



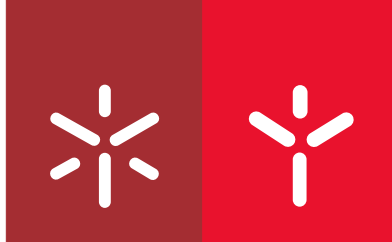
Universidade do Minho
Escola de Direito

Manuel José Carrilho de Simas Santos

RELATÓRIO PROFISSIONAL

Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público

Dezembro de 2012



Universidade do Minho

Escola de Direito

Manuel José Carrilho de Simas Santos

RELATÓRIO PROFISSIONAL

Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público

Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Mário João Ferreira Monte

Dezembro de 2012

DECLARAÇÃO

Nome: Manuel José Carrilho de Simas Santos

Endereço electrónico: simasantos@gmail.com, telefone: 936508385

Número de CC: 0042567

Relatório Profissional

Orientador:

Professor Doutor Mário João Ferreira Monte

Ano de conclusão 2013

Designação do Mestrado. Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária)

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTE RELATÓRIO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 15 de Dezembro de 2012

Assinatura: _____

RELATÓRIO PROFISSIONAL

Mestrado em Direito Judiciário

(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Resumo

Entre os temas em que mais se empenhou (e empenha) profissional e academicamente, designadamente a partir de 1983, encontra-se seguramente a medida da pena, esteve sempre ligado à aplicação das penas e à sua coerência e aos condicionamentos do julgador nessa aplicação, bem como os instrumentos que pudessem contribuir para afastar a disparidade injustificada na aplicação das penas e o papel a desempenhar pelo Ministério Público.

Esse interesse motivou diversas investigações e intervenções ao longo dos anos, marcadas por um fio conduto que as aproxima e potencia, e que se projecta ainda no futuro, sem esquecer e negligenciar algumas dificuldades que o *sentencing* e respectivas *guidelines* atravessam no mundo anglo-saxónico, mas valorizando-os como instrumentos indicativos susceptíveis de contribuírem para a diminuição das disparidades injustificadas na aplicação das penas.

Abstract

Since 1983, I have dedicated myself professionally and academically to researching the measure of punishment (from the perspective of consistency in the application of penalties as well as in the conditions imposed by the judges) and also to developing means of eliminating the unjustified disparity in the application of penalties and the prosecution's role in this.

This interest was at the source of ample research and interventions connected over the years (which are nonetheless still appropriate in the future) notwithstanding the difficulties posed by sentencing guidelines, and their cross-over into the Anglo-Saxon context, but by regarding them as means to contribute to the reduction of unwarranted disparities in the application of penalties.

Índice

Resumo	iii
Abstract	iv
I – Introdução	6
II – Desenvolvimento	8
2.1. As molduras penais abstractas e o ponto médio da moldura penal	8
2.2. Sugestão de estudo sobre a medida concreta da pena no Supremo Tribunal de Justiça	14
2.3. Estudo exploratório no Supremo Tribunal de Justiça	33
2.4. Investigações em curso	39
2.4.1. <i>Sentencing</i> , política criminal, igualdade e Ministério Público	39
2.4.2. A pena única conjunta.	43
III – Conclusão	45
IV – Bibliografia	46

I

Introdução

Data de 17 de Outubro de 1969 a sua primeira posse, como Subdelegado do Procurador da República, e o ingresso na magistratura do Ministério Público, quando ainda frequentava o 4.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Foi Subdelegado do Procurador da República, Delegado do Procurador da República (interino, efectivo de 3.ª, 2.ª e 1.ª classe), Juiz de Direito, Procurador da República de 1.ª Instância, Procurador da República de 2.ª Instância, Procurador-Geral Adjunto, Auditor do Ministério da Cultura¹, Auditor do Ministério do Trabalho, Procurador-Geral Distrital do Porto², Procurador-Geral Adjunto Coordenador do Supremo Tribunal de Justiça³, Juiz do Tribunal Superior de Justiça de Macau⁴ e Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, integrando a secção criminal (5.ª secção)⁵.

Exerceu, pois, funções essencialmente no domínio aplicativo no direito penal, civil, laboral, administrativo e fiscal, ou seja, no domínio do direito judiciário.

O que acabou por se reflectir igualmente nas temáticas que abordou quer em livros e artigos publicados em revistas da especialidade, quer nas conferências produzidas e na sua actividade de formação e académica, designadamente no âmbito deste próprio Mestrado.

¹ Nos termos dos art.ºs 44.º e 45.º do EMP, Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto.

² Em regime de substituição.

³ Nomeado, nos termos do n.º 2 do art. 13.º do EMP, pelo Procurador-Geral da República.

⁴ Exercendo funções de Supremo Tribunal Administrativo, em secção, e decidindo os processos idos do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal e como Tribunal Constitucional em plenário, como relato em matérias do Contencioso administrativo e fiscal, decidindo igualmente os processos idos do Tribunal Constitucional.

⁵ E rotativamente a secção de contencioso administrativo.

Entre os temas que mais o interessaram (e interessam) conta-se seguramente a medida concreta da pena, a coerência na aplicação das penas, a política criminal, o princípio da igualdade e o Ministério Público.

Com efeito, e seguindo uma linha cronológica, teve diversas actividades ou participações nesse domínio.⁶

Daí que tenha escolhido esse tema como objecto do presente Relatório.

⁶ – Intervenção sobre «*A investigação das penas nos Tribunais Superiores*», no Colóquio «Uma Perspectiva Jurídica Sociológica do Novo Código Penal», na Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 18-05-95;
– Conferência «*A Medida Judicial da Pena*», organizada pelo Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, Porto, 26.11.96;
– Conferência «*A Medida da Pena: Algumas Considerações*», Auditório da Autoridade Monetária e Cambial, a convite do Secretário Adjunto para a Justiça, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 19-09-97, publicada com o título *A Medida da Pena no Direito Penal de Macau*, na Revista Jurídica de Macau, 1998, vol. 5, n.º 1, p. 7-64
– Sobre os *recursos em processo penal e medida concreta da pena*, Lisboa, 10 e 11-11-97, acção de formação no Centro de Estudos Judiciários;
– Intervenção «*A Medida da Pena na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*», na acção de formação sobre Direito Judiciário da Droga, Lisboa, 23-1-98, no Centro de Estudos Judiciários;
Publicou a monografia *Medida Concreta da Pena. Disparidades (esboço de um estudo empírico)*, Vislis, Lisboa, 1998
– Intervenção no 5.º Congresso do Ministério Público, «*O Princípio da Igualdade, a Medida da Pena e o Ministério Público*», 19 a 22-11-98;
– Foi co-responsável pelo Projecto POSI/EEI/13096/2000, da Universidade do Minho, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, intitulado *Um sistema de Informação com Base na WEB para acesso à Jurisprudência* e apresentado na 7.ª Conferência Internacional de Inteligência Artificial e Direito, Oslo por uma equipa multidisciplinar da Universidade do Minho, 14 a 18/6/99
– Sobre o *Ministério Público, a medida da pena e ao princípio da igualdade*, Lisboa, Abril de 2000, acção de formação no Centro de Estudos Judiciários;
– Integrou o júri de doutoramento em Informática, área do conhecimento de Inteligência Artificial de Marco Aurélio Correia da Costa, 18-12-2002, Departamento de Informática da Universidade do Minho, que versou sobre a construção de uma base de dados para a investigação empírica em *sentencing*.
– Nomeado a 22.07.03 como Interlocutor por parte do Supremo Tribunal de Justiça no Protocolo de Cooperação com a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, tendo também em vista investigações sobre *sentencing*.
– Publicou o artigo *A medida da pena no Supremo Tribunal de Justiça (esboço de um estudo empírico)*, RPCC, 2004, pág. 453
– Acção de formação sobre a “*Medida da Pena*”, Lisboa, 17.4.2002, acção de formação no Centro de Estudos Judiciários;
– “*As penas no caso do concurso de Crimes*”, no Curso de Especialização “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 3.2.2010;
– “*As penas no caso do concurso de Crimes*”, no Curso de Especialização “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no Centro de Estudos Judiciários, Porto, 06.05.2010, publicada na Revista do CEJ n.º 13;
– *Criminalidade fiscal e escolha e determinação da medida da pena*, Curso de especialização Temas de Direito Fiscal Penal, no Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 22-06-2012.
– Seminário sobre *Política Criminal, Sentencing, Igualdade e Ministério Público*, no Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade, Escola de Sociologia da Universidade do Minho, 26.10.2012

II

Desenvolvimento

2.1.

As molduras penais abstractas e o ponto médio da moldura penal

O interesse pelo tema da medida da pena, esteve sempre ligado à aplicação das penas e à sua coerência e aos condicionamentos do julgador nessa aplicação, bem como os instrumentos que pudessem contribuir para afastar a disparidade injustificada na aplicação das penas e o papel a desempenhar pelo Ministério Público.

E redobrou com a publicação e entrada em vigor do novo Código Penal⁷ e modernidade que trazia.

Ao publicar, em co-autoria⁸, a obra *O Código Penal de 1982* (anotado)⁹, teve ocasião de referir o que, para si, era (e é) um dos condicionamentos do julgador na aplicação da pena: as múltiplas molduras penais previstas no Código, pelo que, para além da análise esperada dos artigos respeitantes à escolha e medida da pena, apresentou aí uma tabela com as molduras penais abstractas previstas no mesmo diploma legal, assim chamando a atenção para elas^{10 11}.

E, preocupado com o ponto de partida na aplicação das penas utilizado no domínio do Código anterior, fez igualmente referência à circunstância de que:¹²

⁷ Aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, diploma revogado pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, que alterou e republicou o Código Penal.

⁸ Com o Conselheiro Manuel Leal-Henriques.

⁹ Em quatro volumes, Editora Rei do Livros, Lisboa, 1.ª edição 1986-1987.

¹⁰ Em anotação ao art. 40.º, págs. 254-256 do primeiro volume: 49 molduras penais abstractas expressamente previstas (sem atenuação ou agravamento especial)...

¹¹ O Código Penal anterior, de 1886, a partir da alteração introduzida pelo DL n.º 39.688, de 5-7-1954, previa as seguintes penas de prisão: penas maiores (20 a 24 anos, 16 a 20 anos, 12 a 16 anos, 8 a 12 anos, 2 a oito anos – art. 55.º); penas correcionais (3 dias a 2 anos), ou seja 6 molduras penais como base indicadas na parte geral do Código, que sofriam ajustamentos na parte especial do mesmo diploma, na norma que previa e punia as diversas condutas.

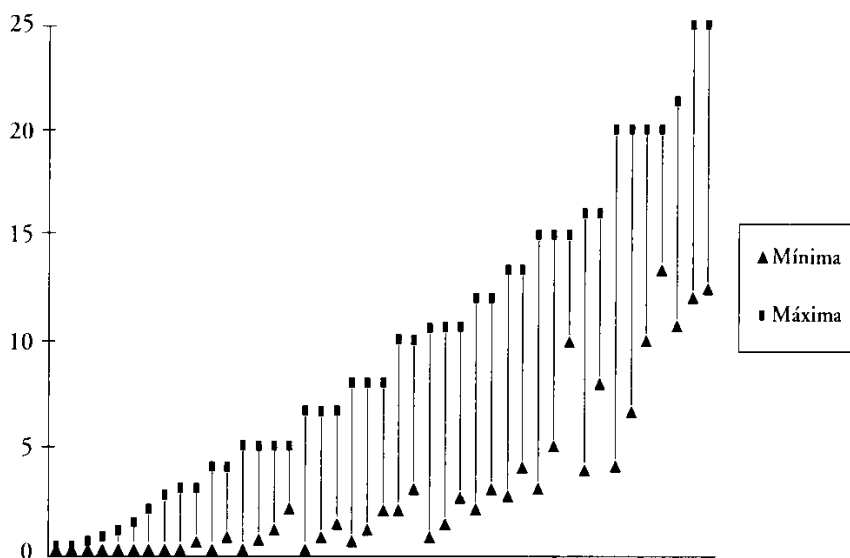
¹² *C. Penal*, 3.ª ed., págs. 817-818.

«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 de tais molduras.

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

Sugeriu, pois: «O ponto de partida deverá ser logicamente a média entre os limites mínimo e máximo da respectiva moldura (cfr. BMJ 286-18).»¹³

Na 2.^a edição dessa obra, agora com o título *Código Penal*^{14 15}, foi actualizada aquela outra tabela, sublinhando-se que o número anterior de 49 molduras baixara, de forma pouco sensível, passando a 43 molduras penais abstractas.¹⁶ Apresentou-se então o seguinte gráfico que representava essas molduras penais, ordenadas pelos máximos, com indicação dos respectivos mínimo e máximo:



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.»^{17 18}

Explicitou-se ulteriormente¹⁹ que, «por um lado, esta atomização e multiplicação de molduras penais não partiu de considerações éticas quanto ao valor dos respectivos bens jurídicos numa inter-relação que apoie e esclareça os magistrados e, por outro, é muito vulnerável à modificação pontual dessas mesmas molduras, normalmente ao agravamento, numa legisferação à flor da pele e das derivas securitárias». E é, na verdade, grande o contraste com o número de moldura penais que vinham do diploma antecedente²⁰.

Nesse mesma edição, depois de lembrar o que fora dito na anterior, deu-se conta da corrente jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça, favorável à posição transmitida por Eduardo Correia²¹ em que se revia o AcSTJ de 11.11.1987 (BMJ 371-226), jurisprudência que foi evoluindo em sentido diverso, mas reconhecendo o interesse que a média pode desempenhar no contexto dos mandamentos do art. 71.º do Código Penal.²²

¹⁷ Reconhecendo que tais indagações se situavam para além do horizonte necessariamente restrito de uma anotação – págs. 393 da 2.ª edição.

¹⁸ Tal anotação foi retomada na 3.ª edição da mesma obra, com o título *Código Penal Anotado*, Rei dos Livros, Lisboa, 2002, págs. 582-586.

¹⁹ *As penas no caso do concurso de crimes*, Revista do CEJ, n.º 13, 1.º semestre de 2010, Lisboa, pág. 127.

²⁰ Como se refere na nota 6.

²¹ Autor do Anteprojecto do Código Penal, BMJ 286-19.

²² Começou a Jurisprudência por entender que (i) Face a uma maior amplitude nos limites máximo e mínimo das leis (no C Penal de 1982) relativamente ao estabelecido no Código de 1886, a pena concreta a aplicar, nos termos do Código de 1982, deve afastar-se

Deu-se igualmente conta de que aquela jurisprudência fora severamente condenada na doutrina²³ 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”».

Mas, todavia, pensamos ainda que 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 é adequada e operativa, não merecendo essa condenação²⁴.

Continuamos a acreditar nos argumentos que então aduzimos e que não foram, ao que nos tenhamos apercebido, objecto de réplica substantiva. Nunca se afirmou que se tratasse de um critério normativamente imposto, mas sim de instrumento ao dispor do julgador para melhorar a sua percepção da amplitude da moldura abstracta e para reduzir a ocorrência de disparidades injustificadas na aplicação da pena. Depois, a frase intencional e esclarecida do Prof. Eduardo Correia, proferida na discussão do seu

mais do limite mínimo; (ii) De resto, a tendência para fixar a pena próximo do limite mínimo da moldura abstracta resultava da consciência generalizada da severidade das penas do antigo Código; (iii) Agora que existe um Código actualizado já não se justifica essa prática de diferenciar a pena pelo seu mínimo, pelo facto de não existirem circunstâncias agravantes. Deve utilizar-se como ponto de partida a média entre os limites mínimo e máximo da pena. (AcRP de 16-02-1983, Proc. n.º 2214, AcRC de 23-02-1983, CJ VII, 4, 73, AcRC de 18-05-1983, CJ VIII, 3, 88, AcRC de 09-11-1983, CJ VIII, 5, 73, AcRE de 12-02-1984, BMJ 336-482, AcSTJ de 06-06-1984, BMJ 338-212, AcSTJ de 03-10-1984, BMJ 340-207, AcSTJ de 07-11-1984, BMJ 341-197, AcSTJ de 11-11-1987, BMJ 371-226, AcSTJ de 19-12-1984, BMJ 342-233, AcSTJ de 13-11-1985, BMJ 351-211.

Uma outra posição, veio contrariar essa corrente, a de que «quanto a determinação da medida da pena, nenhum dispositivo do nosso direito penal obriga ou, sequer insinua, que haja de partir-se da média entre os limites mínimo e máximo da moldura penal abstracta que corresponde a cada infracção. AcRP de 15-10-1986, CJ XI, 4, 254, BMJ 360-655, AcRP de 11-02-1987, CJ XII, 1, 263, AcSTJ de 07-06-1989, Proc. n.º 40051, AcSTJ de 21-06-1989, BMJ 388-245, AcSTJ de 20-12-1989, AJ n.º 4, AcSTJ de 23-01-1990, AJ n.º 5, AcSTJ de 27-02-1991, AJ n.º 15/16, AcSTJ de 30-01-1990, AJ n.º 6, AcSTJ de 24-02-1993, Acs do STJ n.º 1, 204, AcSTJ de 11-06-1992, Proc. n.º 42717. Neste último acórdão diz-se que a determinação concreta há-de resultar da liberdade de adaptar a cada caso concreto, liberdade que o julgador deve usar com prudência e equilíbrio, dentro dos cânones jurisprudenciais e de experiência, no exercício do que verdadeiramente é a **arte de julgar** (realçado agora), expressão que julgávamos já erradica neste domínio.

Mas pensa-se que a síntese pode ser encontrada nas seguintes decisões:

Aquele "ponto de partida" (média entre os limites mínimo e máximo da moldura) reporta-se tão-só a uma pré-certeza de que os casos menos graves hão-de ser punidos do mínimo para a média e os casos mais graves o devem ser da média para o máximo. AcRE de 20-10-1987, BMJ 370-636

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. AcSTJ de 24-02-1988, BMJ 374-229

Não pode arvorar-se em critério orientador da sua determinação a média entre os limites mínimo e máximo. Não se nega que essa média não tenha qualquer interesse ou relevo, podendo constituir um ponto de referência do julgador na actividade intelectual que desenvolve para encontrar a sanção adequada. Mas, não mais do que isso". AcSTJ de 18-10-1989, Proc. n.º 40101

O ponto médio entre os limites da pena tem apenas interesse na actividade intelectual desenvolvida para se entroncar a sanção adequada. AcSTJ de 07-12-1993, Proc. n.º 45831, AcSTJ de 25-10-1989, Proc. n.º 40079.

²³ Figueiredo Dias, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 210-211.

²⁴ Como defendemos, mais uma vez, em *As penas no caso do concurso de crimes*, Revista do CEJ, n.º 13, 1.º semestre de 2010, Lisboa, págs. 115-157

Projecto da Parte Especial do Código, tem o valor que a valia e a autoridade do seu autor lhe confere, bem como a que resulta do seu teor e das circunstâncias em que foi proferida, não sendo adequado partir de uma hipotética falta de rigor, não demonstrada, e seguramente inesperada no seu autor, para lhe retirar significado.

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

Finalmente, a nosso ver, não se demonstrou, nem se ensaiou, através de estudos empíricos, a demonstração da existência de resultados perniciosos derivados daquela posição.

O que chamamos em outra ocasião de *reabilitação do ponto médio*²⁵ tem hoje essencialmente o sentido de 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.²⁶

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 derogar 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 a fim de ter em consideração factores agravantes ou atenuantes

²⁵ *As penas no caso do concurso de crimes*, Revista do CEJ, n.º 13, 1.º semestre de 2010, Lisboa, págs. 115-157

²⁶ 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 para, eventualmente, pensar as molduras penais.

Questões em aberto serão as de saber se devem existir vários ou só um ponto de partida, neste último caso se deve ser o ponto médio e se este se traduz matematicamente pela média aritmética dos extremos da moldura (como vinha assumindo, sem o discutir, a jurisprudência)²⁷, ou antes pela média geométrica dos referidos extremos, que terá a vantagem de se relacionar de igual modo com os limites mínimo e máximo da moldura.²⁸

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 Aritmética	Média Geométrica	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 2000 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

²⁷ De resultados mais severos, como se vê do quadro que se segue.

²⁸ 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.

Fica assim resposta, sinteticamente, a discussão sobre a existência de ponto(s) de partida na aplicação das penas, um dos momentos em que deve ser pensada a questão da determinação da medida concreta da pena, que 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. Por outro lado, 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.

2.2.

Sugestão de estudo sobre a medida concreta da pena no Supremo Tribunal de Justiça

Para ter condições para aprofundar estas matérias, requereu ao Conselho Superior do Ministério Público, pelo período de 1.10.1996 a 31.12.1996, a equiparação a bolseiro, nos termos dos art.ºs 10.º-A do Estatuto dos Magistrados Judiciais, introduzido pela Lei n.º 10/94 de 5 de Maio e 1º e 3º do DL n.º 272/88, de 3 de Agosto com o fundamento no exercício de funções como Procurador-Geral Adjunto na secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e na integração, desde o seu início, nas Comissões de Informatização da Jurisprudência e de Informatização da Gestão Processual do STJ.

Os trabalhos da Comissão de Informatização da Gestão Processual do STJ propiciavam então o desenvolvimento de um projecto sobre o qual já se vinha debruçando. Tratava-se de aproveitar esses trabalhos da Comissão para lançar os fundamentos da implementação de uma base de dados sobre a dosimetria penal no STJ que permitisse o estudo da aplicação das penas, designadamente em termos de

igualdade na aplicação da lei penal, de uso da moldura penal abstracta e de determinação das variáveis que influem na medida concreta da pena²⁹.

A investigação centrada sobre estes pontos, para além de propiciar elementos eventualmente úteis ao legislador e ao ensino do direito, visava essencialmente permitir ao Supremo uma reflexão fundamentada sobre a sua própria prática, em ordem a melhor respeitar o princípio de igualdade, conhecer melhor e objectivar as motivações no domínio da medida da pena e melhor cumprir o seu papel de orientação dos restantes tribunais na aplicação da lei penal³⁰.

Esclareceu que no requerimento inicial de equiparação a bolseiro se continham, do mesmo passo, uma sugestão metodológica e a identificação do objectivo a atingir nesta fase inicial: preparar os instrumentos de análise e 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.³¹

Pretendia-se, no que se refere à metodologia e atendendo aos contributos de diversas disciplinas, identificar as variáveis a que, de acordo com a lei, o juiz deve atender na determinação da medida concreta da pena, bem como aquelas outras que, mesmo sem não o deverem fazer, se pensa, em hipótese, influírem nessa mesma medida.

Feita esta identificação, procurar-se-ia construir uma ficha de análise das decisões proferidas pelo STJ, para recolha dos elementos respeitantes a essas variáveis, bem como estabelecer as especificações respeitantes a uma base de dados destinada ao armazenamento de tais elementos, a integrar no projecto de informatização da actividade processual do STJ.

²⁹ Publicara entretanto, um artigo sobre a natureza e funções do Supremo Tribunal de Justiça intitulado «*Supremo Tribunal de Justiça - Natureza, Funções e Acesso - Direito Comparado*», Revista do Mº Pº, n.º 45, págs. 147-157.

³⁰ A realização das tarefas exigidas pela implementação deste projecto (estudo das suas implicações, a análise das variáveis que se pensa poderem influenciar a dosimetria penal, o desenho da base de dados necessária e as especificações relativas ao programa, *maxime* de tratamento estatístico dos dados), não se compadecia com a ocupação normal do trabalho na Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, dado o grande volume de serviço existente e o grau de dificuldade do mesmo. Daí o pedido de equiparação a bolseiro por um período de três meses, com dispensa daquele serviço, mas mantendo, no entanto, o trabalho das duas Comissões de Informatização e do Conselho Superior de Medicina Legal.

³¹ O requerimento de equiparação a bolseiro e o seu complemento encontram-se em anexo à acta da reunião de 9.11.95 do Grupo de Trabalho para a Informatização do Supremo Tribunal de Justiça.

Finalmente, seria a vez da análise dos dados e seu tratamento estatístico, com vista a verificar o nível de aceitação das variáveis em hipótese, bem como verificar o grau de influência das variáveis a que a lei manda atender.

O teste dos instrumentos de observação e análise e dos programas informáticos referidos, bem como a sua aplicação e tratamento no futuro situava-se já para além do horizonte temporal tido em vista no requerimento apresentado.

O Conselho Superior do Ministério Público deliberou favoravelmente sobre a pretensão apresentada³², estabelecendo a obrigação de apresentar um relatório sobre o trabalho realizado, o que veio a ser cumprido sob o título de “Medida Concreta da Pena no Supremo Tribunal de Justiça (Sugestão de Estudo)” e posteriormente publicado³³.

Esse relatório iniciou-se com a clarificação do seu âmbito, prosseguindo pela abordagem da natureza e funções do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a sua evolução e concepção.

Já antes tivera ocasião de abordar a especial natureza e funções deste Tribunal³⁴, situado na cúpula da hierarquia judiciária. O órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional, como diz o art. 214.º da Constituição³⁵, o que se deve reflectir na forma como o STJ exerce essas mesmas funções, pois que condicionam, ou devem condicionar, esse mesmo exercício.

A Constituição não abordou, pois, a questão das funções do Supremo Tribunal de Justiça e deixou em aberto o problema da sua competência para proferir assentos, remetendo-o para o legislador ordinário, problema no entanto suscitado em Comissão.³⁶

³² Por despacho do Ministro da Justiça, foi autorizada a pedida equiparação a bolseiro pelo período indicado.

³³ Num volume intitulado, *Medida Concreta da Pena, Disparidades*, Vislis Editores, Lisboa 1998, acompanhado da Recomendação R(92) 17 de 19.10.1992 do Conselho da Europa, sobre a *Coerência na Aplicação das Penas* e dos relatórios do 8.º Colóquio Criminológico: *Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções*, 1987.

³⁴ Cfr Simas Santos, «*Supremo Tribunal de Justiça - Natureza, Funções e Acesso - Direito Comparado*» (Revista do Mº Pº, n.º 45, págs. 147-157).

³⁵ O Supremo Tribunal de Justiça, embora previsto na Constituição de 1822, foi criado pelo Decreto de 16 de Maio de 1832, com 9 Conselheiros e só entrou em funcionamento em Setembro de 1833; sendo composto no momento da elaboração do relatório por 51 Conselheiros a que, de momento, acresciam mais 6 Juizes Conselheiros auxiliares, nele exercendo funções 11 Procuradores-Gerais Adjuntos.

³⁶ Cfr Cunha Rodrigues, *A Constituição e os Tribunais*, pág. 52. A 6ª Comissão propôs para o art. 8.º a seguinte redacção: «O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão máximo da hierarquia dos tribunais judiciais e tem competência para proceder à uniformização da jurisprudência». Esta última parte foi retirada após discussão no plenário, tendo, a propósito, afirmado o deputado Jorge Miranda «a opinião que sempre sustentei é de que os assentos não são lei - são jurisprudência, são expressão de jurisprudência criadora. Ora, a consagração constitucional deste poder do Supremo Tribunal de Justiça para uniformizar a jurisprudência através de

A institucionalização de um Supremo Tribunal de Justiça já fora intentada com o regime liberal, pois a Constituição de 1822 determinara a sua existência, sendo uma das suas principais atribuições conceder ou negar revista, mas não chegou a ser efectuada a necessária regulamentação. A Carta Constitucional também o criou em Lisboa, como tribunal de revista^{37 38}.

O Supremo Tribunal de Justiça foi finalmente instituído na reforma judiciária operada pelo Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832, mas só foi organizado e posto a

assentos poderia, mais tarde, ser interpretada no sentido de que era lei. E nós, no Estado democrático que queremos construir em Portugal, só podemos admitir um único órgão legislativo: o órgão representativo, o órgão derivado da vontade popular, e não o Supremo Tribunal de Justiça», DAC, pág. 3128/9, Plenário de 17 de Dezembro de 1975.

³⁷ Chaves e Castro, *A Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portugueses*, pág. 158.

O Supremo Tribunal era apresentado ao tempo da feitura do Relatório, no sítio da Internet, da seguinte forma: Antecedentes - fundação do Supremo Tribunal de Justiça. Histórico - Antecedentes - Nota prévia - Fontes.

Da fundação da nacionalidade até às Ordenações Afonsinas

Nos primórdios da vida portuguesa, depois de uma parte da Cúria ou Consilium visigótico se ter especializado na administração da Justiça e passado a desempenhar funções jurisdicionais de 1ª instância ou de recurso, em nome do Rei, admitia-se uma revisão do decidido, em última instância, para o próprio Monarca, presidindo a um Tribunal supremo.

Esse Tribunal, do Rei ou da Corte, era composto por Juizes que se designavam de "Sobrejuizes", exactamente porque tinham poderes de reapreciação do decidido em instâncias inferiores.

A primeira lei em que aparece a designação de "Sobrejuiz" data de 11 de Abril de 1266.

Até Afonso V, o tribunal supremo era designado por "Casa d'El Rei"; todavia já no reinado de Afonso IV, embora timidamente, o tribunal era denominado também de "Desembargo do Paço", porque se pedia aos "Sobrejuizes" que "desembargassem os feitos o mais asinha possível", o que motivou que os seus Juizes passassem também a ser designados como "Desembargadores", designação que ainda hoje subsiste para os Juizes de 2ª Instância, isto é para os Juizes dos Tribunais da Relação.

Só em 1477, no reinado de D. João II, o Desembargo do Paço passou a ser um tribunal distinto da Casa d'El Rei, com funções de "Tribunal de Graça".

Ordenações Afonsinas

Pelas Ordenações Afonsinas, a Casa da Justiça ou Desembargo do Paço foi dividida em duas secções ou "Mesas": A "Casa d'El Rei", propriamente dita, também conhecida como "Mesa Grande", e que mais tarde, com D. João I, veio a ser a "Casa da Suplicação" ou "Casa da Soppricaçom", nome que lhe veio de nos recursos de natureza penal respeitantes aos crimes mais graves, se suplicar a benevolência real no tocante à medida das penas. A "Outra Mesa", depois designada por "Casa do Cível" e, posteriormente, "Relação" ou "Rollaçom", que veio a sedentarizar-se em Lisboa e mais tarde no Porto e de cujas decisões se podia recorrer, em certas circunstâncias, para a "Mesa Grande".

Como reminiscência curiosa desta divisão entre a "Mesa Grande" e a "Outra Mesa", refere-se que, ainda hoje, no Supremo Tribunal de Justiça, existe uma sala de reuniões com uma mesa grande e três outras salas menores com mesas pequenas, destinadas, inicialmente, a reuniões plenárias, a primeira, e a reuniões com menor número de Juizes, as restantes, e que no Século XVIII, na "Casa da Suplicação", além da "Mesa Grande", em que decidiam os dez Desembargadores dos agravos, havia mais seis (!) "Mesas", para as restantes matérias.

Hoje podem ver-se em <http://www.stj.pt/stj/historia/curiosidades> notas históricas diversas e mais desenvolvidas.

³⁸ Deve notar-se, no entanto, que «o recurso de revista é entre nós antiquíssimo, porque remonta a D. Afonso II. Era, antes do estabelecimento do regime liberal, um recurso extraordinário e de graça especial, chamado assim, porque se pedia ao rei por meio de uma petição escrita, dirigida ao desembargo do paço, que fizesse a graça de conceder a revista do feito.»

« Recebida a petição, o desembargo do paço, como delegado do impetrante civil, concedia ou negava a revista pedida pelo voto unânime de dois desembargadores ou de três, se os dois empatavam, devendo, neste caso, o terceiro concordar com um dos dois votos. Concordando dois desembargadores com se conceder a revista, o desembargo do paço nomeava dois desembargadores da Casa da Suplicação para examinarem o feito e deliberarem, por tenções escritas, se o caso era ou não de revista; e se resolviam pela negativa, ficava esta negada, não obstante os dois votos favoráveis dos desembargadores do paço; se resolviam pela afirmativa, mandava-se passar um alvará assinado pelo punho real e dirigido ao regedor da justiça, para nomear juizes, a quem se cometia a revisão do feito, sendo um relator e os demais adjuntos» – Chaves e Castro, *op. cit.*, pág. 157, podendo ainda ver-se sobre o recurso de revista Pereira e Souza, *Primeiras Linhas de Processo Civil*. Paulo Merêa, *BMJ* n.º 7, págs. 43 a 72, Alberto dos Reis, *CPC Anotado*, VI, págs. 11 e segs. e Sá Nogueira, *na introdução ao nosso volume «Supremo Tribunal de Justiça, Assentos e Jurisprudência Obrigatória»* págs. 13-66.

funcionar pelo decreto de 14 de Setembro de 1833, depois de extinto um mês antes o Desembargo do Paço³⁹

O STJ foi concebido como «regulador e uniformizador da jurisprudência nacional». Na hierarquia judiciária não há poder de direcção por parte dos juizes dos tribunais superiores, como não há dever de obediência do lado dos juizes dos tribunais inferiores, visto que para todos eles vale indistintamente o princípio basilar da independência proclamado no art. [203º] da Constituição e no art. 3.º da Lei [de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais]⁴⁰. O que não impede a acção uniformizadora do STJ.

E são essas funções de regulador e uniformizador da jurisprudência nacional que vem mantendo, cabendo-lhe essencialmente a função de tribunal de revista (art. 26.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

É, pois, o Supremo Tribunal de Justiça um tribunal de revista, isto é, um «tribunal cuja função própria e normal é restabelecer o império da lei, corrigindo os erros de interpretação e aplicação das normas jurídicas cometidos pela relação ou pelo tribunal da 1ª instância, contribuindo para a uniformização da jurisprudência, que ocorre quer directamente, por via dos assentos, quer indirectamente».^{41 42}

Acompanha, assim, o nosso Supremo Tribunal de Justiça o ensinamento do direito comparado de, em primeiro lugar, velar pela boa aplicação das regras jurídicas pelas jurisdições inferiores e, por essa forma, assegurar ao direito unidade, clareza e

³⁹ Caetano Gonçalves, *Supremo Tribunal de Justiça*, Coimbra, 1932; «Dir», 49-164 e 65-254.

⁴⁰ Aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro. Antunes Varela, J. Miguel Beleza e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, pág. 213.

⁴¹ Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, VI, pág. 2. «Pelo facto de estar colocado no mais alto grau da hierarquia judicial, de ser tribunal único, e de ser presumível que a jurisprudência estabelecida pelos seus acórdãos venha a ser adoptada, de futuro, em casos semelhantes, é natural que os tribunais de 1ª e 2ª instância se inspirem na interpretação e aplicação que o Supremo for dando aos textos legais.» «O que dá aos acórdãos do Supremo um prestígio e valor especial é a circunstância de emanarem do mais alto tribunal e de dever supor-se que o Supremo manterá, de futuro, a sua jurisprudência, em casos semelhantes. Esta força, senão de persuasão, ao menos de supremacia, tenderá a produzir o seguinte resultado prático: os tribunais inferiores, mesmo quando não concordem com a doutrina emitida pelo Supremo, serão levados naturalmente a aceitá-la e a aplicá-la. Podem, certamente, reagir contra ela, quando a considerarem errada; e a cada passo reagem. Mas se o Supremo insistir na sua jurisprudência, se se mantiver fiel a ela, os tribunais inferiores acabarão por desarmar e por se submeter, certos de que a sua luta será inglória e inútil. A jurisprudência do Supremo acabará por triunfar contra as veleidades de resistência dos tribunais de instância. Pouco a pouco, por uma lei natural do espírito humano, os juizes dos tribunais inferiores vão-se conformando com as directrizes traçadas pelo Supremo em matéria de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Este o mecanismo indirecto que conduz à uniformização da jurisprudência. Mecanismo lento, mas de resultado seguro. A acção deste mecanismo pressupõe a condição já assinalada: que o Supremo se mantenha fiel à sua própria jurisprudência», *A. e loc. cit.*, pág. 1-15.

⁴² Cfr também Karl Larenz, a importância da jurisprudência para a actividade jurídica prática in *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág. 277.

certeza; em segundo lugar, modernizar o direito, isto é, adaptá-lo às novas condições sociais e às aspirações contemporâneas; e só reflexamente fazer boa justiça ao recorrente.^{43 44}

Tem assim como função própria e normal corrigir os erros de interpretação e aplicação das normas jurídicas cometidos pelas instâncias, restabelecendo o império da lei e contribuindo para a uniformização da jurisprudência directamente (por via da jurisprudência obrigatória) e indirectamente, por via das suas decisões.

É a circunstância de emanarem do mais alto tribunal nacional e de dever supor-se que o STJ de futuro manterá, em casos semelhantes, a sua jurisprudência que dá aos acórdãos do Supremo um prestígio e valor especial. Sendo o mais alto grau da hierarquia judicial e tribunal único, é de esperar que no futuro os seus acórdãos e a jurisprudência que estabeleçam venha a ser adoptada em casos semelhantes, o que torna natural que as instâncias se inspirem na interpretação e aplicação dos textos legais que o STJ for fazendo. Então, as instâncias, ainda que não concordando com a doutrina emitida pelo Supremo, terão tendência a aceitá-la aplicando-a, independentemente de reagir contra ela num primeiro momento, quando a considerarem errada. Mantendo o STJ a sua jurisprudência, os restantes tribunais acabarão por se conformar com ela. Mas este mecanismo indirecto e lento de uniformização da jurisprudência pressupõe que o Supremo se mantenha fiel à sua própria jurisprudência.

Mas, num Supremo Tribunal como o STJ, com inúmeros recursos⁴⁵ e com um número muito alargado de juizes, em que a Secção Criminal funciona já em suas subsecções com o mesmo Presidente⁴⁶ (pouco depois autonomizadas como 3.^a e 5.^a

⁴³ Aproxima-se, assim, o Supremo Tribunal de Justiça português do Supremo Tribunal ideal, na síntese conclusiva de André Tunc que seria híbrido – nem um terceiro grau de jurisdição que se não distingue das 1.^a e 2.^a instâncias a não ser pela sua supremacia, uma vez que conhece igualmente de matéria de facto e de direito, nem o oposto que tem exclusivamente por função o controle do respeito da lei – e só poderia ser chamado a intervir sobre questões de direito mas poderia alterar a decisão de fundo, sempre que os factos fossem suficientemente claros – número especial da *Revue Internationale de Droit Comparé*, intitulado *La Cour Judiciaire Suprême*.

⁴⁴ Como constitui lição do direito comparado quanto às principais missões dos Supremos Tribunais. A função de assegurar ao direito unidade, clareza e certeza, é indissociável da de modernizar o direito, isto é, adaptá-lo às novas condições sociais e às aspirações contemporâneas. Cfr. neste sentido, Mário Torres, *Jornal «Expresso»* de 9-1-82.

⁴⁵ Agora diminuídos no seu número, por via da revisão do CPP operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

⁴⁶ A 3.^a Secção (Secção Criminal) funcionava então em duas subsecções separadas com dias de sessão diferentes (quartas e quintas-feiras), compostas por juizes diferentes e o mesmo Presidente. No entanto, os Procuradores-Gerais Adjuntos em serviço na 3.^a Secção, exerciam funções indiferentemente nas duas subsecções, assim procurando contribuir para um melhor fluxo de informação entre os Conselheiros que compõem as duas subsecções, apesar dos inconvenientes pessoais daí resultantes.

Secções), tornava-se, por vezes, difícil a manutenção daquela fidelidade à sua própria jurisprudência, como se vê do número crescente de recursos para fixação de jurisprudência a correr termos que partem de acórdãos contraditórios do próprio STJ.⁴⁷

Daí que se impusessem (e se imponham) esforços adicionais destinados a evitar a dispersão injustificada da jurisprudência do STJ. Designadamente no domínio penal e, dentro deste, no que respeita à *sentencing*. Com efeito, congregam-se aí dificuldades acrescidas derivadas, por um lado, das múltiplas variáveis envolvidas e, por outro, da circunstância de que o STJ, por ser um tribunal de recurso, não parte da respectiva moldura penal abstracta mas sim da pena já fixada pela 1ª instância.

Só a reflexão sobre a experiência traduzida nas decisões concretas é que permitirá retomá-la como orientação mais geral, o que supõe as condições para essa reflexão ocorra mais fácil e fluidamente. E, como se viu já, assegurar ao direito unidade, clareza e certeza é a principal função do STJ.

Uma vez que um dos domínios em que tal problemática se coloca com acuidade é, já se adiantou, o da medida da pena, foi a mesma objecto, no mencionado relatório, de algumas considerações gerais bem como sobre a medida legal da pena, a sua medida concreta, os respectivos elementos individualizadores, as fases da determinação da pena, se a sua aplicação traduz o exercício de um poder discricionário ou de um poder vinculado e finalmente sobre o controlo exercido por via de recurso.

A lei penal faz corresponder à realização de cada crime uma certa pena por via de regra variável (entre um máximo e um mínimo). Determinada a autoria de um crime, verificado fica o conjunto dos pressupostos de que depende a verificação de uma consequência ou de um efeito jurídicos, o que conduz para um novo domínio: o das consequências jurídicas do crime e reacções criminais⁴⁸, domínio em que avulta a questão da escolha e determinação da medida da pena e, dentro desta, dado o seu peculiar recorte e dificuldades, a da medida concreta da pena.

⁴⁷ A revisão do CPP operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto veio, aliás, tornar obrigatória para o M.º P.º a interposição de recurso para uniformização de jurisprudência.

⁴⁸ Sobre a autonomia, localização e relevância desse domínio pode ver-se Figueiredo Dias, Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime, págs. 39 e segs e Anabela Miranda Rodrigues, A determinação da medida da pena privativa de liberdade, págs. 11 e segs.

O procedimento pelo qual o juiz fixa, no caso concreto, a espécie e a medida da pena que cabem, o mesmo é dizer o problema da determinação da pena, tem sofrido uma grande evolução legal, doutrinal e jurisprudencial, também entre nós. A reacção, provocada pelos abusos a que conduziu o sistema das penas arbitrarias, levou a primeira legislação penal saída da Revolução Francesa (Código de 1791) a abolir qualquer espécie de discricionariedade na apreciação, pelos juizes, da maior ou menor gravidade do facto e, correlativamente, na medida da punição que lhe devia corresponder, criando um sistema de penas fixas.⁴⁹ Diferentemente, a Escola Moderna ofereceu a ideia de um sistema de penas variadas e variáveis, com um acto de individualização judicial da sanção. À lei cabia, no máximo, o papel de definir a espécie ou espécies de sanções aplicáveis ao facto e os limites dentro dos quais deveria actuar a plena discricionariedade judicial, em cujo processo de individualização interviriam, de resto, coeficientes de difícil ou impossível racionalização. Fala-se então da «arte de julgar».⁵⁰

A destruição do mito das penas fixas como instrumentos essenciais à defesa da segurança dos cidadãos, por um lado, e as exigências de legalidade, certeza e limitação do arbítrio judicial e a aceitação da culpa como critério decisivo de medida da pena, por outro, levou a uma aproximação que se caracterizou inicialmente pela pequena atenção concedida pela doutrina à questão de saber como se definiam e se compatibilizavam entre si as diversas finalidades da pena na determinação da sua medida concreta, pela limitada intervenção do legislador, o qual não oferecia ao juiz critérios regulativos da sua actividade de determinação concreta da pena; ou oferecia fórmulas genéricas de escassa ou nula utilidade, por vezes acompanhada de longas listas de circunstâncias agravativas ou atenuativas da responsabilidade.

Nesta confluência, os juizes começam por determinar a espécie de pena (sendo caso disso) e a moldura penal (os limites mínimo e máximo) abstractamente aplicáveis, e depois, por forma subjectivista, intuitiva e não racionalizável nem sindicável, por fixar, dentro daquela moldura penal, a medida concreta da pena; ao que eventualmente

⁴⁹ Cfr Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, pág. 315.

⁵⁰ Cfr A. e op. cit., págs. 317.

se seguiria uma ponderação, também intuitiva, do *quantum* de pena em função da consideração e valoração das agravantes e/ou atenuantes.

Entende-se hoje que o procedimento que leva à determinação da pena constitui um complexo conjunto de operações que contempla a cooperação entre o legislador e o juiz, sem esquecer a respectiva separação de tarefas e de responsabilidades.⁵¹

Os diversos legisladores descrevem, na parte especial dos códigos penais e em legislação extravagante, tipos de factos para os quais estatuem molduras penais, valorando para tal a gravidade máxima e mínima que pode presumivelmente assumir o ilícito de cada um deles. E na parte geral prevê ainda o legislador certas circunstâncias (modificativas) que podem, em casos especiais, agravar ou atenuar os limites máximo e/ou mínimo daquelas molduras penais

Oferece também o legislador ao julgador, na mesma Parte Geral, directrizes sobre os critérios de que se deve servir na (escolha e) determinação da pena em concreto. Desta forma, e também por vezes pela enumeração mesmo que só exemplificativa dos factores que concretizam tais directrizes, o legislador torna mais claro ao julgador a sua concepção dos fins das penas.

E o nosso direito constituído, quer na sua evolução, quer no seu estado actual, não se afasta deste quadro geral⁵².

Encontrada a medida legal da pena⁵³, se for o caso⁵⁴, importa determinar a medida concreta dessa pena dentro dos limites da respectiva moldura, ou seja, haverá

⁵¹ Figueiredo Dias, *Direito Penal*, II, pág. 192.

⁵² Ocupa-se o Capítulo IV do Título III do Código Penal (arts 70.º a 82.º) da escolha e da medida da pena, ou seja da determinação das consequências jurídicas do facto punível, levada a cabo pelo juiz conforme a sua natureza, gravidade e forma de execução, escolhendo uma das várias possibilidades legalmente previstas. E a determinação judicial da pena não compreende somente a fixação da pena aplicável, mas também a dispensa da pena, a declaração de impunidade, a imposição das medidas de segurança, de perda de objectos e direitos relacionados com o crime, bem como as penas acessórias e as consequências penais.

⁵³ No domínio da escolha e da medida da pena, o art. 70.º do Código Penal fornece o critério geral para a escolha da pena, e o art. 71.º trata da determinação da medida da pena que compreende também a dispensa da pena e a declaração de impunidade. A determinação da medida da pena supõe a determinação da *medida legal ou abstracta da pena* (num primeiro momento determina-se a moldura legal aplicável ao caso concreto) e da *medida judicial ou concreta da pena* (num segundo momento determina-se a pena a aplicar concretamente).

Como resulta da Parte Especial, a lei criou uma moldura penal abstracta mais ou menos ampla, igual para todos os casos subsumíveis ao mesmo preceito legal, dentro de cujos limites deve ser fixada a pena, moldura a que se pode chamar «da pena normal ou geral». Mas o legislador considera frequentemente, a partir daqueles tipos de crimes fundamentais, determinadas circunstâncias que modificam aquela moldura penal abstracta, ou seja, *circunstâncias modificativas* que, tanto podem acarretar uma diminuição (circunstâncias *atenuantes*) como uma elevação (circunstâncias *agravantes ou qualificativas*) e, por outro lado, cria, na Parte Especial, tipos de crimes especialmente graves (ou qualificados), ou menos graves (ou privilegiados), como, por exemplo, nos arts. 132.º, 133.º.

que concretizar ou individualizar a pena, tendo presente a culpa, como suporte axiológico-normativo daquela, mas também parâmetro da sua medida, a par designadamente da ilicitude da conduta, dos sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram, da personalidade do agente e dos fins das penas: protecção dos bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade⁵⁵ na margem de liberdade⁵⁶ consentida⁵⁷.

Deve atender-se então aos elementos individualizadores da pena dentro dos limites definidos na lei, a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra o agente, nomeadamente às referidas no n.º 2 do art. 71.º, a título exemplificativo, em função da culpa do agente e das exigências de prevenção⁵⁸.

Trata-se do exercício de discricionariedade judicial⁵⁹ pelo juiz, que depende de princípios individualizadores em parte não escritos, que se inferem dos fins das penas em relação com os dados da individualização. Trata-se de aplicação do direito e, como acontece com qualquer outra operação nesse domínio, mesclam-se a discricionariedade e a vinculação, com recurso a regras de direito escritas e não escritas, elementos descritivos e normativos, actos cognitivos e puras valorações, assim se afastando a concepção da «arte de julgar» já referida^{60 61 62}. É, então, juridicamente vinculada a actividade judicial de determinação da pena⁶³.

⁵⁴ O que não acontece v.g. no caso da dispensa de pena ou adiamento da sentença (art. 74.º) ou das medidas de correcção ao jovem delincente (art. 6.º, do DL n.º 401/82) poder-se-á ficar pela determinação da medida legal ou abstracta da pena.

⁵⁵ Proclamados no art.º 40.º, n.º 1 do C. Penal.

⁵⁶ Cfr. Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 94-113.

⁵⁷ O art. 85.º do Projecto de 1963 (correspondente ao n.º 1 do art. 71.º) decidiu-se pela teoria da margem de liberdade, tendo o autor do Projecto considerado, com a concordância da Comissão Revisora do Código de 1982, que «é claro que, em absoluto, a medida da pena é uma certa; simplesmente, qual ela seja exactamente é coisa que não poderá determinar-se, tendo, pois, o aplicador que remeter-se a uma aproximação que, só ela, justifica aquele “Spielraum”, dentro do qual podem ser decisivas considerações derivadas da pura prevenção» – BMJ n.º 149, pág. 72. Cfr., neste sentido, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, págs. 96 e 97, notas 172 a 174.

⁵⁸ Cfr. n.º 1 do art. 71.º

⁵⁹ Mas não uma discricionariedade livre como a da autoridade administrativa quando esta tem que eleger, de acordo com critérios de utilidade, entre várias decisões juridicamente equivalentes., mas antes de uma discricionariedade juridicamente vinculada.

⁶⁰ Cfr Karl Larenz sobre a irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz, na *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág 353.

⁶¹ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 788.

⁶² ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Gulbenkian pág. 205.

⁶³ Cfr o ac. do STJ de 24.2.88, BMJ n.º 374, pág. 229.

Deve sublinhar-se que neste domínio o juiz tem de traduzir, numa certa quantidade (exacta) de pena, os critérios jurídicos de determinação, circunstância específica no domínio da aplicação do direito⁶⁴.

O juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que na individualização da pena não se façam distinções arbitrárias⁶⁵. Mas têm sido notadas distonias significativas nesta matéria, nos tribunais recorridos, 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. E mesmo o STJ encontra uma cada vez maior dificuldade em respeitar aquele mesmo princípio, daí o desenvolvimento do projecto a que se refere o relatório que foi apresentado.

Mas a preocupação que conduziu a tal investigação, fora já objecto do 8º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, realizado em 1987, dedicado ao tema «*Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções*», em que foram 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 geral⁶⁶ e diversas recomendações⁶⁷. O Conselho da Europa na sequência desse

⁶⁴ Cfr Karl Larenz sobre a irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz, na *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág 353.

⁶⁵ Por «disparidades injustificadas» entendem-se as diferenças na aplicação das penas que resultem de concepções variáveis que não fazem parte da política declarada da jurisdição em matéria de aplicação das penas - por exemplo, as variações que provêm de opiniões pessoais, de tradições locais ou regionais que se perpetuam sem justificação, ou variações influenciadas pelos "media". A gravidade daquelas decorre, não só da importância social das penas aplicadas pelos tribunais, mas também das repercussões de certas penas (sobretudo das privativas da liberdade) nos arguidos. A comissão, sem com isso o querer sobrestimar, reconheceu o papel que podem desempenhar certas penas ou certas políticas em matéria de aplicação das penas relativamente ao objectivo de prevenção geral: a aplicação das penas (com a educação, as políticas sociais, as estratégias de prevenção da criminalidade, etc.) é um dos factores que contribuem para isso. Importa também que as penas sejam reconhecidas como equitativas e coerentes. Os casos análogos devem ser tratados de maneira análoga, e os casos diferentes de maneira diferente, na condição das diferenças serem escrupulosamente justificadas. Isto facilitará o respeito da justiça relativamente aos arguidos e às vítimas. Isso permitirá, também, o reforço da confiança do público no sistema de justiça penal: ainda que as preocupações do público, respeitantes às disparidades na aplicação das penas, assentem, por vezes, em informações imperfeitas ou incompletas, há, decerto, casos em que tais preocupações são fundadas.

⁶⁶ Cfr. «Etudes relatives à recherche criminologique», Volume XXVI, CDPC, Strasbourg 1989. Está publicado no nosso Medida Concreta da Pena, Disparidades, já referido.

⁶⁷ «O colóquio recomenda ao Conselho da Europa o prosseguimento do estudo das questões ligadas à aplicação das penas. Os trabalhos nesse domínio poderiam visar nomeadamente:

- I. a elaboração de estatísticas europeias uniformes em matéria de aplicação das penas;
- II. uma difusão maior da documentação existente sobre as disparidades na matéria e as soluções propostas;
- III. a criação de um grupo de trabalho encarregado de formular recomendações concernendo as questões seguintes:
- a formação e a pesquisa empírica em matéria de aplicação das penas, incluindo a formação jurídica inicial e a difusão e a troca de informações entre os juizes;

Colóquio, aprovou a já mencionada Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas⁶⁸.

A prática judiciária, no domínio da medida da pena, não tem sido, entre nós, tanto quanto seria desejável, objecto de estudo^{69 70}, apesar de se reconhecer que o estudo e o controlo da criminalidade requerem uma aproximação integrada do processo de aplicação da justiça penal⁷¹.

Na esperança de que os trabalhos de informatização da gestão processual então em curso no Supremo Tribunal de Justiça e o recentemente criado Observatório da Justiça, contribuíssem para a implementação de sistemas, permitindo a análise da determinação da medida da pena em processos da competência dos tribunais colectivos, apresentou-se, pois, o relatório a que nos reportamos.

Esperança de algum modo gorada, toda a vez que, algum tempo depois, os trabalhos de informatização da gestão processual foram abandonados.

No entanto, a análise e estudo das decisões dos tribunais tem dado, noutros países, origem a uma grande actividade de investigação traduzida numa extensa bibliografia, nem sempre acessível, podendo indicar-se algumas das perspectivas de análise e métodos de investigação, de forma necessariamente esquemática, dadas as

- a identificação de princípios gerais aplicáveis à aplicação das penas, incluindo o exame dos factores pertinentes e dos factores sem interesse na matéria;

- a sistematização das decisões proferidas.»

⁶⁸ «O Comité de Ministros, nos termos do artigo 15.b do Estatuto do Conselho da Europa.

Lembrando que o Conselho da Europa visa realizar uma união mais estreita entre os seus membros.

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

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

Considerando que as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal,

Tendo em consideração os artigos 3º, 5º e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem bem como o princípio fundamental da independência judiciária;

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

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

Tendo presentes as conclusões do 8º Colóquio Criminológico realizado em Estrasburgo em 1987;

Recomenda 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 que figuram no anexo à presente recomendação, para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas».

⁶⁹ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*, págs. 210-1, Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, págs. 142-8 e Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal* 1ª Ed., I, pág. 378, 2ª Ed., I, pág. 556 e 3.ª edição, pág. .

⁷⁰ Não se devem esquecer os trabalhos da Dr.ª Maria Rosa Crucho de Almeida (GEPMJ) e o recente inquérito Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português de Boaventura de Sousa Santos *et alterii*.

⁷¹ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia - O homem delincente e a sociedade criminógena*, págs. 374 e 501.

limitações daquele relatório: *sistema de justiça penal* (impacto do sistema da justiça penal na determinação das sentenças); *tipo de tribunal* (estudo diferenciado em função dos diferentes tipos de tribunal); *origem dos juizes, a sua personalidade e atitudes* (os sociólogos puseram em evidência a importância, para o estudo das disparidades das penas, da atitude dos juizes); *plea negotion e guilty plea*; *posição do Ministério Público e da Defesa* (são importantes preditores das sentenças as recomendações do Mº Pº, as recomendações da defesa (para a caução), da *probation*, (reinserção social), antecedentes criminais e gravidade do crime); *posição dos peritos*.

Mas também a *opinião pública* (imagem da justiça penal na sociedade, nomeadamente em relação ao princípio da equidade); *mass media*; *situação social e económica* (os dados disponíveis apontam também para uma relutância dos juizes em condenarem a prisão efectiva as elites e as classes médias da vida económica, da administração ou das profissões liberais e respectivos filhos, com destaque para os delinquentes *white-collar*); *raça* (tem também sido afirmada a influência da raça do arguido no tipo de pena e na medida concreta da mesma).⁷²

Quanto ao tipo de análise, a decisão do tribunal tem sido objecto de diversas abordagens: *audiência* (análise no decorrer da mesma); *actor e observador* (perspectiva mais dependente da situação e das diferentes atribuições segundo os papéis de actor e observador); *conferência* (análise no decurso da conferência); *sentença no processo* (análise das sentenças constantes dos processos)⁷³; *entrevista* (entrevista do julgador – para tentar lançar luz sobre as motivações que relevam do seu sistema de valores); e *julgamento simulado* (entrevista a um número significativo de juizes em que se pergunta como decidiriam determinados casos concretos).

⁷² Hagan recorreu a uma metodologia que conceptualiza a sentença como um processo integrando diversas variáveis: (a) Características do arguido: raça, educação, ocupação, integração familiar, história laboral; (b) Características do delito: gravidade, uso de violência, condenações anteriores; (c) Variáveis relacionadas com o tribunal: *Plea*, caução; (d) Recomendações feitas por: Ministério Público, funcionário da reinserção social (*probation officer*); (e) Juiz: tendo sido analisada a predisposição para um determinado tipo de sentença, “poder residual”; (f) A severidade da sentença como variável dependente – (1988). *Structural Criminology*. Cambridge: Polity Press.

⁷³ É do maior «interesse e notória utilidade no contexto dos sistemas que admitem a regra do voto de vencido. Aqui já pode ser possível seguir, com alguma aproximação, os processos de formação e alternância das maiorias e intuir com algum acerto as linhas de força a que terá obedecido a discussão e a formação da decisão».

Nas preocupações sobre a medida concreta da pena que conduziram ao estudo desenvolvido no Supremo estavam (e estão) as conclusões do já referido 8.º Colóquio Criminológico:

«1. A eficácia e equidade do sistema de justiça penal são, em numerosos países, objecto da preocupação que parte da percepção de variações injustificadas na aplicação das penas, assim como uma uniformização excessiva na matéria, percepção confirmada pela pesquisa empírica. Esta mesma pesquisa indica, por outro lado, que estas variações estão ligadas, em grande medida, a políticas ou objectivos contraditórios ou incertos. É preferível, pelo menos no que concerne certos tipos de infracções, que os sistemas jurídicos adoptem, em matéria de aplicação das penas, uma política coerente, consistindo em identificar os factores pertinentes aquando do exame dos processos ou o estabelecimento de uma prioridade clara aquando da avaliação daqueles factores. Mesmo na ausência de tal política, deveria poder acordar-se sobre os factores que, seja como for, não devem, nunca, influir na pena que será aplicada. É, evidentemente, possível instaurar, na aplicação das penas, uma uniformidade nitidamente maior e, portanto, intensificar também o carácter previsível. Mas esta uniformidade pode constituir, ela mesma, uma forma de disparidade pois que são ignoradas diferenças importantes do ponto de vista da política e os processos são resolvidos de acordo com modalidades idênticas quando o deveriam ser de acordo com modalidades diferentes.»

«2. A diversidade de tradições jurídicas exige que os Estados membros não adoptem rigorosamente as mesmas soluções. Entre as soluções possíveis, o colóquio examinou os princípios directores citados pela aplicação das penas, a codificação dos princípios que regem a aplicação das penas e a jurisprudência, com autoridade, dos tribunais da Relação. É essencial que aqueles que têm a responsabilidade da aplicação das penas cooperem, senão toda a tentativa de estruturação se arrisca a ser votada ao insucesso. Esta cooperação supõe, por sua vez, que os juízes recebam uma formação intensiva e sejam informados, nomeadamente, da importância das disparidades em matéria de aplicação das penas numa determinada jurisdição, assim como sobre as conclusões quanto à origem destas disparidades. Consequentemente, impõem-se: uma investigação contínua orientada para a acção e uma análise jurisprudencial da prática efectivamente seguida em matéria de aplicação das penas; programas destinados aos responsáveis pelas decisões; definição da obrigação de justificar a pena aplicada, em todos os processos, salvo nos de menores, expondo os motivos por escrito; publicação e difusão de algumas dessas motivações, nomeadamente dos tribunais superiores, com autoridade; assim como disposições que assegurem a informação de retorno dos responsáveis pelas decisões.»

«Mas todo o modo de regulamentação do poder discricionário de aplicar as penas deve ter em devida conta as diferenças características dos casos individuais.»

«3. É essencial, por outro lado, que as tentativas para reduzir as disparidades se referiram ao conjunto do sistema, em particular em dois planos.»

«Em primeiro lugar, deve ser estruturado não só o recurso às penas privativas de liberdade mas também o recurso às penas de substituição - e a escolha entre a prisão e as outras sanções, e às multas.»

«Em segundo lugar, é preciso ter-se em atenção a margem de discricção deixada à fase que precede o julgamento e ao da execução e tomar medidas para contrariar a tendência para neutralizar os efeitos das decisões adoptadas na fase da aplicação das penas.»

Como estava também a falada recomendação do Conselho da Europa «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 aplicação das penas»^{74 75}.

Como vimos, o STJ é chamado a velar pela aplicação que é feita pelas instâncias das normas sobre a aplicação das penas e a aplicar penas concretas ou a corrigir as aplicadas e o nosso exercício de funções na Secção Criminal e na Comissão de Informatização da Jurisprudência do STJ permitiu a constatação empírica da existência de flutuações na aplicação das normas jurídicas interessadas na dosimetria penal e de divergências por vezes pouco justificadas na aplicação de penas concretas e fez nascer a necessidade de tentar a abordagem daquela problemática de uma outra forma mais sistemática e fundamentada. Por outro lado, o exercício de funções na Comissão de Informatização da Gestão Processual do STJ proporcionou o desenvolvimento de um trabalho nessa área.

Daí que tenhamos ensaiado um olhar⁷⁶ mais próximo sobre a dosimetria penal aplicada pelo Supremo Tribunal, nos processos que a ele sobem em recurso, recolhendo elementos que sendo eventualmente úteis ao legislador e ao ensino do direito, permitissem ao STJ uma reflexão fundamentada sobre a sua própria prática para conhecer melhor e objectivar as motivações no domínio da medida da pena, em ordem a

⁷⁴ Considerando (1) que um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga; (2) que há, nos Estados membros, uma crescente tomada de consciência de disparidades injustificadas na aplicação das penas, disparidades observadas por vezes a diferentes níveis; - (3) que as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal; - (4) os artigos 3º, 5º e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem bem como o princípio fundamental da independência judiciária; - (5) que a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor; - (6) que a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas; - (7) as conclusões do 8º Colóquio Criminológico realizado em Estrasburgo em 1987, também já mencionada Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas.

⁷⁵ No respectivo anexo, além do mais, desenvolvem-se recomendações quanto às *estatísticas* e *investigação*: No que se refere a esta última: «(1.) É conveniente que sejam regularmente conduzidas pesquisas para medir com precisão a amplitude das variações na aplicação das penas no que concerne as infracções reprimidas, as pessoas condenadas e os procedimentos empregues. Estas pesquisas devem incidir particularmente sobre o efeito das reformas em matéria de aplicação das penas; (2.) o processo de decisão deve constituir o objecto de pesquisas quantitativas e qualitativas para permitir estabelecer de que maneira os tribunais tomam as suas decisões e como certos factores exteriores (imprensa, atitude do público, contexto local... etc.) podem modificar este processo; (3.) O ideal seria que as pesquisas estudassem a aplicação das penas no quadro processual mais largo de todo o leque de decisões do sistema de justiça penal (inquéritos, pronúncias, decisão de fundo e execução das penas, por exemplo)». Recomendações estas que se estendem à *cooperação europeia* no que respeita à *informação sobre a aplicação das penas*.

⁷⁶ Numa tripla perspectiva: (i) em termos de igualdade na aplicação da lei penal; (ii) em termos de uso da moldura abstracta («mancha da sua ocupação», «penas típicas», eventuais pontos de referência para futuros julgamentos), molduras penais abstractas também dignas, por si próprias de atenção – cfr. os apontamentos no nosso *Código Penal Anotado*, já referidos no texto; (iii) em termos da determinação das variáveis que influem na medida concreta da pena.

melhor respeitar o princípio de igualdade e cumprir o seu papel de orientação dos restantes tribunais na aplicação da lei penal⁷⁷.

A extensão de um projecto que pretendesse abarcar todos os aspectos da questão⁷⁸, tornaria impraticável a sua implementação, pelo que a sua redução se impôs⁷⁹, mas enquadrando-o no projecto de maior dimensão cuja definição é, em si, um resultado da investigação. Os objectivos tinham, evidentemente, a modéstia inerente à situação e duração do período de investigação na escala temporal necessária para a globalidade da tarefa como a descrevemos atrás, mas podendo constituir um arranque para um processo que se gostaria de ver continuado pela linha geral esboçada.

Na fase inicial, o objectivo a atingir era mais modesto, visando:

- 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 (*clustering*) e tratamento estatístico.

Pretendia-se contribuir para a identificação das variáveis a que, de acordo com a lei, o tribunal deve atender na determinação da medida concreta da pena, bem como aquelas outras que se pensa, em hipótese, influírem nessa mesma medida e depois construir-se uma ficha de análise das decisões proferidas pelo STJ, onde se recolhessem os elementos respeitantes a essas variáveis, bem como estabelecer as especificações respeitantes a uma base de dados destinada ao armazenamento de tais dados (Base de

⁷⁷ A coincidência entre as nossas preocupações e as chamadas de atenção da doutrina e as recomendações do Conselho de Europa geraram uma natural satisfação pela validação que assim foi feita do propósito inicial.

⁷⁸ Mesmo depois de retiradas as vertentes cuja competência pertence naturalmente ao Estado, como promotor de trocas de informação nacionais e internacionais ou legislador.

⁷⁹ Na verdade, a simples análise da situação que se colocava requeria a definição de um enquadramento metodológico para a recolha de dados, seguido da especificação de um processo de recolha completo e fiável, que envolve a definição de uma base de dados, a sua implementação e o preenchimento. Só então se poderá proceder à análise de dados, recorrendo a métodos de âmbito matemático, temperados por uma indispensável perspectiva jurídica que não deixe perder de vista aspectos subjectivos que nenhum modelo, por muito completo que seja, poderá eliminar na totalidade. Na sequência das conclusões que for possível extrair poderão, finalmente, divisar-se medidas que permitam, por um lado, atenuar ou eliminar os aspectos negativos porventura existentes, e que garantam, por outro lado, o reforço das características positivas do sistema. Como subproduto não despiciendo, haverá com certeza lições teóricas e metodológicas a retirar, com influência futura no tratamento da questão da determinação da medida concreta da pena.

dados que deveria ser integrada no projecto de informatização da actividade processual do STJ).

Finalmente, seria a vez da análise dos dados e seu tratamento estatístico, com vista a verificar o nível de aceitação das variáveis em hipótese, bem como verificar o grau de influência das variáveis a que a lei manda atender, situando-se para além do horizonte temporal tido em vista, o teste dos instrumentos de observação, a análise e os programas informáticos referidos, bem como a sua aplicação e tratamento no futuro.

No falado relatório apresenta-se, a seguir, a especificação das tarefas necessárias e respectivo enquadramento metodológico⁸⁰.

Numa primeira fase estabelecer-se-iam as categorias a considerar para os crimes. Esta definição, indispensável para a recolha de dados, tomando-se em consideração os trabalhos já realizados no âmbito do Ministério da Justiça; e, deve, dentro do possível, constituir uma taxinomia em árvore (tendo ficado entretanto pelo caminho o encetado trabalho de codificação das infracções), bem como uma codificação das sentenças, de acordo com o seu tipo (privação da liberdade, etc.).

Finalmente, terá lugar a definição dos factores contribuintes para a sentença, sejam os que devem ser considerados necessariamente e que abordamos acima no local próprio, sejam aqueles que, não devendo influir, são usualmente citados como podendo fazê-lo. Nesta última classe incluem-se, todos os que são indicados explicitamente em textos de prevenção da desigualdade, como as declarações universais ou as recomendações do Conselho da Europa e da Nações Unidas, e que se referem fundamentalmente às características pessoais dos arguidos.

Quanto à *especificação da base de dados*, as limitações já enunciadas não permitiram que então se avançasse mais do que um primeiro esboço de folha de entrada de dados⁸¹.

⁸⁰ Em alguns casos, incluem-se resultados preliminares da reflexão efectuada durante o nosso trabalho.

⁸¹ Nela se identifica o processo, secção e subsecção, Relator, data da decisão do recurso e da decisão recorrida. São recolhidos os dados respeitantes a cada arguido (sem identificação deste, dados que não serão recuperados da aplicação de gestão processual), como idade, raça, cor, convicções políticas, residência, situação social, situação económica, condição cultural, instrução, antecedentes criminais, reincidência, formas do crime, grau de culpa e de ilicitude, comportamento anterior e posterior, confissão, arrependimento, constituição de assistente, pedido cível, medida de coacção, medida abstracta e concreta da pena, crime cometido.

No que se refere à *implementação e preenchimento da Base de Dados*: trabalhado o esboço de folha de entrada de dados e completada a especificação, o desenvolvimento de uma aplicação que se interligue com a aplicação de gestão processual do Supremo Tribunal de Justiça, deveria ter lugar institucionalmente⁸².

Então, recolhidos os dados num determinado período, pode proceder-se à análise de dados, à análise matemático-jurídica dos dados recolhidos. Só perante os dados se poderão tomar decisões definitivas sobre estudos específicos a fazer, num processo que se pretende *conduzido pelos dados*, em contraposição a uma perspectiva mais *conduzida por modelos*.

Brevemente, pode dizer-se que se faria: uma *análise preliminar*; referência à *influência dos factores*; aos *estudos alternativos*, mas tratando-se de metodologias menos convencionais, todas as suas conclusões deverão ser validadas por uma análise jurídica final. Previa-se *estudos complementares*⁸³: um outro tipo de estudos complementares relaciona-se com a definição de penas típicas e descrições qualitativas de factores de influência e da severidade das penas, recorrendo à já referida teoria dos conjuntos imprecisos.

Eram os seguintes, e em síntese, os resultados esperados do projecto:

- Sistematização e categorização de crimes, factores, tipos de sentença, etc. Para além do projecto que se discute, esta formalização da informação é genericamente útil para qualquer estudo sistemático sobre o STJ e o sistema de justiça português em geral;
- Base de dados, juridicamente consistente, acerca das medidas concretas da pena no STJ, incluindo todos os parâmetros possivelmente influenciadores das decisões;
- Avaliação da efectiva influência nas decisões de factores que devem, e de outros que não deveriam, influir nelas. Esta avaliação será de índole global, de forma a fornecer uma visão geral do estado da situação, mas poderá também permitir detectar

Como se assinala na respectiva ficha de entrada, dados há que admitem respostas correspondentes a três graus de quantidade ou intensidade, que, aliás, se encontram frequentemente nas decisões judiciais.

⁸² O processo de recolha de dados que, numa primeira fase se prevê seja selectivo visando determinados crimes ou muito comuns ou em que se pensa existirem grandes disparidades na dosimetria penal, deve garantir que ela é feita de forma sistemática e fiável.

⁸³ A pesquisa nos dados acerca de relações, semelhanças e compensações que a análise empírica não fez ressaltar é um dos aspectos complementares de maior potencial. As metodologias de agrupamento (clustering), por exemplo, quando aplicadas ao conjunto que inclui factores e crimes, poderão permitir evidenciar situações desse tipo.

situações particulares e, sobretudo, situações típicas de violação do princípio da igualdade, com interesse para a produção futura de recomendações;

– Contributos para uma metodologia de decisão sobre a pena concreta que, sem ferir a independência judicial, permita uma relativa harmonização da prática, em face de recomendações fundamentadas e duma maior consistência de decisões no STJ⁸⁴.

Podem ainda, em relação a tal projecto, *resultados adicionais*:

– *Sugestões para o M.º P.º*. Como se viu já a posição que o M.º P.º assume quanto à pena concreta é um importante preditor das sentenças, as suas recomendações relevam, em geral, no resultado final. Dada a sua estrutura organizacional, o M.º P.º está em boas condições para contribuir para a disseminação de recomendações que vierem a ser elaboradas.

– *Penas típicas, para reflexão dos juizes*. 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.

– *Detecção de distonias nas molduras penais*: No código de 1886, visto à luz da prática de 1963, as molduras penais eram consideradas tão severas que o ponto de referência era a pena mínima.

Isso permitiu verificar a desadequação das molduras penais. No caso vertente, e em face dos resultados do estudo, poderão emergir dois tipos de conclusão: (i) – as medidas concretas são tendencialmente no sentido do máximo (ou do mínimo). Tal poderá significar que a moldura tem um valor máximo insuficiente (ou mínimo); (ii) – uma dispersão não justificada das medidas concretas poderá levar a concluir que a extensão da moldura é excessiva para as cambiantes do crime específico, aconselhando a redução da moldura.

⁸⁴ *Processos institucionais subsequentes*: para além das recomendações do Conselho da Europa, que, obviamente, não se repetem, poderia sugerir-se, em face da riqueza e diversidade da matéria a investigar, o apadrinhamento de acções de investigação interdisciplinares que permitam a colaboração efectiva entre juristas e especialista de outras áreas, sempre sujeitas a uma forte participação das entidades que lidam directamente com as questões.

2.3.

Estudo exploratório no Supremo Tribunal de Justiça

O limitado período de equiparação a bolseiro, que implicou a continuação deste trabalho em paralelo com o exercício de funções no Supremo Tribunal de Justiça, com os inevitáveis reflexos, quer na ambição inicial, quer no tempo de execução.

No entanto, crê-se ter cumprido 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. Um passo que, podendo eventualmente não vir a integrar o percurso final, reclama o método de salientar a importância da construção desse caminho que é a observação sobre a equidade do sistema judiciário.

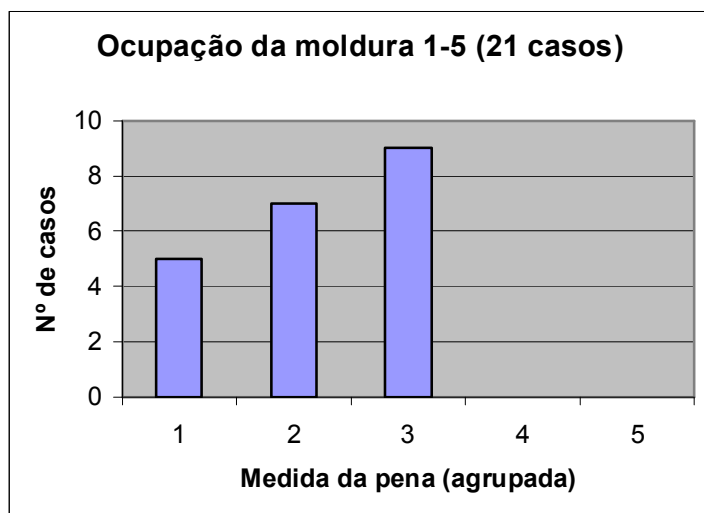
Na sequência, efectuou, no Supremo Tribunal de Justiça, um trabalho exploratório de estudo sectorial sobre a medida da pena e o princípio da igualdade no domínio do tráfico de estupefacientes que visava também:

- *A detecção de distonias nas molduras penais*, no que ao legislador importa.
- *Penas típicas, para reflexão dos juizes*. 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.

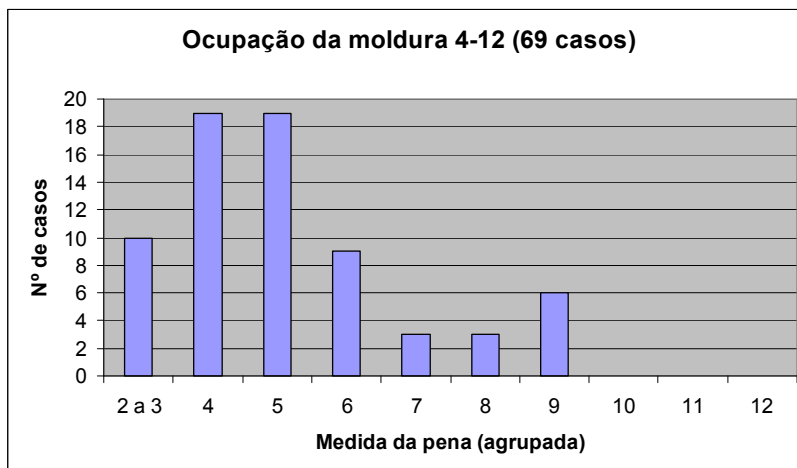
O resultado desse trabalho exploratório veio a ser publicado⁸⁵

A recolha efectuada de decisões sobre o tráfico de estupefacientes, como se vê das respectivas conclusões, 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);

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



⁸⁵ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, *Medida Concreta da Pena, no STJ, no Tráfico de Estupefacientes*, ano 14 (2004), págs 453 a 507.



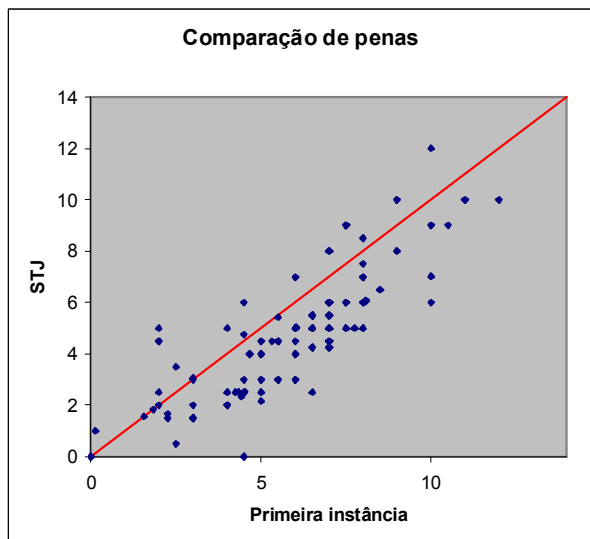
Não cabe aqui uma análise dos resultados desse estudo, que já teve lugar no momento próprio, mas podem dar-se alguns exemplos.

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.⁸⁶

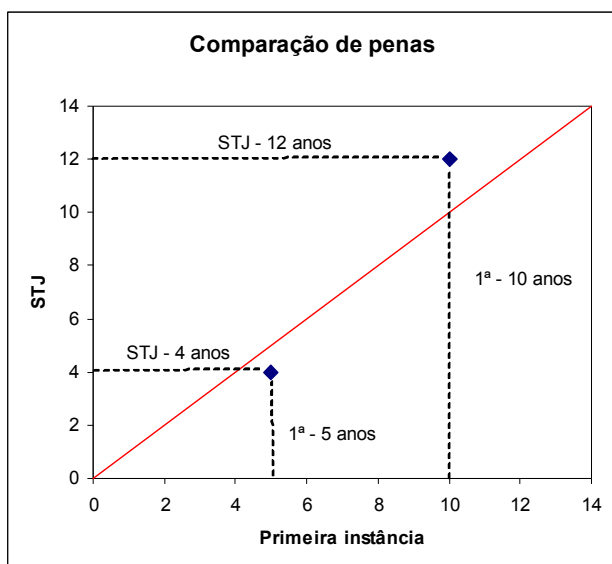
No crime de tráfico simples, e com a moldura de 4 a 12 anos, 92,5 das penas aplicadas foram-no até 8 anos de prisão. Destas (inferiores ao ponto médio aritmético da moldura penal abstracta) 68,4% situam-se entre 4 e 6 anos de prisão, incidência que assume, no total, 63%.

⁸⁶ Designadamente quando a culpa e a ilicitude eram elevadas e não havia antecedentes criminais.

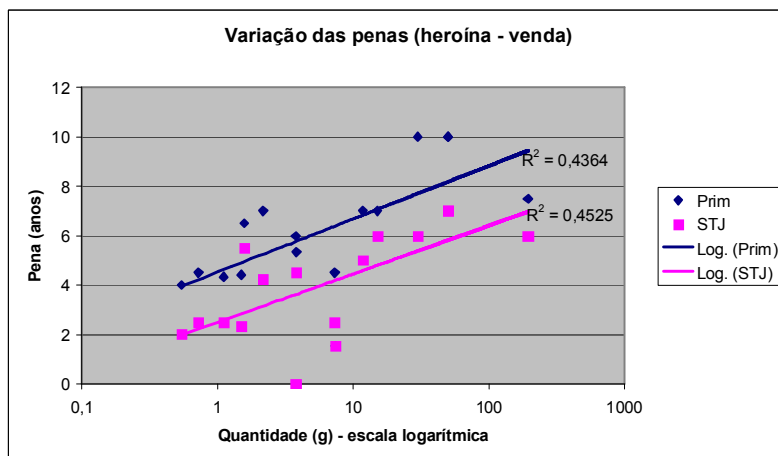


A figura que antecede resulta da comparação entre as penas da 1.^a instância e o STJ e retrata a desagravação das penas que este último Tribunal efectuou e que encontram abaixo da linha diagonal.

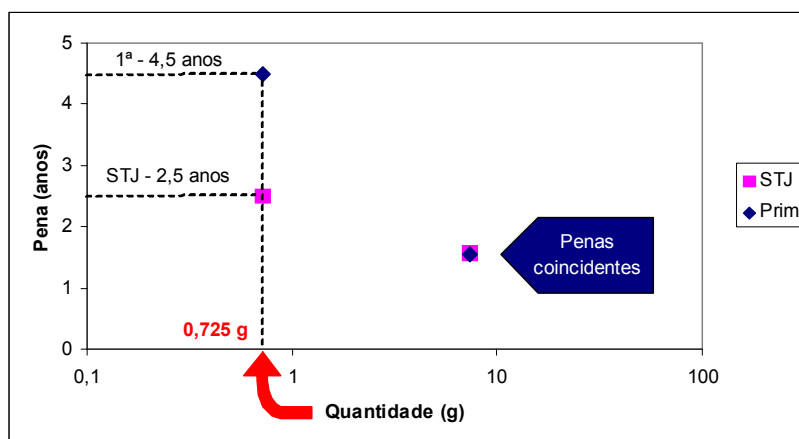
Para esclarecimento da representação usada, a figura seguinte mostra dois exemplos: desagravamento de 5 para 4 anos (ponto abaixo da diagonal) e agravamento de 10 para 12 (ponto acima da diagonal):



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?

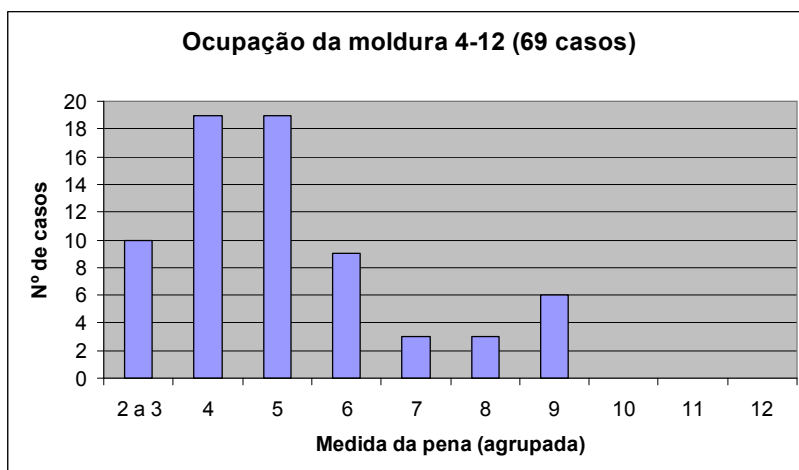
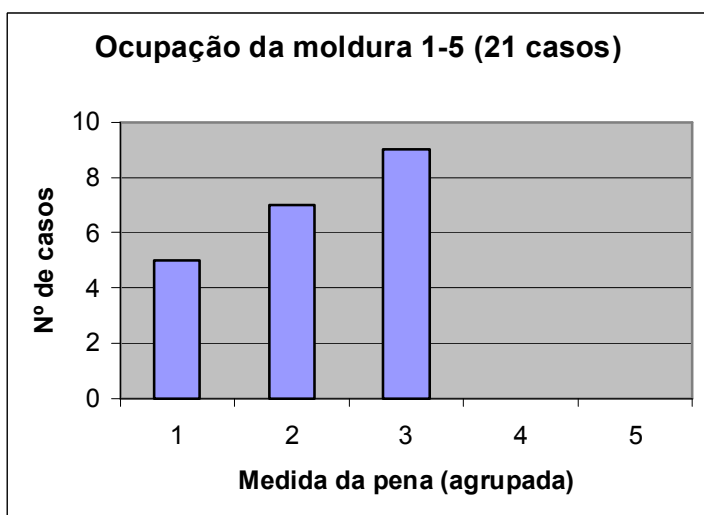
As rectas, regressão que permite encontrar uma tendência típica: a relação entre a quantidade e a pena.

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:



2.4.

Investigações em curso.

2.4.1.

Sentencing, política criminal, igualdade e Ministério Público.

Na sequência teve ocasião de se abordar o Ministério Público, enquanto bom predictor das decisões penais e dado o seu papel na promoção e defesa do princípio da igualdade na aplicação das penas, como instrumento contra as disparidades injustificadas das penas⁸⁷.

De notar que a Lei n.º 1/97, de 20 de Setembro, deu nova redacção ao n.º 1 do art. 219.º da Constituição, que passou a dispor que «Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, **participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania**⁸⁸, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática».

E a Lei-Quadro da política criminal (Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio) 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 jurídicos (art. 3.º), 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 jurídicos (art. 4.º) e permite o estabelecimento de prioridades (art. 5.º), de orientações sobre a pequena criminalidade (art. 6.º) e a aprovação de dois em dois anos de leis sobre política criminal (art. 7.º e ss).

Essa lei impõe:

⁸⁷ O princípio da igualdade, a medida da pena e o Ministério Público, Cadernos da Revista do Ministério Público, Lisboa, n.º10 (2000), Edições Cosmos, p.145-151, apresentado no 5º Congresso do Ministério Público, realizado no Porto em 1998, subordinado ao tema: O Ministério Público a democracia e a igualdade dos cidadãos.

⁸⁸ Realçado agora.

- 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);
- 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);
- a assumpção dos objectivos e a adopção das prioridades e orientações constantes da lei sobre política criminal, pelo Ministério Público (art. 11.º);
- 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).

Atribuiu:

- 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)
- ao Ministério Público a identificação dos processos abrangidos pelas prioridades e orientações constantes das leis sobre política criminal.

O que se compreende se se lembrarem os termos do citado n.º 1 do art. 219.º da Constituição.

Por sua vez, a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, veio, em cumprimento daquela Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, definir os objectivos⁸⁹, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2007-2009.

⁸⁹ «São objectivos gerais da política criminal prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade, promovendo a defesa de bens jurídicos, a protecção da vítima e a reintegração do agente do crime na sociedade.» – art. 1.º

Art. 2.º – Objectivos específicos: «Durante o período de vigência da presente lei, constituem objectivos específicos da política criminal: (a) Prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade violenta, grave ou organizada, incluindo o homicídio, a ofensa à integridade física grave, a violência doméstica, os maus tratos, o sequestro, os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, o roubo, o incêndio florestal, a corrupção, o tráfico de influência, o branqueamento, o terrorismo, as organizações terroristas e a associação criminosa dedicada ao tráfico de pessoas, de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e de armas; (b) Promover a protecção de vítimas especialmente indefesas, incluindo crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes e

Contém essa lei, além do mais, orientações sobre a pequena criminalidade que identifica (art. 11.º) que incluem a menção às medidas^{90 91} 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 República (art. 12.º), bem como a promoção pelo Ministério Público, de acordo com aquelas directivas e instruções genéricas, da aplicação de penas não privativas da liberdade desses crimes (art. 13.º)^{92 93}.

Cura também 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 coadjuvarem, nos termos do Código de Processo Penal e da Lei de Organização da Investigação Criminal (n.º 3 do art. 20.º).

deficientes; (c) Garantir o acompanhamento e a assistência a agentes acusados ou condenados pela prática de crimes, designadamente quando haja risco de continuação da actividade criminoso.

⁹⁰ 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.

⁹¹ «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)

⁹² Artigo 13.º – Sanções não privativas da liberdade: (a) a prisão por dias livres; (b) O regime de semidetenção; (c) a suspensão da execução de pena de prisão subordinada a regras de conduta; (d) a prestação de trabalho a favor da comunidade; (e) o regime de permanência na habitação.

⁹³ 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; (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.

Como resulta, pois, do seu articulado, essa Lei⁹⁴, 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 criminal⁹⁵.

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 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. Com efeito, cabe-lhe assegurar, além do mais a realização da igualdade dos cidadãos perante a lei penal⁹⁶, não só quando selecciona os factos em relação aos quais exerce a acção penal, mas também no que respeita às

⁹⁴ Posteriormente entrou em vigor a Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, que define os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2009 -2011, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio (Lei Quadro da Política Criminal), que, não sendo inteiramente coincidente com a lei anterior, em nada invalida o que se disse.

⁹⁵ 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

⁹⁶ 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, *loc. cit.*, 2.ª Edição, pág. 159

reações 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. 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.

Assim, importaria 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.

Neste domínio, a Unidade de Investigação em Criminologia e Ciências do Comportamento do Instituto Superior da Maia, desenvolve, em colaboração com investigadores de outras instituições universitárias⁹⁷ e com a Procuradoria-Geral da República, mediante protocolo já celebrado, um projecto de investigação dirigido a tais objectivos.

2.4.2.

A pena única conjunta

No contexto de um pequeno período de equiparação a bolseiro concedido pelo Conselho Superior da Magistratura⁹⁸ iniciou uma investigação no domínio da pena

⁹⁷ Como os Professores Doutores Paulo Pinto de Albuquerque, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Mário Ferreira Monte da Escola de Direito da Universidade do Minho.

⁹⁸ Como Juiz Conselheiro foi equiparado a Bolseiro por despacho n.º 17347/2006 de 11.8.2006, DR IIS n.º 165 de 28.8.2006 pelo Conselho Superior da Magistratura, no período de 1.10.2006 a 31.12.2006.

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.

Neste momento procede-se à recolha e tratamento das decisões a incluir na falada Base de Dados.

III

Conclusão

Entre os temas em que mais se empenhou (e empenha) profissional e academicamente, designadamente a partir de 1983, encontra-se seguramente a medida da pena, esteve sempre ligado à aplicação das penas e à sua coerência e aos condicionamentos do julgador nessa aplicação, bem como os instrumentos que pudessem contribuir para afastar a disparidade injustificada na aplicação das penas e o papel a desempenhar pelo Ministério Público.

Esse interesse motivou diversas investigações e intervenções ao longo dos anos, marcadas por um fio conduto que as aproxima e potencia, e que se projecta ainda no futuro, sem esquecer e negligenciar algumas dificuldades que o *sentencing* e respectivas *guidelines* atravessam no mundo anglo-saxónico, mas valorizando-os como instrumentos indicativos susceptíveis de contribuir para a diminuição das disparidades injustificadas na aplicação das penas.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 4.^a Edição, Universidade Católica, Lisboa, 2011

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia, *Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no código penal português*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.53n.2(Abr.-Jun.1993), p.427-520

BARKOW, Rachel E., *Sentencing guidelines at the crossroads of politics and expertise*, University of Pennsylvania law review, Philadelphia, v.160 n.º 6 (May2012), p.1599-1630.

BARON-EVANS, Amy, e outro, *Booker Rules*, University of Pennsylvania law review, Philadelphia, v.160 n.º 6 (May2012), p.1631-1743

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, com dois ensaios introdutórios de José de faria Costa e Giorgio Marinucci. - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BOTELHO, Mónica, e Rui Abrunhosa Gonçalves, *Cada cabeça sua sentença : breve reflexão teórica acerca das decisões judiciais*, Revista do Ministério Público, Lisboa, a.33n.130(Abr.-Jun.2012), p.125-140

BRITO, José de Sousa e, *A medida da pena no novo código penal*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, n.esp.3(1984), p.555-587 - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia.

BRITO, José de Sousa e, *Os fins das penas no Código Penal*, Problemas fundamentais de direito penal : colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin / coordenação de Maria da Conceição Valdágua - Lisboa : Universidade Lusíada Editora, 2002. - 248p. ; 25 cm

CARVALHO, Taipa de, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, Lisboa, Universidade, 1985

CASTRO, Chaves e, *A Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portugueses* Coimbra, F. França Amado, 1910

CHIN, Denny, *Sentencing : a role for empathy*, University of Pennsylvania law review, Philadelphia, v.160 n.º 6 (May 2012), p.1561-1584

CORDEIRO, Adelino Robalo, *A escolha e medida da pena*, In: O novo código penal português e legislação complementar/Jornadas de Direito Criminal. - [Lisboa]: Centro de Estudos Judiciários, [1983]. - p. 235-283

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *Apontamentos sobre as penas e sua graduação no direito criminal português: evolução e estado actual*, Coimbra, Almedina, 1953.

CORREIA, Eduardo, *Criminologia*, Coimbra: Académica, [1957]. Segundo as lições ao curso do 6.º ano de ciências histórico-jurídicas 1957-1958.

CORREIA, Eduardo, e outros, *Direito criminal III* [dactilografado e impresso por] João Abrantes, Coimbra, 1980.

CORREIA, Eduardo, *Apontamentos sobre as penas e sua graduação no direito criminal português : evolução e estado actual*, Coimbra: Almedina, 1953, segundo as prelecções ao curso do 5º ano jurídico de 1953-54

CUNHA, José Damião da, *Medida da pena: agravantes e factores atenuativos especiais*, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 2 de Maio de 1996, Direito e justiça, Lisboa, v.11 t.2 (1997), p.131-137

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca : Universidad de Salamanca, [1999] – 355 p. ; 25 cm. - (Acta salmanticensia. Estudios jurídicos ; 79)

DIAS, Jorge Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Notícias Editorial, 1993

DIAS, Jorge Figueiredo e Costa Andrade, *Criminologia - o homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984

DIAS, Pedro Manuel B. Ferreira, *O artigo 72º do Código penal e o critério do meio da pena* / Pedro Manuel Branquinho Ferreira Dias, Revista do Ministério Público, Lisboa, a.7n.28(Out.-Dez.1986), p.53-60

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed. Lisboa, Gulbenkian, 2011

«*Etudes relatives à recherche criminologique*», Volume XXVI, CDPC, Strasbourg 1989.

FERREIRA, M. Cavaleiro de, *A medida da pena*, Boletim dos Institutos de Criminologia, Lisboa, n.5(2semestre1939), p.55-71

GERSÃO, Eliana, *Menores agentes de infracções criminais - que intervenção? : apreciação crítica do sistema português*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, n.esp.1(1984), p.623-672, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia.

HAGAN, *Structural Criminology*. Cambridge: Polity Press, 1988.

GONÇALVES Caetano, *Supremo Tribunal de Justiça*, Coimbra, 1932; «Dir», 49-164 e 65-254.

JESCHECK, Henrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4.^a ed., Granada, Editorial Comares, 1993

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, introducción de Ignacio Serrano Butrageño. - Granada : Comares, 1997.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995*, 4.^a ed., Valência, Tirant lo Blanch, 1996.

MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena : finalidades : escolha : abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, [Coimbra] : Coimbra Editora, [2011].

MERÊA, Paulo, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 7, págs. 43 a 72

MESSUTI, Ana, *Algunas reflexiones sobre la pena y el pensamiento penal*, Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, a.13n.55(Jul.-Agos.2005), p.9-40

MOLINA BLÀZQUEZ, María da Concepción, *La aplicación de la pena : estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona : Bosch, 1996.

MOLLY, Booth, *Sentencing discretion at gunpoint : how to think about convictions underlying 924(c) mandatory minimum*, The University of Chicago law review, Chicago, v.77n.4(Fall2010), p.1739-1769

MOURA, José Souto, A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena, Revista do CEJ, Lisboa, n.º13(1.sem.2010), p.93-113

NOGUEIRA, Sá, Introdução a «*Supremo Tribunal de Justiça, Assentos e Jurisprudência Obrigatória*» de Simas Santos e Leal-Henriques, Lisboa, Rei dos Livros 1993

OLIVEIRA, João A. G. Gil de, *A determinação concreta da medida da pena no novo código penal de Macau : algumas questões*, Boletim da Faculdade de Direito, Macau, a.1n.3(1997), p.113-133

REIS, J. Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, VI, Coimbra Editora, 1953

Revue Internationale de Droit Comparé, número especial intitulado La Cour Judiciaire Suprême.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Manuel de Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial*, Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, a.2n.7(Jul.-Set.1994), p.52-64

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Política criminal: novos desafios, velhos rumos*, In: Direito penal económico e europeu: textos doutrinários / Eduardo Correia.. [et al.] . - Coimbra : Coimbra Editora , 1998-0000. - 3v., p. 159-182

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade e a escolha da pena*, anotação do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/03/90, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, a.1n.2(Abr.-Jun.1991), p.243-258

RODRIGUES, Anabela Miranda, *O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano12 n.º 2(Abr.-Jun. 2002), p.147-182

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Sistema punitivo português : principais alterações no Código Penal revisto*, Sub Judice. Justiça e sociedade, Lisboa, n.º 11(Jan.-Jun.1996), p.27-39

RODRIGUES Anabela Miranda, *O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade*, Problemas fundamentais de direito penal : colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin / coordenação de Maria da Conceição Valdágua. - Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002. - 248p. ; 25 cm

RODRIGUES, Narciso da Cunha, *A Constituição e os Tribunais*, Lisboa, Diabril, 1977

ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981

SANTOS, Manuel Simas, e outro, *Medida concreta da pena: disparidades*, 1.ed. - Lisboa : Vislis, 1998.

SANTOS, Manuel Simas «*Supremo Tribunal de Justiça - Natureza, Funções e Acesso - Direito Comparado*», Revista do Mº Pº, n.º 45, págs. 147-157.

SANTOS, Manuel Simas e outro, *Medida concreta da pena, no Supremo Tribunal de Justiça, no tráfico de estupefacientes RPCC*

SANTOS, Manuel Simas e outro, *A medida da pena no direito penal de Macau*, Revista jurídica de Macau, Macau, v.5n.1(Jan.-Abr.1998), p.7-64

SANTOS, Manuel Simas, *A investigação das penas nos Tribunais Superiores*, no Colóquio «Uma Perspectiva Jurídica Sociológica do Novo Código Penal», na Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 18-05-95;

SANTOS, Manuel Simas, Conferência *A Medida Judicial da Pena*, organizada pelo Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, Porto, 26.11.96, versão policopiada.

SANTOS, Manuel Simas, Conferência «*A Medida da Pena: Algumas Considerações*», Auditório da Autoridade Monetária e Cambial, a convite do Secretário Adjunto para a Justiça, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 19-09-97, publicada com o título *A Medida da Pena no Direito Penal de Macau*, na Revista Jurídica de Macau, 1998, vol. 5, n.º 1, p. 7-64

SANTOS, Manuel Simas, *A medida da pena no Supremo Tribunal de Justiça (esboço de um estudo empírico)*, RPCC, 2004, pág. 453

SANTOS, Manuel Simas, *As penas no caso do concurso de Crimes*, no Curso de Especialização “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no Centro de Estudos Judiciários, Porto, 06.05.2010, publicada na Revista do CEJ n.º 13;

SANTOS, Manuel Simas e Manuel Leal-Henriques, *O Código Penal de 1982*, 4 volumes, Editora Rei do Livros, Lisboa, 1986-1987.

SANTOS, Manuel Simas e Manuel Leal-Henriques, *Código Penal Anotado*, 2 volumes 3.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000-2002

SANTOS, Manuel Simas e Manuel Leal-Henriques, *Código Penal*, 2.ª Edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2 volumes, 1995-1996.

SOUZA, Pereira e, *Primeiras Linhas de Processo Civil*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1834

SIEGFRIED, Daniel I., *Based on the guidelines? : applying retroactive sentencing amendments to binding plea agreements*, The University of Chicago law review, Chicago, v.77n.4(Fall2010), p.1801-1839

TORRES, Mário, Jornal «Expresso» de 9-1-82

VARELA, Antunes e outros, Manual de Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a ed, Coimbra, 1985

ZIPF, Heinz, *Principios fundamentales de la determinacion de la pena*, Cuadernos de política criminal, Madrid, n.17(1982), p.353-359

YAKOVLEV, Aleksander, *Criminal law: individualization of punishment or equality before the law*, In: Papers on crime policy, Helsinki: HEUNI, 1986. - p. 50-69