O alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução de pena de prisão na *Reforma do Sistema Penal de 2007*

FERNANDO CONDE MONTEIRO

1. Introdução

A Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, que consagrou a designada *Reforma do Sistema Penal de 2007*, entre outras alterações, introduziu algumas modificações no instituto da suspensão da execução da pena de prisão (artigos 50.º a 59.º CP). Estas tiveram que ver antes de mais com o alargamento para 5 anos do limite formal de funcionamento desta pena de substituição¹, em prejuízo do anterior limite de 3 anos (artigo 50.º n.º 1 CP). Paralelamente e com interesse ao caso, modificou-se o disposto no n.º 3 do artigo 53.º do mesmo diploma, estabelecendo-se a obrigatoriedade (“sempre”) da aplicação do regime de prova, quando a execução da pena a suspender for superior a 3 anos, para além de se ter estabelecido a equiparação do prazo de duração do período de suspensão com o da duração da pena determinada na sentença, mantendo-se a duração mínima de 1 ano (actual artigo 53.º n.º 3). Quis-se desta forma, antes de mais, estender o âmbito de aplicação deste instituto e assim reduzir a aplicação das penas de prisão efectivas.

¹ Sobre a integração desta pena desde sempre no quadro das penas de substituição, DIAS, Figuciredo, *Direito Penal Português. Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2005, 10.º Cap. I, II. A.

2. Aspectos político-criminais derivados do alargamento da suspensão da execução da pena de prisão. Considerações prévias

Alargar o âmbito de aplicação de uma pena substitutiva de prisão, mormente a que se encontra em causa, significa privilegiar-se a finalidade de prevenção especial de socialização em desfavor de finalidades de prevenção geral (negativa ou/e positiva). Quer dizer, enquanto anteriormente e desde a entrada em vigor do actual Código Penal havia um limite de 3 anos (pena concreta) a balizar a aplicação desta consequência penal, agora tal limite ao ser ultrapassado tem presumivelmente permitido um maior número de casos de aplicação deste instituto, o mesmo é dizer que não se tem aplicado tanto a prisão efectiva e portanto há lugar a um acentuar da citada finalidade preventiva especial.² Deste modo, o pensamento político-criminal subjacente a esta tomada de posição expressa-se na ideia de que a média e pequena criminalidade deverão ser, tanto quanto possível, tratadas fora da pena de prisão efectiva, dado os efeitos potencialmente nefastos que esta última apresenta.³ Assim, acentuar-se-á o carácter de *ultima ratio* da pena de prisão em favor do aspecto humanista, expresso numa maior defesa da figura do delinquentes face aos interesses comunitários de reafirmação contrafáctica dos bens e normas colocadas em causa.

A tradução de tão singelo pensamento (quase um truísmo) merece de qualquer maneira, e porque as aparências podem por vezes iludir, uma análise mais detalhada. Assim, e em primeiro lugar, o que se deverá entender por pequena e média criminalidade? Noutros termos, até aonde se poderá ir neste âmbito? São estes conceitos balizados em

² Neste sentido apontava já o 1.º Relatório Semestral referente ao 1.º Semestre de 2008 – Monitorização da Reforma Penal –, proveniente do Observatório Permanente de Justiça Portuguesa, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao_reforma_penal_dezembro_2008.pdf, acesso em 24 de Setembro de 2009, pp. 79-0, onde se apresentava como prova do aumento de utilização deste instituto o crescente número de pedidos de acompanhamento à DGRS. De qualquer maneira, a comparação dos casos de aplicação desta pena comparativamente com os anos de 2005 e 2006 revela uma aparentemente paradoxal diminuição da sua aplicação, quer em 2007 (13,4% das penas aplicadas), quer em 2008 (14,9%) contra 2005 (15,3%) e 2006 (15,8%), dados referidos pela mesma Instituição, agora no seu 2.º Relatório relativo ao mesmo ano de 2008, *idem*. p. 159. Ficamos assim suspensos relativamente aos dados (ainda não publicados à data da elaboração deste artigo) referentes a 2009...

³ Assim desde sempre, CORREIA, Eduardo, *La Prison, Les Mesures Non-Institutionnelles Et Le Projet Du Code Penal Portugais De 1963 in Estudo "In Memoriam"* do Prof. Doutor José Beza dos Santos, I, (Suplemento ao vol. XV), BFDUC, 1966, p 229 e ss.

termos formais ou num plano meramente material? Pertencem por igual ao domínio jurídico-penal, ao direito processual penal, à criminologia ou diferenciam-se consoante os ramos? Depois, em que medida é que se poderá julgar das boas ou más opções do legislador neste domínio? É esta uma matéria totalmente subtraída ao jurista e por conseguinte à ciência do direito penal e somente do âmbito do legislador, podendo este actuar praticamente de forma discricionária, ou, pese embora uma dose de maior ou menor subjectividade do mesmo legislador, haverá que tomar em conta naturais limites (constitucionalmente consagrados ou simplesmente inerentes a qualquer prática de política criminal e desta forma se introduzindo na constituição material de qualquer Estado de direito modernamente concebido)? Finalmente, mesmo suportando eventualmente a ideia de não ultrapassagem de limites (pretensamente amplos) por parte do legislador, em que medida é que se poderá criticar de direito a constituir a opção tomada?

3. Os conceitos de pequena e média criminalidade: notas introdutórias

Amiudadas vezes encontramos a referência a estes conceitos (pequena e média criminalidade) em textos doutrinários⁴, e mesmo num plano legislativo.⁵ Num primeiro olhar, com um enunciado deste género pretende-se antes de mais afirmar algo que parece ser uma evidência: nem todo o tipo de infracção penal tem o mesmo significado político-criminal, logo havendo crimes mais graves e menos graves.⁶ Daqui que naturalmente as respostas a dar em termos de direito positivo (consequências penais) também sejam diferenciadas em função das características dos respectivos crimes. Uma primeira linha de demarcação neste plano é naturalmente ditada pela natureza dos bens jurídicos a tutelar penalmente. Estes não valem por igual. Pode-se mesmo afirmar existir uma hierarquia entre eles.⁷ Como questão pré-jurídica condiciona ela inevitavelmente qualquer

⁴ Cf., por exemplo, DIAS, Figueiredo, *op. cit.*, §§ 105 a 107; ISASCA, Frederico, RPCC 3 1993, p. 77 e ss.

⁵ Assim, Projecto do Código Penal de Timor-Leste de 2005, artigo 78.º n.º 1.

⁶ Sobre isto, cf. MONTEIRO, Conde, *Sobre a Omissão Impura em Direito Penal, Reflexões acerca do fundamento e do ilícito material-objectivo do crime de omissão impura*, 2006, p. 75 e ss.

⁷ Que está ausente do texto constitucional, neste sentido, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, P. IV, T.I, Cap. 4 H I a); sobre as valorações constitucionais atinentes ao direito penal, PALMA, Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 71 e ss.; sobre

legislador de qualquer parte do mundo, disto se ressentindo também os códigos penais (ou legislações) de qualquer país existente. Por outro lado, e em consequência da forte influência que a ética (tornada jurídico-penal) exerce sobre o direito penal (este na sua essência é antes de mais ética)⁸, compreende-se em larga medida que condutas dolosas sejam, em regra, punidas de forma mais severa que as meramente negligentes, apesar de estas poderem ser mais frequentes⁹, disto sendo expressão paradigmática uma norma como a do artigo 13.º CP vigente.¹⁰ Que igualmente questões político-criminais (por exemplo, a frequência da prática de infracções criminais¹¹ ou a lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos tutelados nos tipos legais de crimes)¹² se façam sentir neste âmbito também não espanta. E se a questão tem obviamente uma dimensão abstracta, portanto situada no âmbito da erecção dos tipos legais de crime, ganha especial ênfase

a questão propriamente da hierarquização dos valores jurídico-penais, cf. MONTEIRO, Conde, op. cit., p. 208 e ss.; ainda sobre a noção de bem jurídico neste plano, ANDRADE, Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, 2004, p. 37 e ss.

⁸ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, op. cit., p. 66 e ss.; ainda com interesse, cf. o nosso artigo O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas) in Que Futuro Para O Direito Processual Penal?, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião Dos 20 Anos Do Código De Processo Penal, vários, Coimbra Editora, 2009, pp. 328-9.

⁹ Neste sentido, encarando a questão como um problema de culpa, MONTEIRO, Conde, Sobre a Omissão Impura em Direito Penal, Reflexões acerca do fundamento e do ilícito material-objectivo do crime de omissão impura, 2006, pp. 177-9; cf. ainda DIAS, Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, T. I, Questões Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 2007, 13.º Cap. II 1; SILVA, Marques da, Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime, Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1998, p. 161 e ss.

¹⁰ Como excepções no actual Código Penal a esta regra podem-se ver as disposições dos artigos 292.º (Condução de veículo em estado de embriaguez, ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas) ou 295.º (Embriaguez e intoxicação). Levantando a dúvida sobre a continuidade da prevalência do dolo face à negligência, quando esta se apresente estatisticamente mais relevante, BELEZA, Teresa, Direito Penal, 2.º Vol., (reimpressão), A.A. F.D:L., pp. 80-82.

¹¹ Pouco sensato foi de qualquer maneira o facto de, por exemplo, o Código Penal de 1982 na sua versão originária contemplar penas mais pesadas para o furto fundamental (3 anos, artigo 296.º) do que para o crime de ofensas corporais simples (2 anos ou multa até 180 dias, artigo 142.º e sendo este um crime semi-público); acontecendo o mesmo entre o furto qualificado (1 a 10 anos, artigo 297.º) relativamente ao crime de ofensas corporais graves (1 a 5 anos, artigo 143.º), sucedendo algo de semelhante relativamente ao abuso de confiança, dano agravado, burla, etc.

¹² Pense-se desde logo na tentativa ou nos delitos de perigo, sobre a noção e significado do perigo em direito penal, COSTA, Faria, O Perigo em Direito Penal (Compreensão para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas), Coimbra Editora, 1992.

no plano da aplicação das normas penais, o mesmo é dizer, no processo de escolha e determinação das penas. E de facto é aqui em certa medida que tudo se acaba por definir. Em verdade, a existência de um tipo legal de crime eventualmente punível com uma pena abstracta de máximo legal entre nós (25 anos, artigo 41.º n.º 2 CP) pode nada significar em presença de um caso concreto em que por via das suas circunstâncias a pena baixe, por exemplo, para 1 ano ou mais ainda. Num plano oposto, um crime com uma moldura baixa poderá eventualmente ser conduzido a um plano de maior gravidade – basta pensar em institutos como a reincidência (menos significativo) ou a pena relativamente indeterminada. O que significa assim serem a culpa¹³ e as finalidades das penas (preventivas necessariamente)¹⁴ a indicarem em última análise a concreta sanção a aplicar e portanto decidirem em larga medida da gravidade efectiva do crime. Daqui que os conceitos em causa, em princípio, só acabem por ganhar pleno sentido enquanto referidos ao facto complexo total.¹⁵ Quer dizer, a partir dos tipos legais de crime e das consequentes opções criminais a eles adscritas vai-se iniciar um processo altamente complexo de buscar uma consequência penal, que passará inevitavelmente pela fixação de uma pena a existir por si ou a ser substituída por outra.¹⁶ Portanto, criminalidade pequena, média ou grave, para efeitos jurídico-penais, processuais-penais¹⁷

¹³ Com interesse sobre o fundamento da culpa, DIAS, Silva, “Delicta In Se” E “Delicta Mere Prohibita”: Uma Análise Das Descontinuidades Do Ilícito Penal Moderno À Luz Da Reconstrução De Uma Distinção Clássica, Coimbra Editora, 2008, p. 700 e ss.

¹⁴ Neste sentido, MONTEIRO, Conde, O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas) in Que Futuro Para O Direito Processual Penal?, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasão Dos 20 Anos Do Código De Processo Penal, vários, Coimbra Editora, 2009, pp. 322-7.

¹⁵ Utilizamos esta expressão em sentido muito lato (abrangendo também o facto relativo às medidas de segurança). Em sentido mais restrito, cf. DIAS, Figueiredo, Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas Do Crime, Coimbra Editora, 2005, 8.º Cap. III 1 § 313; RODRIGUES, Anabela, A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade, Coimbra Editora, 1995, § 23.

¹⁶ Sem que tal signifique necessariamente a prevalência sempre da determinação da pena concreta face ao seu processo de escolha, pode às vezes suceder o contrário. Sobre isto, DIAS, Figueiredo, *idem*, 7.º Cap. III 3 § 278.

¹⁷ Efectivamente, se as razões que possam estar na origem, por exemplo, dos critérios legais de escolha do tribunal singular ou da escolha de determinados processos especiais (mais simples) poderão não coincidir por inteiro com as razões inerentes à substituição da pena de prisão (assim caso o legislador entendesse que os tribunais colectivos deveriam desaparecer, porque a possibilidade de recurso seria suficiente para acautelar uma boa administração da justiça, incluindo os direitos do arguido, ninguém certamente afirmaria

ou criminológicos¹⁸, passa inevitavelmente por todo este processo e acaba por ser o resultado, entre outros¹⁹, dos aspectos atrás referidos (bem jurídico, ilicitude, culpa, finalidades de prevenção, formas de condutas), ou seja, mais amplamente, de concepções éticas jurídico-penais, processuais (mesmo eventualmente criminológicas) e de razões de eficácia *tout court*.²⁰ Algo que, em certa medida e excluindo naturalmente a culpa, se pode aplicar às medidas de segurança, onde a gravidade do facto não poderá deixar de ser também aqui afirmada (assim, entre nós, artigo 40.º n.º 3 CP). Efectivamente, tratando-se de medidas de segurança detentivas (atente-se ao artigo 91.º e ss. CP), não valerá exclusivamente a medida abstracta do tipo legal de crime (deste modo sucede nos artigos 91.º n.º 2 e 92.º n.º 3 CP), a natureza do bem jurídico (artigo 92.º n.º 2 CP) e mesmo considerações de prevenção ao caso terão de ser atendidas.²¹ Algo também presente, de certa maneira, nas medidas de segurança não detentivas (atente-se aos artigos 100.º a 103.º CP).

que tal implicaria que todos os crimes seriam agora considerados menos graves), também não é menos verdade que as opções neste âmbito poderão naturalmente reflectir a importância dos crimes em questão, nada impedindo assim o seu aproveitamento também no âmbito jurídico-penal – o que de resto acontecerá a maior parte das vezes.

¹⁸ Se é patente que a criminologia não se confunde com o direito penal/processual, quer no que toca ao objecto, metodologias e fins, sobre isto, DIAS, Figueiredo/ ANDRADE, Costa, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminogénea*, 1985, 3.ª ed., (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2000, Parte I, Cap. 3.º II, o certo é que também não poderemos obliterar as ligações existentes entre estas disciplinas (lembramos desde logo a herança liszteneana), algo que os conceitos em causa podem ser exemplos, assim, Kaiser, *Erneuerung des Kriminalrechtlichen Sanktionensystems in der Bundesrepublik Deutschland, Program und Wirklichkeit*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, II Vol., BFDUC, Coimbra, 1984, Número Especial, p. 323.

¹⁹ Entre estes, estarão naturalmente também institutos de natureza processual penal (competência dos tribunais, processos especiais, efeitos da confissão do facto criminoso, etc.), supra n.º 18.

²⁰ Razões de eficácia que de resto se encontram na base de todo o direito penal e processual penal também, cf. MONTEIRO, Conde, *O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas) in Que Futuro Para O Direito Processual Penal?*, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião Dos 20 Anos Do Código De Processo Penal, vários, Coimbra Editora, 2009, pp. 323-7.

²¹ Neste sentido, DIAS, Figueiredo, *idem*, 12.º Cap. II 2 §§ 736 a 738.

4. Os conceitos de pequena e média criminalidade no Código Penal português: considerações prévias

Assentando deste modo e em última análise em aspectos concretos (ainda que eventualmente “virtuais”)²², os conceitos em causa, com os seus substratos de facto e jurídicos, irão permitir ou não permitir a aplicação de sanções penais de determinada espécie. Ou seja, em termos operativos, pequena e média criminalidade implicarão a possibilidade de sanções de menor significado jurídico-penal do que no caso de criminalidade grave, a ser sancionada, em regra, através de consequências mais graves, entenda-se no caso português, por intermédio da prisão (ou medidas de segurança) e não com medidas substitutivas destas como poderá suceder em princípio nos outros casos – embora tal não se apresente com carácter absoluto.²³ Tudo isto exprime de forma concludente a consagração antes de mais de um princípio da proporcionalidade (ou não desproporcionalidade) no seu sentido mais imediato: infracções graves a serem sancionadas por consequências igualmente graves, infracções menos graves a serem sancionadas por consequências menos graves (eventualmente de substituição), por penas de prisão também, embora naturalmente de menor gravidade.²⁴

Chegados aqui impõe-se naturalmente a questão de saber qual a opção actual do nosso legislador nesta matéria. Obviamente que se tratará sempre de uma questão em que a concreta conformação do direito positivo ditará as suas próprias regras num espaço de liberdade (lembramos desde logo o *spielraum* na determinação das penas) intocável até certo ponto. Efectivamente, este domínio não é (como muitos outros nesta disciplina)

²² De notar que mesmo em relação a penas alternativas, a consideração dos factos concretos relevantes deve sempre ter lugar e portanto de certa maneira há que considerar senão uma pena concreta pelo menos o processo a ela conducente. cf. DIAS, Figueiredo, op. cit., 7.º Cap. III 3 § 278.

²³ Naturalmente que o facto singelo de uma dada pena de prisão, apesar de ser de duração curta ou média, se aplicar sem mais, não implica que se possa considerar estarmos perante criminalidade grave – o aspecto potencial será neste âmbito decisivo, isto é, podia ser aplicada uma pena de substituição por via da pequena ou média gravidade da pena. Portanto, a questão da concretização de penas de substituição não se revela decisiva em termos de penas pouco relevantes, já o será no âmbito de penas graves abstractamente consideradas. De resto, nas medidas de segurança não detentivas estará completamente ausente.

²⁴ Como consagração deste princípio, encontra-se o artigo 18.º n.º 3 da CRP, sobre isto, MONTEIRO, Conde, Sobre a Omissão Impura em Direito Penal. Reflexões acerca do fundamento e do ilícito material-objectivo do crime de omissão impura, 2006, pp. 307-8.

algo de determinável à partida, sem mais. O que se poderá exigir aqui é um certo sentido de proporção (ou de não desproporção), uma ideia de coerência. Deste modo, os concretos limites poderão naturalmente variar de acordo com a opção feita pelo legislador, quer num sentido de maior restrição ou de maior ampliação consoante o ponto de vista tido. E poderão mesmo evoluir de acordo com o tempo, o mesmo é dizer da experiência histórica tida – o que tudo expressa a aludida ideia de que acima de tudo se trata de expressar concepções de base (éticas e de eficácia) do próprio sistema jurídico-penal e mesmo processual-penal ou ainda criminológico²⁵.

4.1. Os conceitos de pequena e média criminalidade no Código Penal português: evolução

Partiremos do Código Penal em vigor, sabido da sua importância estruturante, de resto inerente a um qualquer código (penal) de um qualquer Estado, relativamente à demais legislação (desde logo apresentando-se com carácter de subsidiariedade em face de lacunas existentes e não deixando mesmo de se afirmar com natureza de lei geral) e tendo igualmente em conta que a mudança de um código implica normalmente um posicionamento diferente do anterior em termos de filosofia, opções consequentes no âmbito da política criminal, etc.²⁶ De facto, desde a entrada em vigor deste código e até à *Reforma de 2007*, poder-se-ia constatar a existência de uma média criminalidade, que não ultrapassava o limite de 3 anos (pena concreta naturalmente).²⁷ Efectivamente, esta pena constituía o

²⁵ Supra p. 38, n.º 17.

²⁶ O que não significa que na legislação extravagante haja lugar a regimes específicos.

²⁷ Neste sentido e ainda antes da *Reforma de 1995*, DIAS, Figueiredo, Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas Do Crime, Coimbra Editora, 2005, 4.º Cap., II, § 106. Contra, ISASCA, Frederico, RPCC 3 1993, pp. 77-79, onde afirmava constituir o limite de 3 anos (“condutas puníveis”) o âmbito da pequena criminalidade no Projecto do Código Penal de 1991. Para além de partir do limite abstracto da pena (um crime de moldura penal superior a 3 ou mesmo a 5 anos poderia ser-lhe aplicada uma pena de substituição, por exemplo, a suspensão da execução da pena, ficando assim a pergunta que sentido teria então falar-se em pequena, média e grave criminalidade?), deixava de lado a questão das medidas de segurança, aqui não há lugar aos conceitos em causa? As medidas de segurança não detentivas estão subordinadas ou não a estes conceitos? Um facto ilícito de pena abstracta de 3 anos está excluído da aplicação do internamento de inimputável? Por outro lado, deixava também este Autor um vácuo no seu pouco cuidado critério de demarcação destes conceitos, entre crimes de mais de 5 anos e os 8 anos, ficava-se sem saber para que lado cairiam...

limite para que a suspensão da execução da pena (e o regime de prova entretanto nela integrado) pudesse ter lugar – a pena de substituição mais largamente utilizada. Por outro lado, os processos sumário e sumaríssimo também apontavam para este limite, embora em termos abstractos (artigo 381.º n.º 1 e 392.º n.º 1, ambos do Código Processual Penal)²⁸. A partir daqui a aplicabilidade da pena de prisão ganhava mais importância até um máximo absoluto de 25 anos, (artigo 41.º n.º 2 CP). No que respeita à pequena criminalidade esta poderia ser balizada até ao limite de 6 meses (pena concreta)²⁹, bitola que permitia a aplicação da pena de substituição de multa (art.º 44.º n.º 1 CP), da dispensa da pena (artigo 74.º n.º 1 CP) e surgia mesmo como limite mínimo para o funcionamento da liberdade condicional (artigo 61.º n.º 2 CP).

Com a *Reforma Penal de 2007* alterou-se o citado limite de 3 anos relativo à suspensão da execução da pena para 5 anos.³⁰ De resto, tal aconteceu num contexto de alargamento do âmbito das penas de substituição que o actual Código Penal consagrou (casos da substituição da pena de prisão, artigo 43.º; prisão por dias livres, artigo 45.º; regime de semidetenção, artigo 46.º, etc.) e mesmo no plano do surgimento de novas penas substitutivas (caso do regime de permanência na habitação, artigo 44.º; ou das penas de substituição aplicáveis às pessoas colectivas, artigo 90.º- C, D, E).

Por conseguinte e para não falar da chamada Lei de Mediação Penal,³¹ pode-se inferir que a extensão do regime da suspensão da execução

²⁸ De qualquer maneira já se encontrava em marcha um processo de evolução do conceito em causa a apontar para os 5 anos (pena abstracta). Assim o processo abreviado apontava já para os referidos 5 anos (artigo 391.º – A CPP), a confissão integral e sem reservas dos factos imputados ao arguido estava (e está) condicionada pela existência de um crime punível com pena superior a 5 anos (artigo 344.º n.º 3 c) CPP), o tribunal singular (como ainda hoje sucede) estava limitado a uma pena aplicável até 5 anos (artigo 16.º n.º 2 b) CPP), a suspensão provisória do processo estava (e continua) subordinada a uma pena abstracta igualmente de 5 anos (artigo 281.º n.º 1 CPP). Faltavam assim os passos finais para completar o processo, de que a suspensão da execução da pena de prisão (até pela sua importância criminológica) é exemplo acabado.

²⁹ Vide sobre isto e antes da *Reforma de 1995*, DIAS, Figueiredo, *idem.*, 4.º Cap. II § 105 e ss.

³⁰ Tenha-se ainda em conta que a prisão preventiva depende actualmente da existência de uma pena abstracta não superior a 5 anos (artigo 202.º n.º 1 a) CPP).

³¹ Para uma análise da mesma, LEITE, André, *A Mediação Penal de Adultos, Um Novo "Paradigma" de Justiça? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008. Em geral e sobre a ideia de "concertação agente-vítima" e a reparação de danos, *vide* por todos, MONTE, Mário, *Liber Discipulorum* para Jorge de

da pena de prisão inseriu-se num contexto de alargamento das penas de substituição e portanto num propósito mais geral de favorecer a socialização do delincente, em que o conceito de média criminalidade passou (em definitivo) para o limite (concreto) dos 5 anos e o conceito de pequena criminalidade ultrapassou os 6 meses (pena concreta) para passar a ser 1 ano – o que é demonstrado pelas citados acima exemplos da substituição da pena de prisão, prisão por dias livres, regime de semidetenção, regime de permanência na habitação... No que se refere às medidas de segurança detentivas, dever-se-á tomar em consideração igualmente estes limites, mas sem carácter imperativo, mantendo-se intocável já no caso das medidas de segurança não detentivas (artigos 100.º a 103.º CP).

5. Tomada de posição sobre o alargamento do âmbito de aplicação da suspensão da execução da pena

O primeiro aspecto a tomar em consideração neste domínio é o de que a posição do legislador no sentido de estabelecer um limite de 5 anos relativamente ao funcionamento da suspensão da execução da pena de prisão não pode ser considerado como algo de inválido, quer em termos intra-sistémicos (no âmbito do sistema jurídico-penal), quer no plano constitucional (artigo 18.º CRP). Em verdade, poderia até o legislador elevar esse limite ao máximo legal, sem que se pudesse invocar, sem mais, a sua invalidade.³² Efectivamente, sendo a socialização um fim fundamental do direito penal³³, mesmo um derivado do próprio Estado Social de Direito³⁴, a sua consagração, ao lado de outras finalidades da

Figueiredo Dias. Org.: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes, 2003. p. 129.

³² Assim eram tratados quer a suspensão condicional (suspensão da execução da pena), artigos 62.º a 68.º, quer o regime da prova, artigos 69.º a 75.º no Projecto do Código Penal (que esteve na origem do Código Penal de 1982) de Eduardo Correia, *vide* Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Vol. I e II, Associação Académica, Lisboa. De resto, a primeira destas penas de substituição podia mesmo ser decretada no sentido de “suspender a determinação concreta da duração da prisão,” artigo 63.º.

³³ E desde logo a confirmá-lo encontramos o artigo 40.º n.º 1 CP. Neste sentido, desenvolvidamente, MONTEIRO, Conde, O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas) *in* Que Futuro Para O Direito Processual Penal?, Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião Dos 20 Anos Do Código De Processo Penal, vários, Coimbra Editora, 2009, pp. 324-5.

³⁴ Neste sentido, DIAS, Figueiredo, *op. cit.*, 2.º Cap. III, B, 2 d); RODRIGUES, Anabela, A Posição Jurídica do Recluso na Execução da pena Privativa de Liberdade, Seu

pena e de uma série de circunstâncias enunciadas no artigo 50.º n.º 1 CP, a serem devidamente ponderadas pelo juiz e podendo ser objecto de apreciação em sede de recurso, nada tem, *a priori*, de inválido ou postergador dos princípios fundamentais estruturantes da ciência jurídico-penal.

Diferentemente poderiam ser as coisas, caso se provasse, por exemplo, que deste modo haveria uma injustificada perda de eficácia pelo seguir de tal caminho – algo sempre muito difícil de prova em virtude das incomensuráveis limitações epistemológicas inerentes a esta ciência.³⁵ De facto só desta maneira se poderia invocar a quebra do princípio da necessidade de intervenção jurídico-penal e assim chamar à colação desde logo o já citado artigo 18.º CRP.³⁶

A partir daqui fica apenas a apreciação subjectiva, não somente por provir de um sujeito, mas fundamentalmente por valer acima de tudo pela sua natureza crítica, algo de resto omnipresente em qualquer discurso relativo ao direito (penal).³⁷ De facto, esta elevação da pena impressiona particularmente pelo seu grau de abrangência em termos de molduras penais dos tipos legais de crimes existentes no nosso ordenamento jurídico. Efectivamente, se olharmos para a esmagadora maioria destes, verificamos, que na determinação da pena, quer tratando-se especialmente da prática de um só crime pelo seu respectivo autor³⁸ ou mesmo de vários

Fundamento e Âmbito, Coimbra, 1982, pp. 67-8; cf. igualmente WÜRTEMBERGER, Thomas, *Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat*, Enke, 1970.

³⁵ Sobre isto, MONTEIRO, Conde, *op. cit.*, pp. 325-7.

³⁶ Assim, Monteiro, Conde, *Sobre a Omissão Impura em Direito Penal. Reflexões acerca do fundamento e do ilícito material-objectivo do crime de omissão impura*, 2006, pp. 306-7.

³⁷ Afirmando desde sempre a natureza problemática do direito, NEVES, Castanheira, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, Separata do vol. XLIV do BFDUC, 1968, p. 51. onde sobre este afirma: “Deixa de se nos impor como um dado-objecto, para se nos revelar antes como que na posição de “sujeito”, ele próprio é transcendens de uma validade (da juridicidade, da Ideia de Direito) a assumir problemático-concretamente. Não é, pois, pressuposto, e sim problema. Ou, de outro modo: é tarefa que se faz, não substância que se descobre.” Como exemplo de um cepticismo com origem já em Hume, no domínio das próprias ciências empíricas e portanto abrindo as portas ao criticismo, cf. POPPER, Karl, *A Lógica das Revoluções Científicas*, trad. brasileira de *The Logic of Scientific Discovery*, Editora Cultrix, São Paulo, 2010; introduzindo mesmo o historicismo neste domínio, KUHN, Thomas, *A Tensão Essencial*, trad. *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change* (1977), Edições 70, Lisboa, 1989, pp. 218-2.

³⁸ Ou de vários cobertos pela figura do crime continuado, que a infeliz *Reforma de 2007* considerou extensível a “bens eminentemente pessoais no caso de uma mesma vítima”, artigo 30.º n.º 3 CP, mas que a Lei n.º 40/2010 de 3 de Setembro acabou por revogar.

(concurso real), mormente se não for reincidente, numa grande parte dos casos, se se aferirem correctamente as normas de determinação da pena, a aplicação da pena de prisão poderá estar naturalmente ausente. E isto quer se trate de crimes contras as pessoas, bens patrimoniais, fidelidade de documentos, etc. (v.g., homicídios negligentes, ofensas corporais graves, violência doméstica, furtos, burlas ou abuso de confiança qualificados, tráfico de pessoa, etc.). Em verdade, o que acontece é que a esmagadora maioria dos tipos legais do nosso sistema jurídico-penal possuem mínimos abstractos abaixo dos 5 anos e portanto, determinando a pena a partir do seu mínimo legal, tendo como limite máximo a culpa do agente e podendo a mesma pena (o que acontecerá a maior parte das vezes) ficar abaixo desse máximo, o resultado será assim a referida não aplicação da pena de prisão. E obviamente que a questão a colocar será a de se saber se tal terá sentido. De facto, se, por exemplo, A, delinquente primário, ofende corporalmente B, deixando-o tetraplégico, terá sentido, só porque a pena concreta for de 5 anos (entre um mínimo legal de 2 anos e um máximo de 10 anos) e em homenagem à ideia de ressocialização aplicar o disposto nos artigos 50.º e seguintes CP? O mesmo, naturalmente e como já deixámos acima referido, pode ter lugar em casos tão díspares como crimes de tráfico de pessoas, abuso sexual de crianças, violência doméstica, contra o património,³⁹incêndio, etc.

³⁹ Relativamente a estes é a nosso ver particularmente chocante o facto de se ter introduzido no nosso ordenamento jurídico-penal a figura da restituição ou reparação nos moldes previstos no artigo 206.º CP, possibilitando-se a extinção da responsabilidade penal do arguido, quando este repare ou restitua a coisa objecto do crime em causa ou repare integralmente os prejuízos causados, desde que o ofendido a aceite e até à publicação da sentença em 1.ª instância. Quer dizer, um ofendido, por exemplo, depois de passar trabalhos para conseguir a identificação do provável delinquente (é conhecida a grande ineficiência das autoridades públicas na investigação deste tipo de crimes em comparação com por exemplo os crimes contra a vida), suscitando um procedimento criminal, pagando custas do processo, pagando ainda a um eventual advogado e vendo-se na contingência de a condenação do agente de pouco lhe servir (porque, por exemplo, este não tem bens), acaba por ter de aceitar um processo de negociação com o arguido, tendo em vista a extinção da responsabilidade criminal deste e assim ver o seu interesse satisfeito, provavelmente à custa de mais um acto criminoso sobre um terceiro inocente (por exemplo, um furto), perpetrado pelo mesmo arguido, que caso não seja descoberto (algo que acontece frequentemente nestes crimes como já deixámos dito), poderá assim livrar-se do incómodo de uma condenação, ainda que eventualmente não concretizada em pena de prisão efectiva. O mínimo que se poderá dizer é que quanto mais crimes contra o património o autor realizar, mais ganhará (ou poderá ganhar) – ou seja, o crime, neste plano, compensa ou pode compensar, ad aeternum e sempre com a fundamentação da

Não admira por isso que um ordenamento jurídico-penal como o alemão circunscreva a suspensão da execução da pena de prisão por princípio a 1 ano de prisão, excepcionalmente a 2 anos, § 56 (1), (2) StGB; que o Código Penal espanhol estabeleça, em regra, um limite inferior a 2 anos, artigo 80 n.º 1 e também excepcionalmente (em caso de concurso) permita alcançar os 2 anos, artigo 81.º n.º 2 (o n.º 4 nem é para o caso chamado) ou ainda no caso extremo do artigo 87 n.º 1 vá aos 3 anos e que ainda o Código Criminal do Canadá (artigo 742 e ss.) estabeleça também o limite de 2 anos para o funcionamento deste instituto.

Inevitavelmente que fenómenos deste teor só podem desvirtuar a aplicação concreta da lei penal, “forçando” os operadores judiciais, *maxime* os juizes, a substituírem-se ao legislador (lembramos desde logo o infeliz surgimento da ideia de partir do meio da moldura penal para determinar a medida da pena aquando da entrada em vigor do actual Código Penal como reacção ao proclamado abaixamento geral das penas que este diploma trouxe, pelo menos nalguns casos).⁴⁰ Deste modo abre-se a porta à justiça emotiva, ao *Trial by Newspaper* em desfavor da imparcialidade e da objectividade – ninguém deste modo fica a ganhar...⁴¹

disponibilidade do bem jurídico, a que se poderia acrescentar o seu carácter dominante em termos de taxas de criminalidade, O Relatório Anual de Segurança Interna de 2008, disponível em http://www.gov.pt/pt/GC17/Governo/Ministérios/MAI/Documentos/Pages/20090326_Mai_Doc, acesso em 21 de Setembro de 2009, fala numa taxa de 57% deste tipo de crimes em relação aos demais – neste plano, porque não acabar então com a criminalização destas infracções e deixá-las simplesmente na autotutela das partes?

⁴⁰ Sobre isto com referências também doutrinárias, DIAS, Figueiredo, Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas Do Crime, Coimbra Editora, 2005, 7.º Cap. III 2 n. 78

⁴¹ Paradigmático disto é, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/710df77dc179bac980257570003cea5e?OpenDocument>, acesso em 25 de Setembro de 2009, onde em vez de, face ao novo regime da suspensão da execução da pena, se aplicar esta, enveredou-se ao invés por uma justiça emotiva, definindo-se *a priori* crimes insusceptíveis de se aplicar este instituto (“criminalidade violenta e ou organizada”, p. 6) e ficcionando um elevado grau de ilicitude e censurabilidade ético-jurídica (p. 7) no caso ausentes – pelo crime de roubo agravado o agente foi punido com uma pena de 3 anos e 6 meses e pelo de roubo simples com uma pena de 1 ano e 8 meses (sendo a pena de concurso fixada em 4 anos), quando as molduras penais são respectivamente de 3 a 15 anos, no primeiro caso (art.º 210.º n.º 2), e de 1 a 8 anos no segundo caso (art.º 210.º n.º 1), ambos do Código Penal. Para além de deste modo se esvaziar completamente a finalidade da culpa como elemento garantístico, avançou-se com um programa político-criminal, fundamentado num “direito penal do inimigo” (a referência a Jakobs, p. 6, não terá sido inocente), compensando-se desta forma a expansão tida pelo legislador...

E não se diga que assim estaremos do lado daqueles que defendem a *Law and Order*, hipervalorando um direito penal “musculado” como forma de resolver todos os problemas criminais. Do que aqui se trata é antes de mais de prosseguir uma política criminal de bom senso, acima de tudo equilibrada, pois se a severidade das penas, por si só, pouco ou nada resolve; também não é menos verdade que o contrário disto, ou seja, o laxismo penal⁴², em nada igualmente contribui para a resolução das grandes questões penais, antes as agrava, podendo gerar em maior ou menor espaço de tempo reacções contrafacticas de carácter emotivo, justificadoras até de um regresso a um direito penal de terror, senão e antes de mais, a formas primárias de autotutela, que de todo se deseja estarem em definitivo mortas.⁴³

6. Conclusão

A nosso ver o alargamento para 5 anos do limite de aplicação do instituto da suspensão da execução da pena de prisão implica uma atitude grave na tutela dos bens jurídicos, enfraquecendo esta e deste modo as vítimas, para além da sociedade em geral, revelando-se uma opção político-criminal deste modo desequilibrada e gerando fenómenos de laxismo jurídico-penal de todo evitáveis através da continuidade do primitivo limite de 3 anos como sempre sucedeu no actual Código Penal e até à reforma de 2007.

⁴² Pense-se num exemplo disto entre nós dado por Eduardo Correia, no seu primitivo Projecto do Código Penal, *vide* Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Vol. I e II, Associação Académica, Lisboa, em que a medida máxima de penas de prisão era, em regra, de 10 anos (artigo 48.º), com a possibilidade de aplicação da liberdade condicional após metade do cumprimento da pena (artigo 51.º § único)! Caso tal proposta fosse levada a cabo, certamente que a pena de prisão se transformaria rapidamente numa mera consequência simbólica da prática de alguns poucos e graves crimes...

⁴³ Neste sentido, Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 392, afirma: “Um sistema jurídico-penal terrorista embrutece também os demais processos de socialização (e a inversa). Um sistema jurídico-penal demasiado permissivo, que não imponha e afirme as suas normas seriamente, destitui e desvaloriza outros sectores de controlo social, favorecendo o surgimento de instâncias de controlo social privado, ou seja, de uma justiça particular que imponha as suas próprias normas, sanções e procedimentos.”