

As penas no caso do concurso de crimes

Manuel Simas Santos

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça Jubilado

Sumário:

1. Análise das questões que derivam da prática?

- 1.1. Cúmulo com penas suspensas e não suspensas.
- 1.2. Cúmulo por arrastamento.
- 1.3. Extensão e exigência da fundamentação
- 1.4. Atendibilidade aos factores do art. 71.º do C. Penal.
- 1.5. Atenuação especial.
- 1.6. Limite máximo da moldura da pena em caso de concurso de crimes.
- 1.7. Cúmulos anteriores.
- 1.8. Outras questões

2. Outro caminho?

A pena “justa” ou a coerência na aplicação das penas?

- 2.1. Causas das disparidades na aplicação das penas.
- 2.2. Pontos de partida?
- 2.3. Ponto de vista do Conselho da Europa.
- 2.4. O Ministério Público, a investigação e a formação dos magistrados.

3.

- 3.1. Sugestão de estudo
- 3.2. Estudo exploratório
- 3.3. Investigação sobre a pena única conjunta

4. O Supremo Tribunal de Justiça

5. A política criminal e o Ministério Público.

As penas no caso do concurso de crimes^{1 2}

Uma primeira palavra para agradecer o amável convite que me foi dirigido para participar neste Curso de Especialização.

É com todo o gosto que participo nesta sessão, tanto mais que me foi distribuído um tema que sempre me tem interessado: *As penas no caso do concurso de crimes*.

Integra-se esta conferência num conjunto de intervenções sobre as penas, sua determinação, critérios e fundamentação, a cargo de pessoas especialmente capacitadas³, pelo que espero modestamente contribuir para a sua aclaração, se não for pela resolução directa de problemas que se colocam na prática, que o seja pela abordagem de perspectivas eventualmente mais inesperadas, que o coloquem numa outra dimensão

1. Análise das questões que derivam da prática?

Com efeito, esta temática poderia ser abordada, neste contexto, a partir da consideração das questões que recorrentemente são levadas aos nossos Tribunais Superiores, designadamente ao Supremo Tribunal de Justiça.

Podíamos problematizar tais questões e procurar encontrar a resposta a partir da jurisprudência daqueles Tribunais.

Entre essas questões contam-se seguramente as seguintes:

1.1. Cúmulo com penas suspensas e não suspensas.

¹ Conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, em 3 de Fevereiro de 2010 e 6 de Maio de 2010, no âmbito do Curso de Especialização (formação contínua) *Temas de Direito Penal e Processual Penal*, publicada na Revista do CRJ n.º 13.

² Esta intervenção foi feita com base numa apresentação em PowerPoint, mas a que o texto que se apresenta agora é fiel.

³ Anabela Miranda Rodrigues, *Fundamentação de decisões condenatórias em matéria de critérios de escolha e determinação da medida da pena*; Souto Moura, *Jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*.

Tem sido suscitada a questão de saber se é legal a eliminação da suspensão da execução de pena anterior em que o arguido tinha sido condenado por ter sido cumulada posteriormente com outra ou outras, se a resposta afirmativa envolve a violação de caso julgado.

O STJ tem-se pronunciado maioritariamente pela afirmativa⁴, argumentando, em síntese, que: (1) - Não há violação de lei se na nova sentença e no novo cúmulo jurídico se não aplicar a medida de suspensão da pena decretada em sentença anterior, nem violação de caso julgado, por a suspensão o não formar de forma perfeita, já que a suspensão pode vir a ser alterada, quer no respectivo condicionalismo, quer na sua própria existência se ocorrerem os motivos legais referidos nos arts. 50º e 51º ou 78º e 79º do C. Penal. (2) - As condições em que é determinada a medida da pena (audiência do processo principal, ou audiência destinada a proceder ao cúmulo, oferecem as mesmas garantias de respeito pelo princípio do contraditório, como o esquema previsto para a revogação da suspensão da execução da pena. (3) - E é igualmente respeitado o princípio do juiz natural. (4) - Resulta dos art.º 77.º e 78.º do C. Penal que, para a verificação de uma situação de concurso de infracções a punir por uma única pena, se exige, desde logo, que as várias infracções tenham, todas elas, sido cometidas antes de ter transitado em julgado a condenação imposta por qualquer uma delas, isto é, o trânsito em julgado da condenação imposta por uma dada infracção obsta a que, com essa infracções ou com outras cometidas até esse trânsito, se cumulem infracções que venham a ser praticadas em momento posterior a esse mesmo trânsito. (5) - O trânsito em julgado de uma condenação penal é um limite temporal intransponível, no âmbito do concurso de crimes, à determinação de uma pena única, excluindo desta os crimes cometidos depois.

E o Tribunal Constitucional (*Ac. n.º 3/2006*) não julgou inconstitucional as normas dos art.ºs 77º, 78º e 56º, n.º 1 do C. Penal, quando interpretados no sentido de que, ocorrendo conhecimento superveniente de uma situação de concurso de infracções na pena única a fixar pode não ser mantida a suspensão

⁴ No sentido afirmativo, que é maioritário no STJ, pode ver-se o AcSTJ de 04/03/2004, proc. n.º 3293/03-5, relator: Simas Santos. Em sentido contrário o AcSTJ de 02/06/2004, Acs STJ XII, 2, 217, Relator: Henriques Gaspar.

de execução de penas parcelares de prisão, constante de anteriores condenações.

Neste domínio, a nova redacção do n.º 1 do art. 78.º do C. Penal⁵, dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, veio suscitar um novo problema: o de saber se a extinção da pena suspensa, pelo decurso do prazo sem revogação é pena (de prisão) cumprida e deve ser tida em conta.

Respondeu o Supremo Tribunal de Justiça⁶ que a extinção da pena suspensa (art.º 57.º, n.º 1) não é cumprimento da pena de prisão pelo que não pode ser descontada na pena única (art.º 78.º, n.º 1) – o “cumprimento” foi da pena de substituição e não da pena de prisão e não devem essas penas ser englobadas no concurso de crimes superveniente. Pelo mesmo motivo, não é possível considerar na pena única as penas suspensas cujo prazo de suspensão já findou, enquanto não houver no respectivo processo despacho a declarar extinta a pena nos termos daquela norma ou a mandá-la executar ou a ordenar a prorrogação do prazo de suspensão, pois no caso de extinção nos termos do art.º 57.º, n.º 1, a pena não é considerada no concurso, mas já o é nas restantes hipóteses. A razão de ser deste preceito (versão de 2007) é a de que, sofrendo as penas parcelares uma compressão da sua grandeza na operação de formação da pena única, o desconto do seu cumprimento integral beneficia sempre o condenado.

1.2. Cúmulo por arrastamento.

O STJ vem entendendo unanimemente⁷, com a concordância do T. Constitucional⁸, que se os crimes supervenientemente conhecidos para efeito de

⁵ Mandando que a pena que já tiver sido cumprida seja descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes.

⁶ Ac. do STJ de 29-04-2010, Proc. n.º 16/06.3GANZR.C1.S1-5, Relator: Santos Carvalho.

⁷ AcSTJ de 04/12/1997, Acs STJ anoV t3 pag246, de 21/05/1998, proc. n.º 1548/97, de 06/05/1999, proc. n.º 245/99, de 17/01/2002, Acs STJ, X, 1, 180, de 07/02/2002, Acs STJ X, 1, 202, de 23/01/2003, proc. n.º 4410/02-5, de 23/01/2003, proc. n.º 4410/02-5, de 29/04/2003, proc. n.º 358/03-5, de 27/11/2003, proc. n.º 3393/03-5, de 18/03/2004, proc. n.º 760/04-5, de 18/03/2004, proc. n.º 760/04-5, de 18/03/2004, Proc. n.º 760/04-5, de 03/11/2005, Proc. n.º 2625/05-5, de 30/11/2005, Proc. n.º 2961/05-3, de 03/05/2006, Proc. n.º 1173/06-3, de 11/05/2006, Proc. n.º 968/06-5, de 21/06/2006, Proc. n.º 1914/06-3, de 28/06/2006, Proc. n.º 1713/06-3, de

cúmulo jurídico forem vários, tendo uns ocorrido antes de proferida a condenação anterior e outros depois dela, o tribunal proferirá duas penas únicas conjuntas, uma a corrigir a condenação anterior, outra relativa aos crimes praticados depois daquela condenação.

Parte da ideia de que o que se pretende com o cúmulo jurídico superveniente é abranger nesse cúmulo as condenações por infracções que teriam sido apreciadas conjuntamente se delas houvesse atempadamente conhecimento. Daí que o trânsito em julgado de uma condenação penal seja um limite temporal intransponível, no âmbito do concurso de crimes, à determinação de uma pena única, excluindo desta os crimes cometidos depois.

O Tribunal Constitucional (*Ac. n.º 212/2002*) não julgou inconstitucional a norma do art.º 77º, n.º 1 do C. Penal, na interpretação segundo a qual se considera como momento decisivo para a aplicabilidade da figura do cúmulo jurídico o trânsito em julgado da decisão condenatória.

1.3. Extensão e exigência da fundamentação

No que se refere à fundamentação da decisão que estabelece a pena em caso de concurso de crimes, muitos tem sido os casos de anulação das sentenças e acórdãos por insuficiência.

Pode dizer-se, em síntese⁹ que não é necessário, nem desejável, que a decisão que efectua um cúmulo jurídico de penas, todas já transitadas em julgado, venha enumerar todos os factos provados em cada uma das sentenças onde as penas parcelares foram aplicadas. Seria um trabalho inútil e que não

15/03/2007, Proc. n.º 4796/06-5, de 09/04/2008, Proc. n.º 3187/07-5, de 12/06/2008, Proc. n.º 1518/08-3, de 10/07/2008, Proc. n.º 2034/08-3, de 19/11/2008, Proc. n.º 3553/08-3, de 26/11/2008, Proc. n.º 3175/08-3.

⁸ Que no *Ac. n.º 212/02*, de 22-05-2002, 243/2002 (DR Série II, n.º 147, de 28-06-2002), em recurso interposto do *Ac. do STJ* de 17-01-2002 (CJSTJ 2002, tomo 1, pág. 180), se pronunciou no sentido de que a interpretação normativa atribuída ao art. 77.º, n.º 1, do CP, considerando como momento decisivo para a aplicabilidade da figura do cúmulo jurídico (e da conseqüente unificação de penas) o trânsito em julgado da decisão condenatória, não ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado de Direito, da tipicidade, da culpa e da inexistência de penas de duração perpétua ou indefinida, consagrados nos arts. 1.º, 2.º, 20.º, 29.º, n.º 1, e 30.º da CRP e no art. 6.º da CEDH.

⁹ Com o *AcSTj* de 05/02/2009, *proc. n.º 107/09-5*, Relator: Santos Carvalho.

levaria a uma melhor compreensão do processo lógico que conduziu à pena única.

Mas, será desejável que o tribunal faça um resumo sucinto desses factos, de forma a habilitar os destinatários da sentença, incluindo o Tribunal Superior, a perceber qual a realidade concreta dos crimes anteriormente cometidos, cujo mero enunciado legal, em abstracto, não é em regra bastante. Como também deve descrever, ou ao menos resumir, os factos anteriormente provados e os que se provem na audiência do cúmulo que demonstrem qual a personalidade, modo de vida e inserção social do agente, principalmente na actualidade.

Na determinação da pena única conjunta, o todo não equivale à mera soma das partes: os mesmos tipos legais são passíveis de relações existenciais diversíssimas, a reclamar uma valoração que não se repete, de caso para caso, pelo que importa a visão de conjunto, a eventual conexão dos factos entre si e a relação desse "bocado de vida criminosa com a personalidade". Deve, assim, na valoração da personalidade do autor saber-se, antes de tudo, se os factos são expressão de uma inclinação criminosa ou só constituem delitos ocasionais sem relação entre si, subsistindo a necessidade de examinar o efeito da pena na vida futura do autor, na perspectiva de existência de uma pluralidade de acções puníveis.¹⁰

¹⁰ Cfr. o seguinte completo sumário: **(I)** - Na elaboração do cúmulo jurídico, a pena conjunta deverá ser encontrada em consonância com as exigências gerais de culpa e prevenção. **(II)** - Determinadas definitivamente as penas parcelares correspondentes a cada um dos singulares factos, cabe ao tribunal, depois de estabelecida a moldura do concurso, encontrar e justificar a pena conjunta cujos critérios de determinação são diferentes dos propostos para a primeira etapa. **(III)** - Na determinação da pena conjunta, o julgador tem de descer da visão compartimentada que esteve na base da construção da moldura e atentar na unicidade do sujeito em julgamento. A perspectiva nova, conjunta, não apaga a pluralidade de ilícitos, antes a converte numa nova conexão de sentido. **(IV)** - Na operação da determinação da pena única, o todo não equivale à mera soma das partes: os mesmos tipos legais são passíveis de relações existenciais diversíssimas, a reclamar uma valoração que não se repete, de caso para caso. **(V)** - Na formação da pena conjunta importa a visão de conjunto, a eventual conexão dos factos entre si e a relação desse "bocado de vida criminosa com a personalidade". **(VI)** - Por isso, na valoração da personalidade do autor deve atender-se, antes de tudo, a saber se os factos são expressão de uma inclinação criminosa ou só constituem delitos ocasionais sem relação entre si, subsistindo a necessidade de examinar o efeito da pena na vida futura do autor, na perspectiva de existência de uma pluralidade de acções puníveis. **(VII)** - Dada a proibição de dupla valoração na formação da pena global não podem operar de novo as considerações sobre a individualização da pena feitas para a determinação das penas individuais. **(VIII)** - Um dos critérios fundamentais para a aferição da culpa, em sentido global, é o da determinação da intensidade da ofensa, a dimensão do bem (ou bens) jurídico ofendido, com profundo

A utilização de fórmulas tabelares não são "uma exposição, tanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão", mas expressões vazias de conteúdo e que nada acrescentam de útil. Pelo que a decisão que se limita a utilizá-las ao proceder ao cúmulo jurídico de penas anteriores, transitadas em julgado, viola o disposto no n.º 1 do art.º 77.º do C. Penal e no n.º 2 do art.º 374.º do CPP e padece da nulidade prevista no art.º 379º, al. a), deste último Código.

1.4. Atendibilidade aos factores do art. 71.º do C. Penal.

No que se refere à possibilidade de serem atendidos na determinação da pena única conjunta, os factores consagrados no art. 71.º do C. Penal e da eventual e ilegal dupla valoração, o discurso do Supremo Tribunal de Justiça não tem sido inteiramente coincidente, se bem que, não sendo também contraditório, admita uma síntese aceitável, a nosso ver.

Estabelecida a moldura do concurso, o tribunal encontrará, dentro dos seus limites, a pena conjunta em função dos critérios gerais do art. 71.º (exigências gerais de culpa e de prevenção – n.º 1) sem violação da proibição da dupla valoração.¹¹ E o julgador poderá mesmo atentar nos critérios especiais do mesmo artigo (n.º 3), que só tenham sido activados pelo conjunto dos factos e que não tiverem sido considerados nas penas parcelares.

significado quando se trata da violação de bens eminentemente pessoais, mas também a determinação dos motivos e objectivos do agente no denominador comum dos actos praticados e, eventualmente, dos estados de dependência. (IX) - Na avaliação da personalidade - unitária - do agente relevará a questão de saber se o conjunto dos factos é reconduzível a uma tendência (ou mesmo carreira) criminosa, ou tão só a uma pluriocasionalidade que não radica na personalidade: só no primeiro caso, será cabido atribuir à pluralidade de crimes um efeito agravante dentro da moldura penal conjunta. (X) - Iguamente deve ser expressa a determinação da tendência para a actividade criminosa, a considerar, para além do número de infracções, pela sua perduração no tempo e pela dependência de vida em relação aquela actividade. (XI) - Importa, ainda em sede de prevenção geral, verificar o significado do conjunto de actos praticados em termos de perturbação da paz e segurança dos cidadãos e, num outro plano, o significado da pena conjunta em termos de ressociação, para o que será eixo essencial a consideração de antecedentes criminais do agente e a sua personalidade expressa no conjunto dos factos. (*AcSTJ de 14/10/2009, proc. n.º 328/07.9GFVFX.L1.S1-3, Relator: Santos Cabral*).

¹¹ Cfr. no mesmo sentido Lobo Moutinho, *Da Unidade à Pluralidade dos Crimes*, Universidade Católica, 2005, também citado pelo Conselheiro Carmona da Mota, na sua intervenção – *Pena conjunta. Contributo Jurisprudencial*, no Colóquio de 3.6.2009, no Supremo Tribunal de Justiça.

1.5. Atenuação especial.

O Supremo Tribunal de Justiça vem respondendo negativamente à possibilidade de atenuação especial no caso de pena única conjunta¹², que só poderia ter lugar em relação a cada um dos crimes e penas parcelares.

1.6.

Limite máximo da moldura da pena em caso de concurso de crimes.

Como resulta da lei, mas é por vezes ignorado nas decisões que sobem em recurso, o limite máximo da moldura penal abstracta não é o limite máximo absoluta da pena concreta: 25 anos, mas a soma material das penas aplicadas aos crimes em concurso, aplicando-se aquele limite (absoluto) só à pena a estabelecer: será reduzida a 25 anos, se reputada adequada pena superior.¹³

O que é um elemento não desprezível, na determinação da pena única conjunta.

1.7. Cúmulos anteriores.

Se anteriormente tiverem sido efectuados cúmulos anteriores cúmulos, deve atender-se às respectivas penas únicas conjuntas, apesar de tais cúmulos serem entretanto desfeitos, retomando todas as penas parcelares a sua autonomia.

Assim, nada na lei impede que a pena única conjunta a encontrar possa ser inferior a uma outra pena idêntica anteriormente fixada para parte das penas parcelares, embora esse resultado se apresente como uma antinomia do sistema, uma vez que tendo a anterior pena única conjunta transitado em julgado e começado a ser executada, se vê assim reduzida, aquando da consideração de mais pena(s) aplicada(s) ao mesmo arguido.

¹² AcSTJ de 6-6-2007, proc. n.º 1603/07-5 e de 21/09/2007, proc. n.º 2820/07-5, Relator: Simas Santos, tirados no sentido de que a atenuação especial da pena pode ter lugar em relação às penas parcelares, mas não à pena única conjunta, que não admite a atenuação especial.

¹³ Cfr., por todos o AcSTJ de 14/01/2009, proc. n.º 3856/08-5, Relator: Simas Santos.

Aceitar-se-á que assim possa ser em casos contados e especialmente justificados, como quando o conhecimento de mais infracções pelo agente constitui o elo perdido entre essas condutas permitindo estabelecer uma clara e franca pluriocasionalidade, até então não estabelecida, ou quando o crime que provoca o cumulo superveniente permite concluir por uma muito menor necessidade da pena.¹⁴

1.8. Outras questões

A frequência e importância prática dessas questões, a que se poderiam ainda juntar outras como da competência para a realização do concurso superveniente e o perdão de pena e o cúmulo jurídico, justificavam esta abordagem, cujo método também se mostra adequado. Mas pensei que este momento histórico, em que a *normativização* da política criminal conhece desenvolvimentos importantes, seria azado para tentar um outro ângulo menos comum entre nós.

Daí que vos traga¹⁵ os sumários de 355 acórdãos de Tribunais Superiores sobre estas problemáticas, com um mínimo tratamento, e que versam sobre a pena em concurso de crimes.¹⁶

Está ali disponível, pois, material de reflexão e orientação sobre todas as questões elencadas.

2.

Outro caminho?

A pena “justa” ou a coerência na aplicação das penas?

Ao considerar o tema que me foi atribuído, logo me ocorreu ao pensamento o *Colóquio de Direito Penal e Processo* levado a cabo no Supremo Tribunal de Justiça no passado dia 3 de Junho de 2009, sobre as questões da *coerência na aplicação das penas e o papel do Supremo Tribunal de Justiça*, a cargo do

¹⁴ Cfr neste sentido o AcSTJ de 06/11/2008, proc. n.º 2483/08-5, Relator: Simas Santos

¹⁵ Transpondo para esta sessão o ambiente académico invoque o espírito de Bolonha e faça apelo ao trabalho individual,

¹⁶ Resultado de uma pesquisa na minha Base de Dados pessoal que contém neste momento 17.379 registos

Dr. José António Barreiros e a *determinação da pena em concurso de crimes* de que se ocupou o Conselheiro Carmona da Mota.

Na circunstância e abrindo o colóquio, o Conselheiro Presidente do Supremo referia: «desta vez, a temática escolhida não poderia ser mais chamativa: a coerência na aplicação das penas como esteio incontornável da igualdade dos cidadãos e da segurança e o papel que, nisso, cabe à jurisprudência deste Supremo Tribunal.»¹⁷

O que dá exactamente o mote que julgo ser essencial na consideração hoje do tema que nos ocupa: *o princípio da coerência na aplicação das penas, o papel dos tribunais superiores e o caso paradigmático da pena no concurso de crimes*.

Efectivamente, como venho escrevendo¹⁸, um dos princípios fundamentais do direito penal é o da igualdade nas decisões de justiça e o problema conexo das disparidades na aplicação das penas que tem preocupado juristas e filósofos do direito em quase todas as sociedades democráticas.

A desigualdade no sistema de justiça penal é uma questão fundamental pois que, para além das consequências individuais, mal é notada, perturba não só a paz social mas também as infracções a que pretende responder. E tal problema deve ser abordado de maneira operacional, pois confrontar os sistemas de justiça penal com um ideal absoluto e mítico – por essência, inacessível – parece constituir o tipo de operação vã e sem futuro.

Tanto mais que, como resulta da doutrina¹⁹ e da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça quanto à questão dos poderes de cognição do tribunal de revista na valoração judicial das questões de justiça ou de oportunidade, deve entender-se que a questão do limite ou da moldura da

¹⁷ A apresentação e as intervenções estão disponíveis em <http://www.stj.pt/?idm=433&sid=208>.

¹⁸ O princípio da igualdade, a medida da pena e o Ministério Público, 5.º Congresso do Ministério Público: *O Ministério Público a democracia e a igualdade dos cidadãos*, p. 145-151, Lisboa 2000.
Medida concreta da pena: disparidades, Vislis, Lisboa 1998.

Medida concreta da pena, no Supremo Tribunal de Justiça, no tráfico de estupefacientes: esboço de estudo empírico, com Manuel Matos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 4 (Out.Dez 2004), p. 453-507.

¹⁹ Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, § 82 II 3, Maurach e Zipp, *Derecho Penal*, § 63 n.º 200, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, pág. 197 e Simas Santos, *Medida Concreta da Pena, Disparidades*, pág. 39.

culpa estaria plenamente sujeita a revista, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum* exacto de pena, para controlo do qual o recurso de revista seria inadequado, salvo perante a violação das regras da experiência ou a desproporção da quantificação efectuada.

O que vale por dizer que poderá, ao menos num quadro de recurso de revista, se poderá lidar com várias penas “justas”, o que não impede que se possa e deva declarar determinada pena como “injusta” por desrespeito dos parâmetros legais, violação das regras da experiência ou a desproporção da quantificação efectuada

Mas a colocação da busca de uma maior certeza na pena como objectivo não deve significar o regresso, por meios indirectos, a uma concepção de justiça cegamente retributiva que relegaria a individualização judiciária para a categoria dos acessórios.

2.1. Causas das disparidades na aplicação das penas.

E são múltiplas as causas do aparecimento de disparidades na aplicação das penas, que se apresentam como injustificadas.

Desde logo, como lembra José António Barreiros²⁰, a influência:

– Da pressão mediática, potenciando expectativas punitivas exasperantes e de sobrecarga;

– Das origens sociais, ideologias, morais e sentimentos próprios de cada magistrado na valoração dos actos e assim na sua censurabilidade penal e da sua idade²¹;

²⁰ Na intervenção referida.

²¹ 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

– Das intervenções dos sujeitos processuais, mormente do Ministério Público, sobretudo quando em audiência propugna por medidas concretas de penas²²;

– De factores meramente 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;

– Da presença de atavismos culturais mormente no que se refere à valoração da condição social ou da etnia do sentenciado;

A essas causas podem juntar-se outras, como a multiplicação das molduras penais que o Código Penal de 1982 e sucessivas alterações trouxeram.

Com efeito, como tivemos ocasião de assinalar²³, as molduras penais previstas no Código eram, excluindo as que resultariam da atenuação especial e da reincidência, em número de 49, que baixou de forma pouco sensível, passando a 42, na última contagem já trabalhada.²⁴

30 dias a 3 meses	1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses
30 dias a 6 meses	2 a 5 anos
30 dias a 1 ano	2 a 8 anos
30 dias a 2 anos	2 a 10 anos
30 dias a 3 anos	2 a 12 anos
30 dias 5 anos	3 a 12 anos
40 dias a 4 meses	2 anos e 8 meses a 10 anos e 8 meses
40 dias a 8 meses	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses
40 dias a 1 ano e 4 meses	3 a 10 anos
40 dias a 2 anos e 8 meses	3 a 12 anos
40 dias a 4 anos	3 a 15 anos
40 dias a 6 anos e 8 meses	4 a 13 anos e 4 meses

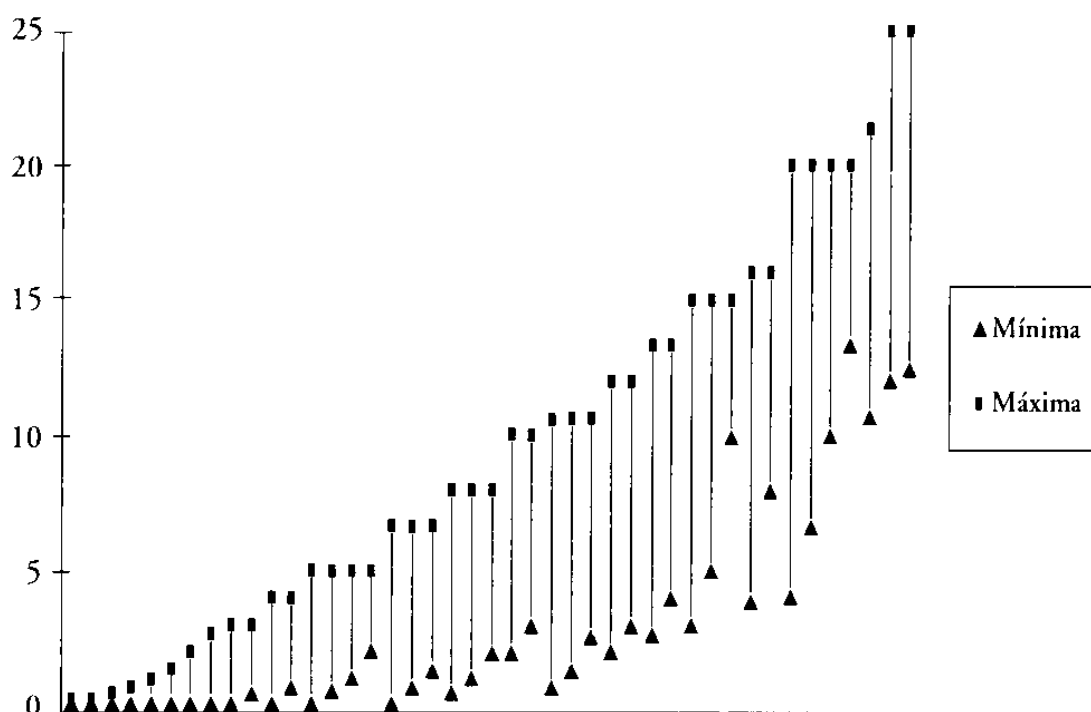
²² Aqui, como se verá adiante, afastamo-nos do pensamento de José António Barreiros, que entende que dessas intervenções dos sujeitos processuais, mormente do Ministério Público, abre «a porta, em sede de decisão, a um jogo em que o tribunal, ao decidir, terá de corresponder, gerando ganhadores e perdedores, desvirtuando-se, assim, a lógica intrínseca do sistema que deveria ser de convergência e não de dissonância»;

²³ Cfr, o nosso Código Penal, as diversas edições, em anotação ao art. 41.º 1.ª edição, págs. 254-256, 2.ª edição, págs. 389-393 e 3.ª edição, págs. 582 a 585.

²⁴ Os alunos de Direito Penal no Curso de Criminologia no ISMAI já procederam a nova contagem que está agora a ser trabalhada.

6 meses a 3 anos	4 a 16 anos
6 meses a 5 anos	4 a 20 anos
6 meses a 8 anos	5 a 15 anos
8 meses a 4 anos	6 anos e 8 meses a 20 anos
8 meses a 6 anos e 8 meses	8 a 16 anos
8 meses a 10 anos e 8 meses	10 anos e 8 meses a 21 anos e 4 meses
1 a 5 anos	12 a 25 anos
1 a 8 anos	12 anos e 6 meses a 25 anos
1 ano e 4 meses a 6 anos e 8 meses	13 anos e 4 meses a 20 anos

O que se pode traduzir na seguinte figura:



Escrevemos então:

«Esta representação permite constatar, para além do grande número de molduras, a existência de assimetrias e a circunstância de que 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 os 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.»

Esta atomização e multiplicação de molduras penais, por um lado não partiu de considerações éticas quanto ao valor dos respectivos bens jurídicos numa inter-relação que apoie e esclareça os magistrados, por outro é muito vulnerável à modificação pontual dessas mesmas molduras, normalmente ao agravamento, numa legisferação à flor da pele e das derivas securitárias.

2.2. Pontos de partida?

Também fizemos referência²⁵ à circunstância de que «no domínio do Código anterior (de 1886) verificava-se uma tendência generalizada para fixar as penas próximo do limite mínimo das respectivas molduras, face à severidade

²⁵ *C. Penal*, 3.^a ed., págs. 817-818.

de tais molduras. Mas tal comportamento deixou de se justificar perante este Código, com as molduras penais devidamente actualizadas.»

E acrescentávamos que o ponto de partida deveria ser, não o limite mínimo como vinha sendo entendido com o texto anterior, mas logicamente a média entre os limites mínimo e máximo da respectiva moldura.²⁶

Demos conta da corrente jurisprudencial no Supremo Tribunal de Justiça, favorável à posição transmitida por Eduardo Correia²⁷ em que se revia o Ac. de 87/11/11, BMJ 371-226, jurisprudência que foi evoluindo ultimamente em sentido diverso, mas que reconhecendo o interesse que a média pode desempenhar no contexto dos mandamentos do art. 71.º do C. Penal.²⁸

Como também demos conta, aquela jurisprudência foi severamente condenada na doutrina²⁹ por se considerar que o juiz apenas deve «determinar o *quantum* exacto de pena em função da culpa e da prevenção e dos elementos para elas relevantes», não sendo «previamente dado ao juiz, antes da consideração da culpa e da prevenção, qualquer “ponto”, médio ou outro da moldura penal donde aquele deve “partir”».

Continuamos a pensar, todavia, não merecer essa condenação a ideia de que podem e devem existir outros pontos a atender na determinação da medida concreta (*v.g.* o ponto médio), além dos limites mínimo e máximo.

E permanecemos fiéis aos argumentos que então aduzimos e que não foram objecto de réplica³⁰. Em primeiro lugar, a frase do Prof. Eduardo Correia, proferida na discussão do seu Projecto da Parte Especial do Código, tem o valor que o seu teor e as circunstâncias em que foi proferida lhe dão, não sendo adequado partir de uma hipotética falta de rigor para lhe retirar significado.

²⁶ Cfr. 1.º Volume, 1.ª ed., pág. 378. Como o havia entendido Eduardo Correia em sede de Comissão.

²⁷ BMJ 286-19.

²⁸ Assim, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no seu Ac. de 88-02-24, BMJ 374-229 que «embora a média entre os limites mínimo e máximo da moldura penal abstracta possa constituir um ponto de referência com algum interesse para a actividade intelectual desenvolvida pelo julgador para encontrar a sanção adequada, aquela média não pode arvorar-se em critério orientador da determinação da medida concreta da pena» (no mesmo sentido os Acs. de 89/10/25, proc. n.º 40079, de 90/10/18, proc. n.º 40101 e de 93-12-07, proc. n.º 45831).

²⁹ Figueiredo Dias, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 210-211.

³⁰ Ao que tenhamos conhecimento.

Em segundo lugar, não é exacto que ao juiz não seja dado qualquer ponto da moldura penal de que deva partir toda a vez que a própria moldura é definida a partir de dois pontos: o mínimo e o máximo.

Em terceiro lugar, não se demonstrou, nem se ensaiou a demonstração da existência de resultados perniciosos derivados daquela posição.

Esta *reabilitação* do *ponto médio* não tem, hoje e aqui, mais sentido do que o afastar o anátema que sobre ele foi lançado, toda a vez que diferentemente do que terá feito caminho a partir de tal polémica, não é exacto sustentar que a ideia do ponto de partida seja velhíssima, ou pelo menos antiquada.³¹

Basta lembrar que o Conselho da Europa (Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas, sequente às sugestões do 8.º Colóquio Criminológico), recomendou o seguinte:

«Podem ser encaradas, onde as Constituições e as tradições do sistema jurídico o permitam, técnicas complementares para aumentar a coerência na aplicação das penas.

b) Duas dessas técnicas, que podem ser utilizadas, são as orientações para a aplicação das penas e os pontos de partida

c) As orientações para a aplicação das penas indicam uma grelha de penas para diferentes variantes de uma infracção, em função da presença ou da ausência de diversos factores agravantes ou atenuantes, mas deixando ao tribunal a faculdade de derrogar essas orientações.

d) Os pontos de partida indicam, para diferentes variantes de uma infracção, uma pena de base que o tribunal pode aumentar ou diminuir afim de ler em consideração factores agravantes ou atenuantes

³¹ Na reunião de 29 de Maio de 1989 da Comissão Revisora, no decurso da análise das propostas relativas ao Capítulo dedicado à escolha e à medida da pena, o Prof. Figueiredo Dias justificando os textos apresentados, «fez notar que considera o sistema do Código globalmente correcto, tendo somente operado pequenos ajustamentos derivados, em grande medida, de erros de facto que o Código patenteia. Neste domínio, a experiência anglo-saxónica tem-se traduzido num rotundo fracasso, ao tentar matematizar as operações da medida da pena, na esperança de pôr cobro à desigualdade existente na determinação da pena, onde casos iguais recebem penas diferentes.» – Acta n.º 8, 77.

Por outro lado, como já adiantámos, as relações que se estabelecem no interior da moldura penal não são irrelevantes, antes se mostrando de interesse, eventualmente, para pensar as molduras penais.

Questões em aberto serão as de saber se devem existir vários ou só um ponto de partida, neste último caso deve ser o ponto médio e este se traduz matematicamente pela média aritmética dos extremos da moldura (como vinha assumindo, sem o discutir, a jurisprudência), ou antes, como referimos, pela média geométrica dos referidos extremos, que terá a vantagem de se relacionar de igual modo com o limite máximo e o limite mínimo da moldura.³²

Neste contexto deve reter-se, pois, que a *média aritmética* apresenta diferenças iguais em relação aos extremos, mas tem *relações* diferentes com os extremos e não parece compatível com a ocupação típica das molduras

Já a *média geométrica* (raiz quadrada dos produtos dos extremos) tem relações iguais com os extremos:

Moldura	Média Aritm	Média Geom	maior/menor	relação MG
1 a 5 anos	3 anos	2 anos 3 meses	5	2,23
4 a 12 anos	8 anos	6 anos 11 meses	3	1,73
30 dias 5 anos	2 anos 6 meses	7 meses 22 dias	60	7,75
1 a 9 anos	5 anos	3 anos	9	3

Exemplo:

Eu ganho metade do que ganha o meu patrão e o dobro do que ganha o meu jardineiro. J = € 1000, Eu = € 2000, Patrão = €4000

A diferença do meu salário para o patrão é de 3000 e para o jardineiro de 1000. Sente-se que esse salário está a meio porque tem a mesma relação com os dois extremos = 2. Mas a diferença em dinheiro não é igual

³² Ou seja: dividindo o limite máximo pela média geométrica, ou dividindo esta pelo limite mínimo, obtém-se o mesmo resultado ($\max/mg = mg/\min$), consequentemente $mg = \sqrt{\max \cdot \min}$. À maior simplicidade de cálculo da primeira contrapõe-se um maior significado relacional da segunda.

Reposta, de momento, a discussão sobre a existência de ponto(s) de partida na aplicação das penas, é momento de reverter a esta matéria.

A determinação da pena deve ser encarada de maneira aberta, sem limitar a abordagem às disparidades resultantes do sistema, pois a ausência de disparidade ou a existência de disparidades insuficientes é, quando se trata de respostas penais, muitas vezes, tão contrária aos objectivos que os sistemas jurídicos devem perseguir como as discriminações reconhecidas.

E a busca de uma redução das disparidades deve tomar o sentido de reduzir o recurso às penas carcerárias e limitar o sofrimento que o sistema penal causa ao condenado.

Na individualização da pena o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que não se façam distinções arbitrárias.

Ora, têm sido notadas distonias significativas nesta matéria, nas instâncias e mesmo no Supremo Tribunal de Justiça, quer em condições diferentes, quer em idênticas condições de tempo e de lugar, num momento, aliás, em que a justiça penal se encontra entre nós sob o foco (e, às vezes o fogo) dos *media* e da opinião pública.

Mas esta preocupação com a coerência na aplicação das penas está generalizada.

2.3. Ponto de vista do Conselho da Europa.

O 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, realizado em 1987, a que já se fez referência, foi dedicado ao tema «*Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções*».

Foram aí apresentados três relatórios sobre a desigualdade na determinação da pena, sobre o contexto das disparidades na administração da justiça penal e sobre as técnicas de redução das disparidades subjectivas na aplicação das penas, bem como um relatório geral, e feitas diversas recomendações.

E na sequência desse Colóquio, também já o dissemos, o Conselho da Europa aprovou a falada Recomendação n.º R(92)17, de 19 de Outubro de 1992, relativa à coerência na aplicação das penas.

Entre nós, a prática judiciária, no domínio da medida da pena, não tem sido, tanto quanto seria desejável, objecto de estudo.

No entanto, reconhece-se que o estudo e o controlo da criminalidade requerem uma aproximação integrada do processo de aplicação da justiça penal.

«No contexto duma teoria geral da selecção da criminalidade e dentre a multiplicidade e variedade de decisões que o tribunal criminal tem de tomar, sobressaem as que contendem com a fixação dos factos, a sua valoração e qualificação jurídico-criminal e, por último, a escolha e determinação da medida da pena. Com efeito, é sobretudo através destas decisões que se exprime a intervenção do tribunal no processo de criminalização secundária e, nessa medida, no processo de selecção».³³

Ora, noutros países tem tido lugar grande actividade de investigação, análise e estudo das decisões dos tribunais, do sistema de justiça penal e dos próprios tribunais.

E foi diferenciado esse estudo em função **(i)** dos diferentes tipos de tribunal³⁴; **(ii)** origem dos juizes, a sua personalidade e atitudes **(iii)** mecanismos de consenso e confissão³⁵; **(iv)** posição dos peritos; **(v)** opinião pública; **(vi)** *mass media*; **(vii)** situação social e económica; **(viii)** raça.

Foi analisada a sentença como integrativa de diversas variáveis (Hagan):

a) *características do arguido*: raça, educação, ocupação, integração familiar, história laboral;

b) *características do delito*: gravidade, uso de violência, condenações anteriores;

³³ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, págs. 374 e 501.

³⁴ Juiz singular, tribunal colectivo e tribunal de júri.

³⁵ Plea negotion e guilty plea.

- c) *variáveis relacionadas com o tribunal: Plea, caução;*
 - d) *recomendações feitas pelo Ministério Público e pela reinserção social;*
 - e) *juiz: tendo sido analisada a predisposição para um determinado tipo de sentença, «poder residual»;*
 - f) a severidade da sentença como variável dependente.
- E a decisão do tribunal tem sido objecto de diversos tipos de análise.³⁶

2.4. O Ministério Público, a investigação e a formação dos magistrados.

Nas investigações realizadas, sobre a posição dos intervenientes processuais, concluiu-se que *as recomendações do Ministério Público são importantes preditores das sentenças*, as recomendações da defesa são-no na caução, relevando ainda as recomendações da reinserção social (*probation*), os antecedentes criminais e a gravidade do crime.

Daí a observação e estudo da atitude do Ministério Público, considerada a importância da sua intervenção³⁷.

O Conselho da Europa, nos seus esforços para uma união mais estreita entre os seus membros, lembrou neste contexto que:

– um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga;

³⁶ (i) *Audiência*. A análise tem sido feita no decorrer da audiência de julgamento. (ii) *Actor e observador*. Uma perspectiva mais dependente da situação e das diferentes atribuições segundo os papéis de actor e observador. (iii) *Conferência*. Tem sido feita a análise no decurso da conferência com vista à decisão. (iv) *Sentença no processo*. E também através da análise das sentenças constantes dos processos. (v) *Entrevista*. Tem sido igualmente utilizada a entrevista do julgador – para tentar lançar luz sobre as motivações que relevam do sistema de valores do julgador. (vi) *Julgamento simulado*. Também se tem recorrido ao julgamento simulado, por entrevista.

³⁷ Por exemplo, para melhor atingir os processos de tomada de decisões decidiu-se observar sete magistrados do Ministério Público de um tribunal de grande instância no momento em que estudam casos reais e registar a marcha do seu pensamento graças ao método dito do *pensar em voz alta*.

– há, nos Estados membros, uma crescente tomada de consciência de disparidades injustificadas na aplicação das penas, disparidades observadas por vezes a diferentes níveis;

– as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal;

– o que postulam os art.ºs 3.º, 5.º e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como o princípio fundamental da independência judiciária;

– a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor;

– a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas;

Recomendou «aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações (...), para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas».³⁸

E, em anexo a essa recomendação, referiram-se, além do mais, as estatísticas, a investigação e o papel do Ministério Público.

Começando por este último, e como já tive ocasião de lembrar, considerou-se que: «a comissão esteve, sempre, consciente da influência que os agentes do Ministério Público, entre outros actores do sistema de justiça penal, podem exercer na prática seguida em matéria de aplicação das penas. É certo que os poderes do Ministério Público variam de um Estado para outro mas, em todos os Estados membros, parece haver uma certa influência, directa ou indirecta, sobre a aplicação das penas. Por exemplo, os magistrados do Ministério Público têm, muitas vezes, a tarefa de determinar qual ou quais são as infracções de que deve ser acusado o arguido; práticas desse género em

³⁸ Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas, sequente às sugestões do 8.º Colóquio Criminológico.

matéria de procedimento criminal têm efeito, pelo menos indirectamente, sobre a determinação dos poderes do tribunal em matéria de aplicação das penas.

Pode dizer-se o mesmo no que respeita às decisões dos magistrados do Ministério Público relativamente ao grau de jurisdição em que deve ser julgada a infracção. Em certos Estados-membros, é hábito os magistrados do Ministério Público apresentarem um requisitório ao tribunal e reclamarem ou preconizarem uma certa pena. Isso tem, manifestamente, influência sobre a maneira como o tribunal escolhe a pena, influência reforçada nos Estados, como a Holanda, onde é raro que o juiz ultrapasse a pena reclamada pelo Ministério Público. A sua influência pode também funcionar quando o Ministério Público tem o poder de recorrer da pena, se bem que esse poder **só deva ser exercido para aumentar a coerência.**

«Consequentemente julga-se necessário um esforço para assegurar que as práticas seguidas em matéria de perseguição criminal favorecem a coerência global da aplicação das penas. Assim, por exemplo, se o Ministério Público tem o poder de recomendar uma pena ao tribunal, seria desejável que ele e os tribunais abordassem a questão de modo idêntico. Na Holanda, por exemplo, existem linhas directrizes para o Ministério Público quanto à aplicação das penas. Se o Ministério Público tem o poder de propor multas, as suas práticas devem harmonizar-se com as seguidas pelos tribunais quando aplicam penas a infracções menores.

«Ainda que nos Países Baixos o juiz não seja refém do pedido de pena apresentado pelo MP, na prática aquele serve-lhe, as mais das vezes, de “tecto”. Seguidamente, o juiz atenderá a outros factores do caso, incluindo-se os atenuantes e terá de fundamentar concretamente a sua decisão. O exame do conjunto destas decisões pode, então, levar o MP a modificar as linhas directrizes. Isto mostra como a interacção entre MP e juízes permite melhorar a coerência na aplicação das penas. Se o poder do procurador não tem senão um efeito indirecto na aplicação das penas (pela escolha dos *motivos* de acusação; pelo *modo de julgamento* ou, até, pelo *plea bargaining* (negociação sobre os *termos* da acusação), dever-se-á, sempre, não perder de vista a ligação entre estas práticas e a aplicação das penas. Há Estados membros que adoptaram uma

abordagem que leva juizes e magistrados do MP a poder dispor de cursos e seminários idênticos ou análogos».

Na exposição de motivos desta Recomendação insiste-se ainda na necessidade de se realizarem cursos, conferências e seminários, de preferência em instituições de formação de magistrados como o *Centro de Estudos Judiciários*, sobre a problemática da aplicação das penas e as disparidades.³⁹

É, pois, de bom augúrio que nos encontremos hoje, juizes e magistrados do Ministério Público, a falar deste tema, no *Centro de Estudos Judiciários*, no âmbito de uma acção de formação permanente.

3.1. Sugestão de estudo

Em 1997, como equiparado a bolseiro pelo Conselho Superior do Ministério Público, elaborei um relatório com a sugestão de um estudo sobre a medida concreta da pena no Supremo Tribunal de Justiça que saiu à estampa em Junho de 1998, sob o título *Medida Concreta da Pena, Disparidades*, acompanhado da recomendação e textos do Colóquio de Criminologia já referidos.⁴⁰

3.2. Estudo exploratório

E, na sequência, efectuei um trabalho exploratório no Supremo Tribunal de Justiça, de estudo sectorial sobre a medida da pena e o princípio da igualdade no domínio do tráfico de estupefacientes que visava também:

– *A detecção de distonias nas molduras penais*, no que ao legislador importa.

³⁹ Em Portugal, a *École Nationale de la Magistrature* em França, e o *Judicial Studies Board* em Inglaterra e País de Gales, como aí se diz expressamente.

⁴⁰ Na que penso ser a única tradução para português, Vislis Editores, Lisboa. Partindo desse relatório foi defendida na Universidade do Minho uma tese de doutoramento em Informática, Inteligência Artificial com a construção de um modelo de base de dados para investigações empíricas em *sentencing*, em cujo júri tive ocasião de participar.

– *Penas típicas, para reflexão dos juízes.* Penas que, contendo uma certa margem de liberdade, mais não constituiriam do que meros indicadores que, para além de proporcionarem uma maior reflexão do juiz, acentuariam a necessidade de especial fundamentação, quando afastadas no caso concreto. Mas sempre sem carácter peremptório, preservando sempre a independência do juiz.

– *Sugestões para o Ministério Público,* atendendo à posição assumida por esta magistratura quanto à pena concreta e à sua estrutura organizacional, que o colocam em óptimas condições para contribuir para a disseminação de recomendações que vierem a ser elaboradas.

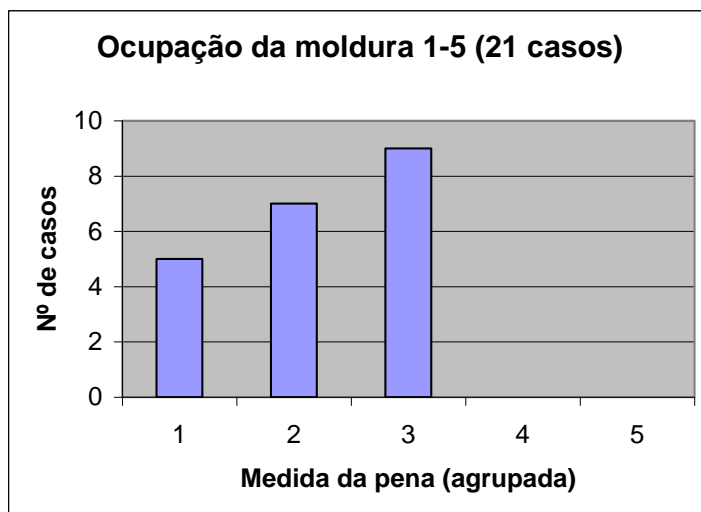
Esse trabalho exploratório foi publicado na Revista Portuguesa de Ciência Criminal⁴¹

E, como se vê das respectivas conclusões, a recolha efectuada de decisões sobre o tráfico de estupefacientes revelou-se uma base adequada de trabalho, embora insuficiente para a abordagem de alguns aspectos previstos permitiram estudos ali descritos que mostram o que poderá ser feito com uma base de dados mais completa. Com as reservas ali declaradas foram abertos caminhos na relação de alguns dos factores com a medida da pena, as relações entre as decisões da primeira instância e as do STJ e ao uso feito da moldura abstracta («mancha da sua ocupação», – «penas típicas», eventuais pontos de referência para futuros julgamentos)⁴²;

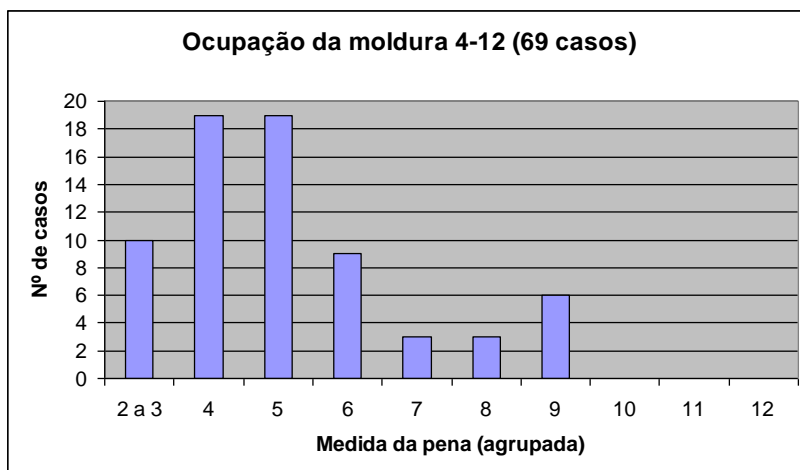
⁴¹ *Medida Concreta da Pena, no STJ, no Tráfico de Estupefacientes*, ano 14 (2004), págs 453 a 507.

⁴² «(i) O que pressupunha a preparação dos instrumentos de análise e da observação, as condições de constituição de uma base de dados resultantes dessas observação e análise e, por fim, estabelecer as bases da análise dos dados, designadamente análise de agrupamentos e tratamento estatístico, procurando identificar-se as variáveis que devem influir na determinação da medida, bem como aquelas, que se pensa poderem, sem o deverem, influírem nessa mesma medida. (ii) Construiu-se inicialmente uma ficha de análise das decisões, para recolha dos elementos respeitantes a essas variáveis, bem como o estabelecimento das especificações respeitantes a uma base de dados destinada ao armazenamento de tais elementos, a integrar futuramente no me projecto de informatização da actividade processual do STJ, que se manteve (integral 1ª Inst + STJ), optando-se por introduzir as alterações de já referidas. (iii) Procedeu-se à recolha, selecção, sistematização/ordenação e anotação dos dados relativos a decisões do Supremo Tribunal de Justiça respeitantes a crimes de tráfico e consumo de estupefacientes e em que se tivesse verificado alteração da pena aplicada, proferidos entre Junho de 1998 e Julho de 1999 (124 registos), depois de redesenhada a ficha respectiva, notando que outras informações úteis poderiam ser obtidas de relativas, por exemplo, ao tempo de demora do recurso, ou que permitisse detectar aspectos inter-

A ocupação da moldura penal no STJ pode ser lida nas duas figuras seguintes:



relacionais entre as decisões e os pedidos em sede de recurso e indicassem o sentido da alteração eventual em recurso. **(iv)** Essa recolha revelou-se constituir uma base adequada de trabalho, embora não fosse possível, por falta de informação, abordar os aspectos que levaram primariamente à recolha dos dados utilizados; mas, os estudos que se descreveram mostram o que poderá ser feito com uma base de dados mais completa. Obviamente, todos esses resultados devem ser sujeitos ao crivo de uma competente análise jurídica, não sendo aceitável que sejam apresentados, em nenhuma circunstância, como conclusões finais. Não foi, pois, possível verificar o nível de aceitação das variáveis em hipótese, bem como o verificar do grau de influência das variáveis a que a lei manda atender. Mas, com as reservas já enunciadas, foram abertos alguns caminhos na relação de alguns dos factores com a medida da pena, as relações entre as decisões da primeira instância e as do STJ e ao uso feito da moldura abstracta («mancha da sua ocupação», - «penas típicas», eventuais pontos de referência para futuros julgamentos); **(v)** Outros resultados esperados, como a sistematização e categorização de crimes, factores, tipos de sentença, a formalização da informação, poderão ser obtidos num estudo de maior amplitude, e poderá constituir-se então uma Base de Dados, juridicamente consistente, acerca das medidas concretas da pena no STJ, incluindo todos os parâmetros possivelmente influenciadores das decisões, também contribuindo para uma metodologia de decisão sobre a pena concreta que, sem se ferir a independência judicial, permita uma relativa harmonização da prática, em face de recomendações fundamentadas e duma maior consistência de decisões no STJ. **(vi)** Pensa-se, assim, que o objectivo visado, o de estabelecer as condições mínimas para a preparação dos instrumentos de análise e observação da medida concreta da pena no STJ; as condições de constituição de uma base de dados resultantes dessas observação e análise; e o estabelecimento das bases da análise dos dados, designadamente análise de agrupamentos e tratamento estatístico foi, no essencial, cumprido com este passo.»



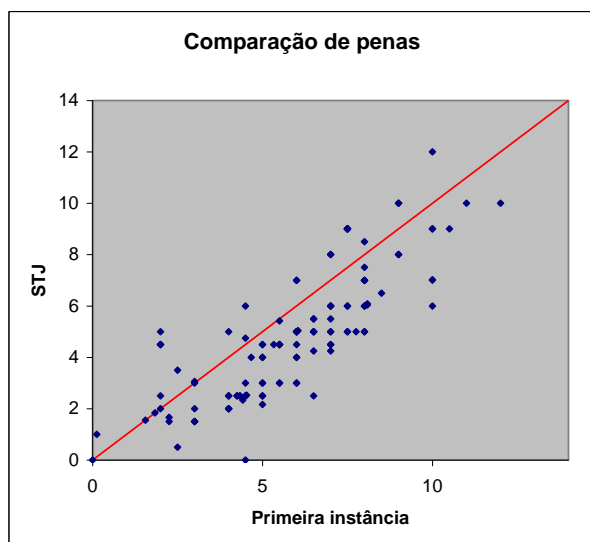
Não cabe aqui uma análise dos resultados desse estudo, que já teve lugar no momento próprio, mas podem dar-se alguns exemplos.

Assim, permitiu apreender que, na amostra recolhida, para a moldura penal abstracta de 4 a 12 anos de prisão, ocorreram penas até 9 anos, valor que não foi ultrapassado.

Que o STJ quando alterou as penas fixadas pela 1.^a Instância o fez sempre em 1 ano, para mais ou para menos.⁴³

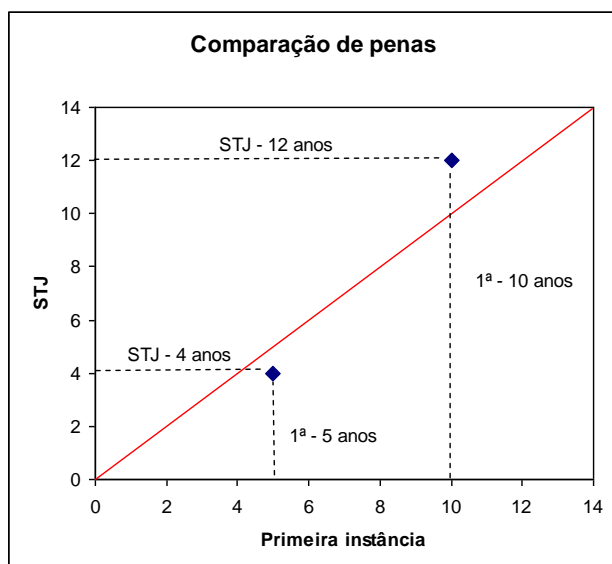
No crime de tráfico simples, e com a moldura de 4 a 12 anos, 92,5 das penas aplicadas foram-no até 8 anos de prisão. Destas (inferiores ao ponto médio aritmético da moldura penal abstracta) 68,4% situam-se entre 4 e 6 anos de prisão, incidência que assume, no total, 63%.

⁴³ Designadamente quando a culpa e a ilicitude eram elevadas e não havia antecedentes criminais.

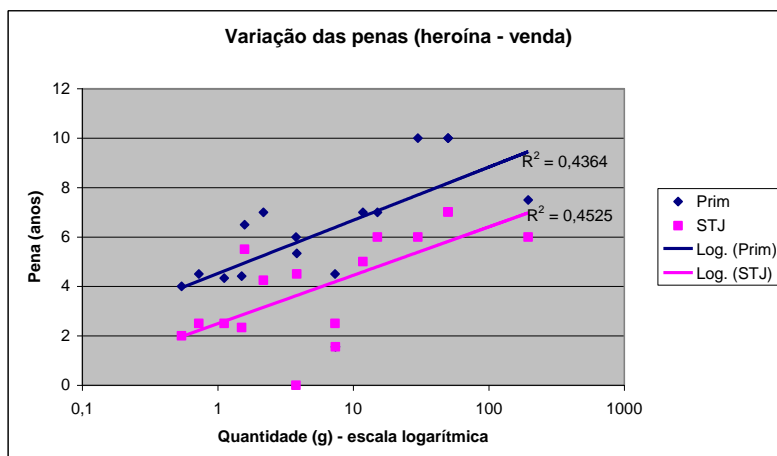


A figura que antecede resulta da comparação entre as penas da 1.^a instância e o STJ e retrata a desagravação das penas que este último Tribunal efectuou e que encontram abaixo da linha diagonal.

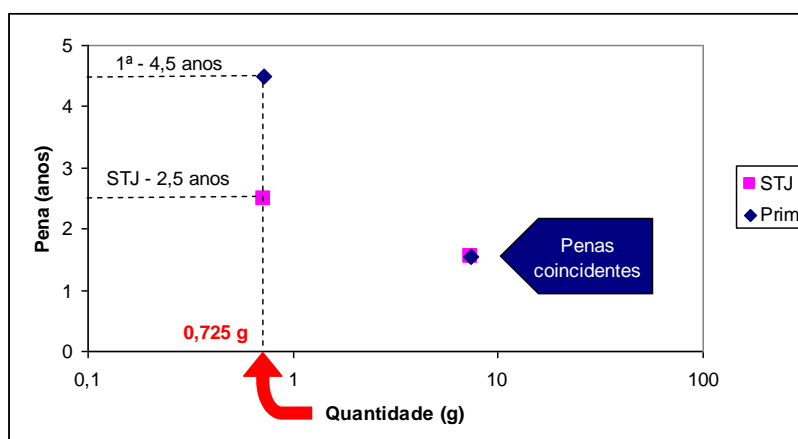
Para esclarecimento da representação usada, a figura seguinte mostra dois exemplos: desagravamento de 5 para 4 anos (ponto abaixo da diagonal) e agravamento de 10 para 12 (ponto acima da diagonal):



Na tentativa de estabelecimento de uma relação entre a quantidade de droga e a pena, utilizou-se uma regressão logarítmica $P = A \cdot \ln(Q) + B$ e marcaram-se de forma distinta as penas da 1.^a instância e do STJ.



NB: O gráfico anterior deve ser lido da seguinte forma:



Há quase sempre desagravamento no STJ, o que deve ser entendido como orientação?

As rectas, regressão que permite encontrar uma tendência típica: a relação entre a quantidade e a pena.

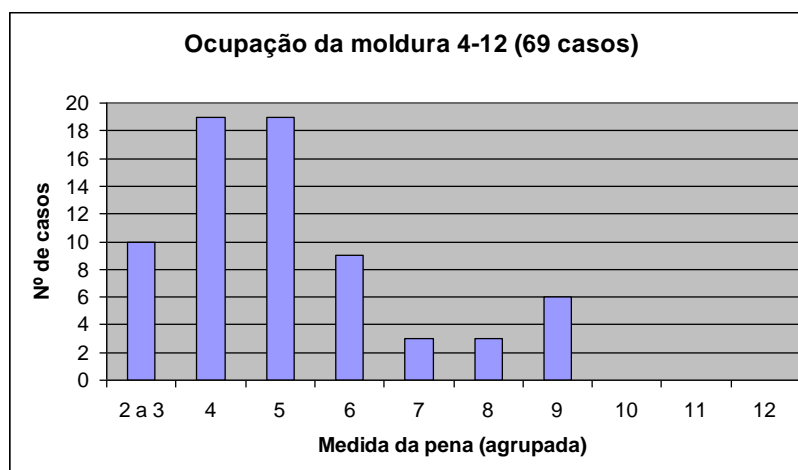
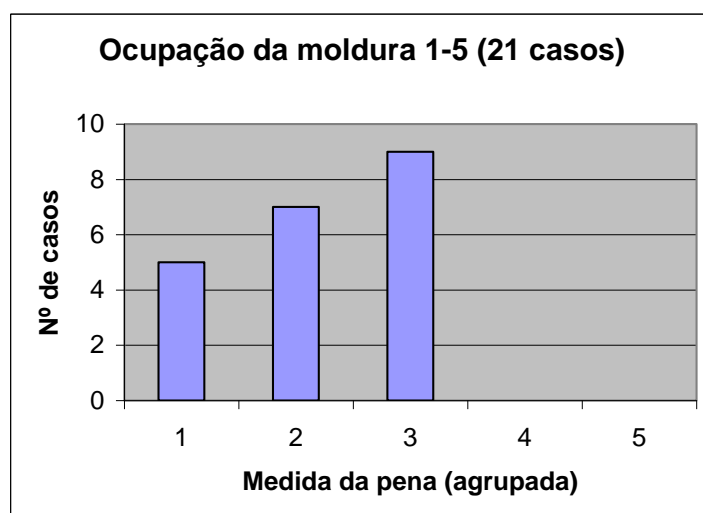
Em média o STJ tira dois anos nas penas em recurso, mas trata-se tão só, como se disse, de um trabalho exploratório; com mais dados seria possível determinar efectivamente a adesão desta tendência.

Embora o aumento de pena com a quantidade siga uma lei semelhante na 1.ª Instância e no STJ, a 1.ª Instância, esta aplica penas mais severas em dois anos do que o STJ.

A representação logarítmica mostra que nas quantidades baixas há uma grande variação das penas com a quantidade. Nas quantidades mais altas a variação é pequena. Ex: a mudança de 1 g para 10 grs produz em média um

aumento da pena de cerca de 2 anos, tanto como o aumento produzido em média por uma mudança de 10 grs para 100 grs.

A ocupação da moldura penal no STJ pode ser lida nas duas figuras seguintes:



3.3. Investigação sobre a pena única conjunta

No contexto de um pequeno período de equiparação a bolseiro concedido pelo Conselho Superior da Magistratura iniciei uma investigação no domínio da pena única conjunta, procurando construir uma base de dados significativa de casos de aplicação de penas, em 1.^a Instância, Relações e STJ,

com menção dos limites da moldura de cada caso e a pena aplicada, trabalho em execução.

Está previsto também um inquérito dirigido aos Juízes das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça contendo casos típicos e casos limite de penas parcelares em concurso, pedindo-lhes que em reacção imediata sugiram as penas únicas conjuntas em que pensariam.

Seguir-se, portanto, uma linha empírica:

- Analisar decisões do passado em termos estatísticos, para identificar relações entre variáveis, regras implícitas, etc
- Parametrizar modelos descritivos capazes de reproduzir as decisões típicas do passado

Mas também uma linha construtiva:

- Construir um modelo inicial, relacionando a pena conjunta com diversas variáveis
- Inquirir decisores em relação a situações sintéticas (mas realistas)
- Ajustar e parametrizar o modelo

De todos os resultados pensa-se que se poderão retirar, continuando a visar a coerência na aplicação das penas, tendências e orientações de utilidade para as instâncias.

4.

O Supremo Tribunal de Justiça

Como se reflecte no Supremo Tribunal de Justiça esta problemática?

Têm-se vindo a dar, de forma não sistematizada mas em grande medida convergente, alguns passos na procura de uma maior coerência na aplicação das penas.

Desde logo, e como vimos ser aconselhável, passou a ser incluída nos sumários dos acórdãos da respectiva base de dados e nos boletins internos disponíveis no sítio do STJ, referência às penas concretas e aos factores essenciais que as determinaram.

Passou-se a fazer um maior esforço na ponderação das penas aplicadas anteriormente, designadamente nos casos recorrentes e de molduras de grande

amplitude. Nesse sentido, elaborou-se, p. ex., uma tabela das penas que o Supremo Tribunal de Justiça tem aplicado nos últimos anos aos correios internacionais de droga⁴⁴, considerando as quantidades de droga, a pena infligida na 1.ª Instância e no Supremo, dados esses que estão a ser trabalhados. E está em elaboração uma outra tabela com referência às penas aplicadas pelo Supremo Tribunal de Justiça nos casos de homicídio tentado.

Tabelas essas que, tendo-se já mostrado de inegável utilidade no STJ, podem apoiar a reflexão dos demais juízes em casos idênticos.

Mas é no domínio da pena única conjunta que a questão da igualdade, coerência e proporcionalidade das penas tem sido abordada no seio do Supremo Tribunal de Justiça, designadamente na 5.ª Secção Criminal que tem desenvolvido um discurso convergente neste domínio.

Pode o mesmo ser assim sintetizado com o de 14-01-2009 (proc. n.º 3856/08-5, que relatei):

«A pena única é determinada atendendo à soma das penas parcelares que integram o concurso, atento o princípio de cumulação a fonte essencial de inspiração do cúmulo jurídico sem esquecer, no entanto, que o nosso sistema é um sistema de pena unitária em que o limite mínimo da moldura atendível é constituído pela mais grave das penas parcelares (numa concessão minimalista ao princípio da exasperação ou agravação - a punição do concurso correrá em função da moldura penal prevista para o crime mais grave, mas devendo a pena concreta ser agravada por força da pluralidade de crimes), sem que possa ultrapassar a soma das penas concretamente que seriam de aplicar aos crimes singulares.

Frequentemente, no escopo de obstar a disparidades injustificadas da medida da pena, essa "agravação" da pena mais grave é obtida pela adição de uma proporção do remanescente das penas parcelares que oscila, conforme as

⁴⁴ Abrangendo aquelas situações em que uma pessoa, normalmente estrangeira, de fraca condição económica é contratada para transportar droga para Portugal, como destino final ou placa giratória, a partir do estrangeiro, normalmente por via aérea.

circunstâncias de facto e a personalidade do agente e por via de regra, entre 1/3 e 1/5». ⁴⁵

45 Escreveu-se no AcSTJ de 17-10-2002, proc. n.º 2792/2002, relatado por mim:

No que refere ao princípio da igualdade invocado, como lembra o Ministério Público na resposta à motivação, enquanto o princípio da igualdade, no domínio da criação do direito impõe ao órgão legislativo que garanta, por via legislativa, não só tratamento semelhante para quem se posiciona em condições idênticas, mas sim que recebam tratamento semelhante os que se acham em condições semelhantes, já no domínio da aplicação do direito significa que nessa aplicação não há lugar a discriminação em função das pessoas; todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que a lei estabelece, todos por forma idêntica se acham sujeitos aos deveres que ela impõe (Pareceres da PGR, n.º I, pág. 184).

Um dos princípios fundamentais do direito penal é o da igualdade nas decisões de justiça e o problema conexo das disparidades na aplicação das penas tem preocupado quase todas as sociedades democráticas. Com efeito, a desigualdade no sistema de justiça penal é uma questão fundamental pois que, mal é notada, perturba não só a paz social mas também as infracções a que pretende responder. E tal problema deve ser abordado de maneira operacional, pois confrontar os sistemas de justiça penal com um ideal absoluto e mítico - por essência, inacessível - parece constituir o tipo de operação vã e sem futuro.

Mas o objectivo da busca de uma maior certeza na pena não deve significar indirectamente o regresso a uma concepção de justiça retributiva que tornaria acessória a individualização judiciária.

A determinação da pena deve ser encarada de maneira aberta, sem limitar a abordagem às disparidades resultantes do sistema, pois a ausência de disparidade ou a existência de disparidades insuficientes pode ser contrária aquele objectivo

E a busca de uma redução das disparidades deve tomar o sentido de limitar o sofrimento que o sistema penal causa ao condenado.

Na individualização da pena o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que na individualização da pena não se façam distinções arbitrarias.

Na sequência do 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, (1987) dedicado às "Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções", que reflectiu sobre: a desigualdade na determinação da pena; sobre o contexto das disparidades na administração da justiça penal e sobre as técnicas de redução das disparidades subjectivas na aplicação das penas, o Conselho da Europa aprovou a Recomendação n.º R(92)17, de 19 de Outubro de 1992, relativa à coerência na aplicação das penas, em que considerou, além do mais:

- que um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga;
- que as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal;
- que a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor;
- que a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas.

E recomendou: "aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações (...), para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas".

Sem deixar de reconhecer que considerações de justiça relativa impõem que se considerem na fixação de penas em caso de comparticipação as penas dos restantes co-autores, importa notar que a questão das disparidades injustificadas nas penas deve gerar essencialmente uma resposta sistémica, tendente a, em geral, compreender e reduzir o fenómeno

E mesmo essas preocupações de justiça relativa intraprocessuais têm o seu domínio privilegiado no momento em que pela primeira vez são aplicadas as penas num determinado processo.

E, partindo dessa base, a mesma 5.^a Secção procurou chegar a um denominador comum de referência na pena única conjunta que ajudasse a evitar as disparidades injustificadas, apontando, pois para aquele método como capaz de contribuir para a redução das disparidades que notáramos.

Vários foram os acórdãos tirados naquela Secção e que bordaram esta temática no sentido que vimos apontando, tendo o AcSTJ de 29/10/2009, proc. n.º 18/06.0PELRA.C1.S1-5⁴⁶ sintetizado uma outra abordagem sugerida pelo

Em via de recurso já outras dificuldades adicionais se postulam, por via designadamente dos poderes de cognição do tribunal superior, do âmbito do recurso e da proibição da *reformatio in pejus*.

No plano constitucional, ao lado do princípio da igualdade, e diríamos mesmo acima, situam-se os princípios da proporcionalidade, da adequação, da necessidade e da justiça.

Com efeito, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2).

Um dos pressupostos materiais para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias consiste, pois, no princípio da proporcionalidade (princípio da proibição do excesso) que se desdobra nos princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade.

Resultará, assim, a inconstitucionalidade da lei penal quando o legislador ordinário se exceda no tipo e/ou medida da pena, toda a vez que se deve concluir que a prisão não deverá ser prevista ou aplicada quando se mostrem suficientes e adequadas outras reacções criminais, outras penas não detentivas.

No domínio do direito ordinário, impõe-se a especial consideração do princípio da legalidade e da culpa, uma vez que devem ser respeitados os critérios e valores legais e a pena deve ser ajustada à culpa, que constitui um limite inultrapassável.

46 V - Tendo em conta a grande latitude existente entre os limites mínimo e máximo da pena única, torna-se necessário começar por encontrar um ponto que fixe o encontro destas duas variáveis, ponto ao redor do qual há-de ser determinada a pena única a aplicar.

VI - São principais parâmetros na busca desse ponto de referência:

- I) A representação das penas singulares na pena conjunta é, em regra, parcial, só se justificando que esta se aproxime ou atinja a sua soma material nos casos em que todas as penas singulares co-envolvidas correspondam a crimes de gravidade similar (puníveis, por exemplo, com penas de 1 a 5 anos de prisão) e a sua soma material se contenha dentro da moldura penal abstracta dos crimes concorrentes (no exemplo, 5 anos de prisão);

- II) A pena conjunta só deverá conter-se no seu limite mínimo ou na sua vizinhança em casos de grande disparidade entre a gravidade do crime mais grave (representada por uma pena, por exemplo, de 15 anos de prisão) e a gravidade dos restantes (representadas por penas que, somadas, não excedam, por exemplo, 1 ano);

- III) Nos casos em que os limites mínimo e máximo da pena conjunta distem significativamente, a representação das penas menores na pena conjunta não deve exceder, segundo o *acquis* jurisprudencial na procura desse terceiro termo de referência, um terço do seu peso quantitativo conjunto, conciliando, deste modo, a tendência da jurisprudência mais "permissiva", que soma à "maior" das penas ¼ ou menos das demais, e a jurisprudência mais "repressiva" que adiciona metade ou mais das outras penas;

- IV) O tratamento, no quadro da pena conjunta, da pequena criminalidade deve divergir do tratamento devido à média criminalidade e o desta do imposto pelo tratamento da criminalidade muito grave, de tal modo que a pena conjunta de um concurso (ainda que numeroso) de crimes de menor gravidade não se confunda com a atribuída a um concurso (ainda que menos numeroso) de crimes de maior gravidade.

Conselheiro Carmona da Mota: a de que na determinação da pena única conjunta se deveria considerar a adição à pena parcelar mais grave uma parte (em princípio entre 1/3 e 1/5, conforme os casos) do remanescente das restantes penas, mas ainda que se deveria “*comprimir*” esse remanescente, de forma crescente em função da sua aproximação ou ultrapassagem do “tecto” de 25 anos estabelecido no n.º 2 do art. 77.º do C. Penal.

O Conselheiro Carmona da Mota apresentou aos restantes juízes da Secção e depois publicamente na sessão que teve lugar a 3 de Junho de 2009 no STJ, uma fórmula de cálculo desse factor de compressão, e que se mostra condensada na intervenção que aí produziu e para a qual se remete⁴⁷. Essa folha de cálculo em que se introduzem a pena parcelar mais grave e o remanescente das penas parcelares, “*comprime*” este último valor, de acordo com um algoritmo previamente definido, e adita a pena mais grave, sugerindo uma pena para cada situação, a ponderar pelo juzi de acordo com as circunstâncias do caso.

Essa questão foi considerada na 5.ª Secção do STJ que se pronunciou, em 19 acórdãos^{48 49}, sobre o interesse dessa perspectiva e a necessidade de a aprofundar, sem uma adesão clara à quantificação do factor de compressão que era (é sugerido).

Também consideramos, como tivemos ocasião de expressar na Secção, de todo o interesse a ponderação do modelo sugerido e não cabendo no quadro de

- V) A medida da pena conjunta só deverá atingir o seu limite máximo absoluto em casos extremos, devendo por isso o efeito repulsivo/compressor desse limite máximo ser, proporcionalmente, tanto maior quanto maior o limite mínimo imposto pela pena parcelar mais grave e maior o somatório das demais penas parcelares (cf. Conselheiro Carmona da Mota, comunicação apresentada no colóquio Direito Penal e Processo Penal, www.stj.pt).

AcSTJ de 29/10/2009, proc. n.º 18/06.0PELRA.C1.S1-5, Relator: Artur Costa.

⁴⁷ A determinação da pena em concurso de crimes, disponível como se disse, em <http://www.stj.pt/?idm=433&sid=208>.

⁴⁸ Segundo a minha pesquisa.

⁴⁹ AcSTJ de 09/05/02, Proc. n.º 1259/02, de 03/07/2003, proc. n.º 2022/03-5, de 20/10/2005, proc. n.º 2534/05-5, de 24/11/2005, proc. n.º 2250/05-5, de 09/02/2006, proc. n.º 109/06-5, de 06/04/2006, proc. n.º 3217/05-5, de 11/05/2006, proc. n.º 1569/06-5, de 18/05/2006, proc. n.º 960/06-5, de 01/06/2006, proc. n.º 1037/06-5, de 13/07/2006, proc. n.º 2558/06-5, de 21/09/2006, proc. n.º 3062/06-5, de 03/07/2003, proc. n.º 2022/03-5, de 24/10/2006, proc. n.º 2941/06-5, de 22/02/2007, proc. n.º 337/07-5, de 12/07/2007, proc. n.º 2048/07-5, de 28/02/2008, proc. n.º 586/08-5, de 06/03/2008, proc. n.º 2428/07-5, de 05/02/2009, proc. n.º 107/09-5, de 29/10/2009, proc. n.º 18/06.0PELRA.C1.S1-5.

uma intervenção como esta, a dissecação do factor de compressão do remanescente das penas parcelares sugerido.

Não podemos deixar, no entanto, de referir que num ponto nos afastamos da posição assumida pelo Conselheiro Carmona da Mota, seguramente ditada somente por modéstia pessoal e como forma de suscitar a discussão sobre a quantificação da sua proposta.

Diz ele na intervenção sobre o factor de compressão:

Eu não pretendo *impor* o meu (ou, mais exactamente, os meus, pois que são *dois*, um que sedimenta uma «experiência» de alguma tolerância (ante a insondabilidade da alma humana e o axioma constitucional da «dignidade da pessoa humana») e outro mais de acordo com tendências menos *rousseauunianas*, mas igualmente aceitáveis, de outros)⁵⁰ mas *propor* que cada um construa o seu, de modo a que, da experimentação plural mas convergente, se alcance enfim – o mais aproximadamente possível – aquele que *melhor* reflecta a pena global que as penas singulares exigem (ou, mesmo, «pre-determinam»).

Mas se a proposta pode ser uma iniciativa individual, já a sua validação deve envolver, por todas as razões, um esforço objectivo e colectivo capaz de se impor como referência padrão a ter em consideração da tormentosa tarefa de aplicar uma pena única conjunta.

O que seria desvirtuado ao reverter-se ao esforço singular e autónomo, quando se admitem tantos factores de compressão quantos os magistrados, que disseminaria as referências, o que, como se viu, contrariaria o propósito do próprio proponente.

É a seguinte a apresentação da folha de cálculo propostas:

⁵⁰ Conhecido de todos quantos comigo têm trabalhado. Observando a folha de cálculo que oportunamente pus à sua disposição, ver-se-á aparecer - *clikando* nas células das variáveis - a tradução em linguagem *Excel* os logaritmos aplicados: =SE(POTÊNCIA(B6;0,607)>=3;POTÊNCIA(B6;0,607);SE(POTÊNCIA(B6;0,607)<3;3)=SE(POTÊNCIA(C6;0,607)-0,15*(25-C5)>=3;POTÊNCIA(C6;0,607)-0,15*(25-C5);SE(POTÊNCIA(C6;0,607)-0,15*(25-C5)<3;3))=SE(B5+B8<=25;B5+B8;SE(B5+B8>25;25))

Obviamente, se se alterarem alguns destes valores (aproximando-os ou afastando-os - em função da ponderação que cada um entender dever conferir-lhes – do peso relativo que o autor do algoritmo lhes atribuiu), alcançar-se-ão algoritmos de outro matiz.

	Dados		
Pena mais elevada (em anos)	5,00	5,00	
Somatório das demais penas (em anos)	19	19,00	
Factor de compressão	5,97	3,00	
Parcelas comprimidas (anos)	3,18	6,33	
Total da pena conjunta (em anos)	8,18	11,33	9,76
Total da pena conjunta (em meses)	98,17	136,00	117,09
Fracção do ano	0,18	0,33	0,76
Meses	2	4	9
	Mínimo	Máximo	Média

Noções usadas

P - Pena mais elevada

S – Somatório das demais penas

C – Pena conjunta ($C = \min \{25; P+A\}$):

A – Adicional resultante da compressão ($A = \max\{3; S/f\}$)

Factor de compressão:

$$f_0 = \max\{3; S^{0,607}\}$$

Não é conhecido
o racional deste valor

Factor agravado:

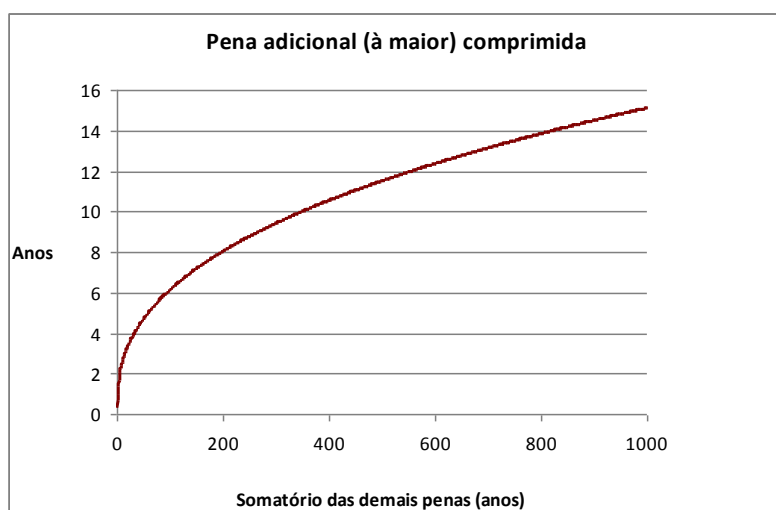
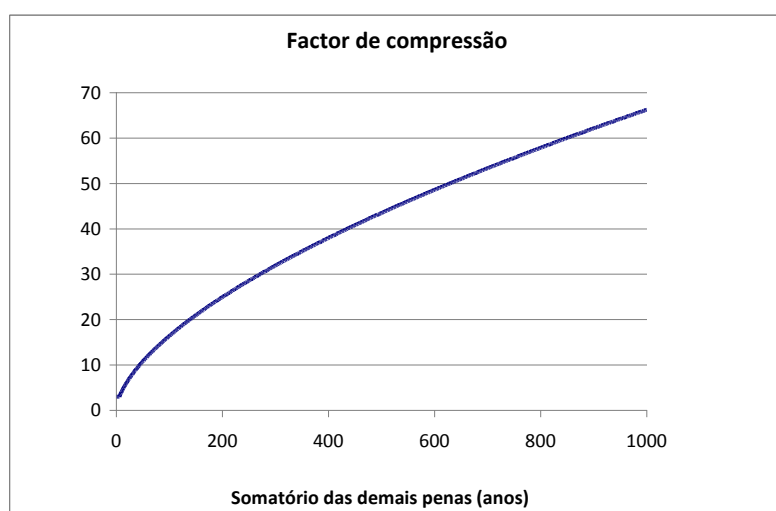
$$f_1 = \max\{3; S^{0,607} - 0,15 \cdot (25 - P)\}$$

Notas breves:

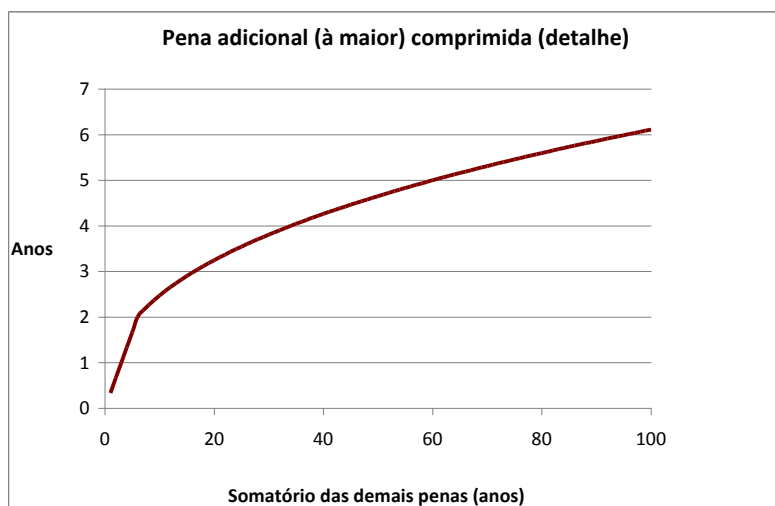
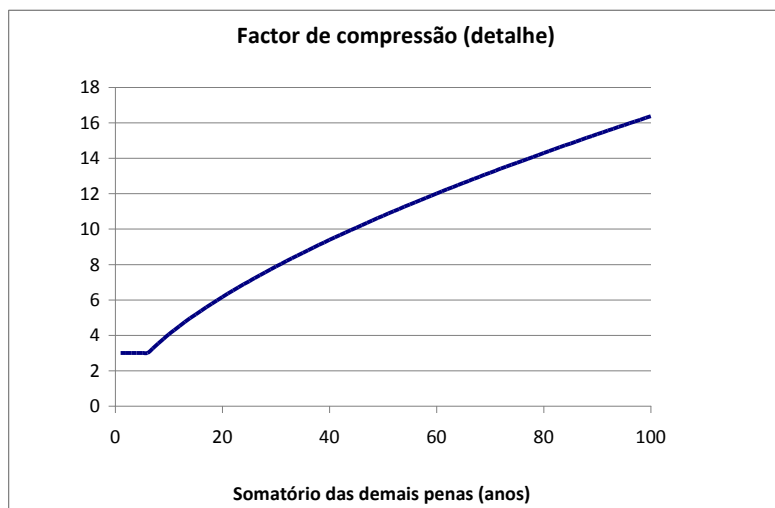
- A regra de 1/3 corresponde a um factor de compressão constante e igual a 3
- Neste modelo, o factor de compressão vai aumentando à medida que o somatório das demais penas cresce (mínimo de 3)
- O primeiro factor de compressão depende apenas do somatório das demais penas.

- O segundo factor de compressão é menor do que o primeiro (pena conjunta maior) e depende da pena mais elevada (a formulação actual tem problemas de monotonia)
- A aplicação dos dois factores define um intervalo para a pena conjunta (e pode ser calculado um valor médio, mas a média é colocada depois dos 25 anos como limite e deveria ser antes).

Vejamos, para melhor compreensão, as seguintes representações gráficas do mecanismo sugerido.



Pode-se ver o número pelo qual se divide o somatório das demais penas e o resultado, considerando um remanescente até 1000 anos, para mostrar a variação. O que será obviamente diferente com diverso factor de compressão.



Daqui resulta que o factor de compressão sugerido pelo Conselheiro Carmona da Mota, nunca é inferior a 3; que 6 penas de 20 anos conduzem a uma pena única conjunta de 26 anos; que 7 penas de 15 anos conduzem a uma pena de 21 anos.

O que, a meu ver, aponta para uma excessiva compressão.

Falou-se na ocorrência de não-monotonia, pelo que importa esclarecer essa afirmação.

Vejam os seguintes exemplos:

	Dados		
Pena mais elevada (em anos)	5,00	5,00	
Somatório das demais penas (em anos)	19	19,00	
Factor de compressão	5,97	3,00	
Parcelas comprimidas (anos)	3,18	6,33	
Total da pena conjunta (em anos)	8,18	11,33	9,76
Total da pena conjunta (em meses)	98,17	136,00	117,09
Fracção do ano	0,18	0,33	0,76
Meses	2	4	9
	Mínimo	Máximo	Média

Mas se acrescentarmos 24 anos no somatório, obtemos menor valor máximo da pena conjunta:

	Dados		
Pena mais elevada (em anos)	5,00	5,00	
Somatório das demais penas (em anos)	43	43,00	
Factor de compressão	9,81	6,81	
Parcelas comprimidas (anos)	4,38	6,32	
Total da pena conjunta (em anos)	9,38	11,32	10,35
Total da pena conjunta (em meses)	112,62	135,81	124,21
Fracção do ano	0,38	0,32	0,35
Meses	5	4	4
	Mínimo	Máximo	Média

Para melhor compreensão da proposta em análise, devem ser ponderadas as considerações de que partiu o seu autor.⁵¹

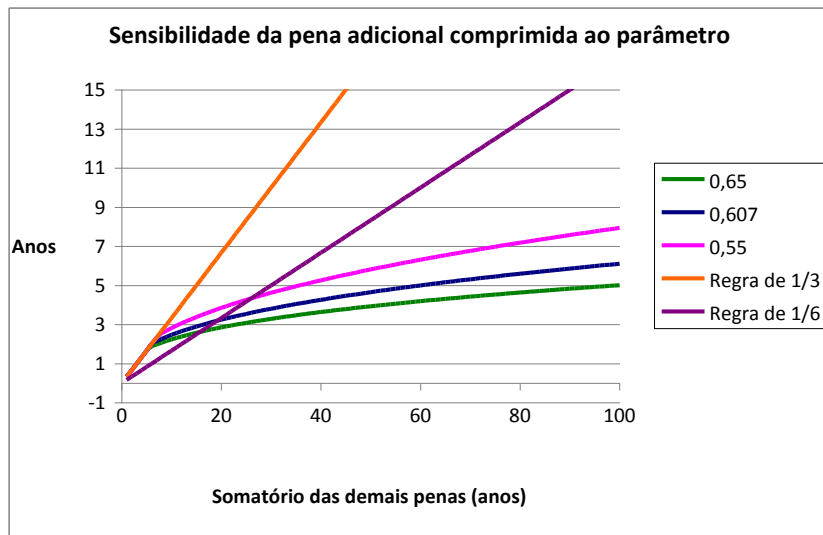
⁵¹ I) A representação das penas singulares na pena conjunta é, em regra, **parcial**, só se justificando que esta se aproxime ou atinja a sua soma material nos casos em que todas as penas singulares co-envolvidas correspondam a crimes de gravidade similar (puníveis, por exemplo, com penas de 1 a 5 anos de prisão) e a sua soma material se contenha dentro da moldura penal abstracta dos crimes concorrentes (no exemplo, 5 anos de prisão);

II) A pena conjunta só deverá conter-se no seu limite mínimo ou na sua vizinhança em casos de grande disparidade entre a gravidade do crime mais grave (representada por uma pena, por exemplo, de 15 anos de prisão) e a gravidade dos demais (representadas por penas que, somadas, não excedam, por exemplo, um ano);

III) Nos demais casos (em que os limites mínimo e máximo da pena conjunta distem significativamente), a *representação* das penas menores na pena conjunta não deve exceder *um terço* do seu peso quantitativo conjunto (*acquis* jurisprudencial conciliatório da tendência da jurisprudência mais «permissiva» – na procura desse terceiro termo de referência - em somar à «maior» $\frac{1}{4}$ ou menos das demais com a jurisprudência mais «repressiva» que àquela usa – com o mesmo objectivo - adicionar metade ou mais das outras);

IV) O tratamento, no quadro da pena conjunta, da pequena criminalidade deve divergir do tratamento devido à média criminalidade e o desta do imposto pelo tratamento da criminalidade muito grave, de tal

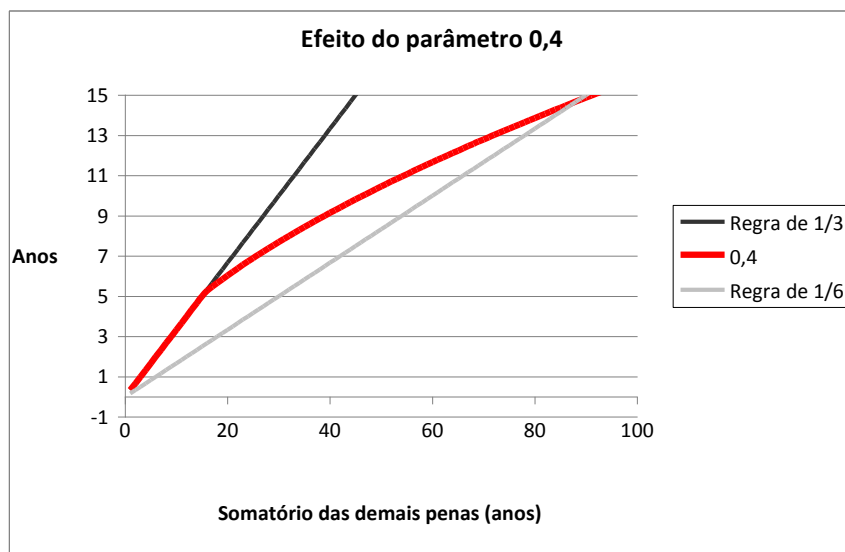
Pode também analisar-se a sensibilidade ao parâmetro.



Mas alterando o factor proposto de 0,607 para 0,4 já a curva se situa entre 1/3 e 1/6 do remanescente das penas parcelares (para somatórios inferiores a 90 anos), como se vê da figura seguinte:

modo que a pena conjunta de um concurso (ainda que numeroso) de crimes de menor gravidade não se confunda com a atribuída a um concurso (ainda que menos numeroso) de crimes de maior gravidade: E daí, por exemplo, que um somatório de penas até 2 anos de prisão – ainda que materialmente o ultrapasse em muito – não deva exceder, juridicamente, 8 anos, por exemplo; que um somatório de penas até 4 anos de prisão não ultrapasse, por exemplo, 10 anos, que um somatório de penas até 6 anos de prisão não ultrapasse, por exemplo, 12 anos; que um somatório de penas até 10 anos de prisão não ultrapasse, por exemplo, 16 anos, etc.;

V) A medida da pena conjunta só deverá atingir o seu limite máximo absoluto em casos extremos (quatro penas de 20 anos de prisão, por exemplo), devendo por isso o efeito repulsivo/compressor desse limite máximo ser, proporcionalmente, tanto maior quanto maior o limite mínimo imposto pela pena parcelar mais grave e maior o somatório das demais penas parcelares.



Independentemente dos detalhes técnicos envolvidos, várias são as questões que podem ser colocadas face a este modelo:

- É mais adequado usar um factor progressivo ou um factor constante (como na regra de 1/3)?
- Deve o factor de compressão depender apenas do somatório (primeiro caso), ou também da pena mais elevada (segundo caso)?
 - Ou ainda da diversidade e importância das penas constantes do somatório (5+5+5+5 vs 10+10, ou 10+2+2+2+2+2)?
- Haverá vantagem em definir um intervalo para a pena conjunta?
- O modelo deve ser rígido (podendo assim servir de referência), ou ajustável pelo utilizador?

Finalmente, com o Conselheiro Carmona da Mota, dir-se-á “que o critério proposto não é, propriamente, um critério «matemático» mas um *critério jurídico*, que, na sua *operacionalidade*, recorre ao auxílio da ciência matemática ⁵²

⁵³.

⁵² Tal como o legislador quando agrava determinadas penas em «metade» ou «1/3», quando fixa a pena máxima do cúmulo na «soma» das penas parcelares, e/ou quando determina que condenado possa, a meio ou 2/3 da pena, beneficiar da liberdade condicional. Ou, mesmo, quando considera «valor elevado» «aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto», determina que, sendo o prazo de prescrição inferior a dois anos, o limite máximo da prescrição corresponda ao «dobro desse prazo», ou manda prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, etc.

⁵³ Sem, porém, que se veja nesta «operação valorativa» um mero «processo de fracções e somas», porventura «incompatível com a natureza própria da segunda fase do processo», na medida em que «fazer

6.

A política criminal e o Ministério Público.

Já vimos que a posição do Ministério Público na justiça penal, designadamente o papel que lhe cabe na selecção da criminalidade submetida a julgamento, na sugestão da moldura penal abstracta aplicável e de pena concreta a aplicar, e o seu enquadramento institucional impõem que se extraiam as adequadas consequências.

E isso mesmo fez a Lei-Quadro da política criminal (Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)⁵⁴ veio definir os objectivos, prioridades e orientações de política criminal, afirmando a sua congruência com as valorações da Constituição e da lei sobre os bens jurídicos⁵⁵, tendo por objectivos prevenir e reprimir a criminalidade e reparar os danos individuais e sociais dela resultantes, tomando em consideração as necessidades concretas de defesa dos bens jurídicos⁵⁶ e permite o estabelecimento de prioridades⁵⁷, de orientações sobre a pequena criminalidade⁵⁸ e a aprovação de dois em dois anos de leis sobre política criminal⁵⁹.

contas indica[ria] voltar às penas já medidas, ao passo que o sistema parece exigir um **regresso aos próprios factos**» (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, RPCC 16-1). Todavia, o juiz – na prática – não poderá dispensar-se de «fazer contas» como forma de, numa primeira abordagem, obter um **terceiro termo de referência ou «starting point»** (dentro da enorme latitude conferida pelos outros dois: o limite mínimo e o limite máximo). Isto é, para alcançar, entre os extremos, um ponto que fixe o «encontro» entre essas duas variáveis.

⁵⁴ Essa lei impõe: **(i)** – a audição prévia pela Assembleia da República, na elaboração das propostas de lei sobre política criminal, do Conselho Superior do Ministério Público (art. 8.º); **(ii)** – a audição do Procurador-Geral da República acerca da execução das leis ainda em vigor, antes de aprovar as leis sobre política criminal (art. 9.º); **(iii)** – a assumpção dos objectivos e a adopção das prioridades e orientações constantes da lei sobre política criminal, pelo Ministério Público (art. 11.º); **(iv)** – a apresentação, pelo Procurador-Geral da República, ao Governo e à Assembleia da República, até 15 de Outubro do ano em que cesse a vigência de cada lei sobre política criminal, um relatório sobre a execução das leis sobre política criminal em matéria de inquéritos e de acções de prevenção da competência do Ministério Público, indicando as dificuldades experimentadas e os modos de as superar, podendo a Assembleia da República ouvi-lo para obter esclarecimentos acerca desse relatório (art. 14.º).

⁵⁵ Art. 3.º.

⁵⁶ Art. 4.º.

⁵⁷ Art. 5.º.

⁵⁸ Art. 6.º.

⁵⁹ Art. 7.º e ss.

Atribuiu a mesma Lei ao Procurador-Geral da República, no âmbito dos inquéritos e das acções de prevenção da competência do Ministério Público, a competência para emitir as directivas, ordens e instruções destinadas a fazer cumprir a lei sobre política criminal (art. 13.º) e ao Ministério Público a identificação dos processos abrangidos pelas prioridades e orientações constantes das leis sobre política criminal. O que se compreende se se lembrar que, nos termos do n.º 1 do art. 219.º da Constituição, ao Ministério Público compete participar, com respeito pela sua autonomia e o seu estatuto próprio, na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania.⁶⁰

Por sua vez, a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, veio definir os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2007-2009, contendo, além do mais, orientações sobre a pequena criminalidade⁶¹ que incluem a menção às medidas⁶² ⁶³ que os magistrados do Ministério Público devem privilegiar, no âmbito das suas competências e de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República⁶⁴, bem como a promoção pelo Ministério Público, de acordo com aquelas directivas e instruções genéricas, da aplicação de penas não privativas da liberdade desses crimes⁶⁵ ⁶⁶ ⁶⁷.

⁶⁰ Para além de representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

⁶¹ Que identifica (art. 11.º).

⁶² Arquivamento em caso de dispensa de pena; suspensão provisória do processo; julgamento pelo tribunal singular ao abrigo do n.º 3 do artigo 16.º do Código de Processo Penal; processo sumário ao abrigo do n.º 2 do artigo 381.º do Código de Processo Penal; processo abreviado; processo sumaríssimo; e mediação penal.

⁶³ «Nas orientações respeitantes ao exercício da acção penal pelo Ministério Público e à investigação pelos órgãos de polícia criminal, as prioridades têm em conta a gravidade dos crimes, as suas consequências, a sua repercussão social e a relevância dos bens jurídicos postos em causa. O Ministério Público é o destinatário específico das orientações acerca dos institutos de diversão e consenso - arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo, mediação penal, processos sumário, abreviado e sumaríssimo e convocação do tribunal singular -, que se baseiam em critérios como a menor gravidade relativa dos crimes, a ausência ou possibilidade de reparação dos danos e o diminuto alarme social.» (ANEXO: Fundamentação das prioridades e orientações da política criminal)

⁶⁴ Art. 12.º.

⁶⁵ Art. 13.º

⁶⁶ De acordo com o art. 14.º (Arguidos e condenados em situação especial) o Ministério Público também promove preferencialmente, de acordo com as directivas e instruções genéricas do PGR, a aplicação das medidas previstas nos art.ºs 12.º e 13.º a arguido ou condenado pela prática de crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos, que se encontre numa das seguintes circunstâncias: (a) gravidez; (b) idade inferior a 21 ou superior a 65 anos; (c) doença ou deficiência graves; (d) existência de menor a seu cargo;

Como resulta, pois, do seu articulado, esta Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, como já acontecia com a mencionada Lei-Quadro da Política Criminal, privilegia como destinatário imediato o Ministério Público e, no seu interior, o Procurador-Geral da República, embora se dirija a todo o sistema de Justiça, desempenhando, neste contexto, um papel fundamental as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República.

E, como instrumento de intervenção importante do Ministério Público, neste domínio e no interior do sistema judicial, prevê-se também expressamente a *impugnação das decisões judiciais* que não acompanhem as suas promoções destinadas a prosseguir os objectivos, prioridades ou orientações de política criminal⁶⁸.

Com efeito, nos termos do art. 17.º, o Ministério Público reclama ou recorre, nos termos do Código de Processo Penal e de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, das decisões judiciais que não acompanhem as suas promoções destinadas a prosseguir os objectivos, prioridades ou orientações de política criminal.

Ou seja, não tendo o Ministério Público logrado persuadir os juízes da correcção e bondade daquelas promoções, é através da impugnação, por via de reclamação ou de recurso, que procurará fazer vingar a sua visão da política criminal tal como conformada pelo Governo e Assembleia da República.

O que implica que o Procurador-Geral da República na elaboração das suas instruções e orientações genéricas, para além da ponderação das orientações constantes da lei de política criminal, não deva abstrair da

(e) existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado; (f) inexistência de condenação anterior pela prática de crimes ou de aplicação dos regimes referidos nas als a) e b) do n.º 1 do art. 12.º.

⁶⁷ Cura também a mesma Lei da prioridade de investigação e julgamento (art. 9.º), das medidas de coacção a requer, preferencialmente, pelo Ministério Público, de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, (art. 15.º), da unidade e separação de processos (art. 16.º) e da execução de sanções (art. 18.º).

E prescreve que as directivas e instruções genéricas emitidas nos termos dos números anteriores vinculam os magistrados do Ministério Público, nos termos do respectivo Estatuto, e os órgãos de polícia criminal que os coadjuvem, nos termos do Código de Processo Penal e da Lei de Organização da Investigação Criminal (n.º 3 do art. 20.º).

⁶⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 2.ª Edição, pág. 159. Cfr. a Recomendação n.º R(92)17, de 19 de Outubro de 1992, do Conselho da Europa, relativa à coerência na aplicação das penas.

jurisprudência dos Tribunais Superiores, interventores indirectos que também acabam por ser da política criminal.

Ponderação que não é alheia ao Ministério Público independentemente das recentes leis de política criminal, como se viu, cabendo-lhe assegurar, além do mais a realização da igualdade dos cidadãos perante a lei penal⁶⁹, não só quando selecciona os factos em relação aos quais exerce a acção penal, mas também no que respeita às reacções criminais de consenso e às penas, numa contribuição significativa para uma determinação da medida concreta da pena sem disparidades injustificadas, sem distonias tão prejudiciais à noção de igualdade, democracia e justiça.

Assim, importa criar e implementar os mecanismos de análise da jurisprudência, respeitante à aplicação de sanções de consenso e à medida concreta da pena, quer a nível nacional, através da recolha, tratamento e análise das decisões do Supremo Tribunal de Justiça, a nível regional, com os tribunais de Relação, e a nível local, designadamente em relação à criminalidade de massa.

Poder-se-ia, assim, obter elementos que permitissem a elaboração, a estes diversos níveis, de linhas de orientação (*guidelines*) respeitantes à reacção do sistema de justiça criminal (*sentencing*), que adoptadas pelo Procurador-Geral, à luz da lei de política criminal, permitiriam uma muito maior eficácia do Ministério Público na prossecução das suas competências, nomeadamente se conjugadas com acções de formação dos seus magistrados no que respeita à medida concreta da pena e ao respectivo recurso.

Assim contribuindo também para as três técnicas de redução das disparidades subjectivas de que fala Andrew Ashworth⁷⁰:

- auto-regulamentação do poder de apreciação dos juízes:
- orientação legislativa em matéria de aplicação de penas

⁶⁹ Cfr. Manuel Simas Santos, O princípio da igualdade, a medida da pena e o Ministério Público, Comunicação ao 5.º Congresso do Ministério Público, subordinado ao tema *O Ministério Público, a Democracia e a igualdade dos cidadãos*, Cosmos/SMMP, Lisboa 2000 e Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário..., 2.ª Edição, pág. 159

⁷⁰ Técnicas de redução das disparidades subjectivas na aplicação das penas, in Manuel Simas Santos, *Medida Concreta da Pena, Disparidades*, págs. 213 e segs, especialmente 224.

– sistemas de directivas.

E termino, sublinhando a conclusão, a que já aludi, de que esta matéria deve ser devidamente tido em conta, quer na formação inicial e permanente dos seus Magistrados, quer na sua atitude e da estrutura em que se enquadram, com vista a potenciar e corrigir a sua acção neste domínio.

Muito Obrigado.

CEJ, 3 de Fevereiro de 2010

Manuel Simas Santos