

MANUEL SIMAS SANTOS
PEDRO FREITAS

O ESTADO DA
DOUTRINA DAS
CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS EM
PORTUGAL

SEPARATA DO LIVRO
A COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS



MANUEL SIMAS SANTOS
PEDRO MIGUEL FREITAS

A COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS

O ESTADO DA DOUTRINA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS
EM PORTUGAL

COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Recomendação n.º R (92) 17, de 92.10.19 do Conselho da Europa

DISPARIDADES NA APLICAÇÃO DAS PENAS: CAUSAS E SOLUÇÕES
Oitavo Colóquio Criminológico (1987)



2018

ÍNDICE

Nota de Abertura.....	9
O estado da doutrina das consequências jurídicas em Portugal.....	11
Da cooperação legislativo-judicial na determinação da medida da pena: o ponto de partida.....	18
Da amplitude das molduras abstratas	23
Da determinação da medida concreta da pena.....	29
A determinação da medida da pena no Código Penal português	31
Considerações finais	41
Bibliografia	43

Recomendação n.º R(92)17 do Conselho da Europa

Anexo à recomendação

A. Princípios base da aplicação das penas.....	49
B. Estrutura das Penas.....	50
C. Factores agravantes e atenuantes.....	53
D. Condenações anteriores	53
E. Obrigação de motivar as penas.....	54
F. Proibição da <i>reformatio in pejus</i>	54
G. Tempo passado em detenção	54
H. Papel do Ministério Público.....	55
I. Estudos e informação em matéria de aplicação das penas.....	55
J. Estatística e investigação	55
K. Cooperação europeia no que respeita à informação sobre a aplicação das penas.....	56

NOTA DE ABERTURA

Com a obra que agora se dá à estampa pretendemos cumprir sobre tudo dois objetivos. Em primeiro lugar, enfatizar a urgência de uma reflexão profunda, de natureza eminentemente político-criminal e dogmática, embora orientada, como não podia deixar de ser, pelos estudos oferecidos pela criminologia, em torno das consequências jurídicas e, em particular, quanto ao modelo de determinação da medida da pena e sua concretização prática no ordenamento jurídico-português. Trata-se de um tema que, dentro da constelação de problemáticas usualmente analisadas pela doutrina portuguesa, não tem granjeado atenção e interesse coadunáveis com a sua importância teórico-prática. O contributo que humildemente aqui apresentamos é, sabemos, singelo atendendo à imensidão e complexidade de questões que este tema demanda. Esperamos, porém, que o traçar das linhas essenciais do estado atual das consequências jurídicas constitua alento suficiente para (re)despertar a comunidade jurídica portuguesa para a premência e utilidade da investigação científica sobre as consequências jurídicas. Em segundo lugar, moveu-nos no sentido da publicação a oportunidade de divulgarmos o texto, em língua portuguesa, da Recomendação N.º R(92) 17, de 92.10.19, relativa à coerência na aplicação das penas. Estamos certos que este documento constituirá um instrumento de grande utilidade para a reflexão no domínio que nos ocupa.

Aproveitamos este espaço para deixar uma palavra de profundo agradecimento ao Dr. Marcelo Correia Ribeiro, responsável pela tradução da Recomendação N.º R(92) 17, que muito gentilmente nos concedeu autorização para aqui a incluirmos.

Porto, Dezembro de 2018

O ESTADO DA DOUTRINA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS EM PORTUGAL

É consabido que o direito penal corresponde a um ramo jurídico, de atuação subsidiária e fragmentária¹, eminentemente caracterizado pelas suas consequências jurídicas. Se relembrarmos o conceito de direito penal delineado por Figueiredo Dias, de acordo com o qual este corresponde a “conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo do direito”², verificamos que as consequências jurídico-penais, quer pela sua natureza quer pela sua função e finalidades, assumem aqui um papel muito específico que distinguem o direito penal de qualquer outro ramo jurídico, mesmo daqueles com uma dimensão igualmente sancionatória. De modo que se pode afirmar que a impostação sistémica de uma norma legal no seio do direito penal depende claramente de uma ordem relacional com as consequências jurídico-penais. É porventura uma conclusão simples na sua formulação, que pouco ou nada contribui para a percepção do seu conteúdo material³, mas tem o indelével mérito de assinalar o que em definitivo pertence ao direito penal. Não se pretende com isto defender que no direito penal tudo se reconduz às consequências jurí-

¹ Fernando Torrão, «Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção: perspectiva pluridisciplinar», em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, ed. Manuel da Costa Andrade et al. (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), 331–62.

² Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.^a ed., 2.^a reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 5.

³ Germano Marques Silva, *Direito penal português, Parte geral, Volume I, Introdução e teoria da lei penal*, 3.^a ed. (Lisboa: Verbo, 2010), 31.

dicas – pena ou medida de segurança – ou que estas constituam fórmulas interpretativas dos preceitos penais: uma configuração teleológico-funcional do sistema penal *pela* e *para* a pena⁴. Mas não será arriscado, porém, defender que, por um lado, o direito penal gravita especialmente em redor de dois núcleos, indissociáveis entre si, o crime e a pena⁵, e, por outro, a pena, mais não seja pela razão acima aludida, detém posição de particular importância no domínio jurídico-penal⁶.

Seria, pois, natural que o processo de conexão ou ligação da consequência jurídico-penal a um concreto comportamento merecesse por parte dos estudiosos da ciência penal, nomeadamente em Portugal, especial atenção. Não podíamos estar mais longe da verdade. É certo que, como anota Anabela Miranda Rodrigues⁸, o tópico da determinação da pena assistiu, a partir da segunda metade do século XX, designadamente com a publicação em 1967 do *Strafzumessungsrecht* de Bruns, a uma progressiva e sólida densificação na doutrina alemã, à qual a doutrina portuguesa não permaneceu indiferente. No entanto, sobrevém ainda hoje uma certa

⁴ Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 5, postula que “[d]eve, nesta acepção, afirmar-se que o direito penal e a sua ciência se orientam “para o resultado” (sc., para a consequência jurídica) e devem, a partir dele, ser definitivamente adquiridos e fixados”. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 21–22 e 221–23, por seu turno, desloca o ponto referencial (*Bezugspunkt*), que Eberhard Schmidhäuser havia colocado num elemento intersistemático – a pena –, para o bem jurídico e, reflexamente, a danosidade social, introduzindo, assim, valências hermenêuticas que que excedem as linhas divisórias do sistema penal.

⁵ Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de direito penal, Parte geral, I-II*, reimpr. (Coimbra: Almedina, 2010), 8 (salvo indicação em contrário, o número de página refere-se à Parte II da obra).

⁶ Não ignoramos, porém, que no catálogo sancionatório português surge ainda a medida de segurança, embora esta se ligue não ao crime (ou à culpa), mas antes ao facto ilícito típico e à perigosidade do agente.

⁷ Não podemos esquecer, aqui, a definição de crime avançada pelo Código de Processo Penal (CPP), no seu artigo 1.º, al. a): Crime é o “conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”. Sobre o conceito de pena, Germano Marques Silva, «O conceito europeu de pena e a sua relevância no Direito interno português», em *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. 6 (Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012), 729740.

⁸ Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção* (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), 11–14.



secundarização deste *topos* enquanto objeto de estudo científico dos cultores do direito penal.

Talvez o manto da subjetividade que se aponta ao processo de determinação da medida da pena continue a motivar o aludido afastamento da maioria dos penalistas e, em sentido inverso, a trazer ao terreiro investigadores dedicados à psicologia da justiça, entre outras ciências. Porém, diante da centralidade da função das sanções penais para a própria realização do direito penal, (des)credibilização do sistema de justiça penal e cumprimento do programa político-criminal inscrito na lei fundamental, esta questão, de natureza dogmática e não apenas político-criminal⁹ e hierarquia jurídico-científica idêntica àquela habitualmente apontada à doutrina geral do crime, merece, mais do que uma revisitação, um contínuo aprofundamento e tratamento doutrinal sistemático.

De facto, a colocação em crise da visão tradicional sobre a ciência conjunta do direito penal veio igualmente abalar a ideia das consequências jurídicas como algo pertencente exclusivamente à política-criminal. Assim, como consequência do burilar da questão controversíssima do estatuto e hierarquia que cada uma das ciências criminais – dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia – ocupa na ciência conjunta do direito penal, passou a adotar-se a posição de que a dogmática não mais é, parafraseando Franz von Liszt, “barreira intransponível da política criminal”. De “mera *ancilla* da dogmática” a um estatuto de transcendência e domínio na ciência conjunta do direito penal, as proposições da política criminal conheceram enorme evolução metodológica. Aliás, no modo atual de ver as coisas, detêm elas a tarefa de fornecer o padrão crítico a partir do qual se cunham e determinam, numa ótica de unidade cooperativa ou funcional¹⁰, as categorias e conceitos estruturais da dogmática, tanto numa perspetiva de *iure constituendo* como – sobretudo – de *iure constituto*¹¹. Estas duas ciências não coexistem hermeticamente. Seria assim se a política criminal – com a função própria que tem de estabelecer o rumo, criminologicamente sustentado, da luta contra o crime, a ser con-

⁹ Rodrigues, 12 e Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal português, Parte geral, Tomo II, As consequências jurídicas do crime*, 2.ª reimp. (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 39–41.

¹⁰ Dias, *Direito Penal I*, 2012, 34 e 38.

¹¹ Essencial, Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, 2.ª ed., 1.ª reimp. (Buenos Aires: Hammurabi, 2002), 31 e ss.

cretizado pela dogmática – permanecesse asséptica e subsidiariamente contribuinte da dogmática, num claro aportamento do ideário positivista formal de Liszt. Mas já não se, apelando a um conceito de Estado de Justiça ou Estado de Direito material contemporâneo¹², se erigir a justiça material concreta a vetor prioritário, ainda que se mantenha intacto o princípio da legalidade¹³. Afirmar isto é, no final de contas, assegurar que o pensamento do problema – e a solução justa no caso concreto – marca posição¹⁴ – a par do pensamento do sistema – no processo de resolução de concretos problemas jurídicos¹⁵.

Realçada a importância metodológica do pensamento do problema, torna-se então evidente, e mesmo comprehensível¹⁶, que a doutrina das consequências jurídicas não se atenha (somente) ao domínio da política criminal e configure, também, uma questão dogmática¹⁷.

¹² Dias, *Direito Penal I*, 2012, 26–27.

¹³ Jorge Figueiredo Dias, «Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro», *ROA* 43, n. 1 (1983): 10.

¹⁴ Podendo mesmo, para alguns autores, impor-se ao problema do sistema. Cf., em especial, Roxin, *Política criminal*, 36–37, quando responde negativamente à questão de saber se a solução jurídica, clara e uniforme, mas político-criminalmente errada, é preferível a uma decisão satisfatória no caso concreto, ainda que não seja integrável no sistema. De entre a constelação de hipóteses em que se suscita tensão entre o pensamento do problema e o pensamento do sistema, veja-se, a título exemplificativo, a situação em que um agente que atua numa situação objetiva de justificação sem que a tenha conhecido ou representado. Embora, a solução dogmaticamente mais correta destes casos pareça ser a punição do agente pela realização do crime consumado, poder-se-á suscitar a aplicação analógica (porventura mais justa) do regime da tentativa. Cf., sobre os elementos subjetivos dos tipos justificadores, Dias, *Direito Penal I*, 2012, 391 e ss. e, oferecendo exemplos dos perigos inerentes ao pensamento do sistema, Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo, e Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1999), 210 e ss.

¹⁵ Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia: o Homem delinquente e a sociedade criminógena*, reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 95; Jorge Figueiredo Dias, «Sobre o estado actual da doutrina do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* A. 1, n. 1 (1991): 14–21 e Dias, *Direito Penal I*, 2012, 27–33.

¹⁶ Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 12.

¹⁷ Diego-Manuel Luzón Peña, «Antinomias penales y medición de la pena», em *La reforma del derecho penal*, ed. Mir Puig (Barcelona: Belaterra, 1980), 195. Contra, Gonzalo Quintero Olivares, «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, n. 4 (1978): 64.

De outro lado, a penetração da racionalidade e sistematização no juízo de determinação da medida concreta da pena – ou pelo menos, a sua advocação¹⁸ – e, bem assim, na doutrina das consequências jurídicas do crime, parece desvendar nesta questão uma relevância dogmática que a resgata do âmbito exclusivo da política criminal. Na verdade, da leitura da doutrina atual a este respeito¹⁹, extrai-se a conclusão de que a determinação da medida da pena não é exclusiva ou determinantemente produto da arte e subjetividade do julgador²⁰, confirmando-se, a partir desta ideia, uma vez mais, que será, em definitivo, “estruturalmente aplicação do direito”²¹ e, assim, respeitante à dogmática.

Compreendemos por isso a posição de Cavaleiro de Ferreira segundo a qual “(...) é útil acentuar a importância e a função da teoria na aplicação penal, e nenhum assunto melhor se presta a demonstrar a unidade fundamental da teoria e da praxe do que a medida da pena”²². Não ignorando o carácter práctico desta matéria²³, o Autor faz confluir a um mesmo fim a teoria e a prática²⁴, que constituem assim “momentos diversos dum mesmo movimento”²⁵ dirigido à medida da pena. Para depois concluir que “(...) é de repelir toda e qualquer tentativa de considerar problemas estruturalmente diversos a aplicação da lei, tomada em sentido estrito como subsunção dos factos aos preceitos penais e a mensuração da pena, enquanto compreendida dentro da faculdade discricionária do juiz”²⁶, rejeitando, ao mesmo passo, “a opinião dos partidários do direito livre,

¹⁸ Dias, *Direito Penal II*, 40–41. e Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 12–13.

¹⁹ Por todos, Dias, *Direito Penal II*, 40–41.

²⁰ Sobre esta conclusão sobrevêm dúvidas que merecerão a nossa atenção ao longo do texto.

²¹ Bruns, *Stratzumessungsrecht*, 1974, 91, *apud* Dias, *Direito Penal II*, 41.

²² Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Obra dispersa*, I (1933–1959), 1.^a (Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996), 91. O que não se compagina – de todo! – com o tratamento dos nós problemáticos relacionados com a medida da pena que, até então, era feito pelas “(...) obras mais clássicas de Direito Penal em meia dúzia de linhas (...)”, aliado ao facto dos “tribunais e homens de foro [considerarem] reservado ao domínio incontestado da praxe [o problema da medida da pena].”, *vd.* Ferreira, 91.

²³ Dias, *Direito Penal II*, 41, sublinha a sua importância prática para o delinquente, vítima e sociedade.

²⁴ Ferreira, *Obra dispersa*, 93–94.

²⁵ Ferreira, 94.

²⁶ Ferreira, 98.

segundo o qual a regra jurídica não limitaria o arbítrio judicial (...)”²⁷. Ideia que viria a repisar, já em análise do critério legal estabelecido no artigo 72.º do Código Penal de 1982, nas suas Lições de 1989, ao constatar como função judicial, legalmente vinculada, a determinação da medida da pena²⁸.

O estudo das consequências jurídico-penais em Portugal não é (felizmente) terreno completamente árido. Embora a prática judiciária, pelo menos inicialmente, só se tenha detido maioritariamente sobre um ponto desta matéria – se o juiz deveria partir do ponto médio ou do mínimo da moldura penal abstrata na determinação da pena concreta²⁹, foram emergindo estudos e publicações que não podemos deixar de dar conta. Figueiredo Dias³⁰ e Anabela Rodrigues³¹ surgem como figuras incontornáveis na doutrina mais recente³². Também nós temos devotado a nossa atenção a este tema³³.

Do ponto de vista legislativo, é de relevar a publicação da Lei-Quadro da Política Criminal, Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, onde se encontram os objetivos, prioridades e orientações de política criminal e a afirmação de postulados fundamentais nesta matéria. Por um lado, aqui se destaca o princípio da congruência da política criminal com as valorações da Constituição e da lei sobre os bens jurídicos, que deve ser respeitado

²⁷ Ferreira, 99.

²⁸ Ferreira, *Lições de Direito Penal*, 98.

²⁹ Cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, págs. 210-1, Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, págs. 142-8 e Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal* 1.ª Ed., I, pág. 378 e 2.ª Ed., I, pág. 556.

³⁰ Dias, *Direito Penal II*.

³¹ Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*.

³² Relevante, de um ponto de vista empírico, o estudo *Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais* de Cândido da Agra (coordenador); Jorge Quintas, Pedro Sousa e André Lamas Leite.

³³ Manuel Simas Santos e Marcelo Correia Ribeiro, *Medida concreta da pena: disparidades* (Lisboa: Vislís Editores, 1998) , Manuel Simas Santos e Manuel Matos, «Medida concreta da pena, no Supremo Tribunal de Justiça, no tráfico de estupefacientes: esboço de estudo empírico», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* A. 14, n. 14 (2004): 453–507, Manuel Simas Santos, «As penas no caso do concurso de crimes», *Revista do CEJ*, n. 13 (2010): 115–58 e Pedro Miguel Freitas, *Determinação da medida da pena privativa da liberdade, um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, 2016, Lisboa: Rei dos Livros.

na prevenção e repressão da criminalidade e reparação dos danos individuais e sociais dela resultantes, tomando em consideração as necessidades concretas de defesa dos bens jurídicos. Por outro, estabelece prioridades nas ações de prevenção, na investigação e no procedimento, bem como orientações de política criminal sobre a pequena criminalidade.

Seguidamente, a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto³⁴, veio concretizar os objetivos gerais e específicos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2007-2009.

A interconexão entre a política criminal e a determinação da medida da pena foi oportunamente salientada por Luís Miranda Pereira³⁵ no decurso dos trabalhos da Unidade de Missão da Reforma Penal (UMRP). Sugeriu, aquando da discussão do anteprojeto da Lei-Quadro da Política Criminal, a inclusão no artigo 1.º de uma referência à execução das penas e às *sentencing guidelines*. Embora a criação de *sentencing guidelines* pudesse servir de instrumento para lograr uma uniformização da intervenção dos tribunais de execução de penas, no seu entender, possíveis dificuldades de articulação destas com o princípio da independência dos tribunais seriam de ter em atenção³⁶.

No mesmo sentido, e momento, Paulo Pinto de Albuquerque defendeu a explicitação da possibilidade do uso de *sentencing guidelines*, pois estas decorriam já dos artigos 1 e 4 do anteprojeto. Para o mesmo Autor a criação de *sentencing guidelines* não vinculativas para os tribunais “constitui o núcleo duro da política criminal e o ponto de que se partiu nos sistemas anglo-saxónicos”³⁷. Reforçou ainda a ideia de que da política criminal deverão surgir critérios indicativos para a individualização das sanções criminais, sustentado nos seguintes argumentos: “1. esta é a posição sustentada pelo Conselho da Europa desde a sua recomendação sobre a coerência na fixação da pena, de 19.10.1992, reiterada na recomendação sobre sobrelocação das prisões de 30.9.1999; 2. este é o ensinamento do direito comparado e, designadamente, da França, da Holanda e da Suécia, onde as instruções genéricas sobre política criminal incluem a individua-

³⁴ Seguiram-se as Leis de Política Criminal n.ºs 38/2009, de 20 de julho, 72/2015 de 20 de julho e 96/2017, de 23 de Agosto.

³⁵ Cf. 2.ª ata da UMRP de 2005.

³⁶ Cf. 3.ª ata da UMRP de 2005.

³⁷ Cf. 2.ª ata da UMRP de 2005.

lização das sanções criminais, sendo nestes países estas instruções vinculativas para o Ministério Público, que deve conformar a sua intervenção na audiência de julgamento e a interposição de recursos de acordo com essas instruções genéricas, mas não sendo essas instruções genéricas vinculativas para os tribunais; 3. em Portugal, o Ministério Público já se pronunciou repetidas vezes sobre matéria de individualização das sanções criminais, por via do direito “circulatório” e “parecerístico” da PGR; 4. o conteúdo do artigo 4.º do anteprojecto de Lei-Quadro, ao referir-se à repressão da criminalidade, já inclui esta matéria da individualização das sanções criminais no objecto da política criminal, pelo que há que corrigir o artigo 1.º, que na sua redacção actual é mais restritivo do que o artigo 4.º, e alargar o âmbito do artigo 1º de modo a pô-lo de acordo com o disposto no artigo 4.^º³⁸.

Com um artigo intitulado *Por uma política criminal mais justa*³⁹ retomamos este tema com o mesmo Autor, Paulo Pinto de Albuquerque. Na altura afirmámos que um dos princípios fundamentais do direito penal é o da igualdade nas decisões da justiça e de ausência de disparidades injustificadas na aplicação das penas. Para tanto torna-se imprescindível, a nosso ver, a materialização de uma política criminal da qual se possam extraír orientações para a atuação dos operadores judiciários no domínio da escolha e determinação das sanções jurídico-penais aplicáveis.

Da cooperação legislativo-judicial na determinação da medida da pena: o ponto de partida

O ponto de partida no estudo da determinação da medida da pena reside na compreensão de que esta é resultado da atuação conjunta do legislador e julgador⁴⁰.

³⁸ Cf. 3.ª ata da UMRP de 2005.

³⁹ De Manuel Simas Santos e Paulo Pinto Albuquerque, publicado no Jornal Expresso de 7-02-2009.

⁴⁰ O texto que se segue tem como base o nosso Pedro Miguel Freitas, *Determinação da medida da pena privativa da liberdade, um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, 2016, Lisboa: Rei dos Livros.

Se atentarmos aos ensinamentos de Figueiredo Dias, são três as fases da determinação da pena⁴¹: investigação e determinação da moldura legal ou abstrata⁴²; investigação e determinação da medida concreta da pena dentro da moldura legal e, finalmente⁴³, escolha da espécie da pena⁴⁴.

⁴¹ Eduardo Correia, *Direito criminal, II*, reimpr. (Coimbra: Almedina, 2010), 141 e s. não identifica as fases do processo de determinação da pena. Ainda assim, apesar desta omissão, pode depreender-se da sua explanação os passos seguintes: em primeiro lugar há de haver a escolha do tipo de crime que terá respetivamente uma moldura penal abstrata. Esta moldura abstrata poderá, em certas situações, ser alterada por força de circunstâncias modificativas, agravantes ou atenuantes, comuns ou especiais (p. 141-142). Em fase posterior, caberá ao julgador individualizar a pena concreta dentro da moldura abstrata (p. 315 e ss.). Todavia, em determinadas situações poderá ocorrer a substituição da pena (p. 392 e ss.). Ferreira, *Lições de Direito Penal*, 98 e ss. é mais claro no que concerne à identificação dos diferentes momentos que compõem o processo de determinação da pena: determinação do tipo de crime, escolha da pena ou determinação da pena aplicável e determinação da pena aplicada (graduação ou fixação da pena).

⁴² A investigação e determinação da moldura penal ou, nas palavras de Figueiredo Dias, da pena aplicável, corresponde a uma primeira fase onde o juiz determina qual o tipo legal previsto na parte especial do CP ou legislação extravagante e a moldura aí indicada. Se ao invés de fundamental, o ilícito-típico surgir numa forma qualificada – contendo elementos respeitantes à ilicitude e/ou culpa, que agravam a moldura prevista para o crime fundamental – ou numa forma privilegiada – que pressupõe uma moldura menos grave –, não se impõe um especial procedimento de determinação: tudo se passa como se de crimes fundamentais se tratassem, ou seja, a moldura penal será aquela indicada pelo tipo legal concretamente em causa. Estamos portanto de acordo com Anabela Rodrigues quando afirma que não assiste razão a Cavaleiro Ferreira ao cunhar como “casos de estruturação abnorme da penalidade” as hipóteses em que se suscita uma participação ativa do juiz, um seu juízo de valor, na escolha do tipo legal de crime, nomeadamente quando em dúvida esteja a escolha entre um tipo fundamental e um qualificado – Ferreira, *Lições de Direito Penal*, 71. De facto, tem de haver, como assinala Anabela Rodrigues, uma valoração judicial no momento da determinação da pena aplicável que não põe em causa a tarefa legislativa de definição dos comportamentos legalmente relevantes e sanções aplicáveis – cf. Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 16, n. 26.

⁴³ Pode por vezes porém não constituir a última fase de determinação da pena – Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 19, n. 31. A escolha da pena que deva ser cumprida pelo agente poderá ocorrer em momento anterior à determinação da medida concreta da pena designadamente quando o julgador, ao investigar o tipo legal de crime aplicável, se deparar com tipo legal que preveja, em alternativa, a aplicação de pena de prisão ou de uma pena de multa, v.g., artigo 137.º, n.º 1. Nesta hipótese, ter-se-á de lançar mão do critério geral estabelecido no artigo 70.º do CP. Cf., igualmente, Dias, *Direito Penal II*, 211-12.

⁴⁴ Dias, *Direito Penal II*, 198.

O mesmo é dizer, depois de determinado o tipo legal de crime preenchido pela conduta do agente e aplicada (ou não, dependendo do caso concreto) uma circunstância modificativa – agravante ou atenuante –, cujo efeito residirá na alteração da moldura definida pelo legislador⁴⁵, incumbirá ao julgador encontrar o ponto concreto da pena dentro dessa mesma moldura. Esta tarefa de materialização da medida da pena em sentido estrito⁴⁶ – inscrita na segunda fase da determinação da pena – traz as maiores dúvidas, nomeadamente quando em causa esteja determinar a medida concreta da pena principal de privação da liberdade.

O que significará a convocação, pelo menos como pano de fundo, da questão da discricionariedade da atividade judicial de determinação da pena. Não se pode negligenciar, bem pelo contrário!, a presença dominante de discricionariedade numa matéria particularmente sensível ao princípio da culpa e princípio da igualdade e em que, as mais das vezes, se discute o papel (e sua extensão) que ao legislador e ao julgador deverá caber.

Pode pois afirmar-se, com satisfatória certeza, que, no direito penal português vigente, a tarefa de determinação da medida concreta da pena é resultado, pelo menos de forma mediata, da cooperação entre o legislador e o juiz⁴⁷. É ao legislador que incumbe fixar molduras penais abstratas (molduras legais) que se impõem a certos comportamentos descritos no Código Penal e em legislação extravagante, no âmbito das quais o juiz deverá encontrar o ponto exato da medida da pena. Poder-se-á dar o caso de se tornar necessária a aplicação de circunstâncias modificativas que, nas palavras de Figueiredo Dias, constituem “pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo directamente respeito nem ao tipo-de-ilícito (objectivo ou subjectivo”, nem ao tipo-de-culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, todavia **contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo (...)**⁴⁸. Estas circunstâncias modifica-

⁴⁵ Dias, 199 e ss.

⁴⁶ Usamos esta expressão no sentido que lhe é dado por Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 17, e que corresponde à “medida judicial ou individual” empregada por Dias, *Direito Penal II*, 198.

⁴⁷ Castanheira Neves, «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I*, por AA.VV. (Coimbra: s/e, 1984), 346.

⁴⁸ Dias, *Direito Penal II*, 199–200.

tivas, constituindo autênticas “válvulas de segurança”⁴⁹, asseguram a conformação da moldura legal a diferentes degraus de gravidade do crime, quer no sentido de elevar o limite mínimo e/ou máximo da moldura penal – circunstâncias modificativas agravantes⁵⁰ –, quer promovendo o desagravamento do seu limite mínimo e/ou máximo – circunstâncias modificativas atenuantes⁵¹. Mas mesmo aqui se mostra a estreita cooperação entre legislador ou juiz: embora condicionado ou vinculado pelas molduras abstratas definidas pelo legislador, tal como resultam do tipo legal de crime ou obtidas por efeito de circunstâncias modificativas, ao juiz, e apenas a este, cabe investigar e determinar qual a moldura aplicável ao caso, para, mais tarde, determinar o *quantum* concreto da pena e a espécie da pena.

A determinação da pena é assim resultado de uma conjugação de esforços – do legislador e juiz – delimitados e separados quanto aos respectivos campos de atuação, embora se possa argumentar, com mediana razão, que existe na fase de determinação da medida concreta da pena um certo esbatimento de fronteiras⁵². Mais concretamente quando o legislador, de acordo com o regime legal vigente em Portugal, avança, apenas exemplificativamente, com fatores de medida da pena⁵³, relativos à exe-

⁴⁹ Cf. Dias, 192, para quem as circunstâncias modificativas constituem um modo de garantir justiça e eficácia.

⁵⁰ Como seja a reincidência, art.º 76.º do CP.

⁵¹ Cf., por exemplo, o artigo 73.º do CP, onde se prescreve o regime da atenuação especial da pena.

⁵² Para além do texto que se segue, o problema da repartição de tarefas entre legislador e julgador levar-nos-ia também para o campo da metodologia jurídica. Como recorda Castanheira Neves, a distinção entre criação do direito (“criação do direito formalmente positivo pela deliberada constituição, legislativa ou não, das suas normas”) e sua aplicação (“determinativo-concretizadora e judiciativo-decisória realização”), e implicativamente entre política do direito e jurisprudência, entre o método da legislação ou do legislador e o método da jurisprudência ou dos juristas, é hoje posta em crise, na medida em que os dois momentos ou espaços parecem reconduzir-se a um só método do direito, a um só sentido global. Conclusão reforçada pelo significado normativamente constitutivo ou construtivo assestado à “aplicação do direito”, de um lado, e pela pré-existência de vetores constitucionais, comunitários e ordem jurídica constituída que parametrizam e vinculam a criação de direito positivo. Cf. Castanheira Neves, «Método jurídico», em Pólis: encyclopédia Verbo da sociedade e do Estado, Vol. IV, por AA.VV., 2.ª ed. (Lisboa: Verbo, 2004), 224–25.

⁵³ Cf. artigo 71.º, n.º 2, do CP.

cução do facto, à personalidade do agente e à conduta do agente anterior e posterior ao facto⁵⁴, dos quais o juiz se amparará para delinear a conceção do legislador “quanto às finalidades visadas com a aplicação das penas e, porventura mesmo, quanto ao modo como devem ser compatibilizadas aquelas finalidades, quando conflituantes no caso concreto”⁵⁵, para depois determinar o seu efeito numa medida da pena. Parece claro porém que a definição dos concretos fatores de medida da pena, de importância primacial não apenas para a materialização das finalidades almejadas com a imposição de uma pena, mas igualmente para a controllabilidade em via de recurso da sentença judicial, não é fruto exclusivo do labor legislativo, tanto que de fora da lista exemplificativa do artigo 71.º, n.º 2, do CP, ficam fatores relativos à vítima e à necessidade da pena⁵⁶.

A mesma crítica não é passível de ser feita à opção do legislador quanto aos critérios em função dos quais os fatores de medida da pena devem ser apreciados e, por essa via, alcançada a medida da pena: o artigo 71.º, n.º 1, do CP, estabelece que “[a] determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”.

Tudo somado, há de encontrar-se um ponto de equilíbrio entre a responsabilização total do juiz e a responsabilização total do legislador pelas tarefas de determinação da pena⁵⁷. Enveredando-se por esse caminho, poupa-se, na hipótese de uma responsabilização total do juiz, uma violação do princípio da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – cujo conteúdo se encontra, em primeira linha, no artigo 29.º da CRP⁵⁸. O princípio da legalidade, como é consabido, torna vedado ao juiz a criação do regime sancionatório atinente a um crime. O mesmo é dizer que somente a lei é competente para definir os crimes e impor-lhes sanções criminais.

⁵⁴ Dias, *Direito Penal II*, 245–55.

⁵⁵ Dias, 192. O Autor vai em sentido oposto ao apresentado, considerando clara a repartição de tarefas entre legislador e juiz, mesmo neste domínio.

⁵⁶ Admitindo isto, Dias, 245.

⁵⁷ Dias, 192 e ss.

⁵⁸ Para uma anotação sobre este normativo, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 491–99 e Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, 2.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 667–76.

O inverso – de responsabilização absoluta do legislador – também apresenta óbices inultrapassáveis, como seja a da sua inconformidade com um direito penal de culpa⁵⁹.

Da amplitude das molduras abstratas

Para uma compreensão englobante do problema da disparidade das penas faz-se necessário notar que este decorre não apenas da complexidade de determinação da medida da pena concreta em si, mas é influenciado logo pela construção das molduras abstratas dentro das quais as medidas das penas são definidas. É, portanto, um nó problemático complexo que exige um estudo sério e aprofundado da atuação do legislador na sua função complementar de definição dos limites mínimos e máximos abstratos das penas, nomeadamente no sentido de se saber em que medida contribui para a disparidade e incoerência na aplicação das penas.

Olhemos, pois, para a figura do legislador, tentado perceber se afinal a sua atuação estará completamente isenta de críticas neste domínio. Quanto a isto torna-se imprescindível, em primeiro lugar, chamar à colação Autores como Gomes Canotilho, Vital Moreira e Figueiredo Dias que chamam a atenção para o princípio da proibição de molduras abstratas de penas demasiado amplas⁶⁰⁶¹. Embora, como denota Figueiredo Dias, a exigência jurídico-constitucional de legalidade e determinação da pena se satisfaça com a previsão legislativa de mínimos e máximos legais da pena que corresponde a certo comportamento⁶², haverá sempre um limite decorrente do princípio da proporcionalidade da pena à amplitude da moldura abstrata.

A propósito do princípio da proibição de molduras demasiado amplas há que dizer que para Figueiredo Dias uma pena de prisão com

⁵⁹ Dias, *Direito Penal II*, 193. O mesmo Autor avulta ainda a possibilidade do princípio da igualdade poder ser lesado.

⁶⁰ Canotilho e Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 495 e 501–3, interpretam o princípio da tipicidade no sentido de dele extrair a exigência jurídico-constitucional de determinação legal do tipo de pena cabida a cada crime e, concomitantemente, a proibição de penas indefinidas ou de moldura “tão ampla que em tal redunde”.

⁶¹ Dias, *Direito Penal II*, 193.

⁶² Dias, 193.

uma moldura abstrata entre 1 mês e 20 anos constitui um exemplo de uma moldura demasiado ampla. É incontroverso, cremos, que uma moldura desta amplitude violaria frontalmente os princípios constitucionais que norteiam esta matéria. Um tal exemplo é apodítico mais não seja porque corresponde exatamente ao artigo 41.º, n.º 1, onde se definem os limites gerais mínimos e máximos da pena de prisão. Temos para nós, porém, que o problema não se coloca apenas aqui. A questão de saber a amplitude a partir da qual se põe em crise o princípio da tipicidade, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, ou o princípio da proporcionalidade da pena é *res* que continua por determinar na doutrina. Qualquer moldura menos ampla do que aquela que consta do artigo 41.º, n.º 1, cumprirá automaticamente o princípio da proporcionalidade? Se assim for, poderemos dizer que as molduras abstratas previstas no nosso Código Penal cumprem, por um lado, o princípio da proporcionalidade e promovem, por outro, consistência e coerência na determinação da medida da pena? A resposta não é simples e imediata.

É evidente que as molduras penais em que o julgador se move na tarefa de determinação das penas concretas desempenham um papel ineigável na promoção da coerência na determinação da pena. Mas em que medida?

O legislador do DL n.º 48/95, de 15 de Março escreveu no Preâmbulo que «[n]a verdade, mais do que a moldura penal abstratamente cominada na lei, é a *concretização da sanção* que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, *funcionando, assim, como referência para a comunidade*» (itálico nosso). O que impõe que as referidas molduras devam constituir um sólido ponto de partida para a determinação da sanção.

No domínio do texto de 1982 as molduras penais, considerando somente a pena de prisão, previstas no Código eram, excluindo as que resultariam da atenuação especial e da reincidência, em número de 49, como se ilustra a págs. 254-256 de O Código Penal de 1982⁶³. Esse número baixou no texto de 1995, mas de forma pouco sensível, passando então a 43, como se indicou na 3.ª edição do Código Penal, a págs. 582-585⁶⁴.

⁶³ De Simas Santos e Leal-Henriques, Lisboa, 4 volumes, 1986-7.

⁶⁴ Cfr Simas Santos, Código Penal, nas diversas edições, em anotação ao art. 41.º 1.ª edição, pás. 254-256, 2.ª edição, págs. 389-393 e 3.ª edição, págs. 582 a 585.

Mas subiu significativamente no texto atual, para as seguintes 62:

30 dias a 3 meses	6 meses a 6 anos e 3 meses
30 dias a 6 meses	8 meses a 6 anos e 8 meses
30 dias a 1 ano	8 meses a 10 anos e 8 meses
30 dias a 2 anos	9 meses a 7 anos e 6 meses
30 dias a 3 anos	9 meses a 12 anos
30 dias a 4 anos	1 a 5 anos
30 dias a 5 anos	1 a 8 anos
37 dias a 3 anos e 9 meses	1 ano e 3 meses a 6 anos
37 dias a 5 anos	1 ano e 3 meses a 10 anos
40 dias a 4 meses	1 ano e 4 meses a 6 anos e 8 meses
40 dias a 8 meses	1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses
40 dias a 1 ano e 4 meses	1 ano e 6 meses a 12 anos
40 dias a 2 anos e 8 meses	2 a 5 anos
40 dias a 4 anos	2 a 8 anos
40 dias a 6 anos e 8 meses	2 a 10 anos
40 dias a 5 anos e 4 meses	2 a 12 anos
45 dias a 1 ano e 6 meses	2 anos e 6 meses a 12 anos e 6 meses
45 dias a 3 anos	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses
45 dias a 4 anos e 6 meses	3 a 10 anos
60 dias a 6 meses	3 a 12 anos
60 dias a 1 ano	3 a 15 anos
60 dias a 2 anos	3 anos e 9 meses a 15 anos
60 dias a 3 anos	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses
60 dias a 6 anos	4 anos a 13 anos e 4 meses
6 meses a 3 anos	4 a 16 anos
6 meses a 4 anos	4 anos e 6 meses a 15 anos
6 meses a 5 anos	5 a 15 anos
6 meses a 8 anos	6 anos e 8 meses a 20 anos
8 meses a 3 anos e 9 meses	8 a 16 anos
8 meses a 4 anos	10 a 20 anos
8 meses a 5 anos e 4 meses	10 anos e 8 meses a 21 anos e 4 meses
	12 a 25 anos

Escreveram então os seus AA.:

«Esta representação permite constatar, para além do grande número de molduras, a existência de assimetrias e a circunstância de algumas das medidas serem bastante mais amplas do que seria de esperar da sua localização no gráfico.

Teria interesse analisar as molduras penais não só do ponto de vista da diferença entre o mínimo e máximo, mas também do ponto de vista da relação entre o máximo e mínimo (na música e no ruído, v.g., aquilo que apercebemos iguais não são diferenças, mas relações – ex: subir de 10 para 20 equivale a subir de 20 para 40). Por exemplo, numa moldura penal de 30 dias a 5 anos de prisão, essa relação é de 60, enquanto a diferença entre o máximo e o mínimo é de 4 anos e 11 meses e numa moldura de 1 a 10 anos de prisão a relação é de 10 enquanto a diferença é de 9, consentindo a primeira moldura maior disparidade na aplicação concreta das penas do que esta última, não obstante a diferença ser nesta maior.

Seria também interessante fazer estudos quantitativos, quer no âmbito da reforma penal, quer no âmbito da investigação, sobre a frequência de ocorrência das molduras, a frequência de ocorrência prática dos respectivos crimes e a distribuição das penas concretas dentro de cada moldura.

Seria finalmente interessante verificar se a ponderação do resultado do Projecto de Revisão, em termos de número de molduras penais e respectivas amplitudes, teria conduzido ao seu repensar.»

Na verdade, esta atomização e multiplicação de molduras penais, agora agravada, não partiu de considerações éticas explicitadas e claras quanto ao valor dos respetivos bens jurídicos numa inter-relação que apoie e esclareça os magistrados, dificultando que eles criem, neste domínio, um quadro referencial pessoal a partir da sua prática, e é muito vulnerável à modificação pontual dessas mesmas molduras, normalmente ao agravamento, numa legisferação à flor da pele e das derivas securitárias⁶⁵.

Quadro que se agrava se se considerarem as molduras penais que incluem a pena de multa e os casos de atenuação especial previstos na

⁶⁵ Código Penal Anotado I volume. 2014, págs. 632-639.

Parte Especial do Código Penal, multiplicando-se então o número de molduras penais já referidas e identificadas, bem como as dificuldades enunciadas⁶⁶. Dificuldades essas que se agravam quando se ponderam os resultados concretos, quer em termos de resultados dos critérios usados na construção das molduras bases, quer em termos das atenuações e agravações determinadas na Parte Especial. Com efeito, somos surpreendidos, *v.g.* por molduras penais de uma amplitude tal que põem em crise o princípio da legalidade; por tipos legais de diversas gravidades, previstos no mesmo artigo, punidos com a mesma moldura penal, com lesão do princípio da proporcionalidade; com a atribuição de diversos valores à proporcionalidade entre a pena de multa e a pena de prisão, ao longo da Parte Especial, sem explicação explícita; a adoção de frações de agravação difficilmente divisíveis por 12. Os exemplos e incredulidades são muitas, mas é matéria que, pela dimensão e complexidade, exigiria uma análise minuciosa do tecido legislativo penal português, o que não constitui objeto deste texto, que mais não serve do que suscitar alguns questionamentos. Apesar disso não resistimos a deixar aqui alguns exemplos.

Há pouco aludimos, em forma de pergunta, ao primeiro dos problemas aqui levantados, i. e., a amplitude das molduras abstratas, questionando se qualquer moldura menos ampla do que aquela que consta do artigo 41.º, n.º 1, cumprirá automaticamente o princípio da proporcionalidade e legalidade. Vejamos um exemplo concreto. A prática de ato sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, do qual resulte gravidez, é punida com pena de prisão de nove meses a doze anos (art.º 165.º, n.º 1 e 177.º, n.º 5 do CP). Pondo de parte, neste instante, a questão de saber se nove meses poderá em algum caso ser pena adequada para um comportamento desta gravidade, sublinhe-se que estamos perante um crime que contempla como sanção uma pena de prisão que permite a aplicação de uma pena de longa duração (superior a 5 anos) ou de curta duração (inferior a um ano), cobrindo desse modo todo o espetro dos graus da pena de prisão. Não podemos perguntar-nos, ou melhor, não devemos perguntar-nos se será admissível a configuração de uma moldura abstrata tão ampla que permita, numas ocasiões, a aplicação

⁶⁶ Podem ver-se as diversas tabelas apresentadas em notas prévias nos volumes da Parte Especial do mencionado Código Penal: volumes III já publicado e volume IV, no prelo.

de penas de substituição como a de multa (art.º 45.º) ao passo que, noutras ocasiões, se imponha a aplicação de uma pena de prisão efetiva de 12 anos, afastando-se terminantemente qualquer hipótese de suspensão da execução da pena de prisão (art.º 50.º) por ultrapassar em mais do dobro o limite máximo de prisão em relação ao qual esta funciona?

E que dizer da moldura abstrata de 6 meses a oito anos (art.º 165.º, n.º 1) ou, no caso do art.º 223.º, n.º 3, al. a), de 3 a 15 anos?

Por outro lado, não estaremos perante comportamentos de gravidade distinta, e por isso merecedores de uma moldura abstrata também ela distinta, por exemplo no caso do artigo 152.º, n.º 2, al. a)? Veja-se, o legislador português reconduz à mesma moldura abstrata de 2 a 5 anos o crime de violência doméstica praticado contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima. É, no mínimo, criticável que se tenha definido exatamente a mesma moldura abstrata para as hipóteses em que a violência doméstica tenha ocorrido no domicílio comum e aqueles casos em que a vítima do crime é menor de idade. É certo que o julgador deverá atender ao circunstancialismo concreto do caso para ajustar a medida concreta da pena à culpa do agente e necessidades preventivas, mas o que aqui está em causa é a visão político-criminal e jurídico-penal, a montante, do legislador de que estaremos perante condutas que à partida, e em termos abstratos, se situam na mesma dimensão de gravidade.

Num outro plano problemático, é também discutível certas opções legislativas em matéria de determinação de molduras abstratas se tomarmos como matriz os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais de crime. Quando o legislador define molduras abstratas estabelece concomitantemente uma hierarquia entre os diversos bens jurídico-penais. De um modo simples, quanto maior a gravidade da moldura abstrata da sanção aplicável à lesão ou colocação em perigo de certo bem jurídico-penal maior será, em regra, a sua importância no quadro de valores jurídico-constitucionais. Para muitos Autores é apodítico, por exemplo, afirmar-se que os bens jurídicos integridade física ou liberdade pessoa são de hierarquia superior a bens jurídicos puramente patrimoniais.⁶⁷ Esta conclusão

⁶⁷ Por todos, Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., 2.ª reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 447. Embora este Autor reconheça que “através das molduras penais aplicáveis – sobretudo num CP

aparentemente simples choca, porém, contra a realidade jurídico-sancionatória do nosso Código Penal⁶⁸.

Imaginemos o seguinte caso: António, recorrendo a chaves falsas, entra na casa de João e leva consigo um relógio de 150 euros. A conduta de António preenche o tipo legal de crime de furto qualificado previsto no artigo 204.º, n.º 2, al. e) e artigo 202.º, al. f), sendo punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Ora, se o mesmo agente, António, constrangesse outra pessoa a praticar consigo cópula, coito anal ou coito oral seria punido com uma pena de prisão de 1 a 6 anos (art.º 164.º, n.º 2), portanto inferior aquela outra prevista no artigo 204.º.

Para além da perplexidade que esta diferença de molduras abstratas poderá suscitar, não podemos esquecer o efeito prático que poderá daí advir, nomeadamente a possibilidade, em abstrato, de no caso de violação operar-se a substituição da pena de prisão por pena de multa (art.º 45.º), quando a medida da pena de prisão aplicada seja a do limite mínimo legal, ao passo que no crime de furto qualificado tal constitui uma impossibilidade.

Da determinação da medida concreta da pena

Devotemos agora a nossa atenção para a etapa seguinte da determinação da medida da pena e a sua relação com o problema da disparidade e incoerência na aplicação das penas.

Antes de mais, relembramos que o Conselho da Europa, na sequência do 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa (1987) sobre o tema “Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções”⁶⁹, alertou

como o nosso –, esta conclusão não seja absolutamente segura, tornando-se necessário apelar para o critério complementar, que claramente penetra a ordem axiológica constitucional e a correspondente ordem legal dos bens jurídicos, da prevalência de princípio dos bens jurídicos pessoais sobre os patrimoniais”, no fundo dando razão ao que temos vindo a afirmar.

⁶⁸ Os Autores querem deixar uma nota de agradecimento ao contributo da Prof. Doutora Conceição Cunha para a nossa reflexão sobre esta questão.

⁶⁹ Os relatórios apresentados nesse colóquio podem ser lidos em Santos e Ribeiro, *Medida concreta da pena: disparidades*, 91-257.

para o problema das disparidades injustificadas na determinação e aplicação das penas, avançou com a Recomendação n.º R(92) 17, de 19 de setembro de 1992, relativa à coerência na aplicação das penas⁷⁰.

Partindo da recomendação aos Estados Membros para que, assegurando o respeito pelos seus princípios constitucionais ou as respetivas tradições jurídicas, tomassem as medidas adequadas para evitar disparidades injustificadas⁷¹ na pronúncia das penas, o Conselho da Europa propõe duas técnicas que, no seu entender, poderão revelar-se úteis para se lograr uma maior coerência na aplicação das penas: orientações para a aplicação das penas (*sentencing orientations*)⁷² e pontos de partida (*starting points*). Nas orientações para a aplicação das penas temos um conjunto meramente indicativo de medidas da pena para diferentes variantes de uma infração, em função da presença ou da ausência de diversos fatores agravantes ou atenuantes⁷³. Já nos pontos de partida o que está em causa é a indicação, para diferentes variantes de uma infração, de uma medida de pena que poderá ser aumentada ou diminuída pelo julgador verificada a presença de fatores agravantes ou atenuantes⁷⁴.

⁷⁰ Disponível em Santos e Ribeiro, 45–89 e Conselho da Europa, «Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum», *Criminal Law Forum* 4, n. 2 (1993): 355–92.

⁷¹ Conforme explicita a Exposição de Motivos da Recomendação, disparidades injustificadas correspondem às “diferenças na aplicação das penas que resultem de concepções variáveis que não fazem parte da política declarada da jurisdição em matéria de aplicação as penas – por exemplo, as variações que provêm de opiniões pessoais, de tradições locais ou regionais que se perpetuam sem justificação, ou variações influenciadas pelos “media”.

⁷² Karl Larenz, *Metodologia da ciéncia do direito*, trad. José Lamego, 3.ª ed. (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), 411–12, a propósito dos métodos de comparação de casos, estabelece uma metodologia que, não estando para isso explicitamente pensada pelo Autor, pode provar-se útil para a edificação de linhas de orientação para a determinação da pena (*sentencing guidelines*): “[e]mbora nenhum caso singular seja igual a outro em todos os aspectos, muitos casos assemelham-se a outros no que toca a certas características e em determinada medida. Uma vez que é postulado fundamental da justiça que «casos iguais» devem ser tratados de modo igual, importa, em primeiro lugar, saber que circunstâncias são importantes, e em que medida, para a valoração aqui exigida (em conformidade com o critério geral), pois que só aqueles, e todos aqueles, casos que são iguais em relação a todas essas circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico».

⁷³ Santos e Ribeiro, *Medida concreta da pena: disparidades*, 50.

⁷⁴ Santos e Ribeiro, 51.

A determinação da medida da pena no Código Penal português

A solução para o problema da determinação da medida da pena que decorre do Código Penal, tal como é perspetivada pela doutrina⁷⁵ e jurisprudência⁷⁶ dominantes, assenta na teoria da moldura de pre-

⁷⁵ Por todos, Dias, *Direito Penal II*, 227 e ss. Em sentido contrário, v.g., José Sousa Brito, «Os fins das penas no Código Penal», em *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*, ed. AA.VV. (Lisboa: Universidade Lusíada, 2002), 163 e ss. Com interesse, num exercício relacional entre o Código Penal e a Constituição da República Portuguesa em matéria de fins da pena, Maria Fernanda Palma, «Constituição e direito penal», em *Casos e materiais de direito penal*, ed. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, e José Manuel Vilalonga, 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2009), 26, Maria Fernanda Palma, «Constituição e direito penal – as questões inevitáveis», em *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, ed. Jorge Miranda, vol. II (Coimbra: Coimbra Editora, 1997), 227 e ss., Maria Fernanda Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», em *Casos e materiais de direito penal*, ed. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, e José Manuel Vilalonga, 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2009), 40 e ss. e *Direito constitucional penal* (Coimbra: Almedina, 2006), 122 e ss.

⁷⁶ Atente-se, por exemplo, aos seguintes arrestos gizados pelo Supremo Tribunal de Justiça, consultados em 30 de junho de 2015: Ac. STJ de 19-01-2006, processo n.º 05P4301, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/27a31ba32533d7b080257213002f3155?OpenDocument>; Ac. STJ de 04-06-2014, processo n.º 262/13.3PVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b3427c1c70d074780257d70003fa445?OpenDocument>; Ac. STJ de 14-05-2014, processo n.º 561/02.0TAABF.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1eded8181bbe9eeb80257d4d00473262?OpenDocument>; Ac. STJ de 07-11-2012, processo n.º 8717/11.8TDPRT.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5a1efde45ff8cfdb80257ac20050d674?OpenDocument>.

De entre a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça encontrámos alguns arrestos, relatados por Carmona da Mota, em que a chegada à medida concreta da pena é inusitadamente visível. Não é pois comum, tanto quanto nos apercebemos, que o raciocínio de atribuição de um quantum da pena ao limite máximo e mínimo da moldura de prevenção e, a montante, à prevenção especial esteja tão patentemente descrito. A título de exemplo, veja-se o sumário do Ac. STJ de 26-10-2006, processo n.º 06P3049, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13911e60043bc768025726600568c77?OpenDocument>, consultado em 30 de Junho de 2015: “I – É sabido que, de um modo geral, «a medida da pena há-de ser encontrada dentro de uma moldura de prevenção geral positiva», vindo a ser «definitiva e concretamente estabelecida em função de exigências de prevenção especial, nomeadamente de prevenção especial positiva ou de socialização».

II – No caso (em que a moldura penal abstracta do crime de tráfico comum de drogas ilícitas é a de prisão de 4 a 12 anos: art. 21.º, n.º 1, do DL 15/93), o ponto óptimo de realização das necessidades preventivas da comunidade – ou seja, a medida da pena que a comunidade entenderia necessária à tutela das suas expectativas na validade e no reforço da norma jurídica afectada pela conduta da arguida situar-se-ia nos 6 anos de prisão (ante o facto de ela, embora mera retalhista de drogas ilícitas – heroína, cocaína e haxixe –, haver vendido, entre 29-07 e 05-10-04, cocaína e heroína «a vários consumidores (...)» e obtido, nessas revendas, pelo menos € 4316,8, tendo ainda em casa no dia 05-11-04, para venda a retalho, 138 embalagens de heroína + diazepam com o peso líquido global de 82,32 g, 1 saco + 105 embalagens de cocaína com o peso líquido global de 70,396 g e vários pedaços de haxixe com o peso líquido total de 111,9 g).

III – Todavia, «abaixo dessa medida (óptima) da pena de prevenção, outras haverá – até ao “limite do necessário para assegurar a protecção dessas expectativas” – que a comunidade ainda entenderá suficientes para proteger as suas expectativas na validade da norma». O «limite mínimo da pena que visa assegurar a finalidade de prevenção geral» coincidirá, pois, em concreto, com «o absolutamente imprescindível para se realizar essa finalidade de prevenção geral sob a forma de defesa da ordem jurídica» (e não, necessariamente, com «o limiar mínimo da moldura penal abstracta»). E, no caso, esse limite mínimo (da moldura de prevenção) poderá encontrar-se por volta dos 5 anos de prisão (uma vez que a arguida, apesar de tudo, ocupava, na cadeia comercial de drogas ilícitas, uma posição, das menos remuneradas e de maior risco, de contacto directo com o consumidor).

IV – «Os limites de pena definida pela necessidade de protecção de bens jurídicos não poderão ser desrespeitados em nome da realização da finalidade de prevenção especial, que só poderá intervir numa posição subordinada à prevenção geral», mas, concorrendo esta, dentro dos limites da moldura de prevenção, para a concretização da pena, o comportamento anterior da arguida (primária, «sempre trabalhou, tendo emigrado para Espanha para poder criar os 4 filhos»), a sua idade algo avançada (pois que preste a completar 63 anos), a sua conduta ulterior (preventivamente presa desde 05-11-04, «tem mantido bom comportamento no EP») e o seu estado de saúde («sofre, além do mais, de hipertensão arterial, asma, esofagite, lesão grave parcial do nervo meridiano esquerdo e depressão») poderão invocar-se para aferir o quantum exacto da pena – impelindo-a para o sopé [5 anos de prisão] – da moldura de prevenção» (negritos nossos). Idênticos no método descritivo da determinação da pena, o Ac. STJ de 05-07-2007, processo n.º 07P1496, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2f0c5fb905338b0f80257375002d9fec?OpenDocument>, o Ac. STJ de 19-04-2007, processo n.º 07P445, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b32c3e8894b9c2e802573080046ca5e?OpenDocument>, o Ac. STJ de 21-12-2006, processo n.º 06P4540, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e5722b314170daf802572890034afef?OpenDocument>, o Ac. STJ de 01-02-2007, processo n.º 06P4257, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/727795a7eb110f40802572d7002eea6f?OpenDocument>, o Ac. STJ de 15-02-2007, processo n.º 06P4339, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8d36d0c7991b7cd8802572d6003cb7a7?OpenDocument>, o Ac. STJ de 25-01-2007, processo n.º 06P3839, dis-

venção⁷⁷. A sua fonte de inspiração foi, indubitavelmente, a fórmula pro-pugnada no § 2, n.º 1 e 2, primeira parte, do *Alternativ-Entwurf* alemão de 1966⁷⁸. O enunciado é aliás praticamente idêntico⁷⁹, mas as proposições que lhe corpo e sentido em Figueiredo Dias são subtilmente diferentes daquelas que Claus Roxin – um dos professores alemães que redigiram o *Alternativ-Entwurf* – perspetivava⁸⁰.

ponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e9f38e22b072156802572c60054d648?OpenDocument>, o Ac. STJ de 18-01-2007, processo n.º 06P4055, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1e0ada68463440bd802572c600342a69?OpenDocument>, o Ac. STJ de 30-11-2006, processo n.º 06P4076, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/af66d5b56a9fc4f8025728a004be859?OpenDocument>, o Ac. STJ de 09-11-2006, processo n.º 06P3761, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/01adef97b37207780257289005803c4?OpenDocument>, o Ac. STJ de 27-04-2006, processo n.º 06P548, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/198339ecb35bb00d8025723600559a89?OpenDocument>, o Ac. STJ de 27-04-2006, processo n.º 06P957, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13a6dca866a5ac9b8025722700345171?OpenDocument>, o Ac. STJ de 28-06-2006, processo n.º 06P1935, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fed8b29784f7539c802572410035e08d?OpenDocument>, o Ac. STJ de 28-06-2006, processo n.º 06P2035, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fd57b5bb1b61947b80257241002f6a5d?OpenDocument>, o Ac. STJ de 20-04-2006, processo n.º 06P1052, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bc70dc60597d75938025722c005327ba?OpenDocument>.

⁷⁷ Maria João Antunes, *Consequências jurídicas do crime* (Coimbra, 2007), 24.

⁷⁸ Stephan Quensel e Jürgen Baumann, eds., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., vol. 1 (Alemanha: Mohr Siebeck, 1969), 28.

⁷⁹ A diferença reside em duas locuções adverbiais – “primordialmente” e “na medida do possível”. O texto original é o seguinte: “Zweck und Grenze von Strafe und Maßregel (1) Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft. (2) Die Strafe darf das Maß der Tatschuld nicht überschreiten, die Maßregeln nur bei überwiegendem öffentlichen Interesse angeordnet werden”.

⁸⁰ A fórmula do *Alternativ-Entwurf* é suficientemente abrangente do ponto de vista normativo para nela poderem subsumir-se teorias de fins das penas contraditórias entre si, como são, de um lado, a de Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues e, de outro, Claus Roxin. Sobre isto, Brito, «Os fins das penas no Código Penal», 161. Laconicamente conclui este Autor que há “algo de quixotesco em levar a bandeira do § 2º do *Alternativ-Entwurf* de 1966, com uma interpretação contrária à dos seus autores, quando a proposta destes não vingou no direito alemão e especialmente quando Hans Schultz, que especialmente o influenciou, entendeu não dever adotar a sua anterior proposta no seu Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código suíço” (Brito, 163.).

De acordo com a teoria dos fins das penas dominante em Portugal, a medida da pena deverá ser encontrada dentro “da medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos, face ao caso concreto, num sentido prospectivo de tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou mesmo no reforço) da vigência da norma infringida”⁸¹. A prevenção geral positiva fornece uma moldura com um ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias – o limite superior da moldura preventiva – e um ponto mínimo de tutela do ordenamento jurídico – o limite inferior da moldura preventiva – abaixo do qual a medida da pena se torna comunitariamente insuportável por pôr em causa a função de protecção de bens jurídicos⁸². Assim se percebe que o enfoque é concedido à função de protecção de bens jurídicos em um sentido prospetivo, mesmo que de uma infração já cometida estejamos a falar.

Dentro desta moldura, cabe a última palavra na determinação do *quantum* concreto da pena à prevenção especial positiva ou de socialização⁸³. É com estas coordenadas que os defensores da teoria da moldura de prevenção balizam o comando político-criminal presente no artigo 40.º, n.º 1, do CP, de que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. O número 2 do artigo 40.º do CP estabelece que em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, acometendo-lhe, deste modo, a tarefa concretizar um limite máximo inquebrantável por quaisquer considerações preventivas, sejam elas gerais ou especiais.

Em suma, as finalidades atendíveis na aplicação de uma pena “residem primordialmente na tutela dos bens jurídicos e, na medida possível, na reinserção do agente na comunidade. Por outro lado, a pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa”⁸⁴.

⁸¹ Antunes, *Consequências jurídicas do crime*, 24.

⁸² Antunes, 24–25.

⁸³ Dias, *Direito Penal II*, 227.

⁸⁴ Em boa verdade, Figueiredo Dias (Dias, *Direito Penal II*, 227.) faz introduzir a prevenção especial positiva “na medida do possível”, mas, em nota de rodapé (38), assevera que esta conceção político-criminal é a que está presente no artigo 40.º do CP que, como nós sabemos, não prevê, de forma explícita pelo menos, a possibilidade de a prevenção especial negativa comandar a aplicação da pena. Curiosamente, passa a referir-se, em momento posterior da mesma obra, à prevenção especial em qualquer das suas modalidades como a que vai determinar dentro da moldura de prevenção a medida concreta, embora esta-

No exercício de aplicação concreta desta conceção político-criminal relativa às finalidades da pena, Figueiredo Dias preconiza que, ainda que possam surgir conflitos frequentes entre a culpa e a prevenção especial ou entre a culpa e a prevenção geral negativa⁸⁵, em princípio não haverá antagonismo de relevo entre a culpa e a prevenção geral positiva ou de integração. É improvável, se não mesmo impossível segundo o Autor, que uma pena consentânea com a prevenção geral positiva, quer no seu ponto ótimo quer qualquer outro até ao limite mínimo de defesa do ordenamento jurídico, se situe acima do limite imposto pela culpa, dado que, “como insistentemente tem acentuado Roxin, as razões de diminuição da culpa são, em princípio, também comunitariamente compreensíveis e aceitáveis e determinam que, no caso concreto, as exigências de tutela dos bens jurídicos e de estabilização das normas sejam menores”⁸⁶.

Num exercício crítico à leitura dominante do artigo 40.º, n.º 1 e 2 do Código Penal português, poder-se-á dizer que, a nosso ver, sobrevém uma indesejável sobreposição entre as finalidades da pena e a função do direito penal. Isto é, quando se afirma que a finalidade visada pela pena há-de ser a de tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto e que

beleça em certa medida uma espécie de hierarquia entre a função de socialização – função primordial – e as de advertência, segurança e inocuação – funções subordinadas (Dias, 243). Num outro ponto da mesma obra sustenta que dentro da moldura preventiva “podem e devem actuar pontos de vista de prevenção de socialização, sendo eles que vão determinar, em último termo, a medida da pena” (Dias, 231). Numa outra obra da sua autoria, os termos usados para veicular a seu pensamento são estes: “[d]entro da moldura ou dos limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração (...) devem actuar, em toda a medida possível, pontos de vista de prevenção especial, sendo assim eles que vão determinar, em última instância, a medida da pena. Isto significa que releva neste contexto qualquer uma das funções que o pensamento da prevenção especial realizada: seja a função *positiva* de socialização, seja qualquer uma das funções *negativas* subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuação” (Dias, *Direito Penal I*, 81–82).

⁸⁵ Finalidade esta que o Autor afirma ser de considerar dentro da moldura de prevenção geral positiva, mesmo que, em seu entender, não mereça autonomia por não ser comprovável empiricamente, sendo não mais que um efeito lateral (desejável) da necessidade de tutela dos bens jurídicos (Dias, *Direito Penal I*, 81; Dias, *Direito Penal II*, 242). Resta, no entanto, saber por que motivo se legitima ou de deve legitimar a consideração de efeitos preventivos gerais negativos, tendo-os como desejáveis, se, concomitantemente, se lhe não reconhece qualquer comprovação empírica.

⁸⁶ Dias, *Direito Penal I*, 83; Dias, *Direito Penal II*, 230.

tal finalidade “se cobre com a ideia da *prevenção geral positiva* ou *prevenção de integração*”⁸⁷, está a querer dizer-se, parece-nos, que para o cumprimento da função do direito penal só concorrem os pontos de vista preventivos gerais positivos, deixando então de lado a prevenção geral negativa, a prevenção especial positiva, a prevenção especial negativa e, naturalmente, a retribuição. Será então que nenhuma destas finalidades, que não a de prevenção geral positiva, servirá os propósitos do direito penal? Qual o interesse político-criminal em introduzirmos no processo de determinação da medida da pena pontos de vista que não relevam para a função primária do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos?⁸⁸

Estas interrogações fazem apenas sentido quando se mescle a missão e função do direito penal e as finalidades da pena a impor no caso concreto. Inteira razão tem Claus Roxin quando afirma que a tutela subsidiária dos bens jurídicos, e através dela a proteção do livre desenvolvimento do indivíduo e a manutenção da ordem social, autênticos planos constitutivos da missão do direito penal, presta-se a critério definidor decisivo das condutas que devem ser criminalizadas e ameaçadas com a aplicação de uma pena⁸⁹. Coisa absolutamente diferente é, contudo, o modo como a pena deve cumprir este desiderato final do direito penal, pois que com

⁸⁷ Dias, *Direito Penal I*, 79.

⁸⁸ Uma interpretação alternativa do artigo 40.º, n.º 1, poderia advir da consideração autónoma do primeiro segmento – a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos – e do segundo – e a reintegração do agente. Nesta ordem de ideias, o legislador, no primeiro segmento, estaria a referir-se não à finalidade da pena e da medida de segurança, mas antes à função do direito penal, ao passo que no segundo, aí sim, estaria em causa a finalidade das sanções jurídico-penais. Deste modo, seria legítimo advogar como finalidade, por um lado, a reintegração do agente, finalidade essa expressamente referida pelo legislador e, por outro, as restantes finalidades, a prevenção geral positiva, prevenção geral negativa e prevenção especial negativa, na medida em que concorrem para a proteção dos bens jurídicos. Este o entendimento de Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, reforço e parálisia da sociedade punitiva», 2009, 32–33. É, a nosso ver, forçoso este tipo de raciocínio quando a epígrafe do referido artigo 40.º é “finalidades das penas e das medidas de segurança”, não se referindo, assim, à função do direito penal.

⁸⁹ Claus Roxin, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», em *Determinación judicial de la pena*, por Claus Roxin et al. (Buenos Aires: Del Puerto, 1993), 15. e Roxin, *Derecho penal*, 81. No mesmo sentido, Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona: J. M. Bosch, 1992), 267.

a concreção da missão do direito penal “nada está decidido, sem mais, de que maneira deve atuar a pena para cumprir a missão do direito penal. Esta pergunta é respondida pela teoria do fim da pena, a qual, por certo, deve ter sempre por referência o fim do direito penal que se posiciona detrás daquela”⁹⁰.

Certas vozes avalizadas na doutrina jurídico-penal portuguesa fazem-se ouvir contra a interpretação corrente do artigo 40.º, n.º 1. Taipa de Carvalho⁹¹, Fernanda Palma⁹² e José Souto Moura⁹³ são apenas alguns

⁹⁰ Roxin, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», 15. e Roxin, *Derecho penal*, 81. Embora em Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Madrid: Reus, 1976), 24., se possa ler que “as combinações legais justificam-se apenas e sempre pela necessidade de proteção, preventiva geral e subsidiária, de bens jurídicos e prestações”. Relevante José Engrácia Antunes, «Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português», *Revista da Ordem dos Advogados A.* 53, n. 2 (1993): 440.: “a questão dos fins imediatos da pena (...) é então o de saber como através das penas se tutela a ordem jurídica, isto é, quais os sentidos que devem ser imputados à dinâmica da pena para que esta possa cumprir o seu fim mediato, quais as funções que lhe podem ser adjudicadas com vista à realização deste fim”. E Armin Kaufmann, «La misión del derecho penal», em *La reforma del derecho penal, II*, ed. Mir Puig (Barcelona: Belaterra, 1981), 18.: “É certo que existe unanimidade acerca da missão do direito penal, que é a de proteger bens jurídicos. Mas falta responder como funciona todo ele e em que medida se orienta a sua utilização”. No sentido do nossa posição sobre este assunto, Carvalho, *Direito penal*, 62., que critica, e bem, a confusão e incoerência do artigo 40.º, n.º 1, porque com ele se confunde os fins da pena com o verdadeiro e último fim do direito penal: “o problema, quando se fala dos fins da pena, que são «fins-meios» ou fins imediatos é o de saber como é que a pena há-de ser escolhida (pelo legislador e, depois, dentro do permitido pela lei, pelo juiz) e determinada, em ordem a realizar-se aquela função ou finalidade (última) de proteção, no futuro, dos bens jurídicos lesados, não se esquecendo, obviamente, o imperativo constitucional da máxima restrição possível da pena, consagrado no art. 18.º-2 da CRP” (Carvalho, 62.). No mesmo sentido, Américo Taipa de Carvalho, «As penas no direito português após a revisão de 1995», em *Jornadas de direito criminal: revisão do código penal: alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, por AA.VV. (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998), 18 e ss.

⁹¹ Carvalho, *Direito penal*, 62 e ss., embora, incoerentemente, afirme que “resulta, pois, do actual art. 40.º, n.os 1 e 2, que o fundamento legitimador da aplicação de uma pena é a prevenção, geral e especial, e que a culpa do infractor apenas desempenha o (importante) papel de pressuposto e de limite máximo da pena a aplicar, por maiores que sejam as exigências sociais de prevenção”.

⁹² Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», 2009, 32. e Maria Fernanda Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995:

exemplos. Estamos em crer que se impõe ou uma alteração legislativa de modificação do texto legal ou a simples eliminação do artigo 40.⁹⁴, remetendo, à imagem do Código Penal alemão, a questão das finalidades da pena para o artigo 71.º, n.º 1, cindindo-as da enunciação da função do direito penal.

Adicionalmente, impõe-se saber por que motivo o artigo 40.º do CP não contempla a possibilidade de a prevenção especial negativa jogar um papel relevante na determinação da medida da pena. É demais consabido que nem sempre o agente carece de socialização ou que as perspetivas de socialização de um agente concreto são por vezes infundadas rechaçando a consideração da prevenção especial positiva.

Por outro lado, na teoria da moldura de prevenção a prevenção geral positiva não tem o suporte da proporcionalidade em relação à culpa (Claus Roxin) ou em relação ao ilícito (Anabela Miranda Rodrigues). Isto pode levar, como bem sublinha Conde Monteiro, a que, na determinação da medida da pena, possam tornar-se relevantes, expressa ou implicitamente, “invocação de situações de alarme social como motivo de aumento da pena, sem mais, ou melhor, a partir da mediação do caso pela comunicação social (*trial by newspaper*)⁹⁵.

Uma outra questão prende-se com o problema da concreção da medida ótima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias e saber se tem necessariamente de equivaler ao limite máximo permitido pela prevenção geral positiva. Esta medida ótima da pena que na teoria de Claus Roxin se entendia como aquela que se situasse na moldura da culpa⁹⁶ perde na teoria da moldura de prevenção esse arrimo. Talvez por isso se tivesse sentido a necessidade dogmática de a ligar à moldura da prevenção. Mas a sua transposição traz um problema: enquanto na teoria

desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», em *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, ed. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza (Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998), 26 e ss.

⁹³ José Souto Moura, «A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena», *Revista do CEJ*, n.º 13 (2010): 101 e ss.

⁹⁴ Semelhante proposta é realizada por Brito, «Os fins das penas no Código Penal», 160 e ss.

⁹⁵ Fernando Conde Monteiro, *Consequências jurídico-penais do crime* (Braga: AEDUM, 2013), 57.

⁹⁶ Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981), 112.

unificadora preventiva dialética a medida ótima corresponde ao espaço da moldura abstrata de sobreposição entre a moldura da culpa e a prevenção geral positiva, na teoria da moldura de prevenção não existe a moldura de culpa. Ora, se se quiser manter este conceito de medida ótima sem apelar à medida da culpa, como o faz Claus Roxin, poder-se-ia, em alternativa, optar por defender que a medida ótima dá-se quando a medida concreta da pena se situe na moldura de prevenção – o que levaria a que, de acordo com os contornos da teoria da moldura de prevenção, a medida da pena fosse sempre ótima, dado que não é possível que esta se situe fora da moldura de prevenção⁹⁷, tornando assim o possível em ótimo e o ótimo em possível – ou, recuperando um pouco a ideia de Claus Roxin, sustentar que a medida ótima da pena é, na mesma, um ponto concreto dentro de uma moldura, mas sem contornos perfeitamente definidos – quase que numa reminiscência formalmente não assumida da moldura de culpa – ou, por último, estreitar as hipóteses em que a medida da pena pode ser considerada ótima, fazendo-a coincidir, por exemplo, como o limite máximo da moldura de prevenção.

Numa leitura do Manual de Direito Penal, Tomo I, de Figueiredo Dias, transparece a ideia, principalmente nas conclusões relativas às finalidades e limite das penas criminais, de que o Autor encarreira exatamente pela última alternativa, isto é, a de que o ponto ótimo “de tutela dos bens jurídicos” é dado pelo limite máximo da moldura preventiva⁹⁸. Esta ideia faz coincidir a medida ótima com o limite mais exasperado da moldura preventiva, obviando a concretização de medidas ótimas abaixo desse limite máximo.

Apesar de todas as dúvidas político-criminais e dogmáticas que a teoria da moldura de prevenção nos oferece, é indiscutível que tem o mérito de fornecer uma estrutura teórica com a qual os tribunais podem trabalhar. Pena é que, com relevante frequência, os julgadores optem, no momento de determinação da medida concreta da pena, por um discurso

⁹⁷ Dias, *Direito Penal I*, 84.

⁹⁸ Nas palavras de Figueiredo Dias (Dias, 84.), “(2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico”. No mesmo sentido, Dias, *Direito Penal II*, 227-28.

opaco e simplificado que, partindo de uma enunciação teórica do problema das finalidades da pena e solução que lhe é oferecida pela maioria da doutrina, isto é, uma mera descrição acrítica da doutrina jurídico-penal, enumera os fatores de medida da pena em causa e, no final, materializa a medida concreta, sem que, em momento algum, se saibam quais os concretos limites da moldura da prevenção, a medida concreta da culpa ou de que modo cada um dos fatores de medida da pena influenciou o *quantum* da pena por via da culpa ou da prevenção. No fundo, apesar de os contributos da doutrina jurídico-penal estarem presentes na decisão judicial, o condenado (e a comunidade) não entende exatamente *se e como* esses contributos, expressamente acolhidos pelo julgador, conduziram à medida concreta da pena. Obviamente que, sem uma fundamentação suficientemente profunda, se abre o espaço da opacidade, disparidade e incoerência na aplicação das penas.

As causas do aparecimento de disparidades na aplicação das penas, que se apresentam como injustificadas, não se resumem apenas ao que dissemos. São múltiplas e incluem:

- a pressão mediática, potenciando expectativas punitivas exasperantes e de sobrecarga;
- as origens sociais, ideologias, morais e sentimentos próprios de cada magistrado na valoração dos atos e assim na sua censurabilidade penal e da idade daqueles⁹⁹;
- fatores circunstanciais, emergentes de situações/limite que no momento se façam sentir e que gerem sobretudo expectativas de exemplaridade da decisão mesmo que no sentido da sua benignidade, mas frequentemente em prol da sua mais drástica punição;
- a eventual presença de atavismos culturais quanto ao sentenciado, e sua condição cultural ou social¹⁰⁰;

⁹⁹ Parece certo que, do ponto de vista da psicologia social, o envelhecimento acaba por gerar lógicas de contemporização e de conformismo, em suma de compreensão e de relativização que concorrem claramente na menor exasperação de critérios punitivos.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, José António Barreiros, Intervenção sobre a Coerência na aplicação das penas e o papel do Supremo Tribunal de Justiça Colóquio de Direito Penal e Processo levado a cabo no Supremo Tribunal de Justiça a 3 de Junho de 2009.

- as *recomendações do Ministério Público*, importantes preditores das sentenças, as recomendações da defesa para a caução, relevando ainda as recomendações da reinserção social (*probation*), os antecedentes criminais e a gravidade do crime¹⁰¹.

Considerações finais

O estudo das consequências jurídicas do crime é um campo de análise fértil, quer do ponto de vista jurídico quer extrajurídico, que, pela sua importância prática, demanda uma atenção maior.

As dúvidas sobre a adequabilidade do modelo de determinação da medida concreta da pena atualmente previsto em Portugal no Código Penal, bem como as demais propostas teóricas sobre o mesmo problema, são muitas, não se vislumbrando uma solução definitiva. Em causa está uma das questões mais importantes que se pode colocar ao (nossa) direito penal que é a de saber qual o cunho político-criminal que deve ser impresso às consequências jurídico-penais para que o direito penal possa cumprir a função que lhe é adstrita. É *res* que bole com as características definidoras do paradigma jurídico-axiológico-constitucional prevalente num tempo e lugar específicos.

Ao legislador e ao julgador impõe-se um exercício, de complexidade assinalável, de transposição do *zeitgeist* comunitário em letra de lei e pronunciamento judicial, respetivamente. Para que não nos quedemos num exercício puramente subjetivo (mostra de “arte” legiferante ou jurispru-

¹⁰¹ No que se refere à posição de José António Barreiros sobre as intervenções dos sujeitos processuais, mormente do Ministério Público, sobretudo quando em audiência propugna por medidas concretas de penas, afastamo-nos do seu pensamento quando entende que essas intervenções dos sujeitos processuais, mormente do Ministério Público, abre «a porta, em sede de decisão, a um jogo em que o tribunal, ao decidir, terá de corresponder, gerando ganhadores e perdedores, desvirtuando-se assim, a lógica intrínseca do sistema que deveria ser de convergência e não de dissonância». Com efeito, entendemos da maior importância essa intervenção do Ministério Público na execução das Leis de Política Criminal, devendo o Ministério Público inclusive recorrer quanto à medida da pena quando o tribunal se afastar, sem fundamentação adequada, da pena tendencialmente proposta e que se mostre conforme às posições da jurisprudência mais comum dos Tribunais Superiores, para os casos idênticos.

dencial) impõe-se, de um lado, a racionalização do processo de determinação da medida da pena e, de outro, o aprofundamento teórico-empírico da doutrina das consequências jurídico-penais.

Atrevemo-nos a dar conta de um estudo por nós apresentado na EUROCRIM, Conferência Anual da ESC¹⁰², sob o título "*Sentencing guidelines nos sistemas continentais?: Um relato das percepções dos Magistrados*" e que pode servir para refletir sobre possíveis caminhos para a racionalização do processo de determinação da medida da pena. Este estudo teve na sua base um questionário implementado com o objetivo de perceber se os magistrados portugueses estariam receptivos a adotar *sentencing guidelines* (linhas de orientação para a determinação da medida da pena). Concluímos na altura que (1) em geral, a coerência deve ser procurada; (2) os sistemas de suporte à decisão seriam bem acolhidos, embora os contactos formais e informais atuais entre os colegas sejam vistos como suficientes; (3) há receptividade para as *sentencing guidelines*; (4), são necessárias respostas e estudos adicionais¹⁰³.

Pedro Miguel Freitas

Manuel Simas Santos

¹⁰² Que teve lugar em Praga entre 10 e 13 de Setembro de 2014.

¹⁰³ Cf. <https://goo.gl/kzT6eB>.

BIBLIOGRAFIA

- Agra, Cândido; Quintas, Jorge; Sousa, Pedro; e Lamas, André. *Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2015.
- Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Antunes, José Engrácia. *Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português*. Revista da Ordem dos Advogados A. 53, n. 2 (1993): 427–520.
- Antunes, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra, 2007.
- Barreiros, José António. «Coerência na aplicação das penas e o papel do Supremo Tribunal de Justiça». Em *Colóquio de Direito Penal e Processo STJ* em 3 de Junho de 2009.
- Brito, José Sousa. «Os fins das penas no Código Penal». Em *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*, editado por AA.VV., 155–75. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- Carvalho, Américo Taipa de. «As penas no direito português após a revisão de 1995». Em *Jornadas de direito criminal: revisão do código penal: alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, por AA.VV., 13–29. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998.
- . *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2.^a ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- Conselho da Europa. *Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum*. Criminal Law Forum 4, n. 2 (1993): 355–92.
- Correia, Eduardo. *Direito criminal*, II. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010.