «direito penal de proteção de bens jurídicos», posto que, por meio da imposição de uma pena, pretende impedir a sua lesão. (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 238).

intenções de delinquir se anulam quando da operação de ponderação vantagens vs. desvantagens resulta a consciência para o indivíduo de que o mal da pena seria superior à insatisfação de se abster da prática do crime¹⁷.

Esta teoria é hoje recusada por grande parte da doutrina porque se apresenta questionável a sua harmonia com os alicerces do próprio ordenamento jurídico. Aponta-se-lhe, então, como principal crítica¹⁸ a possibilidade de todo o sistema resvalar num «terrorismo penal», onde se instrumentalizaria a pessoa em prol do combate à criminalidade enquanto interesse social, com o conseqüente prejuízo da dignidade da pessoa humana¹⁹.

Nesta medida, firma-se que o Direito nunca poderá sustentar a sua superioridade ética na intimidação e num vazio uso da força, podendo o efeito intimidatório, como aponta FIGUEIREDO DIAS, surgir apenas secundariamente através da «tutela da confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico»²⁰. Acrescenta ANABELA MIRANDA RODRIGUES que o constitucionalmente consagrado princípio da necessidade penal – art. 18.º, n.º 2 da CRP – impõe um caráter não intimidatório da prevenção geral, desde logo porque a prevenção sempre será pré-mandatada para a proteção de bens jurídicos mercedores da tutela penal.

Ainda assim, é impossível negar a conaturalidade e realidade deste efeito intimidatório em relação à pena, aderindo à posição de TAIPA DE CARVALHO quando lhe associa esta característica dissuasora, humanamente essencial e inevitável²¹.

Já a vertente positiva ou de integração imprime à pena uma função de pacificação social, na medida em que garante a confiança comunitária na validade da norma violada apesar da perturbação causada pela prática do crime, com a conseqüente conservação da

¹⁷ Segundo Feuerbach, «Se do que se trata é de impedir que se cometam crimes, ao lado da coação física deve existir outra espécie de coação, cujo efeito se exerça antes do cometimento do crime (...). Esta outra espécie de coação só pode ser a coação psicológica» (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 318).

¹⁸ É ainda de indicar que tem sido demonstrado que a generalidade das pessoas, na ponderação sobre a prática do crime, tem antes em consideração o grau de probabilidade de ser descoberto, ao invés de pautar o seu comportamento pelo conhecimento das normas penais. É igualmente incorreto pensar que o crime é sempre produto de uma decisão refletida, já que não raras vezes o que lhe subjaz é um impulso emocional. Além disso, não se pode descurar a fiel adesão às normas por razões éticas e educativas, longe de qualquer obtenção de vantagens. (PATTO, Pedro Vaz, *ob. cit.*, pp. 8 e 9).

¹⁹ Já anteriormente vimos o princípio kantiano da dignidade do homem como um fim em si mesmo, incompatível com esta conceptualização.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 53.

²¹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 78.

paz jurídica²². Desta forma, a consciência jurídica comunitária no respeito pelo panorama normativo acaba fortalecida. Por outras palavras, com a prevenção geral positiva tutela-se «a confiança da comunidade na efetiva tutela penal estatal dos bens jurídicos fundamentais à vida coletiva e individual»²³. É, portanto, à generalidade dos cidadãos que aderem de forma voluntária ao quadro valorativo eleito pelo Direito Penal como digno de tutela que esta aceção se dirige.

PEDRO VAZ PATTO e TAIPA DE CARVALHO mencionam ainda uma função pedagógica e uma função positiva de interiorização, respetivamente, mediante uma «interpelação social»²⁴ a cada um dos membros da comunidade, que pretende pôr em relevo a importância do bem jurídico lesado pela prática do crime, com a sua consequente interiorização pelo sentimento jurídico coletivo como bem digno de tutela. Portanto, de forma lógica, quanto mais importante for o bem jurídico em causa, mais incisiva deverá ser esta interpelação, assim como a gravidade da pena terá que ser superior.

No entanto, constatamos que esta teoria não espelha um conteúdo inequívoco, nomeadamente se analisarmos a sua construção em ROXIN, JAKOBS ou FIGUEIREDO DIAS, por exemplo. O primeiro distingue a «prevenção de integração ou estabilizadora» - integrada por uma pena proporcional, adequada e «compensadora da culpa» que, porque sentida como justa pela comunidade, conserva a confiança dos cidadãos no sistema jurídico – da «defesa do ordenamento jurídico», que funciona como «limite mínimo a partir do qual uma diminuição ou substituição da pena por razões preventivo-especiais seria incompreensível e intolerável em face do sentimento jurídico geral»²⁵, uma vez que o legislador autoriza que se perca um certo grau de justiça em benefício da prevenção especial, desde que se preserve este limite mínimo de defesa²⁶. Por sua vez, JAKOBS centra a questão na permanente vigência e validade das normas jurídicas, que, ao estabilizarem e institucionalizarem as expectativas sociais da comunidade, guiam o

²² A este respeito, Figueiredo Dias classifica-a 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 normas». (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 72).

²³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 79.

²⁴ Cf. PATTO, Pedro Vaz, *ob. cit.*, p. 10. Relativamente a esta expressão, Taipa de Carvalho fala na existência de uma interpelação legal com a criação da norma penal e na existência de uma interpelação judicial com a aplicação e execução da pena (CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 79).

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 330.

²⁶ Neste sentido, Roxin retira três efeitos da prevenção positiva: o «efeito pedagógico-social de aprendizagem», o «efeito de confiança» e o «efeito de pacificação». (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 329).

comportamento dos cidadãos, revelando que uma potencial conduta desconforme ao direito não impede a manutenção da norma e a prevalência do sistema jurídico²⁷. Finalmente, FIGUEIREDO DIAS confere a esta categoria a função de «tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto»²⁸.

Não obstante, esta doutrina tem um significativo acolhimento no atual panorama, louvadas que são as suas funções positivas de caráter pedagógico, encontrando justificação no contexto de um Estado de direito democrático, e assumindo-se como um limite à criticada inclinação para o terror da intimidação.

2.2. Teoria da Prevenção Especial

De maneira idêntica, a prevenção especial²⁹, enquanto fim da pena focado na prevenção de novos delitos, ao tentar obstar à prática de futuros crimes pelo próprio agente, apresenta duas vertentes.

A vertente negativa tem por intenção a intimidação individual do criminoso – que através da provação da pena, não regresse ao cometimento de crimes – e a defesa social (que se liga à prevenção geral), visando a neutralização de um agente que se revelou perigoso, em benefício da sociedade.

Porém, numa visão determinista radical – perfilhada pela Escola Positiva – esta teoria procede de uma representação do ser humano impelido para a prática do crime por elementos que se subtraem à sua vontade – antropológicos, psíquicos ou sociais -, numa negação da existência do livre-arbítrio, da pessoa enquanto ser livre e responsável pelas suas ações. Fruto deste entendimento, os pressupostos deterministas conduzem a uma finalidade preventivo-especial de neutralização do delinquente, estabelecendo-se sem mais a sua condição irrecuperável. Nesta versão-limite, propunha-se a substituição do

²⁷ Jakobs edifica o Direito Penal como «um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas». Para tanto, trata as normas jurídicas como verdadeiros bens jurídico-penais, na medida em que é a si que se dirige a tutela que a pena pretende assegurar. (RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, pp. 333 e 334).

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 79. Este, tomando posição na querela, compreende a pena como o meio privilegiado de realização do fim do Direito Penal, enquanto garante dos bens jurídico-penais.

²⁹ Roxin, neste campo, enuncia três formas de a teoria da prevenção especial funcionar: «corrigindo o corrigível, o que hoje chamamos de ressocialização», «intimidando o que pelo menos é intimidável» e «tornando inofensivo mediante a pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis» (ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 20).

conceito de pena pelo conceito de medida de segurança, sacrificando-se o princípio da culpa em favor da consideração da perigosidade do agente.

À semelhança da prevenção geral, aplica-se nesta teoria a consideração da conaturalidade do efeito intimidatório em relação à pena de TAIPA DE CARVALHO – desta vez ao pretender fazer nascer no agente, ao recordar o sofrimento da pena, uma intenção de não reincidir –, advogando a sua compatibilidade com a finalidade de ressocialização.

Acentuada pela Escola Correcionalista, a vertente positiva, por seu turno, com a aplicação da pena pretende a recuperação do agente, uma vez reconhecida a contribuição ou, pelo menos, facilitação da (des)estruturação social para o cometimento do crime, recaindo sobre a comunidade e sobre o Estado um verdadeiro “ónus” de fomentar a criação de condições para que tornem possível a ressocialização^{30/31}.

O sentido desta doutrina não tem sido unívoco no que ao conceito de recuperação diz respeito. Numa primeira fase, identificava-se o seu conteúdo com objetivos de regeneração moral ou reeducação, enquanto doutrinas mais recentes utilizam as palavras reinserção social ou ressocialização, voltadas para a prevenção da reincidência e já não para um certo tipo de doutrinação³².

É neste âmbito que surge a necessidade de recorrer às penas de substituição, visto que se tem vindo a concluir pelo efeito criminógeno da pena de prisão, em tudo contrário às finalidades que se almejam alcançar com uma teoria da prevenção especial positiva e que encontram tradução no atual art. 70.º C do CP, ao encerrar um critério de preferência pelas penas não privativas da liberdade.

Tem vindo a assistir-se, portanto, a uma humanização do Direito Penal, que adquire uma dimensão solidária para com o delincente, refreando-se as pretensões intimidatórias e simultaneamente ganhando força uma influência positiva sobre este, no sentido da sua

³⁰ A Escola Correcionalista, partindo de uma compreensão mais pragmática e realista do ser humano e do Direito Penal, alicerça a sua teoria em dois pressupostos: responsabilidade individual e corresponsabilidade social. Com efeito, para si todo o delincente é corrigível. Para mais desenvolvimentos, CARVALHO, Américo Taipa de, *ob. cit.*, pp. 49 e ss.

³¹ Neste sentido, TAIPA DE CARVALHO chama a atenção para as indispensáveis alterações das condições físicas e pessoais em que é executada a pena de prisão, para o efeito de combater o resultado dessocializador que tão frequentemente lhe é apontado. (CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 76).

³² Figueiredo Dias prefere o termo «socialização» (no lugar de «ressocialização») porque tem em conta o facto de na maior parte dos casos se exercer influência sobre o delincente pela primeira vez. (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal (...)*, *ob. cit.*, p. 55).

ressocialização. Nos termos de PEDRO VAZ PATTO, «o agente do crime não se torna um excluído que deva ser ostracizado, mas é chamado a reatar os laços que o unem à comunidade e que a prática do crime, de algum modo, quebrou»³³.

Por outro lado, para efeitos de evitar a reincidência, a ideia de ressocialização acaba por ser a proposta que mais incide sobre o “epicentro” da criminalidade, uma vez que procura a livre adesão do agente do crime ao indispensável quadro de valores sociais protegido pelo Direito Penal, procurando tratar os elementos que contribuíram para a prática do crime na sua origem e, conseqüentemente, motivar um comportamento pautado pela observância das regras penais.

Neste sentido, surge incontornável a apreciação de que uma tal tarefa poderá resultar frustrada quando a tónica recai sobre a liberdade que caracteriza a referida adesão, nunca podendo ser legítima qualquer imposição de valores ao delinquente. Perante esta crítica, tem-se sustentado – nomeadamente ANABELA MIRANDA RODRIGUES – que «o que se tem em vista é apenas torná-lo *capaz* (...), em qualquer caso, de não cometer crimes. Trata-se, assim, em último termo, da afirmação de que basta alcançar o respeito externo pela legalidade»³⁴. Isto será o mesmo que dizer que a finalidade da ressocialização passa apenas pela conformação exterior à lei, bem como pela consequência positiva de abstenção da prática de crimes. Todavia, parece-nos pertinente a questão que se prende com a improbabilidade de tal situação se verificar quando a reinserção social está, em parte, na dependência do agente e a adesão exigida é somente de índole superficial – ou puramente concentrada no receio das sanções penais –, sem que se consubstancie uma verdadeira motivação para o respeito pelas regras, percebendo-se, no entanto, que uma exigência superior dificilmente seria concretizável no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, é de máxima importância reconhecer que o fracasso da ressocialização não pode nunca retirar significado ao esforço empreendido nesse sentido e, em última instância, à pena³⁵, desta vez inserida no seio de um Direito Penal erguido sob uma perspectiva construtiva e social.

³³ PATTO, Pedro Vaz, *ob. cit.*, p. 18.

³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade, Seu Fundamento e Âmbito*, Boletim da Faculdade de Direito, Supl. 23, Coimbra, 1982, p. 97.

³⁵ Poder-se-á, no entanto, encontrar neste ponto um limite à teoria da prevenção especial positiva, dado que, apesar da rejeição das *propostas* de ressocialização pelo criminoso, a pena nunca vê diminuído o seu sentido. Neste sentido, ver PATTO, Pedro Vaz, *ob. cit.*, p. 21. Outra vulnerabilidade desta teoria foi

Nenhuma destas teorias sobrevive ileso à censura. Apesar de uma qualquer orientação que se possa depreender do direito positivado, este é sempre sujeito a interpretações que tornam possível e provável a opção por qualquer uma delas. A título de exemplo, A. LOURENÇO MARTINS depreende da leitura do art. 40.º do CP – que aborda a questão dos fins das penas e de que mais à frente trataremos – uma finalidade um tanto ou quanto retributiva, ao passo que parte da doutrina enfatiza as referências à prevenção geral e à prevenção especial positiva.

3. As Finalidades da Pena na Ordem Jurídica Portuguesa

Positivamente, o art. 40.º do CP oferece um critério orientador quanto à questão que aqui se tem vindo a tratar e, contudo, não a resolve cabalmente, nem tal nunca pareceu ser sua intenção, como se pode inferir do Projeto de Preâmbulo do Decreto-Lei 48/95 contendo a Revisão do Código Penal, ao assegurar que a introdução deste artigo não pretendeu «solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das penas». JOSÉ DE SOUSA E BRITO designa como *neutral* o seu conteúdo normativo, na medida em que se torna legítimo optar por qualquer teoria sobre os fins da pena³⁶.

Pode ler-se no artigo em apreço, no seu n.º 1, que «A aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.» Genericamente, a doutrina tem entendido a menção à “proteção de bens jurídicos” como uma clara alusão às finalidades de prevenção geral, enquanto a menção à “reintegração do agente na sociedade” tem sido vista de um prisma preventivo-especial. No seu n.º 2, encontra-se consagrada uma conceção unívoca de culpa: não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

apontada por Roxin ao indicar o risco de uma pena de duração indefinida, uma vez que está em causa um tratamento que, tendo em conta a finalidade de reeducação do delincente, tem que ser levado a cabo até tal reeducação se verificar (ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 21).

³⁶ Mais esclarece, dizendo que o artigo em questão não propõe «nenhum critério de escolha nem de dosimetria entre os fins preventivos. (BRITO, José de Sousa e, *Os Fins das Penas no Código Penal*, Problemas Fundamentais de Direito Penal. Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002, p. 6). No entanto, e apesar de concordar com o seu conteúdo reduzido, tal característica torna possível o seu enquadramento em quaisquer construções doutrinárias contraditórias entre si. Daí ter votado contra a sua inclusão no Código Penal.

De forma particular, FIGUEIREDO DIAS explica que a prevenção geral positiva – a finalidade da pena que melhor efetiva o Direito Penal como garante de uma convivência pacífica – apresenta uma moldura da pena dentro da qual é possível ter em consideração razões de prevenção especial, sem que com isso se ponha em causa a «defesa do ordenamento jurídico», que materializa, portanto, o limite mínimo dessa moldura. O limite máximo é preenchido pelo *quantum* da culpa³⁷. Deste modo, considera existir uma medida ótima de tutela de bens jurídicos e das expectativas comunitárias, que não tem que ser necessariamente coincidente com a medida da culpa e abaixo da qual ainda é possível alcançar uma proteção real, contanto que não se recue até ao ponto em que deixe de assegurar a função de tutela de bens jurídicos.

Nesta medida, o julgador tem o poder-dever de aplicar uma pena diferente daquela que equivaleria à culpa do agente, segundo considerações de ressocialização, exceto se as necessidades de prevenção geral reclamarem a imposição de uma pena de prisão. Assim se harmonizam as duas dimensões preventivas. Tratando-se de conflito irresolúvel, sobrepõem-se sempre as exigências gerais de defesa do ordenamento jurídico.

Cabe ainda fazer referência à singular doutrina de TAIPA DE CARVALHO, que, dentro da temática dos fins da pena, distingue o fim enquanto meio e o fim enquanto fim último, apontando a sua confusão no art. 40.º. Sendo o escopo do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, a pena não é mais do que um meio necessário para o realizar. De igual forma se apresenta o papel da reintegração do agente na sociedade, como um dos meios possíveis de realizar esse fim último de proteção, pela prevenção da reincidência. Com efeito, o artigo erra ao igualar fim e meio, isto é, a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

Ainda no seu entendimento, a prevenção especial – positiva e negativa – desempenha um importante papel, sem que, no entanto, esta se estabeleça como um critério absoluto. A culpa surge como um limiar máximo, na medida em que a pena nunca pode ser superior à medida da culpa, e a prevenção geral configura a medida absolutamente necessária para assegurar a manutenção da confiança da comunidade na validade do ordenamento jurídico e a pacificação social, nunca esquecendo o papel da dissuasão. Esta última medida, de acordo com TAIPA DE CARVALHO, vai acabar por coincidir com o limite

³⁷ O conceito de culpa a que aqui se alude vai de encontro ao formulado por Roxin: culpa enquanto limite da medida da pena e da intervenção estadual. Já não se compreende o conceito sob o prisma da retribuição.

mínimo da moldura penal pensada pelo legislador. Este, para o caso concreto, também determinou um limite mínimo que equivale ao indispensável em termos de prevenção geral, segundo o qual, ainda que não se verifique qualquer necessidade de prevenção especial, o juiz não pode demitir-se de aplicar uma pena de prisão efetiva – no caso de a pena concreta ultrapassar os 5 anos.

Mas a questão não se pode dar por concluída sem uma referência ao enfoque preventivo do artigo que se apresenta como critério para a determinação da medida da pena – art. 71.º do CP. Isto porque é importante perceber se o artigo em questão, ao enunciar que a medida da pena é feita «em função da culpa do agente e das exigências de prevenção», admite que se entenda «em retribuição da culpa do agente e das exigências de prevenção»³⁸. Depois de termos analisado os distintos entendimentos sobre as finalidades da pena e de seguidamente termos compreendido que a pena se fundamenta dentro de um quadro delimitado pela culpa e pelas exigências de prevenção geral positiva, com consideração pelas necessidades de ressocialização do agente, fica claro que quando o art. 71.º refere a culpa do agente é de declinar qualquer compreensão retributiva da pena. A pena não pode ser senão “utilitária”³⁹, em concordância com o disposto no art. 18.º, n.º 2 CRP e com o art. 40.º do CP, que assinala à culpa apenas o papel de limite máximo. Este imperativo constitucional impõe ainda que o poder de ingerência estadual na esfera de conformação dos cidadãos⁴⁰ seja restrito. Por conseguinte, a restrição de direitos que surge como consequência da aplicação de uma pena só pode ter lugar na medida do estritamente necessário para alcançar as finalidades de funcionamento pacífico da sociedade e o livre desenvolvimento dos seus membros, porquanto o Direito Penal configura a última *ratio* de intervenção social.

³⁸ MOURA, José Souto de, *A Jurisprudência do STJ sobre Fundamentação e Critérios da Escolha e Medida da pena*, disponível in www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf, consultado a 17-05-2019, pp. 7 e ss.

³⁹ MOURA, José Souto de, ob. cit., p. 9. Para mais desenvolvimentos, BRITO, José de Sousa e, ob. cit.

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos, RODRIGUES, Anabela Miranda, *Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988.

II. AS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

Às operações de escolha da pena aplicável e de determinação da medida da pena segue-se uma eventual terceira operação – a de decidir se se deverá optar por substituir a pena. Com efeito, por forma a dar por completo todo o processo, há que apreciar a possibilidade e adequação da aplicação de uma pena de substituição. Reconhece-se, por conseguinte, que, no caso concreto, ao momento de substituição preside a ideia de que as penas de prisão comportam mais desvantagens que vantagens, em termos de prossecução das finalidades da pena.

Às penas de substituição assinala-se o seu carácter não institucional, isto é, o seu cumprimento em liberdade, e a sua pretensão de realizar as finalidades de prevenção consagradas no art. 40.º. Encontram-se elencadas nos arts. 43.º a 60.º CP e traduzem marcadamente a índole humanista do nosso Direito Penal.

Surge-nos importante destacar o seu carácter autónomo⁴¹. Ainda que se estabeleça uma sucessão lógica e funcional a partir da pena principal, comunicando-se-lhe as suas características, numa relação de tipo «umbilical»⁴², as penas de substituição não deixam de se apresentar como verdadeiras sanções⁴³, capazes de (poder) dar resposta às necessidades punitivas, ponto a que mais à frente nos dedicaremos.

1. Contexto Histórico

As penas de substituição encontram os seus alicerces históricos no movimento de luta contra as penas de prisão, em particular as penas curtas. De facto, desde logo se reconheceu o carácter criminógeno que estas comportavam, destacando-se a posição de

⁴¹ Apesar da consensualidade quanto à autonomia das penas de substituição, não deixam de se conhecer posições como a de Cavaleiro Ferreira, que vão no sentido de considerá-las «modificações da pena na sua execução». O mesmo sucede com a maioria da doutrina e jurisprudência alemãs. Para mais desenvolvimentos, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Tomo II, Lisboa/ São Paulo, Verbo, 1989, pp. 181-194.

⁴² Termo utilizado por André Lamas Leite (LEITE, André Lamas, *As penas de substituição em perspetiva político-criminal e dogmática: contributo para uma análise sistemática*, Tese de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Criminais. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015, p. 210).

⁴³ Neste sentido, as sanções substitutivas observam igualmente, a título de exemplo, os princípios da legalidade, proporcionalidade, adequação e pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade. Ainda o facto de as penas de substituição obstem a que a reincidência opere remete-nos para a circunstância de estarmos ante sanções dotadas de autonomia.

VON LISZT, segundo a qual as penas curtas de prisão seriam responsáveis por mais prejuízos do que aqueles que se produziriam com a não imposição de uma pena⁴⁴. Na mesma medida, logo se foi capaz de reconhecer a sua inaptidão para responder às finalidades preventivas que à pena estavam acometidas.

Aliás, na presente realidade, conserva-se ainda a crença no efeito deletério⁴⁵ da prisão – pelas subculturas que se formam nos estabelecimentos prisionais e pelo inevitável contacto entre criminosos em diferentes estados no que às suas carreiras criminais diz respeito – bem como no efeito estigmatizante e nos prejuízos⁴⁶ que ocasiona para o próprio delinquente. Portanto, fundamental para o desenvolvimento das sanções em estudo foi e continua a ser a perceção da pena de prisão como reação criminal de *ultima ratio*.

No panorama português, a questão ganhou uma nova amplitude com o Projeto da Parte Geral de 1963, onde, para além das penas curtas de prisão, se pôs também em relevo a aplicação da pena de prisão à pequena e média criminalidade, ou seja, qualquer pena de prisão inferior a 3 anos, acabando por, desta forma, se traçar a fronteira face à grande criminalidade.

Consequentemente, esta alteração de paradigma pressupôs que se construísse um princípio de preferência pelas penas não privativas da liberdade – hoje cristalizado no art. 70.º do CP – quando, concretamente, estas permitam realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Ademais, com as sanções substitutivas acredita-se que se alcança a realização das necessidades preventivo-especiais de forma mais cabal.

2. Critério da Escolha das Penas de Substituição

Nesta matéria, importa começar por referir o art. 70.º, segundo o qual «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». Ora, tendo já concluído que o atual sentido das finalidades da

⁴⁴ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 327.

⁴⁵ Termo utilizado por André Lamas Leite (LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 314).

⁴⁶ Nomeadamente, a quebra dos laços familiares e laborais, bem como a sua difícil reinserção na sociedade. Para além destas questões, alude-se ainda ao problema de sobrelotação dos estabelecimentos prisionais e o dispêndio para o Estado que se revela cada dia de prisão, por cada recluso.

pena, revelado no art. 40.º CP, é preventivo, torna-se evidente a afirmação de que são finalidades exclusivamente preventivas as que presidem à aplicação de uma sanção substitutiva. Preventivas, pois, na sua aceção geral, interpretada no sentido de resposta ao «sentimento jurídico de comunidade»⁴⁷, e na sua aceção especial, designadamente de ressocialização.

Por compreenderem diferentes campos de atuação, nem sempre conformes, surge inevitável preponderar as exigências preventivo-especiais de ressocialização, uma vez que foram estas que fundaram o movimento histórico de luta contras a penas de prisão. Neste sentido, emerge um poder-dever⁴⁸ para o juiz de, num primeiro momento, deixar de aplicar, com conseqüente dever de fundamentação⁴⁹, uma pena de substituição somente quando a pena privativa da liberdade se revelar necessária e, num segundo momento, uma vez efetuado um juízo de substituição positivo, continuar a atender a razões de índole especial na ocasião de eleger a pena substitutiva mais conveniente.

No que concerne às atribuições da prevenção geral, ela aparece como limite às exigências de ressocialização, na medida em que seria inconcebível pôr em causa o conteúdo mínimo de defesa do ordenamento jurídico e desta forma perigar as finalidades da punição. Em suma, nas palavras de ANABELA MIRANDA 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»⁵⁰.

Quanto ao papel da culpa na operação de substituição, é hoje aceite que o seu campo de atuação por excelência é o da determinação da medida concreta da pena – principal ou

⁴⁷ Ac. STJ de 21-03-1990.

⁴⁸ Concretizando a questão de se tratar de um poder-dever para o tribunal, André Lamas Leite entende que só assim «se consegue uma valorização político-criminal e dogmática das penas substitutivas». (LEITE, André Lamas, *As penas (...), ob. cit.*, p. 372). Ademais, continuar a permitir a sua sujeição à discricionariedade do juiz importaria pôr em risco o princípio da igualdade, porquanto situações semelhantes originariam resultados desiguais.

Ainda quanto a este ponto, não se desconhece que existem ordenamentos jurídicos em que este poder-dever está configurado sob a forma de obrigação, tendo em atenção a idade precoce ou avançada do delincente.

⁴⁹ Neste sentido, o Ac. TC n.º 61/2006, de 18/1/2006 decidiu «julgar inconstitucionais as normas dos artigos 50.º, n.º 1 do CP 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 da pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos». Tal aproveita a todas as penas de substituição, de acordo com LEITE, André Lamas, *As penas (...), ob. cit.*, p. 537.

⁵⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Critério (...), ob. cit.*, p. 41.

de substituição, tal como determina o art. 71.º CP -, estando vedada a sua consideração em sede de juízo de substituição, posto que não foram reflexões atinentes à culpa que subjazeram à criação destas reações criminais no ordenamento jurídico⁵¹.

Não obstante, conhecem-se entendimentos que patrocina a ideia de um juízo de substituição que não é alheio a considerações de culpa, a par das preventivas^{52/53}. Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE distingue as considerações de culpa tidas num primeiro momento valorativo – o momento da determinação da medida concreta da pena –, das ponderações de culpa espaiadas no juízo de substituição. Ao passo que, no primeiro caso, a culpa, sem novidade, consubstancia a aferição da contrariedade ou indiferença perante os deveres jurídico-penais, numa perspetiva de ser possível exigir ao concreto agente um diferente comportamento; no momento de substituição, para além da adequação de outra pena que não a principal à realização das finalidades da punição, verifica-se ainda se o resultado da ponderação do primeiro momento – onde existe um juízo de censura ético-pessoal ao concreto agente, como já se disse – obsta ou não à substituição, como que um «critério limitador negativo»⁵⁴.

À crítica de que desta forma se estaria a ponderar em dobro a mesma realidade, o autor serve-se de dois argumentos. Em adição ao facto de se tratar de pressupostos valorativos distintos, ANDRÉ LAMAS LEITE assinala que, por ser de tal ordem o juízo de culpa apreciado no momento da determinação da medida concreta da pena, este não se conforma apenas a este contexto, «como que transbordando para o momento da eventual substituição»⁵⁵.

Assim, existirá uma «imagem global do facto», de cuja influência o juiz não se consegue subtrair quando está a operar a possibilidade de substituição, onde a culpa necessariamente se apresenta. Essencialmente, e de forma contrária à maioria da doutrina e jurisprudência, não se exclui esta categoria do momento da escolha da pena. A nosso ver, a culpa não pode pertencer a este momento, dado que não foram exigências desta

⁵¹ Assim, Figueiredo Dias, Maria João Antunes e Anabela Miranda Rodrigues, a título de exemplo.

⁵² Não se trata aqui de considerar a inclusão da culpa no momento substitutivo em consequência da assunção de uma finalidade retributiva da pena.

⁵³ Teoria do «Efeito à distância» de Anabela Miranda Rodrigues, por exemplo. Para mais desenvolvimentos, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação (...)*, *ob. cit.*, p. 330.

⁵⁴ LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 508 e LEITE, André Lamas, *O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição*, *Revista do CEJ*, n.º 2, 2018, p. 121.

⁵⁵ LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 510 e LEITE, André Lamas, *O (eventual) papel da (...)*, *ob. cit.*, p. 124.

índole que presidiram à criação das penas substitutivas. Todavia, será simplista toda a posição que não admita a inevitável existência desta «imagem global do facto», na medida em que se mostra pouco credível que o julgador não carregue as considerações concretas até então desenvolvidas para o momento substitutivo.

III. A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

1. Evolução Histórica

A suspensão da execução da pena de prisão, como já se começou por entrever, firma-se no pressuposto político-criminal de que a mera ameaça da pena de prisão é apta a provocar no agente a quem se dirige a intenção de se privar da prática de novos ilícitos, especialmente se se tratar de um agente primário, cumprindo-se desta forma as finalidades da punição longe do ambiente deletério da prisão. O seu domínio de aplicação privilegia a pequena e média criminalidade.

O instituto tal como hoje se encontra concebido conheceu consideráveis alterações. Inicialmente sob a designação de *sursis*, apareceu pela primeira vez no projeto francês de BERÉNGER de 1884 e encontrou consagração legislativa pátria em 1893. No entanto, esta figura foi sendo polida, no sentido de se aproximar de um outro instituto, desta vez de origem anglo-americana, a *probation*. Através desta confluência, procurou-se potenciar as possibilidades da *sursis*, designadamente o seu âmbito de aplicação e frequência, pela absorção de elementos de cariz assistencial da *probation*, dado que este instituto se dirigia especialmente à reintegração social do delinquente, por meio de um plano de readaptação social. Ora, a *probation* constituía assim um modelo organizado segundo uma vertente educativa, sem lhe falhar as instâncias de vigilância – pelos *probation-officers* – do delinquente durante o seu período de prova por oposição à *sursis* e ao seu carácter passivo, na medida em que o agente apenas voltava a ser relevante para o sistema judicial caso praticasse novo delito⁵⁶.

⁵⁶ CALÓN, Eugenio Cuello, *Tratamiento em libertad de los delincuentes, El sistema de prueba (probation)*, La Moderna Penología – represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas e medidas, su ejecución, Barcelona, Bosch, Casa Editorial SA, 1958, p. 645 *apud* LUÍS, Madalena Isabel Laia, *A Questão da Aplicabilidade da Suspensão da Execução da Pena de Prisão aos Crimes Sexuais Contra Menores*, Dissertação de Mestrado em Direito, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 22.

Graças a este encontro, criou-se o que hoje se nomeia «modelo continental» da suspensão da execução da pena de prisão, com a combinação dos dois regimes, por forma a que a *sursis* tradicional «não descansasse apenas na ideia da ameaça da pena e do seu efeito intimidativo, mas a [a *probation*] integrasse pela imposição ao agente de deveres e regras de conduta (...) Ao que acresceria ainda a possibilidade de acompanhamento e supervisão do delincente por assistentes sociais especializados que o auxiliassem na tarefa de socialização»⁵⁷.

Similarmente, a nível nacional, o instituto nem sempre apresentou a mesma cara. No Projeto da Parte Geral de 1963, consagrava-se autonomamente os dois institutos – sob a denominação de regime de prova encontrava-se o principal conteúdo da *probation* e à designação de *sentença condicional* correspondia o instituto da suspensão da pena, ainda que reinventado, nomeadamente pela inexistência de limites para a sua aplicação e pela possibilidade de suspender a fixação da pena concreta. No entanto, estas propostas não tiveram acolhimento – exceto quanto à autonomização dos dois institutos – no CP de 1982, onde se acabou por enunciar um critério formal para ambos: a pena de prisão não superior a 3 anos. A diferença radicava no facto de, em sede de suspensão da execução da pena, estar em causa a pena concreta e, relativamente ao regime de prova, estar em causa a moldura penal.

Com a revisão de 1995 ocorre a alteração mais relevante, em consequência da união da suspensão da execução da pena de prisão e do regime de prova, tornando-o numa modalidade da primeira, junto das preexistentes (1) suspensão simples, (2) suspensão sujeita a deveres, (3) suspensão sujeita a regras de conduta, impendendo sobre o juiz a tarefa de decidir as situações em que seria proveitosa a aplicação desta recente modalidade.

Novas alterações surgiram em 2007, sendo a de maior destaque a que procedeu ao alargamento do critério formal para 5 anos. O legislador tornou ainda obrigatória a aplicação da suspensão com regime de prova aos casos em que o agente, à data da prática do crime, não tiver completado 21 anos, bem como nas situações em que a pena tiver sido aplicada em medida superior a 3 anos, requisito que veio a cair na revisão de 2015, sendo substituído pelos casos em que o agente tenha sido condenado por crime sexual contra menor, em virtude da transposição da Diretiva 2011/92/EU, de 13 de Dezembro de 2011.

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português (...), ob. cit.*, p. 512.

Em todas estas situações opera-se uma substituição do julgador pelo legislador, presumindo-se à partida e de forma incontestável uma particular necessidade de prevenção especial de ressocialização. Também em 2007, o legislador decidiu-se pela correspondência entre o tempo de prisão determinado e a medida da pena que a substitui, sendo o limite mínimo de um ano.

No que concerne a esta matéria, a última alteração teve lugar em 2017 – Lei 94/2017, de 23 de Agosto – e incidiu novamente sobre o critério de conversão, referindo agora o n.º 4 do art. 50.º do CP que «O período de suspensão é fixado entre um e cinco anos», em prejuízo da anterior política de correspondência.

Em suma, a evolução da figura da suspensão tem vindo a caminhar no sentido de alargar o seu âmbito de aplicação e a frequência da sua utilização, pelo incremento das suas potencialidades no que ao cumprimento das finalidades da punição diz respeito, particularmente a necessidade de prevenção especial positiva de ressocialização, em harmonia com as razões que lhe deram causa⁵⁸. Hoje, esta pena substitutiva configura entre nós a pena de maior relevo, tendo em conta o seu abrangente campo de ação, dirigido já à média criminalidade.

2. Regime Jurídico

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

2.1 Pressupostos

De acordo com o art. 50.º, n.º 1 do CP «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 simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição».

⁵⁸ «todas as medidas punitivas devem castigar o homem e, ao mesmo tempo, em vez de o perder, ganhá-lo de novo para a sociedade» in Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral.

O juízo de substituição é então passível de se qualificar como um «juízo complexo»⁵⁹, onde se integram dois momentos valorativos distintos, mas lógico-sistematicamente concatenados, na medida em que a existência do segundo momento depende da verificação de circunstâncias atinentes ao momento anterior.

O primeiro momento valorativo corresponde a uma exigência formal, no qual se averigua se a medida concreta da pena cabe dentro do campo de aplicação da medida substitutiva. No que diz respeito à suspensão da execução da pena de prisão, a medida da pena, previamente determinada pelo juiz, não pode ser superior a 5 anos⁶⁰. É ainda possível entender-se que o limite máximo de substituição abriga o *quantum* mínimo de prevenção geral indispensável, pensado pelo legislador, a partir do qual é irrelevante o facto da finalidade preventivo-especial (e de dissuasão individual, caso se opte por a aceitar) ser mais facilmente alcançada com a suspensão, uma vez que se furta ao julgador a possibilidade de a aplica, por ponderosos motivos de defesa do ordenamento jurídico⁶¹.

Esta operação é, portanto, de cariz exterior ao próprio juízo de substituição, dado que importa o resultado de um instante judicial anterior para que esta tenha lugar e, simultaneamente, é condição indispensável para se avançar para o «verdadeiro cerne da operação»⁶².

Uma vez confirmado o pressuposto formal, cumpre agora ao juiz debruçar-se sobre o momento chave do juízo de substituição: o momento de realizar o juízo de prognose⁶³ sobre o comportamento do agente, com base no circunstancialismo até então apurado. Se favorável, espera-se que o condenado sinta a condenação como uma advertência e conduza à aplicação da suspensão; se desfavorável, frustra toda a eventualidade substitutiva.

Utilizando as palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, «O prognóstico é, por excelência, uma função judicativa e em que, com métodos que se colhem na História e na Psicologia, o magistrado analisa factos passados, mas também uma «direção futura» do condenado de tipo comportamental preditivo»⁶⁴. Quer-se dizer que, por via da mera

⁵⁹ LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 535.

⁶⁰ A medida dos 5 anos foi resultado da alteração introduzida pela Lei n.º 59/2007. Para mais desenvolvimentos, LEITE, André Lamas, *A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal*, Separata de ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁶¹ Sobre esta questão, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal (...)* *ob. cit.*, pp. 80 e ss.

⁶² LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 535.

⁶³ O BGH define a prognose como «a maior probabilidade de o agente, no futuro, não praticar crimes que a de reincidir».

⁶⁴ LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 535.

censura do facto e da ameaça da pena de prisão⁶⁵, isto é, do núcleo ideológico das penas substitutivas, crê-se na possibilidade e probabilidade de se verem cumpridas as finalidades da pena, extraídas, como vimos, do art. 40.º.

Para este efeito, sob o julgador recai a obrigação de atender tanto à personalidade do agente, às suas condições de vida e conduta anterior e posterior ao facto como às circunstâncias deste⁶⁶. Através desta operação, intenta-se perceber se estão em causa características típicas do delinquente e bem assim preditivas do seu comportamento futuro ou se traduzidas no facto criminoso apenas se encontram características contextuais, que pouco revelam do agente. Há ainda que considerar a sua estrutura social, no sentido de avaliar a sua relação com o ambiente circundante. O juízo de prognose carece pois de uma «análise transversal e longitudinal da vida do condenado», sempre com o escopo de «descobrir se o delito surge como um episódio desgarrado numa vida habitualmente normativa ou como parte do que pode ser já designado por carreira criminal»⁶⁷.

A decisão substitutiva, tendo em conta a finalidade preventiva afeta ao Direito Penal, exprime uma realidade prospetiva. Neste sentido, este juízo deve ter por referência o momento da decisão e ser realizado com os olhos postos no que se almeja alcançar com a substituição, ao invés de focar a prática do facto criminoso⁶⁸. Em última instância, o desígnio das sanções substitutivas é obstar à reincidência por meio da ressocialização e não «qualquer «correção», «melhora» ou – ainda menos – «metanoia» das concepções daquele [do condenado] sobre a vida e o mundo»⁶⁹. Apesar disto, não se deseja que o juiz desatenda completamente à gravidade do ilícito e àquilo que este indicia sobre a personalidade do seu autor, designadamente as suas necessidades de ressocialização – além da atenção a si já endereçada no obstáculo à substituição em que se traduz o pressuposto formal –, dado que será sempre em prol de considerações de prevenção geral positiva de defesa do ordenamento jurídico que se decidirá o assunto. Assim, ainda que se conclua pela existência de um juízo de prognose favorável atendendo a considerações

⁶⁵ No entanto, as penas de substituição, nomeadamente a suspensão da pena de prisão, podem envolver o cumprimento de deveres e/ou regras de conduta - ou até ser sujeita ao regime de prova, no caso da suspensão -, apresentando-se como um *plus* em relação à simples ameaça de prisão.

⁶⁶ Verifica-se que existe alguma coincidência entre as circunstâncias presentes no art. 50.º, equacionadas em sede de substituição, e as circunstâncias enumeradas no art. 71.º, n.º 2, que orientam a determinação da medida da pena.

⁶⁷ LEITE, André Lamas, *As penas (...)*, *ob. cit.*, p. 524.

⁶⁸ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português (...)*, *ob. cit.*, p. 519.

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português (...)*, *ob. cit.*, p. 519.

de índole preventivo-especial, a suspensão não deverá ter lugar se as necessidades de prevenção geral forem prementes, desaconselhando a suspensão.

Importa ainda notar que ao juízo em questão corresponde uma difícil concretização, visto não ser possível lançar mão de uma qualquer teoria descodificadora de padrões de comportamento criminal, pelo facto de estarmos a navegar no domínio da imprevisibilidade humana. Deste modo, o juízo de prognose não pode ser senão probabilístico⁷⁰ e ao juiz nada mais se lhe pode exigir do que encontrar uma margem de risco apropriada entre a prognose (des)favorável e as exigências não menos importantes da comunidade, que lhe permita alcançar uma esperança fundada de que é possível a ressocialização do agente em liberdade⁷¹.

2.2. Modalidades

Segundo o entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁷², configuram-se cinco modalidades de suspensão: (1) suspensão da pena *tout court*, (2) suspensão da pena com deveres, (3) suspensão da pena com regras de conduta, (4) suspensão da pena com deveres e regras de conduta e (5) suspensão da pena com regime de prova.

No caso da suspensão da pena *tout court*, o tribunal, verificado o preenchimento dos já referidos pressupostos legais, limita-se a suspender a pena, fixando o período de suspensão e fundamentando tal decisão.

Na suspensão da pena com sujeição ao cumprimento de deveres, plasmada nos arts. 50.º, n.º 2 e 51.º, os deveres determinados visam reparar os danos sobrevindos do crime, seja economicamente através da reposição da situação da vítima, seja moralmente, quanto tal se mostre apropriado e suficiente.

O elenco apresentado é meramente exemplificativo e tanto sob estes deveres como outros que eventualmente se formulem pendem as obrigações de, numa primeira linha,

⁷⁰ Longe andaremos dos modelos deterministas da vontade humana - Ver Capítulo I.

⁷¹ Deste modo, refere Jescheck que o tribunal deve ser capaz de assumir um risco prudente (JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte Geral*, trad. S. Mir Puig/ F. Muñoz Conde, vol. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 198, pp. 1154-1155 *apud* LUÍS, Madalena Isabel Laia, *ob. cit.*, p. 24).

⁷² Cf. 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. 307.

não serem limitadores dos direitos fundamentais do condenado⁷³ e, numa segunda linha, serem de cumprimento consideravelmente exigível, em termos de proporcionalidade e adequação face às finalidades da punição⁷⁴. Ressalva-se também que os deveres são passíveis de modificação, caso ocorram «circunstâncias relevantes supervenientes ou de que o tribunal só posteriormente tiver tido conhecimento»⁷⁵.

Por fim, existe ainda a possibilidade de o tribunal determinar o acompanhamento do condenado pelos serviços de reinserção social, como forma de potenciar o propósito ressocializador da suspensão, estando totalmente vedada a hipótese de esta condição se converter numa vigilância completa da sua vida.

O que se vem de dizer encontra aplicação no âmbito da suspensão da pena com sujeição ao cumprimento de regras de conduta – art. 52.º CP –, com a diferença que as regras de conduta se dirigem primordialmente a favorecer a reintegração do condenado na sociedade, de acordo com as necessidades preventivas-especiais apuradas.

Finalmente, a suspensão da pena com regime de prova⁷⁶, presente no art. 53.º CP, assenta na elaboração de um plano pessoal de reinserção social⁷⁷, focado nas necessidades de prevenção especial de socialização do condenado, nomeadamente no sentido de estimular a sua responsabilidade social.

O que particulariza esta modalidade é igualmente a significativa vigilância e apoio de técnicos especializados, manifestação do seu carácter marcadamente assistencial. Como já se disse, as leis n.º 59/2007 e n.º 103/2015 determinaram a obrigatoriedade da aplicação do regime de prova nas situações em que o condenado tenha idade inferior a 21 anos à data dos factos e ainda nos casos em que a condenação seja em virtude da prática de crime previsto nos arts. 163.º a 176.º-A, cuja vítima seja menor.

Perante o incumprimento dos deveres, regras de conduta ou do plano de reinserção social (no sentido de o condenado não cuidar de cumprir o plano), o tribunal dispõe de diversas medidas, listadas no art. 55.º CP⁷⁸, as quais carecem de um comportamento

⁷³ Nesta medida, Figueiredo Dias refere a importância da enumeração dos deveres ser a mais ampla possível. (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português (...), ob. cit.*, p. 530).

⁷⁴ Cf. n.º 2 do art. 51.º CP.

⁷⁵ Cf. n.º 3 do art. 51.º CP e art. 492.º CPP.

⁷⁶ O regime de prova tal como hoje se encontra legalmente previsto não encontra completa correspondência na *probation* anglo-saxónica, porquanto neste modelo apenas existe o momento da determinação concreta da pena em caso de incumprimento da *probation*, firmando-se sobre uma declaração de culpa.

⁷⁷ Conferir art. 54.º CP e art. 494.º CPP.

⁷⁸ Conjugado com o art. 495.º CPP.

incumpridor culposo⁷⁹ para serem acionadas. Contudo, continuam a ser finalidades preventivas a conduzir o juiz na escolha da medida mais conveniente (ou a sua cumulação), de modo a poder conservar-se o juízo de prognose favorável inicialmente estabelecido.

A revogação da suspensão aparece como a consequência mais gravosa passível de ser aplicada – art. 56.º CP –, e pode ocorrer quando o condenado infrinja grosseira ou repetidamente os deveres, regras de conduta ou o plano de reinserção social ou cometa um crime durante o período de suspensão⁸⁰. Todavia, nenhum destes fundamentos é suficiente por si só para desencadear a revogação, na medida em que estes devem ser sempre acompanhados da consideração das finalidades especiais preventivas que motivaram *a priori* a decisão de suspender a pena na sua execução, por forma a perceber se estas ainda são passíveis de concretização com a persistência da suspensão. Ou seja, o ato de revogação não é dotado de automaticidade. No entanto, se a manutenção da pena suspensa implicar o prejuízo das finalidades e do juízo de prognose favorável efetuado, a revogação será e comportará dois efeitos: o cumprimento da pena fixada na sentença e a não restituição de prestações que o condenado haja realizado.

Decorrido o período de suspensão, sem causa para a sua revogação, a pena substitutiva é declarada extinta pelo tribunal, só tal não acontecendo se se encontrar pendente um processo por crime que possa ocasionar a revogação ou incidente por incumprimento dos deveres, regras de conduta ou plano de reinserção social⁸¹.

⁷⁹ A doutrina tem entendido que este comportamento incumpridor pode igualmente ser de índole negligente, uma vez que o artigo não faz qualquer distinção. Neste sentido, conferir ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, p. 315.

⁸⁰ Mostra-se conveniente apontar que, no caso de a revogação ser devida ao cometimento de crime doloso ou negligente durante o período de suspensão, a pena correspondente é executada depois da pena de prisão “reavivada” pela revogação. Para mais desenvolvimentos, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, pp. 316 e ss.

⁸¹ Neste sentido, Figueiredo Dias classifica como um inconveniente inevitável o facto de a revogação ou modificação das condições da suspensão poderem vir a ter lugar num momento posterior ao fim do período de suspensão.

IV. OS FINS DAS PENAS FACE À SINGULARIDADE DOS CRIMES SEXUAIS

1. Da Prevenção Especial

Iniciamos com a adenda de que temos presente que o assunto que nos propomos analisar sempre implicará uma abordagem multidisciplinar – nomeadamente biológica, sociológica, psicológica, histórica e jurídica -, cuja plenitude nunca lograremos alcançar, faltando-nos o método e a bagagem necessárias, e sobre a qual inexistente, até no âmbito da mais especializada dedicação, uma resposta cabal, não estivéssemos nós a navegar no domínio da imprevisibilidade humana.

Pretendemos averiguar se, no âmbito da finalidade preventivo-especial, se poderá sustentar a existência de uma determinada especialidade nos agressores sexuais e nos atos por eles cometidos que torne desadequada e até infrutífera a aplicação de uma pena substitutiva como forma de ressocialização e recuperação do agressor.

Teoricamente, o comportamento sexual desviante encontra justificação a partir de contributos biológicos, psicológicos, sociológicos, da teoria da aprendizagem social⁸² e contextuais, sendo manifesta a diversidade de fatores que concorrem para a origem e manutenção de um padrão sexualmente agressivo⁸³. Este comportamento encontra-se presente em indivíduos cuja ativação sexual procede de estímulos atípicos, designadamente contextos sexuais coercivos.

Como ponto de partida, encontramos na literatura a referência à teoria das cognições distorcidas como forma de explicar o aparecimento deste tipo de comportamentos. Apesar de por si apresentarem apenas uma influência relativa na explicação do fenómeno agressão sexual, as distorções cognitivas justificam uma grande porção dos comportamentos nela presentes. A par destas distorções, os interesses sexuais atípicos desenvolvem-se ainda na dependência de um certo percurso desenvolvimental, de onde

⁸² Teoria que sobreveio com o psicólogo social ALBERT BANDURA, onde se postula a existência de uma aprendizagem social, por apreensão de comportamentos das pessoas que integram o nosso meio social, através da observação e reprodução dos modelos sociais existentes e a partir da qual se intenta a integração na sociedade.

⁸³ VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida, *Ofensores sexuais: Das Crenças ao Estilo de Pensamento*, Tese de Doutoramento em Psicologia, Psicologia da Justiça, Braga, Escola de Psicologia, Universidade do Minho, 2010 p. 19.

resulta a existência de uma heterogeneidade no que respeita à caracterização dos agressores sexuais.

No entanto, é hoje pacífico que as cognições detêm um papel relevante no processo psicológico que conduz à agressão sexual, na medida em que se lhes reconhece o poder de influir nos mecanismos de representação da informação armazenada e na tomada de decisões. Uma parte preponderante das teorias até aqui avançadas vai mais longe ao admitir que as cognições nos agressores sexuais são distorcidas por comparação com a dos restantes criminosos e com as da população em geral, residindo a diferença no conteúdo da distorção propriamente dita e não no seu processo de formação⁸⁴.

A distorção das cognições identifica-se com o fabrico de auto-ideações, através da recolha e posterior apreensão defeituosa de sugestões sócio-ambientais, que possibilitam a minimização, justificação ou racionalização de determinados comportamentos e, conseqüentemente, a sua reiteração. No entanto, importa isolar os contextos em que está presente nos indivíduos uma parafilia⁸⁵ enquanto causa da agressão sexual, salientando todavia que a sua prática não implica a automática existência de qualquer tipo de perturbação. Nestes casos, estamos já no domínio do tratamento psiquiátrico.

Juntamente com as cognições atuam as circunstâncias relativas ao percurso desenvolvimental de cada agressor. O ser humano apresenta um percurso desenvolvimental típico em relação ao desenvolvimento da sexualidade. Contudo, os interesses sexuais de alguns indivíduos desviam-se dessa tipicidade, podendo ser diversos os fatores, inclusive não sexuais, a contribuir para este afastamento. Existem, pois, certos percursos que fomentam mais facilmente o aparecimento de comportamentos sexuais agressivos.

Segundo a informação encontrada, as distorções cognitivas mais frequentes nos agressores sexuais são a negação e a minimização do seu comportamento, a distorção da perceção e a presença de crenças inadequadas, principalmente em relação ao papel da vítima e às circunstâncias em que a agressão ocorreu. É ainda comum a carência de valores sociais⁸⁶.

⁸⁴ Segundo alguma literatura, os agressores sexuais apresentam os resultados mais expressivos em avaliações de desvios/distorções das cognições (VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida, *ob. cit.*, p. 66).

⁸⁵ A parafilia identifica-se com uma perturbação no desenvolvimento da identidade sexual.

⁸⁶ VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida, *ob. cit.*, pp. 68-76 e 79.

Um dos principais problemas e, conseqüentemente, um dos argumentos mais substanciais para a inadequação do regime substitutivo é o facto de se ter vindo a verificar que as distorções consolidam-se de tal forma que se tornam partes estruturantes da personalidade do agressor que age sob a sua ascendência. Deste modo, a intervenção junto destes indivíduos reclama a consideração de elementos objetivos que se têm vindo a firmar sobre o comportamento sexual agressivo e sobre os seus autores, bem como exige a desconstrução das cognições distorcidas e a sua posterior substituição por modos não ofensivos de desenvolver a sua sexualidade⁸⁷.

Em primeiro lugar, verifica-se que os elementos objetivos que se têm revelado constantes no que aos agressores sexuais e ao seu comportamento se referem indicam que, apesar de não ser possível apontar a homogeneidade como uma característica do grupo dos agressores sexuais, estes indivíduos não diferem em grande medida das características da população portuguesa em geral, caindo a imagem do típico agressor sexual⁸⁸ – desafortunado e desinserido. São antes indivíduos que, independentemente da sua inserção e projeção sociais, conservam crenças e atitudes tradicionais, conservadoras e disfuncionais – muitas vezes reforçadas após o comportamento sexual agressivo –, designadamente uma visão negativa da mulher, tradutoras da ideia de que o uso da força no domínio sexual é razoável e até desejado⁸⁹.

Todavia, constata-se que este tipo de dados não encontra eco nas decisões jurisprudenciais, no momento de atender ao juízo de substituição, uma vez que critérios como a inserção social do agente na sociedade continuam a configurar um fator preponderante na decisão de suspender a pena de prisão. Deste modo, continua a assistir-se à valorização deste elemento como indicador de um juízo de prognose favorável quando cada vez mais investigações⁹⁰ têm concluído pelo caráter sociável dos agressores sexuais, manifesto na sua capacidade de se relacionar com os outros, sendo muitas vezes uma surpresa os atos por si praticados.

⁸⁷ VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida, *ob. cit.*, p. 51.

⁸⁸ Para mais desenvolvimentos, REBOCHO, Maria Francisca, *Caracterização do Violador Português: Um Estudo Exploratório*, Coimbra, Almedina, 2007.

⁸⁹ Neste ponto, cumpre-nos evidenciar o papel conivente desempenhado pela sociedade quando perpetua crenças de prevalência do homem sobre mulher, que resultam na legitimação da violência e na tolerância para com comportamentos sexualmente agressivos. Não será certamente coincidência que praticamente a totalidade dos agressores sexuais sejam do sexo “prevalecente”.

⁹⁰ Nomeadamente, VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida, *ob. cit.* e VERÓNICO, Marlene Sophie Barros, *Agressores Sexuais: Caracterização de uma Amostra Portuguesa*, Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, Porto, Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar, 2015.

Em segundo lugar, a desconstrução de crenças tão solidamente firmadas poderá exigir uma intervenção significativamente “invasiva” e duradoura, que pouco se coaduna com o parco acompanhamento que caracteriza a frequência de programas em sede de suspensão da pena⁹¹, traduzindo-se sobretudo num acompanhamento genérico e farmacológico⁹². Assim, não nos parece que se tenha vindo a prestar a devida consideração ao cunho marcadamente especializado que tem sido atribuído aos agressores sexuais por diversos investigadores.

Tendo em vista o sucesso da intervenção, também não nos parece difícil de alcançar que um exercício desta índole poderia revestir-se de mais efetividade se tivesse lugar num ambiente controlado, que necessariamente não seria o ambiente habitual do intervencionado. Só com um acompanhamento intenso e continuado, necessariamente prolongado, que sempre abarcaria a desconstrução das distorções cognitivas individuais, e por isso incompatível, na maior parte dos casos, com a vida em liberdade, seria possível uma adaptação fiel da intervenção às características particulares do agressor e uma atenção redobrada aos fatores de risco dinâmicos, responsáveis pela reincidência.

Com efeito, defendemos que a singularidade dos agressores sexuais e dos seus crimes reclama a exceção – ou a prudência – na hora da aplicação do instituto da suspensão da pena, porquanto esta medida não responde de forma eficiente às necessidades preventivo-especiais apresentadas por este género de agressores, falhando desde logo quando se baseia em critérios que se têm descoberto distantes da realidade criminosa.

Defendemos de igual forma que a configuração atual dos estabelecimentos prisionais – a sua conotação negativa, o seu caráter deletério, a sobrepopulação prisional e os elevados custos para o Estado – não pode suportar a opção pela suspensão da pena⁹³, na medida em que uma real ressocialização – ou o seu melhor esforço – deveria ser possível atingir tanto em sede de medidas institucionais como em sede de medidas não institucionais, devendo o fator decisivo ser unicamente a sua adequação ao caso concreto. Não se pretende desta forma colocar em causa o princípio da preferência pelas penas não

⁹¹ Que deveria ser obrigatória sempre que se tratasse da prática de um crime sexual, independentemente da idade da vítima.

⁹² O Dr. Ricardo Barroso salienta a importância da intervenção junto dos agressores sexuais ser de cariz psicoterapêutico – Cf. Anexo.

⁹³ Neste sentido, Taipa de Carvalho refere a urgência de estarem reunidas as condições necessárias nos estabelecimentos prisionais para se lograr responder às necessidades de ressocialização do agente (cf. Nota de rodapé 31).

detentivas – art. 70.º do CP –, mas apenas esclarecer que, por forma a possibilitar uma efetiva realização da justiça através da concretização das finalidades da punição, é premente reformular a ideia de prisão no sentido de esta se tornar um instrumento regenerador, uma vez que continua a ser indispensável na luta contra a criminalidade mais grave, como são ou deveriam ser os crimes sexuais⁹⁴.

2. Da Prevenção Geral

Aqui chegados, cumpre-nos agora confrontar a pretendida singularidade dos crimes sexuais com a finalidade preventivo-geral positiva, enquanto principal desígnio do Direito Penal e das suas sanções. Para tanto, começamos por relembrar que, prosseguindo esta finalidade, a intervenção criminal propõe-se a conservar a confiança comunitária na validade da norma violada e, por inferência, manter a pacificação social.

Quando evocada como fundamento de suspensão da execução da pena, a prevenção geral surge com o sentido de barreira suscetível de ser transposta se não se colocar em causa, na construção de FIGUEIREDO DIAS⁹⁵, o limiar mínimo de defesa do ordenamento jurídico. Ora, os crimes sexuais são tipos de ilícito que projetam consequências a dois níveis – comunitário e individual –, que acabam por se influenciar mutuamente, como acabaremos por perceber.

Comunitariamente, os comportamentos sexualmente coercivos são percecionados de forma cada vez menos tolerante, assinaladas que são as graduais alterações ao sistema social de crenças. A ideia de um direito sexual do homem já não encontra adesão à realidade e, por conseguinte, os interesses a salvaguardar são hoje consentâneos com a

⁹⁴ No sentido da posição que se tem vindo a defender e em prol da viabilidade de uma ressocialização alcançada dentro do meio prisional, cumpre-nos ainda alertar para os dados recolhidos em relação ao Programa de Intervenção Dirigido a Agressores Sexuais, desenvolvido com reclusos condenados por crimes sexuais, em cumprimento de prisão efetiva com o objetivo de prevenir a reincidência:

- a maioria dos indivíduos (85,2%) não frequentou o programa;
- 4,9% dos indivíduos frequentaram-no mas não o concluíram;
- 1,6% concluiu o programa mas sem assiduidade;
- apenas 8,2 % dos reclusos frequentaram e concluíram o programa com assiduidade;

Apesar destes dados serem circunscritos a um estabelecimento prisional, é possível perceber que este panorama é comum aos poucos locais que oferecem este programa, denunciando o escasso investimento e, conseqüentemente, a sua inutilidade.

Atualmente, apontam-se três estabelecimentos prisionais onde este tipo de programas existe. Estes programas encontram-se ainda na dependência da aceitação dos reclusos.

⁹⁵ Ver Capítulo I.

preservação do bem jurídico liberdade sexual – genericamente, a «liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem»⁹⁶.

Atendendo ao seu elemento subjetivo e às suas repercussões sociais, somos categoricamente da opinião que, face a um crime sexual, a mera censura do facto e a ameaça de prisão não realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, contidas no art. 40.⁹⁷. Tratam-se de crimes que produzem enorme alarme e repulsa sociais, porquanto lesam um dos núcleos mais estruturantes para o livre desenvolvimento da pessoa – art. 26.º da CRP.

Concordamos com TERESA PIZARRO BELEZA quando refere que falar sobre crimes sexuais é necessariamente falar de desigualdade e, acrescentamos, de violência de género. Tendo por referência o RASI 2018 e querendo apenas fazer uma alusão genérica ao tema⁹⁸, constatamos que, apesar de estar a assistir-se a um decréscimo da criminalidade violenta e grave, as queixas pelo crime de violação, enquanto um dos crimes sexuais mais graves, espelham a tendência inversa, tendo sido efetuadas 421 queixas no ano transato⁹⁹. Ainda da mesma fonte: a totalidade dos arguidos do crime de violação pertence ao sexo masculino, enquanto o sexo feminino constituiu quase 90% do universo de vítimas, sendo este um panorama inalterado pelo passar do tempo. Neste sentido, percebe-se que a prática de atos sexuais com recurso à coação, especialmente dirigida à mulher na qualidade de vítima natural¹⁰⁰, continua a ser encarada como legítima e justificada sob o estigma de «estar a pedi-las».

⁹⁶ BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem Sombra de Pecado: O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, Separata Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Lisboa, 1996, p. 16.

⁹⁷ Importa ressaltar novamente que as inúmeras referências a crimes sexuais durante toda a exposição, nomeadamente quando se aprecia da compatibilidade do seu modo de punição com as finalidades punitivas, se reportam a um conceito que, embora se pretenda amplo, nunca poderá incluir a totalidade dos comportamentos sexualmente censuráveis – a título de exemplo, o crime de importunação sexual, art. 170.º CP. Bem sabemos que a sexualidade abarca uma panóplia de atos que, num cenário coercivo – o único que nos interessa –, diferem em termos de gravidade. Por conseguinte, tudo o que até aqui afirmamos e o que viremos a afirmar só poderá encontrar validade em face de comportamentos revestidos de uma certa perniciosidade, em especial os arts. 163.º, 164.º e 171.º do CP, coação sexual, violação e abuso sexual de crianças, respetivamente. Contudo, cabe-nos também esclarecer que a gravidade a que acabámos de nos referir, em nossa opinião, tem sido entendida em medida inferior àquela por que propugnamos neste trabalho, isto é, os atos que pensamos serem relevantes em termos de censurabilidade têm sido diminuídos pela jurisprudência nacional, acabando por se definir a barreira num patamar em muito inferior ao necessário.

⁹⁸ De facto, dificilmente poderíamos deixar de referir questões de género, em muito relacionadas com o tema que nos propusemos desenvolver. Contudo, assumimos que nunca foi nosso objetivo torná-las parte central do trabalho, faltando-nos o tempo e o espaço necessários.

⁹⁹ Segundo os dados presentes no RASI de 2017 e de 2018, no ano de 2016, as queixas pelo crime de violação foram 335 e, em 2017, foram 408.

¹⁰⁰ Termo de Teresa Pizarro Beleza (BELEZA, Teresa Pizarro, *ob. cit.* p. 14).

Com efeito, o forte sentimento de insegurança e reprovação que estes ilícitos despoletam exige uma resposta judicial tendencialmente firme e austera, tendo em vista as finalidades preventivas gerais positiva e negativa – que já dissemos não ser de negar¹⁰¹ - e que encontram maior expressão com a aplicação de uma pena de prisão efetiva. Positivamente, o sentimento comunitário carece de percecionar como reafirmada a validade da norma violada e, de modo lógico, tanto maior será esta necessidade quanto maior for a indignação e revolta causadas pelo crime. Negativamente, a dissuasão de potenciais criminosos que se pretende torna-se dificultada quando a aplicação da suspensão da pena se converte em paradigma no caso dos crimes sexuais. Deste modo, não se pode deixar de reconhecer que toda a sentença judicial não se reduz ao tribunal e aos diretamente envolvidos, encontrando eco na estrutura social, e que esta constitui uma parte importante do Direito Penal em termos de satisfazer e serenar um sentimento social de justiça.

No plano individual, a violência sexual¹⁰² é associada a inúmeras consequências, quer imediatas, quer a longo prazo, nomeadamente o facto de potenciar a prática de comportamentos de alto risco¹⁰³. Os custos físicos e mentais¹⁰⁴ são de tal ordem que acabam por ter um impacto comunitário e a Organização Mundial da Saúde tem inclusive vindo a advogar pela classificação da violência sexual como um problema de saúde pública. Apesar deste cenário dantesco, o real impacto da violência sexual é invisível, na medida em que nem todos os casos chegam a ser conhecidos e os que o são traduzem-se em dados dispersos.

Apesar do que se vem de dizer, ressaltamos que não constitui nossa intenção perigar a identificação das penas substitutivas como verdadeiras penas, nem tampouco retirar-lhes o seu carácter efetivo na prossecução das suas finalidades. Enquanto alternativa à prisão efetiva, as penas de substituição pretendem cumprir semelhantes desideratos.

¹⁰¹ Ver Capítulo I.

¹⁰² O Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, elaborado pela OMS em 2002, define violência sexual como «qualquer ato sexual, tentativa de o obter, comentários ou insinuações sexuais não desejadas, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando a coerção, por qualquer pessoa, independentemente da sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pénis, outra parte do corpo ou objeto».

¹⁰³ Os comportamentos de alto risco associados à violência sexual incluem uso nocivo de álcool e drogas, abandono escolar e delinquência juvenil, gravidez precoce e a prática de relações sexuais desprotegidas.

¹⁰⁴ As consequências associadas à violência sexual incluem traumatismos físicos, complicações ginecológicas e reprodutivas, doenças sexualmente transmissíveis, transtorno de *stress* pós-traumático, suicídio, transtornos mentais como a depressão, a ansiedade e síndrome de pânico, disfunção sexual, distúrbios de sono, assim como consequências no âmbito relacional – íntimo, familiar, social e profissional.

Todavia, julgamos que perante um crime sexual grave dificilmente estas penas, no caso a suspensão, alcançam a *ratio* do art. 40.º, de forma a conferir uma plena proteção ao bem jurídico liberdade sexual. Assim, entendemos que a prisão efetiva permanece tendencialmente como a melhor resposta.

Não obstante, e utilizando as palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, as penas de substituição «só cumprirão em absoluto o seu papel se e na medida em que forem percecionadas pelo agente e pela comunidade como verdadeiras sanções (...) Ora, tal importa que as mesmas sejam eficazes e fiáveis, (...) que não sejam um modo encapotado de descriminalização ou despenalização»¹⁰⁵. Neste sentido, cabe-nos acrescentar que também não podem servir como uma forma de veicular e legitimar crenças, estigmas ou ideologias. Explicando: se dantes era a própria lei a espelhar a existência de uma certa ordem social, em que a mulher assumia um papel secundário; se graças a várias alterações legislativas, para as quais contribuíram uma certa evolução social e os esforços de instrumentos internacionais¹⁰⁶, se direcionou a proteção para a esfera da liberdade sexual, não se protegendo já qualquer moral; hoje, a questão parece colocar-se no domínio das penas de substituição, na medida em que, por vezes, lhes serve de fundamento sistemas de crenças obsoletos que, para além de não encontrarem qualquer suporte real, nada mais fazem que diminuir o fenómeno da violência sexual e as suas consequências, bem como mostrarem-se coniventes com uma «cultura da violação»¹⁰⁷.

À semelhança do mesmo autor¹⁰⁸, também não constitui nossa intenção patrocinar uma ideia de dependência das funções magistrais em face de uma aprovação comunitária. Contudo, parece-nos que, no âmbito do trabalho que temos vindo a desenvolver, não seria de todo incompatível – até adequado – com as finalidades preventivo-especiais e preventivo-gerais da pena se a jurisprudência e a convicção pública convergissem ou pelo menos não demonstrassem estar em pontos tão distantes.

¹⁰⁵ LEITE, André Lamas, *As penas (...), ob. cit.*, p. 336.

¹⁰⁶ Nomeadamente, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, comumente conhecida como Convenção de Istambul.

¹⁰⁷ VENTURA, Isabel, *Medusa no Palácio da Justiça ou Uma História de Violação Sexual*, Lisboa, Tinta da China, 2018. P. 14.

¹⁰⁸ Para mais desenvolvimentos, LEITE, André Lamas, *As penas (...), ob. cit.*

Considerações Finais

Ante os crimes sexuais, não se defende outra coisa a não ser a liberdade individual, na vertente sexual, onde se institui pois o «direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade»¹⁰⁹. Se alguma hierarquização de bens jurídicos for possível concluir, na senda de CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA¹¹⁰, cremos que o bem jurídico liberdade sexual ocupará lugar cimeiro.

Refere a autora o princípio da dignidade humana como o principal critério orientador desta hierarquização, não podendo o bem jurídico em questão estar em mais estreita ligação com este princípio, porquanto se manifesta essencial no livre desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, impõe-se a necessidade de uma proteção extensiva e exaustiva, em prol de uma consciencialização quanto à sua importância, até agora gorada, se atendermos aos crescentes números atinentes a este tipo de criminalidade, tradutores de uma certa tolerância face a esta realidade.

É apazível observar que a evolução neste âmbito tem revelado uma crescente incriminação de condutas, sobretudo se considerarmos o caminho percorrido desde a tutela da moralidade sexual¹¹¹. No entanto, alcançada a criminalização, importa agora uma proteção efetiva e real, que falha no momento da escolha da pena.

Posto isto, seria da maior utilidade se também neste plano se pudesse contar com um limite mínimo de defesa do ordenamento jurídico, tal qual sucede no momento da determinação da medida concreta da pena. A este propósito, referimos a teoria da margem da prevenção geral¹¹² e a possibilidade da sua transposição – ou de uma dinâmica semelhante – para o domínio do juízo substitutivo. Neste sentido, pretende-se que não seja possível lançar mão de uma pena substitutiva quando tal não garanta uma proteção mínima do bem jurídico no caso concreto, nem tampouco reafirme a confiança comunitária na norma infringida. A tutela dos bens jurídicos fundamentais, enquanto

¹⁰⁹ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 141.

¹¹⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime, Uma Perspetiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica Editora, 1995, pp. 317-326.

¹¹¹ Alteração fruto da Revisão de 1995 do CP.

¹¹² Ver Ponto 3, Capítulo I.

finalidade primordial visada pela pena, não pode estar à mercê de considerações de qualquer índole, não podendo sobreviver uma estrutura social onde não se assegura a mais livre realização da personalidade de cada pessoa, individual e comunitariamente.

No mínimo, aproximamo-nos do Projeto de Lei n.º 1191/XIII/4.^a do PAN, no sentido do acompanhamento técnico através da frequência de programas de reabilitação – que já caracterizámos de insuficiente – ser mais extenso. Ora, com carácter obrigatório, o acompanhamento deveria estender-se, em nossa opinião, a todos os agressores sexuais, independentemente da idade da vítima, e não apenas aos agressores sexuais de crianças, como consagra o atual art. 53.º, n.º 4 do CP e independentemente do tipo de condenação – pena efetiva ou suspensa. Ora, carece de sentido, tendo em conta as particularidades dos crimes em análise e os seus resultados, não dirigir esta obrigação a todos os seus perpetradores.

CONCLUSÃO

Não existe uma abordagem fácil no que concerne aos crimes sexuais, na medida em que se trata de um assunto mediaticamente estigmatizado, com repercussões ao nível do discurso jurídico. O resultado é um quadro jurisprudencial pautado por preconceitos e mitos, quer perante a vítima, quer perante o agressor, que potenciam desmedidamente a aplicação do instituto de suspensão da pena, numa desconsideração pela grave instabilidade provocada por estes crimes na comunidade.

Os agressores sexuais apresentam elementos psicológicos e comportamentais que os diferenciam dos restantes criminosos e que tornam – ou deveriam tornar – particular o momento de realização do juízo de prognose. A inserção social, enquanto um dos principais critérios decisores, deve deixar de configurar um indicador positivo na operação da substituição, na medida em que é manifesta a capacidade destes agressores se projetarem socialmente. Adicionalmente, a intervenção que estes reclamam necessita de ser suficientemente incisiva, de forma a desconstruir as ideações propulsoras dos comportamentos que se condenam, o que será tendencialmente melhor conseguido em sede de prisão efetiva.

As repercussões sociais reclamam igualmente que se apliquem sanções austeras e firmes, de forma a satisfazer e tranquilizar o sentimento social de justiça e, em última instância, devolver a confiança comunitária no sistema judicial.

Destarte, o Direito não se pode demitir da sua função de interpelação da sociedade, principalmente face a situações que tão proximamente contendem com a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

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, 2008

ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra, Almedina, 2017

BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem Sombra de Pecado: O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, Separata Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Lisboa, 1996

BRITO, José de Sousa e, *Os Fins das Penas no Código Penal*, Problemas Fundamentais de Direito Penal. Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, ed. Maria da Conceição Santana Valdágua, Lisboa, Universidade Lusíada, 2002

CARVALHO, Américo Taipa de,

- *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal, Análise Histórica. Sentido e Limites*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, 1985
- *Direito penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª edição, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, *Constituição e Crime, Uma Perspetiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Universidade Católica Editora, 1995,

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, As consequências jurídicas do crime*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

DOREN, Dennis M., *Evaluating Sex Offenders – A Manual for Civil Commitments and Beyond*, Sage Publications, 2002

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Tomo II, Lisboa/ São Paulo, Verbo, 1989

GONÇALVES, Rui Abrunhosa / VIEIRA, Sandra, *A Avaliação do Estilo de Vida Criminal em Ofensores Sexuais*, Psicologia: Teoria, Investigação e Prática, Centro de Investigação em Psicologia, Universidade do Minho, 2005

HANSON, R. Karl, *The characteristics of persistent sexual offenders: A meta-analysis of recidivism studies*, Journal of Consulting and Clinical Psychology, 2006

LEAL-HENRIQUES, Manuel / SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado*, referências doutrinárias, indicações legislativas: resenha jurisprudencial, vol. I, 4ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2014

LEITE, André Lamas

- *As penas de substituição em perspetiva político-criminal e dogmática: contributo para uma análise sistemática*, Tese de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Criminais. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2015
- *A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal*, Separata de ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- *Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substrato da atenuação especial da pena* (2019), Livro em Homenagem a Germano Marques da Silva, em vias de publicação

- *O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição*, Revista do CEJ, n.º 2, 2018
- *Punitividade e Penas de Substituição – Relatio Paradoxal?*, *Breves Reflexões a partir da realidade Portuguesa*, Revista Julgar Online, 2019

LUÍS, Madalena Isabel Laia, *A Questão da Aplicabilidade da Suspensão da Execução da Pena de Prisão aos Crimes Sexuais Contra Menores*, Dissertação de Mestrado em Direito, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2017

MARSHALL, William L. / LAWS, D. R. / BARBAREE, H. E., *Handbook of Sexual Assault – Issues, Theories and Treatment of the Offender*, Nova Iorque, Plenum Press, 1990

MOURA, José Souto de, *A Jurisprudência do STJ sobre Fundamentação e Critérios da Escolha e Medida da pena*, 2014, disponível in www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf, consultado a 17-05-2019

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Almedina, 1985

PAULINO, Mauro / ALHO, Laura, *Comportamento Criminal e Avaliação Forense*, Lisboa, Pactor, 2018

PATTO, Pedro Vaz, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, Albufeira, 2011

REBOCHO, Maria Francisca, *Caracterização do Violador Português: Um Estudo Exploratório*, Coimbra, Almedina, 2007

RODRIGUES, Anabela Miranda

- *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: Os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995
- *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade, Seu Fundamento e Âmbito*, Boletim da Faculdade de Direito, Supl. 23, Coimbra, 1982
- *Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal Português*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Pro. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988

ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Lisboa, Veja Universidade, 1998

SHAFRAN, Lynn Hecht, *Topics for Our Times: Rape is a Major Public Health Issue*, American Journal of Public Health, Vol. 86, n.º 1, 1996

VENTURA, Isabel, *Medusa no Palácio da Justiça ou Uma História de Violação Sexual*, Lisboa, Tinta da China, 2018

VERÓNICO, Marlene Sophie Barros, *Agressores Sexuais: Caracterização de uma Amostra Portuguesa*, Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, Porto, Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar, 2015

VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida, *Ofensores sexuais: Das Crenças ao Estilo de Pensamento*, Tese de Doutoramento em Psicologia, Psicologia da Justiça. Braga, Escola de Psicologia, Universidade do Minho, 2010

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Report on Violence and Health*, Genebra, 2002

NOTÍCIAS

Terapia a criminosos feita apenas em três cadeias e só se reclusos aceitarem, Associação Sindical do Juízes Portugueses, disponível in <http://www.asjp.pt/2013/09/16/terapia-a-criminosos-feita-apenas-em-tres-cadeias-e-so-se-reclusos-aceitarem/>, consultado a 17-05-2019

PROJETOS LEI

Projeto de Lei n.º 1191/XIII/4.^a, PAN, Obriga todos os agressores sexuais à frequência de programas de reabilitação, 2019

Projeto de Lei n.º 1074/XIII/4.^a, PAN, Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul ratificada por Portugal, 2019

PARECERES

Parecer Projeto de Lei 1074/XIII/4.^a, Alteração do Código Penal – Crime de Violação, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2019

Parecer Projeto de Lei 1074/XIII/4.^a, Alteração do Código Penal – Crime de Violação, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2019

ANEXO

Excerto da entrevista realizada ao Dr. Ricardo Barroso, Professor Assistente na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, no âmbito da presente dissertação

1. Relativamente ao Programa de Intervenção Dirigido a Agressores Sexuais, desenvolvido com reclusos condenados por crimes sexuais, em cumprimento de prisão efetiva com o objetivo de prevenir a reincidência, recolhi os seguintes dados:

- a maioria dos indivíduos da amostra (85,2%) não frequentou este programa,
- 4,9% dos indivíduos frequentaram mas não o concluíram
- 1,6% concluiu o programa mas sem assiduidade
- apenas 8,2 % dos reclusos frequentaram e concluíram o programa com assiduidade.

Tendo isto presente, e dentro do que é possível conhecer e das estatísticas existentes, gostaria de perguntar o seguinte:

1.1 Este panorama é efetivamente o mais próximo da realidade? Se sim, o que leva a grande maioria dos indivíduos a não frequentar estes programas e como se poderá alterar esta situação?

O panorama está próximo da realidade, sem dúvida (julgo que o programa apenas é aplicado na Carregueira, pelo que esses dados são apenas relativos a esse local...). Os dados que reporta são indicadores de este programa se revela de uma enorme inutilidade. O problema não é deste tipo de programas, mas deste programa em concreto, da forma como foi feito e do procedimento que é usado para selecionar os sujeitos. A principal razão para o não envolvimento da maioria dos indivíduos é porque a sua aplicação é em grupo (o que vai contra as melhores praticas internacionais), o que faz com que muitos indivíduos prefiram não ser expostos pelo crime que cometeram. Depois, não há um trabalho prévio de motivação para a inserção no programa (não existem psicólogos no sistema prisional que permita fazer esse trabalho). No fundo fizeram um programa de intervenção

não especializado (tratam os agressores sexuais como se fossem outros agressores, o que está longe de ser correto) e, é importante destacar, os seus conteúdos não seguem as melhores práticas internacionais.

2. De igual forma, gostaria de perceber um pouco mais sobre este tipo de programas, em termos de funcionamento, abordagens aplicadas, taxas de sucesso e se existem em quantidades relevantes.

Estes programas de intervenção são tendencialmente eficazes, os estudos apontam para taxas de eficácia em torno dos 60% (há casos que são mais difíceis e que requerem outro tipo de intervenção, mais prolongada no tempo). Seguem uma estrutura clara, mas para serem eficazes devem seguir um conjunto de indicações específicas (em especial devem ter um foco de intervenção psicoterapêutica e não um foco exclusivamente psicoeducacional). O Canadá e o UK são os contextos onde estes programas se encontram a ser implementados com sucesso desde há vários anos.

3. No âmbito da aplicação da pena suspensa, é habitual ser imposta a frequência destes programas? E ainda: é possível concluir pela maior taxa de sucesso da pena suspensa com a frequência destes programas do que sem a sua frequência?

Pelo meu conhecimento, é de facto habitual a imposição de frequência de programas no âmbito da sexualidade (apenas 25% dos agressores tem pena de prisão, pelo que aos restantes 75% é solicitado tipicamente esta intervenção). O problema é que existem muito poucas respostas e poucos especialistas, muitos psicólogos e psiquiatras nos hospitais (para onde são feitos habitualmente os pedidos de intervenção), nos hospitais têm dificuldades em intervir, fazendo um acompanhamento genérico e farmacológico (quando necessário), mas pouco psicoterapêutico.

3. Sabendo que o estudo dos ofensores sexuais é ainda um área com muito por explorar e que é difícil afirmar com certeza qualquer explicação para este tipo de comportamento, a teoria das cognições distorcidas é a que reúne mais consenso como ponto de partida para o aparecimento destes comportamentos?

As distorções cognitivas justificam uma grande parte dos comportamentos de agressão sexual. Mas, por si só, terão uma influência relativa. Temos de entender os agressores sexuais como tendo certo tipo de interesses sexuais atípicos (ativação sexual por estímulos sexuais coercivos ou por crianças, por exemplo) e que para isso contribui um certo percurso desenvolvimental. Nesta questão sugeria-lhe também a leitura do capítulo do livro que o Dr. Mauro Paulino sugeriu num e-mail anterior.

4. É possível afirmar um tipo de personalidade ou um conjunto de características associado a este tipo de criminosos, de forma mais ou menos pacífica?

Um tipo de personalidade específica, não me parece existir. Existem é percursos desenvolvimentais que poderão promover esse comportamento. Ou seja, o ser humano desenvolve-se de uma forma típica em relação à sexualidade (chamemos-lhe “normativa”), mas em alguns sujeitos esses interesses sexuais desviam-se dessa tipicidade e tornam-se desviantes. Mas há muitos processos envolvidos nesse processo desviante.