



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A DETERMINAÇÃO DA PENA: APRECIÇÃO CRÍTICA DAS *SENTENCING*  
*GUIDELINES* DOS EUA, INGLATERRA E PAÍS DE GALES E O MODELO PORTUGUÊS**

**Paulo Duarte Barreto Ferreira**

**Dissertação Mestrado em Direito e Ciência Jurídica**

**Professor Orientador: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes**

**Lisboa**

**(2022/2023)**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A DETERMINAÇÃO DA PENA: APRECIÇÃO CRÍTICA DAS *SENTENCING*  
*GUIDELINES* DOS EUA, INGLATERRA E PAÍS DE GALES E O MODELO PORTUGUÊS**

**Paulo Duarte Barreto Ferreira**

**Dissertação Mestrado em Direito e Ciência Jurídica**

**Professor Orientador: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes**

**Lisboa**

**(2022/2023)**

Agradeço ao Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, Orientador desta dissertação

À Maria Teresa, ao Afonso, à Maria Amélia e ao Manuel Maria

## **Resumo**

A nossa investigação incide sobre a determinação da pena nos Estados Unidos da América, em Inglaterra e País de Gales e em Portugal. São sistemas diferentes, os primeiros da *common law*, com *sentencing guidelines*, e o nosso da *civil law*, assente na regra jurídica e na positividade da lei.

Para tanto, abordamos a determinação da pena e os seus princípios e o problema dos fins das penas, quer dogmaticamente quer nos sistemas penais que aprofundamos. Iniciamos pelo problema dos fins das penas, pelo conceito de determinação da pena e pelos seus princípios nucleares, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, a fundamentação, a individualização e a proporcionalidade, necessidade e adequação.

Nos sistemas americano e inglês (e galês) falamos da respectiva génese e evolução, *das sentencing guidelines*, caracterizando cada um destes sistemas, apreciando criticamente, e, a final, não deixámos de nos focar no que de distinto há entre si.

Depois seguimos para o modelo português, abordando o nosso percurso histórico dos fins das penas, bem como fazemos referência ao modelo vigente para a determinação da sanção, concretamente os artigos 40.º e 71.º, do Código Penal, incluindo a apreciação crítica destes.

Para melhor enquadramento destes sistemas penais fazemos referência a outras experiências e práticas, em países mais ou menos próximos do nosso e até em jurisdições internacionais. Tudo isto para questionar se fará sentido criar orientações ou Directrizes para a determinação da pena em Portugal, similares ou não às existentes nos sistemas americano e inglês, elas próprias distintas. A tal questão replicamos, apresentando propostas para superar a disparidade das penas e garantir uma determinação da pena fundamentada e transparente.

### **Palavras-chave:**

Pena, determinação da pena, culpa, prevenção geral e especial, *sentencing guidelines*, coerência, dignidade da pessoa humana

(O autor não adopta o “Acordo Ortográfico” de 1990)

**Abstract:**

Our research focuses on sentencing in the United States of America, in England and Wales and in Portugal. These are different systems, the former being common law, with sentencing guidelines, and the latter civil law, based on the rule of law and the positivity of the law.

To this end, we address the determination of the penalty and its principles and the problem of the ends of penalties, both dogmatically and in the penal systems we study in depth. We begin with the problem of the ends of punishment, the concept of the determination of punishment and its core principles, namely human dignity, justification, individualisation and proportionality, necessity and appropriateness.

In the American and English (and Welsh) systems, we talk about the respective genesis and evolution of the sentencing guidelines and characterise each one of these systems, critically appraising them and finally focusing on what is different between them.

We then move on to the Portuguese model, addressing our historical background of the end of sentences, as well as making reference to the model in force for determining the penalty, specifically articles 40 and 71 of the Penal Code, including a critical appraisal of these.

To better frame these penal systems, we refer to other experiences and practices in countries closer or less similar to ours and even in international jurisdictions. All of this is to ask whether it makes sense to create guidelines or directives for sentencing in Portugal, similar or not to those that exist in the American and English systems, which are themselves different. We reply to this question by putting forward proposals to overcome the disparity of penalties and ensure that sentencing is well-founded and transparent.

**Keywords:**

Sentence, sentence determination, guilt, general and special prevention, sentencing guidelines, coherence, human dignity

# Índice

1.Introdução.....	9
*	
2. A determinação da pena	
2.1. A história das penas.....	10
2.2. O problema e as teorias sobre os fins das penas.....	14
2.3. A pena abstracta, a escolha da pena e a medida concreta da pena.....	19
2.4. A dignidade da pessoa humana.....	21
2.5. A fundamentação.....	24
2.6. A individualização.....	26
2.7. A proporcionalidade, necessidade e adequação.....	29
*	
3. As <i>sentencing guidelines</i> nos USA	
3.1 A sua génese e evolução.....	32
3.2. Fins das penas.....	40
3.3. Os seus objectivos.....	41
3.4. Apreciação crítica.....	44
*	
4. As <i>sentencing guidelines</i> em Inglaterra e no País de Gales	
4.1 A sua génese e evolução.....	58
4.2 Fins das penas.....	63
4.3. Os seus objectivos.....	64
4.4. Apreciação crítica.....	65
*	
5. As diferenças entre as <i>sentencing guidelines</i> americanas e as inglesas.....	71
*	
6. O modelo português	

6.1. Os fins das penas em Portugal – o percurso histórico.....	73
6.2. O artigo 40.º do Código Penal.....	77
6.3. O artigo 71.º do Código Penal.....	80
6.4. Apreciação crítica.....	83
*	
7. Orientações ou directizes para as sentenças em Portugal?.....	98
*	
8. Conclusões .....	122
*	
Referências bibliográficas.....	127

## 1 - Introdução

Embora o título desta dissertação seja “A DETERMINAÇÃO DA PENA: APRECIÇÃO CRÍTICA DAS *SENTENCING GUIDELINES* DOS EUA, INGLATERRA E PAÍS DE GALES E O MODELO PORTUGUÊS”, a pergunta que concretamente procuramos responder é se precisamos, em Portugal, de orientações ou directizes para as sentenças criminais.

Após a apreciação do estado da arte sobre os fins das penas, partimos para a análise da determinação da pena nos seus diversos momentos – a pena abstracta, a escolha da pena e a medida concreta da pena - e os princípios a ela subjacentes - a dignidade da pessoa humana, a fundamentação, a individualização, a proporcionalidade, necessidade e adequação.

Para procurar perceber as vantagens e desvantagens das directizes ou *sentencing guidelines*, aprofundamos os sistemas de determinação da pena nos Estados Unidos da América e de Inglaterra e País de Gales. As respectivas génese e evolução, os fins das penas, objectivos, concluindo com uma apreciação crítica sobre cada um destes sistemas e a análise comparada – as diferenças – entre ambos.

Entrando no modelo português, fazemos um percurso histórico sobre a problemática dos fins das penas, concluindo pela apreciação dos artigos 40.º e 71.º do actual Código Penal, normas em que o legislador quis enquadrar e guiar o julgador na determinação da pena. Fazemos igualmente uma apreciação crítica sobre o nosso sistema.

Aqui chegados, estaremos prontos para a questão a que nos propusemos responder.

Para tal, (i) apontamos as diferenças ente os sistemas de *civil law* e *common law*, (ii) apreciamos as orientações, *guidelines* ou directizes, em diversos formatos e com natureza mais ou menos vinculativa ou *mandatory*, que têm sido seguidas no mundo anglo-saxónico e não só - para além, claro, dos já vistos sistemas dos Estados Unidos da América e de Inglaterra e País de Gales -, (iii) percorremos alguns tribunais internacionais para perceber como determinam a pena e, concluímos, (iv) no sistema continental, particularmente os sistemas mais próximos (Espanha, Itália, França e Alemanha).

Proseguimos, apreciamos as competências e legitimidade democrática do legislador e julgador na determinação da pena, fazendo uma incursão ao conceito de independência do poder judicial.

E, a final, damos a nossa resposta. O que pode ser feito em Portugal, por via legislativa e jurisprudencial para melhorar o processo de determinação da pena.

Dizemos porque afastamos *sentencing guidelines* – como as da *common law* – para Portugal e que papel reservamos ao Supremo Tribunal de Justiça para se almejar a uniformidade, coerência e transparência na determinação da pena.

\*

## **2. A determinação da pena**

### **2.1. A história das penas**

Esta não é uma investigação sobre a história das penas. Sem embargo, não deixámos de fazer uma breve referência a este tema, qual *pincelada*, por entendermos ser um importante complemento para o que aqui verdadeiramente interessa: a determinação da pena.

Dito isto, é hoje pacífico que, até ao Iluminismo, as penas criminais assentavam numa ideia de vingança, associada ao barbarismo<sup>1</sup>, tendo Giorgio del Vecchio<sup>2</sup> afirmado a propósito que “a história das penas não é menos desonrosa do que a história dos crimes” e Giuseppe Bettiol<sup>3</sup> declarado que “o direito penal começa precisamente lá onde acaba a vingança”.

O criminoso era então tratado de forma indigna – como objecto ou coisa –, por via de suplícios e outras formas de punições corporais expressas em público, linchamentos, queimaduras em praça pública, esquartejamentos e decapitação<sup>4</sup>. Mas

---

<sup>1</sup> VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, “ OS FINS DAS PENAS e a PRÁTICA JUDICIÁRIA – algumas questões, Julho de 2011, disponível em [http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS\\_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf), p. 3

<sup>2</sup> Apud CAVALEIRO FERREIRA, *Direito Penal Português, Parte Geral II*, Lisboa: Verbo, 1982, p. 303

<sup>3</sup> GIUSEPPE BETTIOL, “Punti Fermi in Tema di Pena Retributiva”, in *Scritti Giuridici*, 1966-1980, Pádua, 1980, tomo II, p. 939.

<sup>4</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 107-388

também pela sua colocação em depósitos insalubres e exíguos, convivendo de modo promíscuo com outros presos, numa situação de socialmente *invisíveis*<sup>5</sup>.

A história da pena é descrita em seis períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário, científico e nova defesa social<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> SOUZA PÊCEGO, António José Franco de, *Pena de Prisão: Reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da intervenção punitiva do Estado*, Universidade Federal de Uberlândia, 2021, p. 40

<sup>6</sup> CAMPOS, Sandra, *Sistemas Prisionais Europeus*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015, disponível em [https://run.unl.pt/bitstream/10362/15168/1/Campos\\_2015.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/15168/1/Campos_2015.pdf): Período da vingança privada: é a fase mais primitiva da história da pena. A punição era imposta exclusivamente como vingança e não guardava qualquer medida com a pessoa do criminoso com o crime cometido. Trata-se da lei do mais forte, ficando a sua extensão e forma de execução a cargo da pessoa do ofendido. O transgressor podia ser morto, escravizado ou banido. A pena ultrapassa a pessoa do infractor para se concentrar na sua família ou inteiramente na sua tribo, com a total dizimação desta, não se importando com a figura da culpa. - Período da vingança divina: nesse período a pena até então aplicada ao sabor e à vontade da vítima, ou de seu grupo, como pura vingança pelo mal praticado, ou mesmo como um acto instintivo de defesa, passa a ter como fundamento uma entidade superior, a divindade. A punição existe para aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do infractor, para que assim, a paz na terra fosse mantida. O código de Manu (séc. XI a.C.) sob o fundamento de que a pena purificava o delinquente, determinava o corte de dedos dos ladrões, evoluindo para os pés e mãos no caso de reincidência. O corte da língua para quem indultasse um homem de bem; a queima do adúltero em chama ardente; as entregas da adúltera para animais carnívoros, principalmente cachorros. Em nome dos deuses, praticaram-se monstrosidades e iniquidade. - Período da vingança pública: Os dois períodos de vingança, tanto privada como religiosa, eram feitos pelo particular ao seu arbítrio ou pelo grupo, destruindo tribos inteiras; a vingança feita em nome dos deuses, com requintes de crueldade e sem qualquer critério de justiça, levou o Estado, então mais forte, a atrair para si a responsabilidade pelo direito punitivo. O poder público passou então a regulamentar a forma de castigo através do ente soberano e aplicado de acordo com os seus interesses. Do ponto de vista humanitário, pouco mudou. A punição continuava cruel, desproporcional, atroz e desumana. Período humanitário: Foi então que surgiu, em 1764, um homem disposto a enfrentar o sistema e o fez com a arma de que dispunha: o pensamento. Inspirado em Montesquieu, Rosseau, D'Alembert, Diderot, Buffon, Hume e Helvetius, escreveu uma obra pequena em volume mas infinita em conteúdo, que logo viria a transformar-se num grande agente de transformação, mudando radicalmente as formas de execução de penas em toda a Europa e que se encontra viva e actual ainda hoje. A obra: *Del Delti e Delle Pene* (dos delitos e das penas). O autor: Cesare Bonesane, Marquês de Beccaria. Na sequência da sua obra, faz referência à origem das penas e o direito de punir, entendendo que o juiz não poderia impor pena que não estivesse prevista na lei, devendo interpretá-la de forma a não prisão, afirmando que se atiravam na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; que era antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; investe contra as acusações secretas e as torturas nos interrogatórios. Já naquela altura ele denunciava a lentidão dos processos, analisa as espécies de penas, insurgindo-se frontalmente contra as severas, principalmente a de morte. Com a obra de Beccaria, surgiu uma verdadeira revolução para os estudiosos do Direito Penal, passando a ser discutidas, combatidas e debatidas as várias formas e tipos de penas aplicadas, muitas delas ao livre arbítrio do julgador e do próprio ofendido. A obra foi divulgada em toda a Europa. Sob a sua influência nasceram os artigos 7.º e 8.º da declaração dos Direitos do Homem. A partir desse momento a pena de morte passou a ser abolida em grande parte da Europa ou, quando não, esta não era aplicada. As penas corporais e infamantes aos poucos foram desaparecendo, cedendo lugar às privativas de liberdade, para o que se iniciou a construção de inúmeros presídios, surgindo então a possibilidade de reeducação dos criminosos que uma vez condenados e encarcerados poderiam ser ressocializados e reintegrados à sociedade após o cumprimento da pena. Período científico: A partir deste período, a pena deixou de ser simples proteção jurídica encontrando a sua medida na qualidade do delito e variando de acordo com a intensidade deste. Passando assim o delito a ser considerado como um facto individual e social, representando um sintoma patológico do seu autor. Por isso, a pena passa a ser vista como um remédio e não como um castigo. E deve ser ministrada conforme a perigosidade do delinquente. A sanção é, pois um meio de defesa social. Neste período começaram a florescer as ciências penais

As primeiras casas de correcção e prisões, necessárias como lugares para internar os delinquentes em consequência dos seus actos ilícitos, são sinalizadas em Inglaterra (*houses of correction, workhouses*) e na Holanda (*rasphuis, spinhuis*), nos séculos XVI e XVII, muito por influência do luteranismo e sobretudo do calvinismo, filosofias protestantes que criaram uma ideologia do trabalho e do esforço como redentor da alma do condenado<sup>7</sup>. Arroyo<sup>8</sup> descreve a história da pena de prisão, a

---

voltadas para o estudo do criminoso, das suas características antropológicas, do crime e as suas causas, tudo com o único fim de prevenção e defesa da sociedade. Nasce a Antropologia Criminal, a Criminologia e a Sociologia Criminal, a Política Criminal e a Ciência Penitenciária. A questão da individualização da pena, da perigosidade e da medida de segurança começam a ser discutidas com maior profundidade em todos os cantos do mundo. Surge um novo movimento, chamado União Internacional de Direito Penal, que preconizava a distinção entre os diversos tipos de delinquência, a realização de estudos antropológicos e sociológicos, não se considerando a pena como único meio de combate ao crime, a eliminação das penas de curta duração e a colocação de delinquentes habituais em situação de não se tornarem nocivos, surgindo assim as penas de longa duração e o sistema de segurança máxima do criminoso com o objectivo de proteger a sociedade. Período actual: Nova Defesa Social: este período teve início em 1945, quando o professor italiano Filippo Gramatica fundou em Génova o Centro de Estudos de Defesa Social. Propôs a criação de um direito de defesa social e a eliminação do direito penal e do sistema penitenciário vigentes. A sua proposta era extremamente avançada e naturalmente radical. Inúmeros adeptos foram surgindo e o movimento cresceu vertiginosamente. Em 1949 nasce a Sociedade Internacional de Defesa Social. Os defensores do Movimento de Defesa Social não querem a extinção do Direito Penal ou do sistema penitenciário de forma radical. A grande e mais significativa preocupação dos defensores do Movimento da Defesa Social é com o sistema carcerário vigente. Isto porque a prisão não regenera, nem ressocializa, antes perverte, corrompe, destrói, aniquila a saúde, a personalidade, estimula a reincidência e onera sensivelmente o Estado, sendo uma verdadeira escola de crime, paga e manipulada pelos cofres públicos. Logo, a cadeia deve ser reservada somente aos delinquentes perigosos, que não ofereçam a mínima possibilidade de recuperação imediata. Aos demais transgressores da norma jurídica, cuja infracção é de pequena potencialidade ofensiva criminal, devem-se impor medidas alternativas, substitutivas da pena privativa da liberdade.

<sup>7</sup> ARROYO, Sergio Cámara, "Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional", ADPCP - *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, VOL. LXXII, 2019, pp. 573-574

<sup>8</sup> ARROYO, Sergio Cámara, *Elementos integradores...*, pp. 574-578: La progresiva implantación de la prisión como pena principal en Europa fue trasladada a Norteamérica por los cuáqueros, conocedores de las ideas protestantes y de la obra del visitador de prisiones del siglo xviii –e instigador de la reforma penitenciaria– John Howard, será en estas nuevas tierras donde, durante los siglos xviii y xix, se conformarán los primeros y auténticos sistemas penitenciarios; (...) Posteriormente, bien entrado ya el siglo xix, se desarrolló para los jóvenes infractores primarios (mayores de 16 y menores de 30 años que hubieran cometido su primer delito) el sistema reformativo puesto en práctica en el establecimiento de Elmira en 1876, principal vehículo de las ideas correccionales de signo positivista (fundamentalmente el correccionalismo alemán de Röeder, seguido en nuestra lengua por Dorado Montero). Sus principios básicos serían la sentencia indeterminada, el aislamiento nocturno y las actividades comunes diurnas, la búsqueda de la rehabilitación efectiva del penado mediante un proceso de trabajo y formación educativa y la clasificación por edades y conducta; (...) A principios del siglo xix se desarrollará en Europa el denominado sistema progresivo, surgido del empirismo y la práctica en los establecimientos de reclusión, y que finalmente se impondrá también en el nuevo continente. Siguiendo a Garrido Guzmán, podemos definir, de forma general, todos los sistemas penitenciarios progresivos como aquellos en los que «la idea central (...) radica en la disminución que la intensidad de la pena va experimentando como consecuencia de la conducta y comportamiento del recluso. Atravesando distintas etapas que van, desde el aislamiento celular hasta la libertad condicionada, el recluso tiene en su mano la posibilidad, con su trabajo y conducta, de ganar más o menos lentamente las etapas sucesivas hasta su liberación definitiva.

sua implementação na América do Norte, bem como a sua evolução na Europa através das ideias positivistas e progressivas.

Mas, hoje, a pena de prisão está em severa crise, para tal contribuindo “a sua excessiva utilização e as consequências daí derivadas: o aumento do «movimento carcerário», o acréscimo exponencial (em países como os EUA: *mass imprisonment*) da população prisional”, (...) bem como “o fracasso das finalidades da prisão como outro dos factores da sua crise”; (...) “a montante disso, para sermos rigorosos, é toda uma crise de legitimação da prisão “crise existencial” que se coloca, para já não nos referirmos a que essa crise se alarga a todo o sistema penal; bastará lembrar os movimentos abolicionistas e neo-abolicionistas, o *punitive turn*, o neo-retribucionismo, as tendências “privatizadoras” do nosso ramo de Direito para não nos assaltarem dúvidas quanto a este ponto; relacionado com o que vem de dizer-se, é evidente que o próprio conteúdo da privação da liberdade — a sua utilidade ou não, digamos”<sup>9</sup>.

Nesta linha, é cada vez maior a aplicação de penas alternativas ou substitutivas à prisão, assim se obviando os males para a reinserção social e abandona as teorias hoje anacrónicas de conceder efeitos pedagógicos ao cárcere<sup>10</sup>.

Como surgem novos conceitos como a justiça restaurativa, defendida, entre outros, por Pérez<sup>11</sup>: “É essencial promover a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria penal para todos os crimes, que tenham como foco o respeito à dignidade e à igualdade das pessoas, destacando a importância da vítima nos processos de reparação, oferecendo aos infratores a oportunidade de melhor compreender as causas e efeitos de seu comportamento. São necessários programas psicológicos, educacionais, recreativos e outros programas de apoio para ajudar a

---

<sup>9</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Crise da Pena de Prisão e os Abolicionismos – Roteiro de Análise”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 (2019), nº 2, pp. 959-962

<sup>10</sup> VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, *OS FINS DAS PENAS e a PRÁTICA JUDICIÁRIA – algumas questões*, Julho de 2011, disponível em [http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS\\_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf), pp. 18-19

<sup>11</sup> PÉREZ, Luis Raúl González, “Racionalización de La Pena de Prisión – Pronunciamiento”, *25 Años CNDH (Comisión Nacional de los Derechos Humanos) -México*, disponível em [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento\\_20160331.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf),

2015, p. 71: *Es sustancial promover la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal para todos los delitos, que se enfoquen en el respeto a la dignidad e igualdad de las personas, destacando la importancia de la víctima en los procesos de reparación, ofreciendo a los ofensores la oportunidad de comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento. Es necesario que se adopten programas de acompañamiento psicológico, educativo, recreativo, entre otros, que ayuden a mitigar algunos de los resultados más dañinos del encarcelamiento durante largos periodos que ayuden a compensar estos efectos de manera positiva y pro-activa para poder sobrellevar una larga condena.*”

mitigar alguns dos resultados mais prejudiciais da prisão prolongada e para ajudar a compensar estes efeitos de uma forma positiva e pró-activa, a fim de lidar com uma longa pena”.

Como veremos ao longo desta dissertação, hodiernamente, mais do que penas, fala-se de fins das penas, e é nesta perspectiva que são fundamentadas, fixadas e executadas.

\*

## 2.2. O problema e as teorias sobre os fins das penas

O problema dos fins das penas é sobretudo uma questão que se coloca na fase ou processo de determinação judicial da pena. Abandonadas as penas fixas, é tarefa do juiz, dentro da moldura penal consagrada pelo legislador, fixar a medida concreta da pena. Mas tal tarefa exige, desde logo, uma ponderação sobre os fins das penas, ou seja, para que servem as sanções criminais. Apreciação que não deverá ser abstracta ou teórica, mas centrada no agente do crime, individualizada. Importa saber no caso concreto que fim ou fins das penas devem ser especialmente acautelados.

O processo de determinação da medida concreta da pena encerra ou se organiza nas seguintes sucessivas etapas: “a determinação dos prevalentes fins das penas (as “*finalen Strafzumessungsgründex*” da doutrina germânica ou os “*criteri finalisti di valutazionex*” da italiana); a fixação dos factores influentes nessa determinação (ou seja, as “*realen Strafzumessungsgründe*” ou a “*individualizzazione degli elementi di fatto*”»); e o exame das considerações”<sup>12</sup>.

É na determinação judicial da pena concreta que “se afinam todos os particulares sentidos dos fins das penas, aí há que lançar mão de todos os ensinamentos da criminologia e da política criminal, aí se apuram todas as infinitas gradações dos vários momentos em que se analisa o crime”<sup>13</sup>.

Também encontramos o mesmo pensamento em Autores como Jescheck<sup>14</sup>, para quem “o paradigma da determinação judicial das penas é a determinação dos seus fins, pois só partindo dos fins das penas claramente definidos se pode julgar que factos são importantes e como se devem valorar no caso concreto para a fixação da

---

<sup>12</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Algumas Notas sobre a Determinação...*, p. 444-446

<sup>13</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL”, *40 ANOS – CÓDIGO PENAL...*, p. 26

<sup>14</sup> JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, II*, Barcelona, 1981, p. 1194

pena”, e Roxin<sup>15</sup>, quando diz que “o direito penal enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando penas”, daí que se queremos ter uma teoria completa dos fins das penas precisamos de justificar estes três momentos.

Não podemos olvidar, contudo, que, na ponderação dos fins das penas ao caso concreto, o juiz enfrenta desafios e dificuldades que extravasam a sua área científica do conhecimento, sendo importante, como refere Susana Cardoso<sup>16</sup>, “que a classe judicial e os cientistas das áreas sociais e humanas pudessem juntos estabelecer primeiramente a conceção de Homem pela qual se deve reger o nosso direito penal”.

E, antes de entrarmos nas teorias sobre os fins das penas, uma última referência ao ensinamento de Figueiredo Dias<sup>17</sup>: “o problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal e tem sido discutido vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do direito penal; a razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo do tempo está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal; por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal”.

São várias as teorias sobre os fins das penas. Tradicionalmente, são divididas em absolutas e relativas.

As absolutas são retributivas, porque a pena se esgota em si mesma, a justiça é a pena. A conhecidíssima passagem de Kant<sup>18</sup>, defensor desta teoria é lapidar: “ Se a sociedade civil resolver autodissolver-se, com a concordância de todos os seus cidadãos, mesmo assim, caso esta sociedade habitar uma ilha e resolver abandoná-la espalhando-se pelo mundo, o último assassino condenado e preso teria que ser executado, antes do abandono final da ilha pelo último membro do povo; isto deverá assim acontecer para que cada um receba a punição equivalente aos seus atos e a dívida de sangue não permaneça vinculada ao povo”. Também Hegel<sup>19</sup> segue esta

---

<sup>15</sup> ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal...*, p. 26

<sup>16</sup> SUSANA CARDOSO, *Justiça individualizada: a consideração do arguido...*pp. 164-165

<sup>17</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2004, Coimbra Editora, pp. 41-42

<sup>18</sup> KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, 3.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 211

<sup>19</sup> HEGEL, G. F. W., *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), tradução de ORLANDO VITORINO, S. D., § 97

teoria, considerando “a pena como um modo de honrar o criminoso e não como um instrumento ao serviço da sociedade, através do qual a dignidade do criminoso como pessoa possa ser prejudicada; (...) a pena é uma consequência lógica do crime, pois sendo a negação deste constitui a reafirmação dialética do Direito”.

Nas teorias relativas há sempre uma vertente preventiva, que pode ser geral positiva (a protecção dos bens jurídicos, as expectativas comunitárias na validade e reforço da norma violada) ou negativa (de advertência, para que outros não imitem o delinquente, por meio do exemplo decorrente da pena concreta ou pela ameaça contida na previsão penal abstracta) e especial positiva (dirigida ao autor do crime, procurando a reintegração social futura, que venha a ser fiel ao direito) ou negativa (como aviso para que o arguido arrepie caminho e não volte a delinquir).

Também temos as teorias unitárias ou unificadoras, aqui representada por Roxin<sup>20</sup>: “ (...) a aplicação da pena serve para a protecção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa; pode ver-se que assim “se conserva o principio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de direito e completado com as componentes de prevenção especial da sentença, mas que, simultaneamente, através da função limitadora dos conceitos de liberdade e culpa, e em consonância com a nossa lei fundamental, se desvanecem as observações que se opõem a que aquele principio seja levado em conta na graduação da pena; (...); se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual”.

Figueiredo Dias<sup>21</sup> lapidarmente distingue: “Para o grupo das teorias absolutas a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nessa essência se esgota; para as teorias relativas, a pena, como instrumento político-criminal destinado a actuar no mundo, (...) para como tal se justificar tem de usar esse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, a prevenção ou profilaxia criminal; e, para as teorias mistas

---

<sup>20</sup> ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal...*, pp. 40 e 43

<sup>21</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal...*, pp. 43-60

ou unificadoras, há um subgrupo em que o corpo doutrinal predominante poderá ser definido como o de uma pena retributiva no seio da qual procura dar-se realização a pontos de vista de prevenção geral, dito de outro modo, uma pena preventiva através de justa retribuição, e outro em que a combinação ou unificação das finalidades da pena só pode ocorrer a nível da prevenção, geral e especial, com exclusão de qualquer ressonância retributiva, expiatória ou compensatória, o que implica a recusa do pensamento da culpa e do seu princípio como limite do problema”.

Mas ainda se encontram outras teorias sobre os fins das penas, como, por exemplo, expressivo-comunicativas, que Guimarães Neto<sup>22</sup> classifica a partir dos seguintes critérios: tradição filosófica, destinatário da pena e função da pena.

Igualmente as ideias principais do movimento iluminista no século XVIII influenciaram os autores da chamada Escola Clássica, na segunda metade do século XIX, sendo o seu maior expoente Francesco Carrara. Por meio de sua obra “Programa do Curso de Direito Criminal”, escrita em 1859, “fundamenta o direito de punir unicamente na justiça (como tutela jurídica); o crime é entendido como um ente jurídico, ou seja, é a violação do direito, como exigência racional; a responsabilidade penal é fundada no livre-arbítrio; a pena é retribuição jurídica e utilizada para

---

<sup>22</sup> GUIMARÃES NETO, Silvio Leite, *UMA TEORIA DA PENA BASEADA NA VÍTIMA- A BUSCA PELA SATISFAÇÃO DO INDIVÍDUO VITIMADO COMO FINALIDADE DA PENA*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pp. 61-69 “O critério da tradição filosófica subdivide-se em consequencialista (“a pena seria fundamentada com base num benefício específico, que poderia ser identificado e explicado independentemente do ato punitivo que o proporcionou, uma concepção penal com carácter instrumental”), deontológica (“a pena seria fundamentada em virtude de ser a resposta adequada ao crime cometido, uma concepção penal de carácter retributivo”), e teleológica (“a pena seria pautada pelo crime passado e direcionada a um propósito futuro, isto é, trata-se de uma concepção simultaneamente retrospectiva e prospectiva, o infrator merece ser censurado através de um ato punitivo, o qual seria uma resposta intrinsecamente apropriada ao crime”). O critério do destinatário da pena (“primeiro, aferir se a expressão penal depende de um destinatário; segundo, verificar se o destinatário da pena seria coletivo ou individual - infrator, vítima ou terceiros cientes do crime”), que se subdivide em dependência de destinatário (“consideram a expressividade da pena perante um destinatário como essencial para fundamentar a punição de um infrator”) e em identidade do destinatário, que pode ser indeterminado (“fundamentam a pena como a expressão de um conteúdo perante destinatários indeterminados, isto é, a coletividade, em um sentido geral e abstrato”) e determinados (“fundamentam a pena como a expressão de um conteúdo perante indivíduos”). O critério da função da pena subdivide-se em expressiva pura (“a função da pena seria proporcionar um ato unilateralmente expressivo, isto é, desprovido de intento comunicativo com um destinatário, a eventual recepção do conteúdo expresso por algum grupo ou indivíduo seria desejável, porém irrelevante”), expressivo-comunicativa (“a função da pena seria expressar certo conteúdo a um destinatário, o ato punitivo demonstra um intento comunicativo, pois pressupõe que o destinatário seja minimamente capaz de entender o conteúdo moral expresso”) e comunicativo-teleológica (“a função da pena seria expressar um juízo condenatório à conduta incorrida, porém também tencionaria promover objetivos prospectivos em relação ao agente, tal como a educação moral, arrependimento e reconciliação com os pares”).

restabelecer a ordem violada pelo delito; e, para o estudo do direito penal aplica-se o método lógico-abstrato, e não experimental”<sup>23</sup>.

Uma nota para para a teoria utilitarista reformadora de Luigi Ferrajoli, que “concebe o direito penal e a pena como um mal necessário aplicável para garantir o máximo bem-estar das maiorias e o mínimo mal-estar das minorias desviantes; a pena aplicada necessariamente aos desviantes deve seguir alguns critérios preestabelecidos legalmente para evitar excessos, conforme o princípio da legalidade e somente assim pode ser concebida como direito penal mínimo e garantista (...) com o objetivo de evitar possíveis arbitrariedades estatais decorrentes da não limitação do poder punitivo nele existente, para evitar que uma pessoa desviante não tenha a devida sanção para seus atos, para evitar que inocentes sejam condenados e processados, para evitar o cometimento de crimes e evitar vinganças privadas”<sup>24</sup>.

E, finalmente, uma referência a esta síntese de Souto de Moura<sup>25</sup>: “O núcleo duro de toda a repressão penal nem sempre foi encarado, como se sabe, da mesma maneira; lembro que Kant teorizou a concepção que já vinha de séculos em matéria de retribuição; a pena, enquanto sofrimento infligido, é um postulado da razão prática, uma exigência ética primária; no fundo, está aqui em causa um desejo de igualdade (ou a ilusão de que se consegue essa igualdade), na medida em que o mal da pena equilibraria o mal do crime, tal como as vantagens do prémio que se receba compensam o bem que se tenha feito a outrem; Hegel envereda por uma retribuição situada exclusivamente ao nível lógico, traduzida em termos dialécticos numa tese (ordem jurídica), oposta a uma antítese (crime que viola essa ordem jurídica), a que se segue uma síntese (pena que “repõe”, supostamente, a ordem jurídica violada); com o iluminismo e os seus ideais humanitários (Fenerbach, Beccaria) elege-se a intimidação de potenciais delinquentes como fim fundamental da pena; mas o positivismo de novecentos desloca para o próprio delincente a reacção ao crime

---

<sup>23</sup> GOUVEA, Carolina Carraro, “OS FUNDAMENTOS DA PENA: ANALISANDO AS TEORIAS QUE JUSTIFICAM A PUNIÇÃO”, *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 6, n. 2, Jul/Dez. 2020, pp. 5-6.

<sup>24</sup> SILVEIRA, KARINE DARÓS, “PORQUE PUNIR? UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO UTILITARISMO REFORMADO DE LUIGI FERRAJOLI”, *Anais do 9.º Congresso Internacional de Ciências Criminais*, EDIPUCRS, 2018, disponível em <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/11.pdf>

<sup>25</sup> SOUTO de MOURA, José, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*, 26.04.2010, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura_escolhamedidapena.pdf), pp. 8-9

por ele cometido; a prevenção especial aproxima-se então de uma medicina social e a pena de uma forma de tratamento, o que levaria no limite, ao desaparecimento do próprio direito penal tal como o continuamos a conhecer, assente na culpa, e portanto com uma inegável dimensão ética; muito mais recentemente, surgiram posições ecléticas que pretenderam conciliar a retribuição da culpa com a prevenção especial e a prevenção geral intimidatória, e teorias a que se chamou “diacrónicas”, que assinalam à ameaça corporizada na lei penal o momento geral-preventivo por excelência, à condenação concreta de um certo agente a altura da ponderação sobre retribuição da culpa, e ao tempo de cumprimento da pena a oportunidade de se implementarem os propósitos de prevenção especial; foi só nos anos setenta do século passado que, pelo menos entre nós, começou a falar-se de prevenção geral positiva como finalidade da pena; e no entanto, é esse o fim primeiro que se assinala hoje às penas, o que não deixa de dar que pensar.”

\*

### **2.3. A pena abstracta, a escolha da pena e a medida concreta da pena**

A determinação da pena tem três momentos ou operações que se sucedem.

Em primeiro lugar, quando se impõe determinar a moldura legal ou abstracta aplicável. Depois, na escolha da pena, quando o tipo legal preveja, em alternativa, prisão ou multa. Por fim, no momento de proceder à determinação da medida concreta da pena<sup>26</sup>.

Ou, dito nas palavras de Robalo Cordeiro<sup>27</sup>, “a determinação da pena é susceptível de ser analisada em três perspectivas, correspondentes a outras tantas fases ou operações em que se desdobra a aplicação judicial de uma pena: a determinação da respectiva medida ou moldura legal (também chamada pena abstracta), da sua medida judicial ou individualizada (pena concreta) e da espécie de pena a aplicar (escolha da pena)”.

A determinação da pena, a par da questão da culpabilidade - aqui num conceito muito mais amplo do que a culpa enquanto juízo de censura, por nele se incluir toda as questões relativas à infracção criminal (cfr. art.º 368.º, do CPP) - é

---

<sup>26</sup> ANTÓNIO LATAS, “Intervenção jurisdicional na execução das reacções criminais privativas da liberdade - aspectos práticos, *Direito e Justiça*, Lisboa, v. esp. (2004), p. 240

<sup>27</sup> ROBALO CORDEIRO, Adelino, “A determinação da pena”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, - Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998, p. 33.

um dos momentos basilares do processo penal. E, como tal, exige do julgador a máxima seriedade, diríamos mesmo honestidade, por se cruzarem vários princípios fundamentais do direito penal que não podem deixar de ser seguidos e respeitados. Referimo-nos, está claro de ver, à dignidade da pessoa humana, ao dever de fundamentação, à individualização, à proporcionalidade, necessidade e adequação da pena.

Por tudo isto, é relevantíssimo o alerta de Simas Santos<sup>28</sup>, ao referir que “a imposição e a determinação da pena (*sentencing*), uma das fases mais importantes do processo penal, em que se determina a natureza e o valor ou duração da pena que será imposta ao condenado e, em particular, o seu julgamento e finalmente a sua prisão para cumprir a sua pena, ocorre frequentemente, por vezes em alguns minutos, com pouco ou nenhuma produção de prova, e sem fundamentar plenamente as decisões do tribunal sobre a pena, com referência aos factos; (...) é aconselhável, do ponto de vista criminal, a consagração directa no Código de Processo Penal da aplicação de uma pena como uma fase distinta do processo penal, após a decisão do reconhecimento da culpa do autor de um acto, como já acontece no nosso sistema processual (artigos 369.º a 371.º do CPP) num ténue sistema de *césure* no sistema processual penal, que destaca a questão da determinação da sanção aplicável da questão da determinação da culpabilidade do agente”.

Assinala, a este propósito, Anabela Miranda Rodrigues<sup>29</sup>, que “a questão da determinação da medida da pena é uma questão eminentemente prática; cabe ao magistrado judicial a concretização do substrato da medida da pena - ou, como já defendi, de um «tipo de medida da pena» ou «facto para efeito de medida da pena», para o qual vão relevar, pela via da culpa e da prevenção, fatores de medida da pena; e, assim, quer num caso quer noutro, fatores atinentes ao facto e ao agente, que, de um ponto de vista dogmático, integram a categoria da «punição» e não da infração; e que, de um ponto de vista prático, devem ser valorados e ponderados para, a partir daí, se retirarem as indicações capazes de determinar a quantidade de pena adequada ao caso concreto”.

Apreciemos, então, cada um dos princípios que supra mencionamos.

---

<sup>28</sup> SIMAS SANTOS, Manuel, “pena, juiz, legislador e jurisprudência – alguns problemas”, *Revista do Ministério Público*, 166, Abril/Junho de 2021, p. 70

<sup>29</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 149, N.º 4021, Março-Abril de 2020, pp. 268-269

## 2.4. A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o valor primeiro do Estado de Direito consagrado na nossa Constituição (cf. art.ºs 1º, 9º b), 25 nº1 ou 26 nº 2 da C. R. P.), o que supõe, claro está, uma concepção da pessoa humana como ser livre e responsável<sup>30</sup>.

Este princípio é pilar na fixação da pena, em particular na culpa. *Nulla poena sine culpa* é, antes do mais, a consagração jurídico-penal da dignidade humana. Simas Santos e Pedro Freitas assinalam que “a função da culpa é a de estabelecer o máximo de pena concreta ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa, e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de direito democrático”.<sup>31</sup>

Como refere Vaz Patto<sup>32</sup>, “reconhecer a dignidade da pessoa humana é, na conhecida visão kantiana, rejeitar a sua degradação a objecto, a meio ou instrumento; e o Estado estará a instrumentalizar a pessoa se utilizar a sua condenação para prosseguir um interesse da sociedade, para tal condenação servir de exemplo aos potenciais criminosos, intimidando-os; só não se verificará essa instrumentalização, a degradação da pessoa de fim a meio, se a pena tiver uma base ética e não puramente utilitária, se corresponder à culpa concreta do agente, se esta culpa for pressuposto e medida dessa pena”. A este respeito, voltamos a Anabela Miranda Rodrigues<sup>33</sup>, “mas sempre se impõe dizer que é em temas como os da determinação da pena que são postas à prova teses que fazem caminho, actualmente, na ciência do direito penal: a tese de que a legitimação do direito de punir não pode procurar-se em quaisquer considerações de ordem teológica, metafísica ou moral, mas apenas na necessidade da pena criminal para a defesa de bens jurídicos; a tese de que, em consequência, as finalidades da punição são exclusivamente preventivas, nomeadamente de prevenção geral positiva; e a tese de que, por isso mesmo, a punição convoca, em nome da protecção da dignidade do homem delinquente, a intervenção do princípio

<sup>30</sup> VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, *OS FINS DAS PENAS...*, p. 16

<sup>31</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal – Textos*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=BrFTKP0QFuQ%3D&portalid=30>, p. 77

<sup>32</sup> VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, *OS FINS DAS PENAS...*, p. 2

<sup>33</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena Privativa da Liberdade”, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Universidade Lusíada Editora, 2002, p. 179

da culpa como seu pressuposto irrenunciável e como seu limite inultrapassável”, sendo que a punição sem culpa ofenderia a dignidade do agente do crime e ficaria limitada a um mero efeito retributivo<sup>34</sup>.

A exigência da culpa como máximo da pena é, assim, e ainda em nome da dignidade humana, “uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar”<sup>35</sup>. Roxin<sup>36</sup> ensina que “a personalidade do delinquente não deve, pois, ser humilhada nem ofendida, mas desenvolvida”.

O Estado, compreendido como uma unidade de fins (*Zweckeinheit*), tem a pessoa como centro do Direito, “e é nesse sentido que se deve compreender a formulação de que o Estado está para a vontade da pessoa e não a pessoa está para a vontade do Estado; nessa conexão, parte-se do pressuposto de que a dignidade humana figura como a última barreira contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”<sup>37</sup>.

Punir sem culpa, restringindo a sanção criminal à prevenção geral, positiva ou negativa, ofenderia “o princípio da dignidade humana, pelo motivo de se valer do agente criminoso como um instrumento para alcançar os fins da sociedade”<sup>38</sup>. Punir apenas em consideração da necessidade de intimidar terceiros afrontaria “a proposição kantiana de que o Homem é um fim em si mesmo e que, por conseguinte, não poderá ser manipulado jamais como meio para as intenções de outro”<sup>39</sup>.

No plano dos valores e pela referência à igual dignidade da pessoa humana, Maria Fernanda Palma<sup>40</sup> propõe a “utilização articulada das três proposições seguintes: a) As liberdades positivas garantem o pleno exercício das liberdades negativas; b) As liberdades positivas asseguram e promovem a igual dignidade da

---

<sup>34</sup> ROBALO CORDEIRO, Adelino, “A determinação da pena” ..., p. 44.

<sup>35</sup> INÊS MORAIS, *Fins das Penas*, AAFDL, disponível em <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/FINS-DAS-PENAS-In%C3%AAs-Morais.pdf>, p. 6

<sup>36</sup> ROXIN, C., *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Tradução de Ana Paula dos Santos et al. 3. ed., Lisboa: Veja, 1998, p. 42

<sup>37</sup> DUQUE, M. S. “Curso de Direitos Fundamentais - Teoria e Prática”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2014, pp. 240-241, Apud SOUZA PÊCEGO, Antônio José Franco de, *Pena de Prisão...*, p. 39

<sup>38</sup> LOPES FELICIO, Guilherme e GOMES, Luís Roberto, *TEORIA DOS FINS DA PENA*, disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2137>, p. 5

<sup>39</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Algumas Notas sobre a Determinação da Medida Judicial da Pena no Código Penal Português*, Universidade Católica 1985/1986, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B846b2567-edf3-4fda-8587-8c129dc3d93c%7D.pdf>, pp. 479-480

<sup>40</sup> MARIA FERNANDA PALMA, “O Argumento Criminológico e o Princípio da Necessidade da Pena no Juízo de Constitucionalidade”, *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, p. 14

pessoa humana; c) Liberdades negativas e positivas conjugam-se na garantia e promoção da igual dignidade da pessoa humana; na realidade, dificilmente se pode contestar que a dignidade da pessoa humana, reconhecida logo no artigo 1.º da Constituição, seja a coluna vertebral do sistema, o que sempre imporá um certo tipo de articulação em função do seu conteúdo histórico”. E ainda a mesma Autora<sup>41</sup>: “O sistema constitucional, que articula direitos liberais e direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, sob a égide da dignidade da pessoa humana, deve dar primazia, em caso de conflito insuperável, aos direitos que asseguram a igual oportunidade de satisfação dos direitos liberais e a igual possibilidade de desenvolvimento da dignidade da pessoa humana; existem repercussões do sistema constitucional de articulação dos direitos e liberdades na interpretação do princípio da necessidade da pena, o qual reflete um modo de articulação entre os direitos liberais e os direitos sociais; a principal repercussão é, como já se vislumbrou, a de que a restrição de direitos liberais, como o direito à liberdade, tem de ser justificada pela salvaguarda de direitos de idêntica natureza ou pelas condições básicas para todos de acesso aos direitos liberais e ao desenvolvimento da sua dignidade pessoal”.

Em síntese, o princípio da dignidade humana, como refere Souza Pêcego<sup>42</sup>, “está umbilicalmente vinculado aos princípios da cidadania, da humanidade das penas, da necessidade, da proporcionalidade, da utilidade social, do não tratamento desumano e degradante, da não submissão à tortura, da legalidade, do respeito à integridade física e moral do preso e da individualização da pena, atuando como norma-princípio, superprincípio ou mesmo metaprincípio estruturante da aplicação desses princípios”.

A sanção penal, enquanto mal necessário, limita-se por princípios de humanidade e de dignidade da pessoa, não permitindo a existência de penas que atinjam aquela dignidade (como a pena de morte, as penas corporais ou de prisão perpétua). Este princípio de humanidade, enquanto limite do poder punitivo do Estado, recusando penas injustificadas e desnecessárias à luz dos fins das penas de social e de proteção da pessoa, são um reflexo de um movimento de «humanização» a que temos vindo a assistir nos nossos códigos, desde as primeiras influências da Escola Clássica. O nosso Direito Penal é legitimado pela necessidade de defesa da

---

<sup>41</sup> MARIA FERNANDA PALMA, “O Argumento Criminológico...p. 113.

<sup>42</sup> SOUZA PÊCEGO, António José Franco de, *Pena de Prisão...*, p. 41

sociedade e tem como finalidade a prevenção e repressão do crime e a ressocialização do agente, demonstrando a influência do pensamento da defesa social.

Por isso é que concordamos com Paulo de Sousa Mendes<sup>43</sup> - o respeito pela dignidade da pessoa também se encontra na garantia da multiculturalidade -, quando indica como o desafio do nosso tempo, “aceitar a complexa relação da pluralidade objetiva dos valores morais com a integridade de uma comunidade liberal dos cidadãos em que o republicanismo e o multiculturalismo se completam um ao outro, fechando a porta ao relativismo moral”.

\*

## **2.5. A fundamentação**

O dever de fundamentação das decisões dos tribunais – art.º 205.º, n.º 1, da CRP – “obedece a várias razões extraídas do princípio do Estado de direito, do princípio democrático e da teleologia jurídico-constitucional dos princípios processuais; sob o ponto de vista da juridicidade estatal (princípio do Estado de direito), o dever de fundamentação explica-se pela necessidade de justificação do exercício do poder estadual, da rejeição do segredo nos actos do Estado, da necessidade de avaliação dos actos estaduais, aqui se incluindo a controlabilidade, a previsibilidade, a fiabilidade e a confiança nos actos do Estado; a estes exige-se clareza, inteligibilidade e segurança jurídica; sob o ponto de vista do princípio democrático, para além de algumas razões explicitadas a propósito do princípio da juridicidade, podem acrescentar-se as exigências de abertura e transparência da actividade judicial, de clarificação da responsabilidade jurídica (e política) pelos resultados da aplicação das leis, a indispensabilidade de aceitação das sentenças judiciais e dos seus fundamentos por parte dos cidadãos; finalmente, sob o prisma da teleologia dos princípios processuais, a fundamentação das sentenças serve para a clarificação e interpretação do conteúdo decisório, favorece o autocontrolo do juiz responsável pela sentença, dá melhor operacionalidade ao heterocontrolo efectuado

---

<sup>43</sup> PAULO de SOUSA MENDES, “Em Defesa do Particularismo Moral e do Pluralismo Liberal”, *Direito Penal como Crítica da Pena, Estudos em Homenagem a Juarez Tavares*, 2012, Marcial Pons, Madrid, p. 667

por instâncias judiciais superiores e, em último termo, contribui para a própria justiça material praticada pelos tribunais.”<sup>44</sup>

A imposição legal de fundamentar a determinação da medida concreta da pena “está clausulada no sentido de fornecer instrumentos de sindicabilidade da decisão precisamente naquela parte em que a medida concreta da pena aplicada possa ser posta em crise, vinculando o poder judicial à explicitação do processo racional seguido na graduação da responsabilidade penal em termos motiváveis, explicitáveis e, como tal, controláveis.”<sup>45</sup> É “necessário que a fundamentação (i) exponha as operações que realizou para chegar àquela sanção e (ii) explique o porquê da medida da pena definitivamente aplicada ao arguido”<sup>46</sup>.

Por isso é que o juiz “deve prestar contas na fundamentação do julgamento dos critérios, dos índices e dos julgamentos de valor”, único modo controlar a discricionariedade (...); “é precisamente pela motivação que esse controle é exercido, o que é inseparável do poder da medição da pena (...); o juiz tem que demonstrar que raciocinou e como raciocinou, permitindo uma leitura crítica de sua obra (...); não há dúvida de que o dever de fundamentação é indissociável do poder-dever do juiz de adequar a sentença ao facto e à personalidade do agente, em cumprimento da finalidade da pena”<sup>47</sup>.

A exigência de fundamentação é um acto de transparência do exercício da função jurisdicional, de legitimação democrática e reconhecimento “das diversas garantias constitucionais da motivação decisória, com destaque para os direitos da defesa, de forma a aferir-se da sua razoabilidade e a obstar a decisões arbitrárias”<sup>48</sup>.

Sendo que a exigência de fundamentação em matéria de medida da pena é “indispensável para permitir o controlo a posteriori sobre essa actividade do juiz”.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, pp. 526-527

<sup>45</sup> BARREIROS, José António, *Coerência na aplicação das penas*, 03.06.2009, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso\\_jabarreiros.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_jabarreiros.pdf), p. 13

<sup>46</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal...*, p. 73

<sup>47</sup> GIOVANNANGELO, de Francesco, *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, 2011, p. 7

<sup>48</sup> GOMES, Joaquim Correia, “A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais”, *Revista Julgar*, n.º 6, 2008, Coimbra, p. 97

<sup>49</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 121

E ainda Anabela Miranda Rodrigues<sup>50</sup>: “A fundamentação, material, da decisão tornaria transparente o procedimento seguido – primeiro passo – de valoração dos fatores relativos ao facto cometido para a identificação da moldura concreta da pena, em função da gravidade da culpa e do dano produzido”.

Há-de convir-se que os fins das penas são naturalmente complexos e discutidos na actualidade, exigindo-se, por isso, uma inevitável fundamentação do quantum de uma pena<sup>51</sup>.

O dever de fundamentação é outrossim consagração do processo equitativo. Como ensinam Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>52</sup>, “a exigência de um processo equitativo, constante no artigo 20º, nº 4, se não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, impõe, antes do mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e partes entre as partes na dialéctica que elas protagonizam; um processo equitativo postula, por isso, a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas”. E também Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>53</sup> assinalam que “o direito de acção ou o direito de agir em juízo terá de efectivar-se através de um processo equitativo; ...o *due process* positivado na Constituição portuguesa deve entender-se num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais; ... um dos princípios do processo equitativo e o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias”.

\*

## 2.6. A individualização

---

<sup>50</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL”, 40 ANOS – CÓDIGO PENAL 1982-2022, CONGRESSO INTERNACIONAL, Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ebook, p. 26

<sup>51</sup> LOPES FELICIO, Guilherme e GOMES, Luís Roberto, *TEORIA DOS FINS DA PENA...*, p. 10

<sup>52</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *CRP Anotada*, tomo I, p. 192

<sup>53</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada...*p. 415.

A individualização consiste em determinar a pena “de acordo com o facto específico e o autor específico”<sup>54</sup>.

Conforme refere Simas Santos, “na divisão de tarefas entre o julgador e o legislador, em que se traduz a aplicação das penas, cabe também ao legislador indicar os factores a atender e os critérios que aquele deve respeitar na individualização judicial da pena”<sup>55</sup>; “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; (...) trata-se do exercício de discricionariedade judicial 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; (...) 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 direito; o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que na individualização da pena não se façam distinções arbitrárias.”<sup>56</sup> E acrescenta o mesmo Autor<sup>57</sup>: “frequentemente, o juiz produz um discurso teórico sobre a determinação da pena, citando a lei e a doutrina, refere vagamente a gravidade da conduta e da culpa, sem ancorar essas afirmações nos factos concretos e depois aponta um número, o que não se traduz numa verdadeira individualização ou personalização da pena, humanizando-a, e não satisfaz obviamente o preceito constitucional da fundamentação (artigo 205.º CRP)”.

---

<sup>54</sup> DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Aspectos Nucleares del Concepto de Proporcionalidad de la Intervención Penal”, *ADPCP - Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. XL, 2007, p. 191: En el momento de individualización de la sanción se parte de una pena, parcialmente determinada a partir de las previsiones legales, en la que ya se han debido observar los criterios que permiten afirmar su proporcionalidad en relación a que se pretende conseguir con ella. Partimos, por tanto, de una pena proporcionada en abstracto que hay que concretar judicialmente atendiendo al hecho concreto y al autor concreto objeto de enjuiciamiento en los Tribunales. Pues bien, en él, como en las fases previas de su determinación, han de atenderse, en primer lugar, los fines de la pena.

<sup>55</sup> SIMAS SANTOS, Manuel, “pena, juiz, legislador...”, p. 85

<sup>56</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público*, 2012, Universidade do Minho, Escola de Direito, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/24039/1/Manuel%20Jos%C3%A9%20Carrilho%20de%20Simas%20Santos.pdf>, pp. 21-24

<sup>57</sup> SIMAS SANTOS, Manuel, “pena, juiz, legislador...”, p. 111

Na individualização da pena o juiz deve procurar, no entanto, não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que não se façam distinções arbitrárias<sup>58</sup>.

Concretiza Susana Cardoso<sup>59</sup>, “a legislação geral define os crimes e as penas aplicáveis, as várias circunstâncias atenuantes ou agravantes que podem ser consideradas, define os objetivos da penalidade, e dentro dessa ampla estrutura, opera a discricionariedade judicial para individualizar a pena; o exercício da individualização das penas é assim um ato de direito, no qual estão presentes a discricionariedade e a vinculação judicial; (...) a individualização e a consistência das sentenças estão em conflito recorrente, e este facto coloca aos juízes o desafio de tentar atender às exigências discordantes de cada uma; para alcançar a individualização os tribunais devem impor sentenças justas e adequadas às circunstâncias do caso particular, mas para alcançar a consistência, agressores em situações similares devem receber sentenças similares; (...) a questão da determinação da medida concreta da pena ajustada ao caso concreto é uma componente fulcral da tomada de decisão judicial; a principal função da graduação concreta da pena é, adequá-la ou individualizá-la a quem concretamente a vai sofrer”.

A operação de individualização da pena exige que o tribunal pondere sobre (i) “a culpabilidade do facto e do autor – em primeiro lugar, a gravidade da culpabilidade do autor, expressando as circunstâncias que tem em conta para determinar uma maior ou menor reprovabilidade dos factos; esta gravidade deve ser traduzida num *quantum* de punição que o Tribunal deve estabelecer dentro do quadro penal estabelecido na lei para a infracção; (ii) a gravidade da acção, que explicará a gravidade da própria acção do sujeito ao executar a acção, cuja gravidade determinará também um *quantum* de pena específica; e (iii) a gravidade do resultado, critério que, refletido na sentença, permitir-nos-á responder como a punição deve também ser medida de acordo com o resultado produzido.”<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal...*, p. 72

<sup>59</sup> SUSANA CARDOSO, *Justiça individualizada: a consideração do arguido na determinação da pena*, Tese de Doutoramento, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2015, pp. 6-7, 39

<sup>60</sup> SERVET, Vicente Magro, *Manual práctico sobre eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal y la determinación de la pena*, Wolters Kluwer España, SA, 2019, p. 454: La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine: a. Culpabilidad del hecho y del autor En primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el

Finalmente, Demetrio Crespo<sup>61</sup> ensina: “De acordo com a definição de Spindel, o termo "fundamento da individualização da pena" pode ser entendido em primeiro lugar como o "fundamento real" (*Realgrund*) ou *causa essendi* da medida da pena; isto refere-se aos factos e às circunstâncias que devem necessariamente ser tidos em conta; os exemplos dados pelo autor são muito claros: o valor extraordinário dos bens roubados, a particular brutalidade dos maus tratos, ou o número de mortes em resultado de uma acção imprudente; em segundo lugar, tem o significado de "fundação final" (*Zweckgrund*) ou *causa finalis*, que significa perguntar sobre o fim perseguido pela imposição da pena; finalmente, existe o "fundamento lógico" (*logischer Strafzumessungsgrund*) ou *ratio cognoscendi*, que liga os pressupostos da individualização com a própria individualização”.

\*

## 2.7. A proporcionalidade, necessidade e adequação

O princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade das sanções penais é, para o Tribunal Constitucional, um dos dos parâmetros fundamentais do controlo da constitucionalidade de normas penais, princípio “expressamente afluído no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, a partir da revisão constitucional de 1982, de acordo com o qual, as restrições legais aos direitos liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, têm de limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>62</sup>.

---

Tribunal debefijar dentro del marco penal establecido en la ley para ei delito. b. Gravedad de la acción que nos llevará a explicar la gravedad del devenir de la propia acción del sujeto a la hora de llevar a cabo su acción, cuya gravedad determinará, también, una concreta «cantidad de pena». c. Gravedad del resultado Este último criterio reflejado en la sentencia nos permitirá dar respuesta a cómo debe medirse, también, la pena en razón a cuál es el resultado producido.

<sup>61</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “NOTAS SOBRE LA DOGMÁTICA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 21, n.º 67, Dezembro de 1999, p. 35: *De acuerdo con la definición de Spindel, el concepto “fundamento individualizador de la pena” puede entenderse, en primer lugar, como “fundamento real” (Realgrund), o causa essendi de la medida de la pena. Con ello se quiere aludir a los antecedentes de hecho y circunstancias que necesariamente tienen que ser tenidas en cuenta. Los ejemplos que señala el autor son clarificadores: el extraordinario valor de las cosas robadas, la especial brutalidad de unos malos tratos, o el número de muertos como consecuencia de una acción imprudente. En segundo lugar, tiene el significado de “fundamento final” (Zweckgrund) o causa finalis, lo cual significa preguntarse por el fin que se persigue con la imposición de la pena. Por último, está el “fundamento lógico” (logischer Strafzumessungsgrund) o ratio cognoscendi, que vincula los presupuestos de la individualización con la individualización misma”.*

<sup>62</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional, *Revista Julgar*, n.º 21, 2013, Coimbra, p. 90

Princípio da proporcionalidade que Maria João Antunes define como o garantia de “uma adequada proporção entre as penas e os factos a que se aplicam”<sup>63</sup>. Relação de proporcionalidade que se deve verificar “entre a gravidade da pena e a gravidade do crime”<sup>64</sup>.

Importa considerar que “o legislador, na sua definição dos limites mínimos e máximos abstractos das penas, tem que acolher os princípios constitucionais da justiça, da proporcionalidade, adequação e necessidade, sob pena de contribuir para a disparidade e incoerência na aplicação das penas”<sup>65</sup>.

A necessidade da pena não deve, contudo, ser entendida com fins exclusivamente preventivos, que possa suprimir ou substituir o princípio da culpa, pois só este se “demonstra apto para, a um tempo, constituir a base jurídico-dogmático penal e exercer uma função protectora do indivíduo em face do Estado”<sup>66</sup>. Por isso é que Maria Fernanda Palma<sup>67</sup> indaga e responde: “Qual será então hoje, afinal, o sentido do princípio da necessidade da pena que pode assumir um valor constitucional consistente?; a resposta a esta questão não deve desconhecer que há uma função de controlo crítico do poder punitivo do Estado coberta pelo princípio da necessidade da pena; esta função é insuperável, porque é critério do Estado de direito democrático; o princípio da necessidade da pena exprime a razão de ser do poder punitivo - a proteção das liberdades essenciais e dos bens constitutivos do Estado de direito democrático; (...) em primeiro lugar, será necessário densificar a fórmula do princípio da necessidade integrando-o no sistema de valores constitucionais; em segundo lugar, será preciso articular a fórmula do princípio da necessidade desde logo com a conceção constitucional de liberdade, pois é de limitação e proteção de liberdade que se trata; e, finalmente, será indispensável procurar uma metodologia mais objetiva e com provável quanto à verificação da segunda parte da fórmula: a carência de proteção penal”. E aprofunda: “Existem repercussões do sistema constitucional de articulação dos direitos e liberdades na interpretação do princípio da necessidade da pena, o qual reflete um modo de articulação entre os direitos liberais e os direitos sociais; a principal repercussão é,

---

<sup>63</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito Penal, Direito Processual Penal...”, p. 92

<sup>64</sup> VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, *OS FINS DAS PENAS...*, p. 6

<sup>65</sup> SIMAS SANTOS, Manuel, “pena, juiz, legislador...”, p. 74

<sup>66</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Algumas Notas sobre a Determinação...*, p. 459

<sup>67</sup> MARIA FERNANDA PALMA, “O Argumento Criminológico e o Princípio da Necessidade da Pena no Juízo de Constitucionalidade”, *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, pp. 107-108

como já se vislumbrou, a de que a restrição de direitos liberais, como o direito à liberdade, tem de ser justificada pela salvaguarda de direitos de idêntica natureza ou pelas condições básicas para todos de acesso aos direitos liberais e ao desenvolvimento da sua dignidade pessoal (...); por isso, a discussão tem de ser feita no plano do bem jurídico, mas também tem de ser discutido o princípio da necessidade e da intervenção mínima do direito penal”.

São três os elementos a ponderar na proporcionalidade da pena: “(i) adequação - (...) trata-se de examinar se o meio é útil, idóneo, ou apropriado para atingir o fim pretendido; (ii) necessidade - analisada a adequação do meio pretendido, é mister verificar acerca de sua necessidade, isto é, examinar se, dentre os meios possíveis igualmente adequados à consecução do fim pretendido, o meio escolhido é o que tem o menor teor de restrição a direitos fundamentais; (iii) proporcionalidade em sentido estrito -o exame da proporcionalidade em sentido estrito faz-se necessário para a concretização do mandamento de ponderação, exigindo proporcionalidade quanto à relação entre o meio eleito e o resultado perseguido”<sup>68</sup>.

Para Simas Santos e Pedro Freitas<sup>69</sup>, “o princípio da proporcionalidade, que encontra arrimo no art. 18.º da Constituição, significa que a restrição dos direitos, liberdades e garantias só pode ter lugar nos casos expressamente previstos na Constituição e deve ser adequada, necessária e proporcional; princípio reafirmado pelo n.º 3 do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que indica um critério para a determinação da pena ao prescrever «[a]s penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção»; avulta igualmente o princípio da igualdade que postula que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (n.º 1 do art. 13.º da CRP), ninguém podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual (n.º 2); aqui aplicado, exige o princípio que, quando sejam idênticos os pressupostos, deve ser dado o mesmo tratamento punitivo a todos os intervenientes

---

<sup>68</sup> BARBOSA, Laís Teixeira e SIQUEIRA NETO, José Francisco, “Hermenêutica da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Common Law e na Civil Law”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 3(2): 227-244 julho-dezembro 2011, p. 238

<sup>69</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal...*, p. 71

(art. 402.º do CPP) e, do mesmo modo, deve ser dado tratamento sancionatório diferenciado quando as condutas forem diversas”.

\*

### **3. As *sentencing guidelines* nos Estados Unidos da América**

#### **3.1 A sua génese e evolução**

Em 1978, o Estado de Minnesota fixou as bases do sistema de determinação de pena ou *sentencing* que se propagaria como uma ponta de lança da reforma até aos nossos dias, demonstrando que a utilização das *sentencing guidelines* eram muito melhor forma de diminuir as disparidades injustificadas no castigo (entre outros fins) que as tentativas de estabelecer penas fixas como as experiências na Califórnia e outros Estados. Nessa data, a legislatura de Minnesota, segundo os lineamentos do juiz Frankel, adoptou um esquema de penas determinadas que entrou em vigência em 1980, deixando claro o seu desejo de lograr condenações proporcionais e uniformes. Ao mesmo tempo criou a *Sentencing Guidelines Commission*”, constituída por juizes, procuradores, advogados, funcionários judiciais e cidadãos, que começou a operar dois anos mais tarde, destinada a implementar regras numéricas, orientadoras, para as condenações de prisão por *felonies*, isto é, delitos de certa gravidade que implicam mais de um ano de prisão. No começo da década de oitenta a *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* pôs em vigor um jogo de directrizes centradas em torno de uma tábua de setenta compartimentos que, sem rápidas modificações, se estendem até aos nossos dias. Estas directrizes, em princípio não eram obrigatórias (*mandatory*) para os juizes, que se podiam afastar desde que motivassem, dizendo que a pena imposta no caso era a mais apropriada ou justa do que a indicada pela directriz.<sup>70</sup>

Em Outubro de 1984, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a *Crime Control Act*, por meio da qual modificou a codificação federal (*United States Code* ou *U.S.C.*), isto é, a consolidação de todas as leis gerais e presentes nos EUA em vigor, para incorporar novas disposições sobre delitos de violência, regulações de actividade terrorista, certos delitos económicos, controle de substâncias ilícitas e outras questões. Entre as medidas mais importantes que se incluíram nesta reforma,

---

<sup>70</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A. – Um Estudo sobre as United States Guidelines Sentencing*, tradução de JACSON ZILIO, Emporio do Direito, Florianópolis, 2017, pp. 102-103

estabelecia-se um novo sistema de determinação da pena para os delitos federais, acomodado a projectos estatais antes esboçados em *determinate sentencing*, mas muito mais complexos e detalhados. A *Sentencing Reform Act* criou a *United States Sentencing Commission*, uma comissão independente da atividade ou do poder judicial, cujo principal tarefa para racionalizar a determinação da pena, seria promulgar detalhadas pautas, guias ou Directrizes (*guidelines*) que prescrevessem as penas apropriadas para cada delito e declarações políticas gerais relacionadas com a aplicação daquelas ou implementação das disposições pertinentes do *United State Code*. A *United States Sentencing Commission* era composta por sete membros e um (depois dois, ao incluir junto ao *General Attorney*, o presidente da *U.S. Parole Commission*), não votante ou *ex officio*". As *sentencing guidelines* começaram em 1987, copiladas em manual (*United States Sentencing Commission –Guidelines Manual*) e organizam-se em capítulos numerados e divididos em partes que seguem uma ordem alfabética. Estas partes estão divididas em subpartes e nas Directrizes individuais de cada diretriz está identificada por três números e uma letra, que corresponde ao capítulo, parte e subparte e uma diretriz individual.<sup>71</sup>

As *sentencing guidelines* estabeleceram um quadro baseado em aspectos específicos do arguido, o crime que cometeu e os seus antecedentes criminais, para calcular um intervalo de tempo que deve cumprir na prisão. A mais importante realização da *The United States Sentencing Commission - the United States Sentencing Guidelines*, apresenta um quadro complicado para abordar a enorme variedade de problemas e objectivos. O *Congress* encarregou-a dessa tarefa. As Directrizes são essencialmente um sistema gráfico com o nível de infracção ou de ofensa (*offense level*) no eixo vertical e a categoria de antecedentes criminais (*criminal history category*). Os níveis de infracção específicos são uma das duas componentes principais para calcular o intervalo de variação da directriz. Tais níveis específicos da infracção são compostos por duas partes: o nível do delito de base e os ajustamentos concretos do delito. O nível do delito base é o ponto de partida para determinar a severidade da sentença que o arguido merece, fundado na infracção que cometeu. Os arguidos que cometeram os mesmos crimes começam no mesmo nível base, e são os ajustamentos específicos das suas condutas que fazem aumentar ou diminuir a pena. Como exemplos de tais ajustamentos temos a utilização de arma

---

<sup>71</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, pp. 125-138

de fogo, o montante do dinheiro ilicitamente apropriado fruto do crime, a quantidade e pureza dos estupefacientes, o número e idade das vítimas, participação criminosa. Estas questões são de direito e, em regra, o nível específico da infracção do arguido (nível base conjugado com os ajustamentos), é o objecto principal dos litígios e dos recursos. Começando com um nível base da infracção mas ajustando-o à específica conduta de cada arguido, assim se visa os dois grandes objectivos da *sentencing* reform: penas uniformes mas proporcionais à conduta do arguido. A proporcionalidade advém das circunstâncias agravantes ou atenuantes que tornam aquele concreto crime mais ou menos grave, ajustando a punição em conformidade. A uniformidade da pena está assegurada porque todos os arguidos condenados por crimes semelhantes partem do mesmo nível base, deixando, no entanto, espaço para os ajustes específicos de cada infracção. Os antecedentes criminais do arguido – tabela horizontal – é mais simples de apreciar e sobretudo enquadrar. A *Criminal History Category* faz com que seja atribuído ao arguido um *criminal history points* consoante os crimes cometidos antes do ilícito em apreciação e, bem assim, as penas potencialmente decorrentes de tais anteriores condenações. Um arguido com uma categoria de antecedentes criminais VI (13 ou mais pontos de história) – a mais elevada - tem, em média, um intervalo de orientação duas vezes superior ao de um arguido com uma categoria de antecedentes criminais de I (0-1 pontos) para o mesmo nível de delito. A *Criminal History Category* procura a proporcionalidade das penas: arguidos com anteriores condenações de crimes mais graves mostram uma propensão para a reincidência e maiores danos para a comunidade, por conseguinte, merecem penas mais elevadas do que os delinquentes primários ou mesmo reincidentes mas de crimes menos graves. Desta forma também se visa a uniformidade das penas, pois os arguidos com mais antecedentes por crimes mais graves terão penas maiores do que os que não estiverem nesta categoria. A *gridded Guidelines*, sendo um método previsivelmente claro, fornece, à partida, um cenário dos anos e meses da condenação. Um exemplo: um arguido que se declarou culpado pela prática de um crime de violência (18 U.S.C. § 922(g)(1)) por ser líder de uma associação criminosa que se dedica ao tráfico de armas de fogo, com números de série obliterados; declarou-se culpado da posse de cinco armas de fogo com números de série obliterados; tem duas condenações por crimes de violência que continham potencial para penas superiores a um ano; ao determinar a pena, o juiz começaria com o nível de infracção base, no caso 24 (U.S.S.G. § 2K2.1(a)(2), por estar a ser

julgado por um crime de violência e ter duas condenações anteriores por igual crime; depois, o juiz consideraria qualquer ajustamento específico que possa agravar ou mitigar o nível base; assim, o juiz acrescentaria dois níveis ao nível de base pela posse das cinco armas de fogo, passando para o nível 26 (*U.S.S.G. § 2K2.1(b)(1)(A)*); o juiz acrescentaria mais quatro níveis pela obliteração dos números de série, para os números de série obliterados de acordo com *U.S.S.G. § 2K2.1(b)(4)(B)*, trazendo o nível específico da infracção para 30; o juiz teria de decidir se o papel do arguido na associação criminosa era “*was otherwise extensive*”, nos termos da *U.S.S.G. § 3B1.1(a)*; se tal ponderação fosse negativa, o juiz não aplicaria o aumento de quatro níveis, deixando o nível de ofensa em 30; finalmente, o juiz reduziria o nível do crime, em três, pela confissão da culpa (*U.S.S.G. § 3E1.1*); e assim o nível final ficaria no 27., completando o processo na parte vertical da grelha; o juiz calcularia então o registo criminal do arguido sob a *Section 4* para determinar a categoria correspondente aos antecedentes criminais; no caso, são três pontos por cada um dos antecedentes criminais num total de seis, que o leva para a categoria III, com um intervalo de orientação de 87-108 meses, ou sete a nove anos; o juiz é obrigado a considerar este cálculo na sentença do arguido, mas também divergir à sua discricção, fundamentando na sentença; porém, o máximo legal para este crime (*18 U.S.C. § 924(a)(2)*) é de dez anos, e assim o arguido não poderia ser condenado a pena de prisão por um período superior a 120 meses<sup>72</sup>.

As *sentencing guidelines* federais dedicam uma secção inteira do Capítulo 5 à possibilidade de os juízes de se afastarem das penas recomendadas. Ao tribunal é permitido afastar-se das orientações sempre que se deparar com uma circunstância agravante ou atenuante, não considerada nas *sentencing guidelines*.<sup>73</sup>

Mitchell<sup>74</sup> refere que antes do desenvolvimento das directrizes de sentença, os juízes estavam em grande parte por conta própria na determinação da pena. Um crime pode ser punível com moldura abstracta máxima de 25 anos na prisão, cabendo ao juiz fixar a pena dentro de tão alargada moldura. As *sentencing guidelines* foram criadas como uma alternativa, estabelecendo uma rotina processual para

---

<sup>72</sup> CRANBERG, Ellen E., “A Definition Out of Reach: Clarifying Constructive Possession in Federal Sentencing Guideline 2D1.1(b)(1)”, *IOWA LAW REVIEW*, Vol. 105, 2020, pp. 1806 -1812

<sup>73</sup> RITCHER, Jonh, A., “Pulling over the United States Sentencing Guidelines: Defining “Arrest” Under Section 4A1.2(a)(2)”, *IOWA LAW REVIEW*, Vol. 101, 2015, pp. 435-463

<sup>74</sup> MITCHELL, Kelly Lyn, “State Sentencing Guidelines: A Garden Full of Variety”, *Federal Probation*, Setembro de 2017, pp. 28-36

chegar a uma pena adequada. Foram promulgadas directrizes para trazer uniformidade e proporcionalidade à sentença, ou seja, assegurar que os arguidos com antecedentes criminais semelhantes que cometeram crimes semelhantes receberiam penas semelhantes. Os dois principais factores determinantes para a pena, no âmbito das *sentencing guidelines*, são a gravidade da infracção e os antecedentes criminais do arguido. A maioria dos sistemas (federal e estaduais) das *sentencing guidelines*, organizam estes factores numa grelha, com a gravidade da infracção no plano vertical e a história criminal na linha horizontal, sendo que o ponto no cruzamento determina a pena recomendada. Apenas Alabama e Virgínia não utilizam estas grelhas, sendo substituídas por *presumptive sentences* (assim se denominam porque se presumem as penas adequadas aos casos com gravidade da infracção e antecedentes criminais semelhantes), descritas em *worksheets* (folhas de trabalho) que têm em conta aqueles factores; o Estado de Delaware utiliza uma narrativa mais estruturada na recomendação das penas. Quase todos os sistemas de directrizes estatais indicam a espécie da pena, isto é, se a pena imposta deve consistir em prisão, sanções intermédias, suspensão da execução da pena ou outras penas alternativas; para as penas de prisão (prisão local ou prisão estadual). As directrizes indicam um prazo fixo para o fim da pena ou um intervalo dentro do qual é possível o termo da pena, permitindo, a partir daí, algum grau de discricionariedade ao tribunal para ajustar a execução da pena. *Sentencing guidelines* são as penas recomendadas para o *typical case*, isto é, para todos os delitos semelhantes cometidos da maneira típica, e para todos infractores com antecedentes criminais semelhantes. Porém, se o crime ou o transgressor for verdadeiramente "atípico", o que significa que há algo sobre a forma como o crime foi cometido ou sobre o delinquent específico que é diferente o suficiente de um caso típico, então outra pena pode ser mais adequada do que a recomendada. As *sentencing guidelines* estatais apresentam uma diversidade de estruturas e variações, nomeadamente no nível base, dependendo das opções de política criminal. Além disso, por exemplo no *District of Columbia*, há uma multiplicidade de linhas não orientadoras que enfraquecem o impacto das *sentencing guidelines*. E outras, tais como as da Pensilvânia, as exigências de uniformidade e proporcionalidade impõem níveis base para os recursos e execução das penas, sendo maior o impacto das *sentencing guidelines*. Todos os sistemas estaduais de *sentencing guidelines* são constantemente monitorizados e ajustados.

As directrizes federais foram obrigatórias até 2005, quando o *Supreme Court of The United States* proferiu a decisão no processo *United States v. Booker*, considerando que tal obrigatoriedade violava a Sexta Emenda<sup>75</sup> (*Sixth Amendment to the United States Constitution*).

Embora as directrizes federais tivessem originalmente o objectivo e o entendimento de serem obrigatórias, hoje não são vinculativas e os juízes só as devem consultar. A *United States Sentencing Commission* tem vindo a reformular as *sentencing guidelines*, conseguindo simultaneamente a uniformidade de penas que inicialmente impulsionou a criação deste sistema, mas também esbater a crítica de demasiada rigidez e severidade nas penas. Seja qual for o futuro das directrizes e do seu papel na formação do processo de sentença federal, os juízes têm sido confrontados, desde o início, com a forma de as interpretar. Para ajudar, a *United States Sentencing Commission* tem aprovado e publicado interpretações e comentários, que acompanham as *sentencing guidelines*, fornecendo uma base sólida para a fixação das penas, sobretudo as mais pesadas. Durante mais de três décadas, as *sentencing guidelines* têm orientado os juízes federais, limitando a discricionariedade que, em tempos, foi quase ilimitada e trazendo a uniformidade para a determinação da pena. E também durante muito tempo, o *Supreme Court of The United States* exigiu que os juízes respeitassem a interpretação e comentários da *Commission* sobre as directrizes. Em *Stinson v. United States* (1993) o *Supreme Court* esclareceu que os comentários da *Commission*, que visam complementar e clarificar as directrizes, devem ser apreciados como a opinião que a *Commission* tem das *sentencing guidelines* (aprovadas pelo *Congress*). Desde então, são numerosos os exemplos de comentários, incluindo os que aumentam a punição, significando a última palavra sobre o que significam e como devem ser aplicadas as directrizes. Recentemente (2019), no entanto, em *Kisor v. Wilkie*, o *Supreme Court* clarificou a sua doutrina de *regulatory deference* (deferência regulamentar), estreitando as circunstâncias em que deve ser aplicada, dando origem a uma divisão entre os tribunais e a solidez da deferência ao comentário da *Commission* em geral. Pelo menos um juiz federal interpretou *Kisor* como um convite para repensar *Stinson v.*

---

<sup>75</sup> *Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speed and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.*

*United States* quanto à adequação da deferência. Outros mantiveram-se com *Stinson*, apoiando-se nos precedentes e com o objectivo de não perturbar as *settled constructions of rules* (construções de regras estabelecidas). Finalmente, alguns entendem que *Stinson* estava errado e a deferência ao comentário foi inadequada desde o início<sup>76</sup>.

Edwards<sup>77</sup> assinala que o fim da era das directrizes obrigatórias começou em 2000, quando o *Supreme Court* decidiu *Apprendi v. New Jersey*, fundado na Sexta Emenda, que qualquer facto que aumente a pena para além do máximo legal prescrito deve ser submetida ao veredicto do júri. Em 2005, o *Supreme Court* considerou que as directrizes eram inconstitucionais se obrigatórias, nos Estados Unidos v. Booker. Freddie Booker foi condenado por posse, com a intenção de distribuir, de pelo menos cinquenta gramas de cocaína de crack. O procurador tinha mostrado ao júri que Booker possuía 92,5 gramas. Sob as directrizes, o período máximo de encarceramento que Booker poderia ter sido condenado para essa quantidade era de 262 meses - vinte e um anos, dez meses. Na sentença, no entanto, o juiz verificou pela produção das provas que Booker realmente possuía mais 566 gramas e que era culpado de obstruir a justiça. À luz destas evidências, o juiz calculou que as directrizes de Booker variavam entre os trinta anos a prisão perpétua. Booker recorreu da sua sentença com fundamento em *Blakely*, e o *Supreme Court* concedeu provimento. *Booker* tornou as directrizes meramente consultivas, pelo que os tribunais deixaram de ser obrigados a segui-las. Como a história da reforma das sentenças tem demonstrado, as decisões de sentença só são devidamente elaboradas pela *Commission* e tribunais de julgamento. A *Commission* deriva a sua autoridade do *Sentencing Reform Act de 1984*, em que o *Congress* reduziu significativamente a discricionariedade judicial na sentença. Quando o *Supreme Court* decidiu em *Booker*, os juízes de julgamento reclamaram grande parte da sua anterior discricionariedade, mas a *Commission*, por mais fraca que seja, ainda tinha uma palavra a dizer na vertente política. Os tribunais federais de recurso nunca tiveram poderes para fazer política, mas têm suficiente discricionariedade para influenciar a política (de justiça), simplesmente interpretando as directrizes.

---

<sup>76</sup> NOTES, "What's the Deference? Interpreting the U.S. Sentencing Guidelines After Kisor", *VANDERBILT LAW REVIEW*, Vol. 75, n.º 3, 2022, pp. 957-995

<sup>77</sup> EDWARDS, Elliot, "Eliminating Circuit-Split Disparities in Federal Sentencing Under the Post-Booker Guidelines", *INDIANA LAW JOURNAL*, Vol. 92, 2017, pp. 822-823 e 844

Quando diferentes tribunais interpretam uma disposição das directrizes de forma diferente, podem resultar disparidades de sentenças, e isto ameaça o princípio da sentença uniforme que está subjacente ao moderno movimento de *sentencing-reform*. Disparidades causadas pela interpretação são especialmente injustificadas quando contradizem a linguagem inequívoca que a *Commission* utiliza nas directrizes. A uniformidade da sentença pode ser preservada da forma mais eficaz com uniformidade de interpretação entre os tribunais federais de recurso. Embora haja muitas formas de interpretar as normas, os tribunais podem eliminar as disparidades decidindo sobre um único método quando consideram as directrizes. Justificações para se desviar do inequívoco texto de uma norma, tendo em conta a eficiência processual e os princípios de *common law*, não se aplicam às directrizes devido à composição única da *Comission*. Assim, o método mais conducente à uniformidade, e o único que pode preservar o papel da *Comission* na definição da política de sentenças, é o estrito textualismo. Esta abordagem é fácil de justificar, porque se refere substancialmente à competência da *Commission* de expressar as suas decisões políticas por palavras e de corrigir os seus próprios erros, como fez ao reduzir as sentenças das directrizes para delitos de droga. Se uma leitura textualista das directrizes for adoptada em todos os circuitos federais, a *Commission* pode continuar a produzir eficazmente a política de aconselhamento de penas para os tribunais de julgamento, e os tribunais de recurso podem salvar o seu poder interpretativo para os verdadeiramente difíceis casos de sentença.

*Apprendi* e *Blakely* só são invocados quando se vai além da pena máxima legal para um crime, não antes, e *Alleyne* oferece orientações relativas às penas mínimas obrigatórias. O *Sentencing Reform Act of 1984 (SRA)* retirou a discricionariedade judicial dos juízes numa tentativa de criar um sistema de sentenças determinado e *Booker* devolveu grande parte dessa discricionariedade aos juízes. No entanto, as directrizes permanecem e devem ser consultadas, e a amplitude da discricionariedade dos juízes continua a ser uma questão em aberto; como o Juiz Stevens salientou na sua dissidência em *Booker*, na decisão de manter as directrizes, mas excluir as disposições obrigatórias baseadas na suposição de que o Congresso não teria tornado as directrizes obrigatórias, sabiam que, ao fazê-lo, teriam sido necessários melhoramentos para a descoberta de factos por parte do júri ao abrigo da Sexta Emenda e que uma readopção do SRA pelo Congresso repudiaria esta premissa. Embora seja certo que os juízes dos tribunais de julgamento devem

começar os seus cálculos de sentença consultando as directrizes, também o é que algum nível de deferência é devido, na determinação da pena, aos tribunais. Uma sentença pode ser objecto de uma presunção de razoabilidade, se as directrizes forem devidamente consultadas. As decisões dos tribunais serão vistas pela sua razoabilidade, utilizando uma discricionariedade padrão. É permanente a tensão entre a consulta contínua das directrizes e a autorização dos juízes para utilizar a discricionariedade na sentença. Dada a natureza instável da lei nesta área, a discussão continua no Supremo Tribunal dos Estados Unidos e nos tribunais inferiores e é provável uma possível acção do Congresso<sup>78</sup>.

Tendo em conta que as decisões do *Supreme Court* revogaram alguns precedentes e que as *sentencing guidelines* estão em constante evolução, em busca de cada vez melhores decisões judiciais, são muitos os desafios que se colocam em matéria de *sentencing guidelines*.<sup>79</sup>

\*

### 3.2. Fins das penas

Embora a *Commission* seja imprecisa, alguns argumentam que o castigo apropriado deve ser definido sobre as bases do *just desert*, outros que o castigo apropriado deve ser imposto sobre as bases de controle de delito, um claro corte da decisão em favor de um ou outro dos enfoques diminuiria a chance de que as *sentencing guidelines* dessem a atenção ampla que necessitam para a sua efetiva implementação.<sup>80</sup>

No entanto, é difícil ver preocupações com a ressocialização, quando as directrizes excluem expressamente da sua consideração uma série de características pessoais (*specific offender characteristics*) propriamente imprescindíveis para qualquer intento de individualização da pena. Ficam de fora a idade, a educação, as habilitações pessoais, as condições emocionais, mentais ou físicas (incluindo dependência de drogas ou álcool), o história profissional e o emprego, os laços e responsabilidade familiares, os laços comunitários, a raça, o sexo, a origem nacional, a crença, a religião, o status socio-económico.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> PAPA, Jeff and KASHMAN, Chris, "AN INTRODUCTION TO THE FEDERAL SENTENCING GUIDELINES", *INDIANA LAW REVIEW*, Vol. 51, 2018, pp. 357-375

<sup>79</sup> CAKMIS, Rosemary, "Federal Sentencing Guidelines", *MERCER LAW REVIEW*, Vol. 66, 2015, p. 1033

<sup>80</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, p. 152

<sup>81</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, pp. 151-152

### 3.3. Os seus objectivos

A *United Sentencing Commission* resumiu em três os objectivos da reforma: 1 – criar honestidade na *sentencing*, medidante penas de cumprimento total e reduções pré-estabelecidas que deixassem de lado a prática usual do sistema de sentença indeterminada, na qual os condenados somente cumpriam uma parte da pena nominalmente fixada pelos juizes; 2 – criar uniformidade nas *sentencing*, estreitando a extensa disparidade de sentenças impostas por diferentes tribunais federais face à infracções similares e condutas delitivas equivalentes; 3 – criar proporcionalidade na *sentencing*, mediante um sistema em que se impuseram, de modo apropriado, penas distintas diante de delitos de distinta gravidade”.<sup>82</sup>

Vejamos alguns aspectos mais concretos do *Sentencing Reform Act de 1984*.

A *Sentencing Reform Act de 1984* ordenava que a *Commission* levará em conta a natureza e capacidade dos serviços prisionais, correcionais e outras facilidades disponíveis e realizará recomendações relativas a mudança ou expansão na natureza ou capacidade de tais facilidades e serviços que possam resultar necessárias como correlato das Directrizes pronunciadas. As directrizes prescritas sobre este capítulo serão formuladas para minimizar a probabilidade de que a população das prisões federais exceda as suas capacidades, segundo o determinado pela Comissão<sup>83</sup>.

Todavia, a *Commission* determinou que a legislação sobre drogas e as disposições relativas ao histórico dos delinquentes acarretaria um considerável aumento no número dos presos. Também estipulou que de acordo com os modelos computadorizados efectuados pelo *Bureau of Prisons*, derivariam num incremento de dez por cento num período de dez anos, duvidosa expectativa que foi superada com um aumento superior naqueles anos. Desta maneira, a Comissão interpretou, de forma muito discutível, que a exigência legal permitia desenhar um esquema de castigos que desse lugar a um incremento substancial na população prisional, sempre que as disponibilidades físicas pudessem acompanhar este crescimento. Estas circunstâncias permitiram afirmar que a *Sentencing Commission* violou a clara

<sup>82</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, pp. 126-127

<sup>83</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, p. 153

ordem do Congresso de minimizar a probabilidade de que a população das prisões federais excedesse a capacidade delas<sup>84</sup>.

Acresce, como assinala Rapoza<sup>85</sup>, “o recurso generalizado ao *plea bargaining* nos Estados Unidos evoluiu com o tempo; quando a fundação do sistema jurídico Americano se estabeleceu, julgamentos e não entendimentos eram os meios de levar ao seu termo os processos criminais; o recurso ao *plea bargaining* cresce, todavia, devido a razões predominantemente práticas relacionadas com o aumento do número de processos de natureza criminal perante os tribunais; tal como o Supremo Tribunal explicou, “[s]e todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento em toda a sua amplitude, os Estados e o Governo Federal precisariam de multiplicar várias vezes o número de juízes e tribunais”; o crescimento do *plea bargaining* não foi assim apoiado no facto de ser um mecanismo melhor do que o julgamento para assegurar a realização da justiça; na verdade, o seu crescimento baseou-se no desejo de resolver processos de natureza criminal de forma célere e eficiente; o *plea bargaining* tornou-se progressivamente comum em meados do século XIX e, no início do século XX, era o método dominante de resolver processos criminais; diversos factores durante esse período produziram um tremendo acréscimo do número de processos criminais para os quais o *plea bargaining* foi a resposta; o primeiro, e talvez o principal, destes factores foi a explosão demográfica nos Estados Unidos; em parte, este crescimento foi promovido pelo dramático aumento no número de imigrantes, juntamente com a maior concentração de pessoas a viver nas áreas urbanas, como resultado da rápida expansão industrial do país; à medida que a população crescia, o recurso a *guilty pleas* e a *plea bargains* desenvolveu-se como resposta natural ao aumento do volume de casos e aos recursos limitados disponíveis para lidar com eles; o desenvolvimento de profissões jurídicas e o crescente profissionalismo do sistema de tribunais criminais também desempenhou um papel na ascensão do *plea bargaining*; os julgamentos tornaram-se organizações mais complexas, com magistrados do Ministério Público de carreira de um lado e advogados de defesa bem preparados do outro; daí resultou que os recursos requeridos para conduzir um julgamento (já para não mencionar uma acusação bem sucedida) cresciam na proporção do acrescido profissionalismo da

---

<sup>84</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, pp. 153-154

<sup>85</sup> RAPOZA, Phillip, “A EXPERIÊNCIA AMERICANA DO PLEA BARGAINING: A EXCEPÇÃO TRANSFORMADA EM REGRA”, *Julgar*, n.º 19, 2013, pp. 209-210

sala de audiências; o incremento do sistema adversarial — e os desafios quanto a recursos acrescidos que apresentava — forneceram um incentivo para resolver casos adequados com admissões negociadas”.

E, assim, a *Sentencing Commission* e parte da doutrina também entendeu que as directrizes tinham um impacto positivo na *plea*. Mencionou-se expressamente duas razões. Uma delas a expectativa certa com respeito à pena que vai impor que tanto a acusação como a defesa não trabalhem mais na obscuridade, isto é, saibam perfeitamente onde estão. A outra é que são os juízes que agora estão claros com respeito às penas que corresponderiam a cada um dos casos e, por isso, melhor posicionados para rechaçar os acordos do procurador que consideram claramente irrazoáveis.<sup>86</sup>

A Comissão procurou desenvolver um sistema no delito real (factos realmente ocorridos), mas os seus esforços foram improdutivos devido à impossibilidade de combinar, através de um processo justo e rápido, todos os factos que se revestem de importância de acordo com as diferentes circunstâncias possíveis. A solução proposta exigiria o uso de diversas operações matemáticas que se consideraram demasiado complexas para ser funcionais e apresentavam riscos de determinar condenações ímpares. A Comissão afirmou ter optado por um critério de compromisso mais próximo ao delito imputado, denominado conduta relevante (*relevant conduct*), já que as directrizes adoptam um critério descritivo genérico e não uma linguagem meramente normativa e que tanto estas como os seus ajustes levam em consideração alguns elementos do acontecer fático, como o papel assumido no delito, a presença de arma, o montante de dinheiro envolvido, etc..<sup>87</sup>

E, finalmente, os afastamentos (*Departures*). A Comissão adoptou esta política de afastamentos por duas razões básicas. A primeira é a dificuldade de prever e captar um conjunto simples de directrizes que acompanhe a vasta categoria de conduta potencialmente relevante para a decisão sobre a pena. Monitorizando quando os tribunais se afastam das directrizes e analisando as razões expostas nisso, a Comissão será capaz, em tempo, de criar directrizes mais ajustadas que especificamente precisem quando os afastamentos devem ou não ser permitidos. Distinguem-se três classes de afastamento: a primeira responde à busca de um ponto

---

<sup>86</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, p. 156

<sup>87</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, pp. 157-158

médio entre duas directrizes; a segunda é aquela na qual se prevê uma directriz específica ou uma recomendação para que o juiz realize o afastamento sustentada na analogia ou outra sugestão; no terceiro caso, o afastamento realiza-se sem nenhum tipo de lineamento e em função de critérios que escapam os previstos nas directrizes. Em quaisquer dos casos, fica vedado aos juízes fazerem uso para isso (afastamento) das características especiais do condenado (idade, educação, sexo, etc.).<sup>88</sup>

### 3.4. Apreciação crítica

Primeiro no Estado de Minnesota, depois a nível federal e estendidas aos restantes Estados, as *sentencing guidelines*, ao estabelecer uma grelha (apenas Alabama e Virgínia não utilizam estas grelhas), com os crimes (mais graves) do lado vertical e os antecedentes criminais na linha horizontal, assim se calculando o intervalo de tempo da pena de prisão, tinham vários objectivos. Em primeiro lugar, evitar o *arbítrio* dos juízes, apenas limitados por penas máximas. Esta ampla discricionariedade dos juízes dava azo a uma grande disparidade de penas para condutas semelhantes, disparidade fundada em diversos motivos, desde a raça, etnia (muito interessante o estudo de Muñoz e Martínez<sup>89</sup>, sobre um conceito de justiça *gringa*), e condição sócio-económica do arguido, bem como na visão da vida, mais ou menos conservadora, do próprio juiz. Para além da uniformidade das sentenças, a proporcionalidade era outro dos objectivos deste novo sistema de determinação da pena. Também se visava debelar o problema do excesso de reclusos, que muitos custos traziam ao erário público. Como ainda, face aos cada vez mais processos criminais e à quase impossibilidade de resposta do sistema judicial, este sistema de grelhas, com penas quase pré-determinadas, permitia que a acusação e a defesa pudessem minimamente antever a pena, entrando então em aceitação da culpa e da pena, em *plea bargaining*, evitando julgamentos morosos e dispersão de meios humanos e materiais.

A *Sentencing Reform Act* de 1984 criou a *United States Sentencing Commission*, uma comissão escolhida independente do poder judicial, cujos membros eram nomeados pelo Congresso, que aprovava ainda as *sentencing guidelines*. Hoje a *Commission* é dominada por juízes, aqui se vendo preocupações com a separação de

---

<sup>88</sup> DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A...*, p. 159

<sup>89</sup> MUÑOZ, Ed A. and MARTÍNEZ, Melissa R., "Latinas and Criminal Sentencing: An Exploratory Analysis", *Voces: A Journal of Chicana/Latina Studies*, Spring 2001, Vol. 3, n.º 2, pp. 150-176

poderes (embora o *Attorney General* e o *Chair of the U.S. Parole Commission*, que integra o Departamento de Justiça, sirvam como membros ex officio, sem direito a voto, assim se dando “um lugar à mesa” ao poder executivo).

As *sentencing guidelines* federais (as mais debatidas, apesar das sentenças federais serem apenas 2% das sentenças judiciais americanas) foram obrigatórias até 2005, quando o *Supreme Court of The United States* proferiu a decisão no processo *United States v. Booker*, considerando que tal obrigatoriedade violava a Sexta Emenda (*Sixth Amendment to the United States Constitution*).

Importa destacar que as directrizes, embora consultivas, ainda ocupam um lugar importante nas sentenças<sup>90</sup>.

Muitos juízes distritais federais começaram a usar a nova discricionariedade que possuem, após a decisão do *Supreme Court* em *Booker*, de ponderar as características do infractor na sentença. O Congresso e a *U.S. Sentencing Commission* devem dar especial atenção às características do infractor (como idade e circunstâncias familiares) que agora, depois de *Booker*, são discutidas com mais frequência nos tribunais. Como resultado de *Booker*, os juízes federais de condenação são capazes de desenvolver uma "lei comum de condenação" por meio das suas considerações sobre os factos, caso a caso, e práticas de sentenças federais.

Na base da reforma que deu origem às *sentencing guidelines* não estava a preocupação da ressocialização do arguido, a via era a do *just desert* (justo merecimento), o que fica claro pela expressa exclusão das grelhas de características pessoais do arguido, imprescindíveis para a culpa e individualização da pena, como sejam a idade, a educação, as habilitações pessoais, as condições emocionais, mentais ou físicas (incluindo dependência de drogas ou álcool), a história profissional e o emprego, os laços e responsabilidade familiares, os laços comunitários, a etnia, o género, a origem nacional, a crença, a religião, o status socio-económico.

Depois de encontrado o nível base, a subida ou descida no que à linha vertical (a do crime) se refere, dependia de aspectos apenas relativos aos factos, agravantes (como o papel assumido no delito, a presença de arma, o montante de dinheiro envolvido, etc.) ou atenuantes (como a colaboração e a confissão).

---

<sup>90</sup> CHURCH, Thomas D., “Federal Sentencing Guidelines”, *MERCER LAW REVIEW*, Vol. 69, 2018, pp. 1207-1208

As *sentencing guidelines* dos Estados Unidos fornecem um raciocínio, abordagem individualizada da pena, pretendendo manter a uniformidade e correcção das disparidades. Embora as directrizes não tenham em consideração todos os factos potencialmente relevantes para as circunstâncias da defesa do arguido, elas fornecem, não obstante, aos arguidos e aos seus advogados, a oportunidade de apresentar uma série de factores atenuantes que pode resultar numa pena mais baixa ou *non-Guidelines*, sobretudo depois de *Estados Unidos v. Booker*, o que permite maior flexibilidade na pena e concede discricionariedade judicial, anteriormente limitado pelas directrizes. Embora as directrizes tenham a tentativa de quantificar o não quantificável, fornecem, admitamos, mecanismos úteis para a condenação dos arguidos de forma justa e eficiente. Em justaposição com os objectivos das directrizes, a fixação de um mínimo obrigatório nas leis sobre drogas não prevê a mesma avaliação individualizada da pena, pois, a fixação de factores objectivos e quantitativos, nomeadamente, a quantidade de droga, não prevê uma sentença justa. Mínimos obrigatórios erradicam a individualização do arguido e resultam na imposição de circunstâncias desnecessariamente severas e, muitas vezes, ilógicas. A maior parte das vezes, mínimos obrigatórios impedem os objectivos que as directrizes pretendiam alcançar. Além disso, tais mínimos transferem a autoridade da sentença dos juízes para os procuradores, na medida em que são estes a escolher se um arguido é acusado ao abrigo de uma acusação obrigatória com lei mínima. Os procuradores têm poder para decidir a quantidade de droga em causa e, conseqüentemente, a quantidade obrigatória aplicável para a penalização mínima. Para arguidos com condenações anteriores em tráfico de droga, os procuradores também têm a autoridade unilateral para apresentar informações prévias sobre crimes, a fim de duplicar as penas aplicáveis. Muitas vezes, estes poderes de acusação são exercidos com o objectivo de coagir a acordos, ganhar testemunhas cooperantes e intimidar os arguidos no exercício dos seus direitos constitucionais do julgamento. Globalmente é difícil conciliar os mínimos obrigatórios rigorosos com a flexibilidade e avaliações individualizadas do directrizes. Se as directrizes devem funcionar com todo o seu potencial, a revogação das leis mínimas obrigatórias sobre drogas parece ser a única conclusão lógica<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> CAPPELLINO, Anjelica and MERINGOLO, John, "THE FEDERAL SENTENCING GUIDELINES AND THE PURSUIT OF FAIR AND JUST SENTENCES", Albany Law Review, Vol. 77, n.º 3, 2013/2014, pp. 823-824

Cumprir dizer que é de louvar a busca pela coerência das penas, evitando disparidades e falta de proporcionalidade. Não sabemos se o modelo da grelha é o mais adequado, pelos menos nos actuais moldes.

Antes do mais, porque a pena é tão só fundada no facto praticado. Os elementos importantes para o apuramento da culpa, para aferir da intensidade do juízo de censura, não estão presentes na grelha. A culpa criminal é sempre a mesma, como princípio da responsabilidade subjectiva, como fundamento da pena e como factor de determinação da medida da pena: um juízo de censurabilidade sobre o agente por ter praticado um ilícito-típico. Juízo de censurabilidade mais centrado no incumprimento da norma ou na atitude do agente, consoante se siga os conceitos normativo ou da culpa da vontade. Por isso é que é tão importante a problemática da culpa. Desde logo, a neurociência, entre nós com a clareza e a mestria ímpares de Damásio<sup>92</sup> <sup>93</sup>, trouxe novos desafios e respostas a este tema de saber se agimos livremente ou se somos condicionados e até mesmo determinados por motivos endógenos ou exógenos. Esta problemática é, como bem se nota, muito relevante para o estudo da culpa penal. Ao contrário da ilicitude, que se traduz no desvalor da acção ou do resultado, a culpa exige um juízo de censura sobre o agente que praticou um facto típico e ilícito. Claro que importa ainda destacar a dicotomia entre concepção normativa da culpa/culpa da vontade. A primeira, dominante nos tribunais, centra a sua atenção no desrespeito pelos valores ético-sociais consagrados na norma. Há um dever implícito de os agentes actuarem em conformidade com a norma, sendo que, para aferir da capacidade do cumprimento desse dever, a ponderação parte da figura do homem médio. A grande crítica feita à concepção normativa da culpa é que ela se esgota na protecção dos valores ético-sociais: o eixo da racionalidade nesta concepção de culpa está no desvalor ético-social e não tanto no autor (nos seus aspectos psicológicos, idiosincrasias, influências exógenas). Ao invés, na culpa da vontade, a apreciação incide mais sobre o autor, as suas condições de inteligência e liberdade no momento da prática do facto. E aqui se levantam questões como a imputabilidade, as causas de exclusão da culpa, as causas de desculpa ou mesmo a *actio libera in causa*. Como ensina Maria Fernanda Palma<sup>94</sup>, o juízo de censura (culpa) só é possível se o agente teve oportunidade na

---

<sup>92</sup> DAMÁSIO, António, *A Estranha Ordem das Coisas*, Lisboa, Temas e Debates, 2017

<sup>93</sup> DAMÁSIO, António, *Sentir & Saber – A Caminho da Consciência*, Lisboa, Temas e Debates, 2020

<sup>94</sup>MARIA FERNANDA PALMA, *Princípio da Desculpa em Direito Penal...*, p. 143.

escolha da acção, isto é, se actuou sem coacção e apesar de poder agir de outro modo, tendo alternativa, decidiu assim agir.

Ora, a grelha das *sentencing guidelines* não responde a nenhuma destas questões. Terá que mudar e outras terão que ser as questões nela incluídas.

Diversas outras questões se colocam e que têm merecido a apreciação de variados Autores, que indagam se as directrizes (i) transferem os poderes de condenação do juízes para os procuradores, (ii) são responsáveis pelo aumento da população prisional nos Estados Unidos ou (iii) afectam a disparidade racial e étnica nas sentenças.

Gazal-Ayal<sup>95</sup>, questiona a própria estrutura das directrizes com o seguinte exemplo: a notória disparidade de 100 para 1 de crack em pó - que fez com que os delitos de crack desencadeassem as mesmas penas com base no peso, já que estavam associadas a 100 vezes mais cocaína em pó - resultou em sentenças excessivamente severas caindo principalmente sobre infractores negros. Isso também resultou em sentenças muito mais duras para os traficantes de crack de nível de rua do que para os traficantes de pó de cocaína de alto nível que os forneciam. A severidade extraordinária dessas sentenças diminuiu um pouco depois que o *Supreme Court* tornou as directrizes consultivas, devolvendo parte do poder de sentenciar aos juízes e, no caso do crack, deu fruto após anos de esforços, numa tentativa de garantir consistência. Afinal, se as rígidas directrizes numéricas se baseiam em termos vagos, a discricionariedade ressurgiu quando esses termos são interpretados. Uma das questões persistentes que emanam da pesquisa das directrizes de condenação é se as *U.S. Sentencing Guidelines* reduziram as disparidades de sentenças injustificadas com base na raça, etnia e género do infractor. Reduzir essas disparidades por meio de directrizes é problemático, em parte porque as disparidades surgem de decisões tomadas em fases pré-*sentencing*.

Embora as *U.S. Sentencing Guidelines* tenham recebido muita atenção e críticas, apenas, como vimos, dois por cento dos casos criminais nos Estados Unidos são tratados pelo sistema federal. Os regimes de condenação dos cinquenta estados atraíram muito menos atenção. Muitos investigadores argumentam que, embora as disparidades judiciais possam ter sido reduzidas, as directrizes transferem o poder

---

<sup>95</sup> GAZAL-AYAL, Oren, "FOREWORD: A GLOBAL PERSPECTIVE ON SENTENCING REFORMS", *Law and Contemporary Problems*, 2013, Vol. 76, n.º 1, pp. i-viii

de sentenciar para os procuradores e, como resultado, as disparidades ressurgem por meio da discricionariedade irrestrita dos procuradores, um acréscimo do seu poder negocial que resulta da previsibilidade da determinação da pena. Junto da defesa, podem usar estratégias para negociar a pena, mercadejando a justiça, acabando o arguido por aceitar uma pena que lhe pareça o mal menor, mesmo que não se sinta culpado. Mas, apenas, porque tem medo de ir a julgamento e correr o risco de apanhar penas mais graves. Os juízes, únicos titulares do poder judicial, ficam de fora num sistema judicial – o americano – em que a esmagadora maioria dos casos criminais é decidida por via de acordo, no que é um autêntico sistema de *pleas* e não de *trials*.

Como vimos, sendo as agravantes relativas ao facto, a procura de factores quantificáveis traz injustiças. Por exemplo, no tráfico de droga, em que interessa mais o peso do que a qualidade, ou nos crimes de pornografia infantil, em que são mais relevantes a quantidade de fotografias do que a sua gravidade. Com isto, teremos crimes mais graves com penas menores do que crimes menos graves, fazendo ressurgir a questão da disparidade das penas.

Também Sevigny<sup>96</sup> se debruçou sobre a questão das condenações em processos de droga, considerando que deve ser repensado o papel da quantidade de droga na sentença federal.

Mantendo o espírito original e os objetivos da *Sentencing Reform Act*, o Congresso e a *Sentencing Commission* devem procurar integrar, nas futuras reformas federais das *sentencing*, a sabedoria do direito que está sendo desenvolvido nos tribunais. Embora o poder legislativo e as *sentencing commission* considerem os crimes em abstracto, deverão todavia os juízes concentrar a sua atenção nas particularidades da conduta do crime e dos indivíduos que estão a julgar. Os juízes têm uma perspectiva única e específica sobre o caso e a pessoa real que cometeu o crime. Porque os juízes de condenação estão excepcionalmente bem posicionados, nas palavras do *Supreme Court* em *Koon*, “para considerar cada pessoa condenada como um indivíduo e cada caso como um estudo único das falhas humanas que às vezes atenuam, às vezes ampliam, o crime e a punição”. Assim, prosseguindo a

---

<sup>96</sup> SEVIGNY, Eric L., “Excessive Uniformity in Federal Drug Sentencing”, Springer, J Quant Criminal (2009), DOI 10.1007/s10940-009-9064-z, pp. 173-174

discussão pós-*Booker*, as características do infractor devem desempenhar um papel especialmente importante no futuro debate e reformas das sentencing<sup>97</sup>.

O acréscimo de reclusos no Estados Unidos - País com 5% da população mundial mas com 25% da população reclusa no mundo – leva Meade<sup>98</sup> a dar eco a este problema e a sustentar que a pena de multa seria uma boa alternativa de baixo custo social e financeiro à pena de prisão.

O aumento das penas de prisão e dos custos económico-financeiros associados é a demonstração que falhou o objectivo de reduzir a população de reclusos. E continuam a ser os *negros* e os *latinos* a cumprir mais e maiores penas. A que não será estranho o populismo dos tempos em que vivemos. Penas mais pesadas satisfazem políticas populistas, sobretudo em sectores conservadores. Sinal de que só as penas de prisão interessam às *sentencing guidelines*, é que só agora começaram a dar os primeiros passos *sentencing guidelines* para a liberdade condicional ou penas alternativas à pena de prisão.

A este propósito, Schanzenbach<sup>99</sup> traz-nos uma perspectiva ímpar ao comparar as sentenças entre os juízes conotados com partidos políticos: os juízes nomeados pelos democratas e pelos republicanos prolataram distintas condenações - republicanos penas mais longas e democratas mais curtas - para crimes de rua (crimes violentos, roubo e tráfico de droga), e há prova de que os nomeados pelos democratas preferiam penas mais longas para crimes de colarinho e ambientais. Também Skinn<sup>100</sup> estudou a *Conservative Government Penal Policy 2015–2021*, proporcionando um exame detalhado e crítico da política criminal durante os sucessivos governos conservadores no período 2015-2020. A crítica interna das políticas sugere que, embora muitas das reformas fossem consistentes com as filosofias penais dos conservadores, houve problemas significativos associados à sua implementação e impacto. A avaliação externa das políticas sugere, apesar de tais problemas de implementação, que tem havido uma exacerbação da crise penal

---

<sup>97</sup> BERMAN, Douglas A., “Distinguishing Offense Conduct and Offender Characteristics in Modern Sentencing Reforms”, *Stanford Law Review*, Oct., 2005, Vol. 58, n.º 1, p. 291

<sup>98</sup> MEADE, Jose and WALDFOGEL, Joel, “Do Sentencing Guidelines Raise the Cost of Punishment?”, *NB Working Paper Series, JEL n.ºs K14, K40, NBR Working Paper n.º 6361*, 1998, pp. 1-16

<sup>99</sup> SCHANZENBACH, Max M. and TILLER, Emerson H., “Strategic Judging under the U.S. Sentence Guidelines: Positive Political Theory and Evidence”, *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 23, n.º 1, Abril 2007, pp. 52-53

<sup>100</sup> SKINNS, Christopher David, *Conservative Government Penal Policy 2015–2021*, p. 96, [https://doi.org/10.1007/978-3-031-00797-2\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-031-00797-2_2)

fundada numa combinação de rigor financeiro, com uma maior externalização e uma tendência para forçar a severidade, dureza e exigências das penas privativas da liberdade e comunitárias, o que não contribuiu para diminuir o tempo de reclusão. Uma diminuição da responsabilização do tribunal foi também evidente e reflectida no declínio da assistência jurídica, sendo duvidoso, segundo o Autor, que os tribunais tenham contribuído mais eficazmente para a justiça em 2020, em comparação com 2015.

Comparando os prós e os contra, Jacobsom, Roberts e Hough<sup>101</sup> afirmam que sistemas de directrizes altamente estruturados, como os de muitos Estados nos EUA, oferecem alguns benefícios claros. Por um lado, tornam o processo de sentença mais transparente e claro, do que resulta maior previsibilidade geral das decisões. Acresce que projecções de padrões de condenação mais precisos permitem que as autoridades sejam capazes de prever e - em jurisdições onde tenham mandato - de controlar a população prisional. E, finalmente, ao fornecer um ambiente de directrizes estruturadas que englobe todas (ou a maioria) das infracções, a autoridade das directrizes é capaz de garantir que as leis ou directrizes assegurem uma visão holística das práticas de condenação. No entanto, as grelhas de sentenças também têm sérias desvantagens. Primeiro, dependendo do grau de estrutura, crimes de gravidade bastante variável podem acabar por receber um nível de penas semelhantes, o que significa que se perde a proporcionalidade. Em busca de reduzir a disparidade injustificada, estes sistemas podem gerar o problema oposto, ou seja, uniformidade injustificada, o que ocorre quando casos diferentes são tratados da mesma forma. Em particular, as grelhas dos EUA permitem pouca margem para os julgadores levarem em conta os factores de culpabilidade que se relacionam com o ofensor. Em segundo lugar (e ligado ao primeiro problema), as grelhas de sentenças tendem a projectar uma imagem mecânica ou estereotipada da parte decisória da sentença. Muitas pessoas, não apenas juízes, vêem a determinação da pena como um “processo humano”, no qual características específicas do infractor individual devem ser consideradas. Terceiro, manuais detalhados de condenação podem desencorajar os tribunais de considerar os casos com detalhes suficientes, podendo simplesmente impor uma sentença dentro da faixa de orientação. Quarto, tornando os resultados da condenação específicos, numéricos, as grelhas encorajam e facilitam a negociação

---

<sup>101</sup> JACOBSOM, Jessica, ROBERTS, Julian and HOUGH, Mike, *Towards more consistent and predictable sentencing in England and Wales*, Bristol University Press, Junho de 2020, pp. 43-57

de delação premiada. Ao especificar o crime do qual o ofensor está preparado para se declarar culpado, o advogado de defesa pode, com efeito, identificar a pena que o ofensor está disposto a aceitar sem contestar a culpa. Quinto, e ligadas a isso, as grelhas de sentença podem encorajar a desonestidade na sentença, na medida em que os juízes podem "trabalhar" a sentença que eles acham que é justa para uma avaliação apropriada dos "factos do caso". Sexto, as directrizes presumíveis ou em estilo de grade são normalmente impopulares entre os juízes treinados na tradição da *common law*, habituados a considerável discricionariedade judicial na sentença. Por fim, uma grade nos moldes norte-americanos formaliza – e pode promover em grau excessivo – o papel das condenações anteriores, pois todas as jurisdições colocam grande ênfase na gravidade do crime como o principal factor de condenação, mas há menos consenso sobre o papel das condenações anteriores.

Chanenson<sup>102</sup>, formula as seguintes *Five Questions For de Next Thirty Years of Federal Sentencing*: 1.<sup>a</sup> *Should discretionary parole release be restored in the federal system?* E responde que a *Pennsylvania General Assembly*, em 2008, mandatou a *Pennsylvania Commission on Sentencing (PCS)* para a criação de directrizes para a liberdade condicional, que ainda estão a ser testadas, mas os resultados iniciais são prometedores. Se o *Congress* quiser trazer, no âmbito federal, alguma uniformidade na concessão de liberdade condicional, deve fazê-lo de forma coordenada, cujo controlo terá que ser da *United States Sentencing Commission*. 2.<sup>a</sup> *What should be the institutional composition of the Commission?* E diz que a *Commission* sofreu algumas mudanças ao longo dos anos, embora sempre com sete membros votantes. Inicialmente – e de novo agora - pelo menos três desses membros tinham de ser juízes federais. No entanto, em meados dos anos 2000, o *Congress* exigiu que não poderiam ser mais de três membros juízes federais. O Presidente nomeia todos os membros votantes, com o conselho e consentimento do Senado, e não mais do que quatro dos membros votantes podem ser do mesmo partido político. O *Attorney General* e o *Chair of the U.S. Parole Commission*, que integra o Departamento de Justiça, servem como membros *ex officio*, sem direito a voto. Assim, ao poder executivo é dado um "lugar à mesa" na *Commission*, literal e figurativamente. E, como membro, embora sem direito a voto, Como ex-votante sem direito a voto comissário

---

<sup>102</sup> CHANENSON, Steven L., "Five Questions For de Next Thirty Years of Federal Sentencing", *FEDERAL PROBATION*, Setembro de 2017, pp. 23-27

oficioso, o *Attorney General* (ou quem designar) tem o conhecimento dos processos deliberativos internos da *Commission*. Os advogados de defesa, público e privado, nem sequer têm isso. É difícil de entender uma explicação lógica para esta injustiça e, com isto, o Congresso enviou uma mensagem clara e preocupante: as vozes da defesa são menos importantes a nível político. Independentemente da dimensão da *Commission*, o Congresso deve agir para equilibrar a estrutura e perspectivas institucionais dos membros da Comissão, adicionando um membro *ex officio* defensor federal ou que haja dois membros (o procurador e um defensor federal) com pleno direito de voto. Um sistema que se orgulha de ser justo e se esforça por reflectir os controlos e equilíbrios não merece menos. 3.<sup>a</sup> *What role should data and transparency play in the modern Commission?* A fiel recolha e gestão dos dados das sentenças são das tarefas mais importantes da *Commission*. As bases de dados são muitos úteis para os profissionais do foro, em termos de racionalidade, equidade e justiça. E podem ajudar as *Commission* de *sentencing guidelines* (federal e estaduais) a abordar de melhor forma a fixação ou revisão obrigatória de mínimos e moldagem dos contornos da categoria de antecedentes criminais. Elementos de uma sentença de alta qualidade podem ser um instrumento poderoso para planear a justiça penal. Uma *Commission* centrada nos dados pode oferecer uma previsão informada. Dados básicos sobre os padrões de sentença de juízes individuais - todos nominalmente à disposição do público - estão facilmente disponíveis na Pennsylvania, mas funcionalmente escondida na sistema federal. A *United States Sentencing Commission* está formalmente impedida de libertar informação específica do juiz, o que já vem desde 1988, quando a *Commission* era recente e politicamente fraca, e perante um sistema judicial hostil. A *United States Sentencing Commission* e a *Administrative Office of the United States Courts (AO)* assinaram um memorando de compreensão que impede a libertação de informação específica do juiz, tendo os tribunais federais, agindo através do AO, se recusado a divulgar as estatísticas de cada juiz. É necessário encontrar uma solução nacional. O Congresso deve ordenar a libertação e disponibilização de dados das sentenças e remeter à *Commission* para os analisar em profundidade, com o objectivo de compreender o que está a acontecer e porquê nas sentenças judiciais. Afinal de contas, tais dados envolvem registos públicos criados com fundos públicos e devem ter e merecer a confiança do público. 4.<sup>a</sup> *Are the guidelines asking the right questions?* As directrizes de sentença são concebidas, em parte, para ajudar os juízes a classificar os casos em grupos com níveis de

culpabilidade razoavelmente semelhantes. Determinar a culpabilidade de um traficante de droga ou um de alguém que comete uma burla pode ser desafiante, mas podemos facilmente pesar as drogas transportadas e contar o dinheiro roubado da vítima. Portanto, pesamos, e contamos. O problema não tem tanto a ver com o número de perguntas que as directrizes colocam, mas antes sobre a natureza da informação procurada e como as directrizes exortam o juiz a utilizar essas respostas. Uma solução é incorporar mais normas para um conjunto orientado para outras regras de directrizes, nomeadamente para a medição da culpa, dando aos juízes a flexibilidade para determinar quais os factores mais relevantes para avaliar os juízos de censura. A *American Bar Association (ABA)* apresentou uma proposta em sede de crimes económicos, em que introduz o conceito de "culpabilidade" como medida da gravidade da infracção actuando em conjunto com a perda. Através do factor de culpabilidade, a proposta permitiria a consideração de numerosos assuntos ignorados pela actual directriz federal, incluindo o motivo do arguido, a natureza do delito, a correlação entre o montante da perda e o montante do ganho do arguido, a duração da ofensa e a participação do arguido, circunstâncias atenuantes presentes no delito, se o arguido iniciou a infracção ou aderiu a uma conduta criminosa iniciada por outros, e se o o arguido tomou medidas (tais como a confissão, voluntária cessação da actividade criminosa ou restituição do indevidamente apropriado) para mitigar os danos da ofensa. A ideia é que a pontuação de culpabilidade seja utilizada para canalizar e orientar a tomada de decisões judiciais, sem forçar os juízes a contar mecanicamente factores que podem nem sempre ter a ver com a culpabilidade. A *Commission* não abraçou esta proposta, mas alguns tribunais a consideraram. 5.<sup>a</sup> *What role should sentencing guidelines and commissions play in a well-functioning criminal justice system?* A sentença está no centro, e portanto as comissões de *sentencing* devem estar no centro do sistema de justiça criminal. O Congresso deve respeitar e confiar na *United States Sentencing Commission*. Por vezes, parece que dados e relatórios da *Commission* não são lidos por muitos. Podemos não estar de volta aos dias sombrios de 2003, quando o Congresso contornou o USSC e reescreveu directamente algumas secções das *federal sentencing guidelines*, mas as coisas poderiam ser melhores. No início de 2017, a *United States Sentencing Commission* não tinha um quorum de membros votantes. O Congresso precisa de respeitar a *Commission*, reconhecendo-a como fonte de conhecimentos cuja opinião deve ser plenamente considerada.

As directrizes dos EUA surgiram como uma resposta directa ao reconhecimento de que a sentença era imprevisível e inconsistente, desejo de alcançar resultados mais consistentes determinou a criação de directrizes baseadas numa grelha<sup>103</sup>. Embora os elementos das directrizes tenham mudado periodicamente ao longo do anos, a arquitectura essencial das grelhas, por exemplo de Minnesota, permanece a mesma, sendo o desenvolvimento mais significativo a criação de grelhas adicionais para ofensas sexuais e de drogas, e menores as emendas: delitos foram movidos para cima ou para baixo na grelha e a linha dispositiva foi ajustada periodicamente. Não houve uma revisão sistemática da arquitectura global da grelha ou consideração de vias adicionais em que a comissão possa fornecer orientação para os julgadores. Talvez tenha chegado o momento de reflectir mais sobre o assunto. Seria irrealista esperar que uma comissão revise a sua estrutura de orientação frequentemente, mas há certamente espaço para um maior auto-exame do que o que foi o caso até este momento no Minnesota e noutros Estados Americanos. Após 40 anos de utilização, é pouco provável que a comissão Minnesota abandone as suas grelhas. Há questões de formato a serem abordadas, como a de saber se ainda se justifica a continuação da utilização da história criminal como uma dimensão principal da grelha. Para além da arquitectura da grelha única, as comissões devem ponderar se múltiplas grelhas ou estruturas não grelhadas não seriam melhores. Cada Estado deve escolher uma combinação de características de desenho adequadas às circunstâncias locais e realidades políticas. Existe um acordo de que ambos os esquemas são preferíveis aos regimes altamente discricionários que eles substituíram. Todos os estudos modernos sérios sobre a condenação dos EUA chegaram à conclusão que uma estrutura bem concebida proporciona o melhor para informar e moldar os resultados das sentenças individuais e para promover a transparência e o Estado de direito. Um melhor esquema de sentenças deve ser moderadamente flexível através de um conjunto de orientações emitidas por uma comissão.

O objectivo declarado da reforma das sentenças federais era restaurar a justiça e ultrapassar um sistema amplamente percebido como anacrónico e injusto. *The United Sentencing Commission* criou as *Federal Sentencing Guidelines* para limitar uma fonte principal dessa injustiça: discricionariedade judicial na fixação de

---

<sup>103</sup> ROBERTS, Julian V., "The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales", *Evolution of Sentencing Guidelines*, University of Chicago, 2019, pp. 187-245

sentenças. Mas a *Sentencing Commission* deixou em seu lugar uma afronta muito mais séria aos direitos dos arguidos: procedimentos de apuramento de factos constitucionalmente inadequados que admitem provas patentemente não confiáveis para a sentença. O uso de provas circunstanciais, especialmente quando se trata de conduta não acusada, não condenada ou mesmo absolvida, prejudica o objetivo da uniformidade na sentença e viola o direito fundamental do arguido em receber uma sentença justa<sup>104</sup>.

Certamente por isso e após a decisão do *Supreme Court* em *Booker*, os juízes federais começaram a utilizar a sua discricionariedade para atender a factores concretos relevantes para a individualização da pena, aproveitando a perspectiva única e específica que têm sobre o caso e a pessoa real que cometeu o crime. A determinação da sanção é um processo humano.

Aaton<sup>105</sup> considera que *Stinson* está desactualizado, o que causa mal-entendidos sobre como funcionam as *Sentencing Guidelines* e as dúvidas sobre como *Stinson* deve ser aplicado. Uma concepção rigorosa de decisão de olhar fixo não permite que os tribunais inferiores actualizem a obediência a *Stinson* só porque está doutrinariamente desactualizado. A actualização de precedentes desactualizados é uma prerrogativa do Supremo Tribunal - mas o sistema judicial americano só funciona eficazmente quando o Supremo Tribunal exerce efectivamente essa prerrogativa. Se e quando o *Supreme Court* actualizar *Stinson*, o caminho de menor resistência seria provavelmente estender *Kisor v. Wilkie* a *Stinson* e reunificar as normas para as directrizes. Mas, porque o raciocínio de *Stinson* não sobreviveu a desenvolvimentos doutrinários, o Tribunal pode e deve regressar aos primeiros princípios, em vez de estender reflexivamente *Kisor*. Quando a oportunidade surgir, o Supremo Tribunal deverá pôr fim a *Stinson* e instruir os tribunais a não mais do que respeitar os comentários da *United Sentencing Commission*.

Para Anabela Miranda Rodrigues<sup>106</sup>: “No caso de as Guidelines serem «presumivelmente vinculativas», como é o caso das *Grid-Based Guidelines* adotadas

---

<sup>104</sup> “An argument for confrontation under the Federal Sentencing Guidelines”, *Harvard Law Review*, Notes, Vol. 105, n.º 8, Junho 1992, pp. 1898-1899.

<sup>105</sup> ACTON, John, S., “THE FUTURE OF JUDICIAL DEFERENCE TO THE COMMENTARY OF THE UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 45, 2022, p. 406

<sup>106</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL”, *40 ANOS – CÓDIGO PENAL 1982-2022, CONGRESSO INTERNACIONAL*, Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ebook, p. 23-24

em vários estados norte-americanos (e.g. Minnesota, Pensilvânia ou Oregon), o juiz deve (*must*) aplicar uma pena concreta determinada dentro da moldura estreita de pena indicada na «grade» das Guidelines; que, por sua vez, resultou da interceção do nível de gravidade do crime com a categoria do passado criminal do agente. Estas *Guidelines* são vistas como «relativamente restritivas» da discricionariedade na determinação da pena, na medida em que os juízes são incitados a aplicar penas determinadas no âmbito das molduras estreitas indicadas nas grelhas; na verdade, devem apresentar razões «substanciais e convincentes» (*substantial and compelling reasons*) para justificar o que é designado como uma «*departure sentence*», isto é, uma pena, de maior ou menor gravidade, que fica fora das molduras «oficiais» das grelhas das Guidelines”.

E, finalmente, Adriano Teixeira<sup>107</sup>: “O uso das *sentencing guidelines*, introduzidas em parte pelo anseio de frear o arbítrio judicial e em parte por motivos mais pragmáticos, de economia e eficiência, não parece ser a solução definitiva; a construção de um sistema criminal mais racional, mais enxuto, menos injusto e opressor depende não (apenas) de desconstrução, mas também de propostas de soluções, tanto no âmbito dos pressupostos de incriminação quanto no âmbito da sanção penal; uma teoria da aplicação da pena, como qualquer outra teoria jurídico-penal, revela seu teor crítico, liberal, não no plano das declamações, mas no enfrentamento dos problemas concretos, no tratamento dos detalhes; para levar a cabo essa missão, não se pode prescindir da dogmática jurídico-penal e da teoria do delito; a teoria da proporcionalidade pelo fato, por fundar-se na aproximação aos princípios de garantia do direito penal e às categorias da teoria do delito, é, a meu ver, a mais promissora para enfrentar as intrincadas questões que se põem na aplicação da pena, como, por exemplo, a consideração das consequências extratípicas do delito”.

É curioso que num sistema de *sentencing guidelines*, que quer combater a disparidade das penas, os juízes não estejam obrigados a libertar informação sobre as suas sentenças, assim se impedindo a criação de bases de dados fundamentais para a racionalidade, equidade e justiça, bem como poderiam ser ferramentas

---

<sup>107</sup> ADRIANO TEIXEIRA, “Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena”, *Sentença Criminal e aplicação da Pena – Ensaios sobre Discricionariedade, Individualização e Proporcionalidade*, 2017, Editora JusPodivm, pp. 23-41

importantes para as *Commission* produzirem *sentencing guidelines* mais adequadas à realidade judicial.

\*

#### **4. As *sentencing guidelines* em Inglaterra e no País de Gales**

##### **4.1 A sua génese e evolução**

As *sentencing guidelines* existem em Inglaterra e Gales aproximadamente desde 1980. As primeiras *guidelines* foram formuladas pelo *Court of Appeal*, como *guideline judgements*. Esta situação mudou em 1998, com a intervenção do Partido Trabalhista e a criação *Sentencing Advisory Panel*, comissão que devia aconselhar o *Court of Appeal*. Em 2003 a aprovação das *sentencing guidelines* passou do *Court of Appeal* para o recém criado *Sentencing Guidelines Council*, deste modo, as directrizes ficaram separadas da jurisprudência do *Court of Appeal*, assim da influência jurisdicional. Com o *Coroners and Justice Act* de 2009 foram então introduzidas mudanças de maior alcance, entre outras, quanto à determinação da pena, alterações que visaram combater o aumento de reclusos, que vinha já de 1995. Através de uma reforçada vinculação às *guidelines* e da composição e funcionamento do *Sentencing Council* (sucessor do *Sentencing Guidelines Council*) - permanente, independente e dominado por juízes -, devia alcançar-se cada vez mais coerência, uniformidade e transparência na determinação da pena em toda a Inglaterra e País de Gales, e, bem assim, um descongestionamento dos estabelecimentos prisionais. O *Sentencing Council* passou a elaborar as *guidelines reales* e numerosas novas tarefas, como, por exemplo, as previsões sobre a repercussão das novas *guidelines*, a evolução das já existentes e a publicação de relatórios anuais com informação estatística relevante. O mencionado *Coroners and Justice Act* de 2009 estipula que a cada crime – legalmente codificado ou de direito de *common law* (consuetudinário)— são fixadas directrizes específicas para a determinação da pena; as *guidelines* estão disponíveis na página *web* do *Sentencing Council*, onde se diferencia as *guidelines* para os *Magistrates* e para a *Crown Court*. As *guidelines* estão em vigor até que seja emitida uma nova para o mesmo crime, que revoga a anterior. O *Coroners and Justice Act* de 2009 reforçou o carácter vinculativo das *guidelines*, sem prejuízo de o tribunal se poder afastar da aplicação da *guideline* na medida em que considere o interesse da justiça, que se trata de conceito normativo aberto. A aplicação concreta das *guidelines* obedece a

nove passos, característicos da estrutura de cada *guideline* específica para cada crime, que o tribunal deve seguir no seu julgamento: 1- O primeiro passo refere-se à categoria (tripartida) do facto acusado segundo a sua gravidade (“*offence categories*”), mediante factores específicos definidos na respectiva directriz; a primeira categoria é relativa aos factos e à medida da culpa do autor. Para os factos de segunda categoria é necessário que os factos tenham causado maior dano e mais elevada a culpa do autor. Na terceira categoria, os factos deram origem a um baixo dano e menor culpa; cada directriz prevê uma pena inicial específica e uma escala penal, com uma tendência decrescente da primeira para a terceira categoria. 2 – No segundo passo, o tribunal tem em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes, partindo da pena inicial correspondente à categoria do delito, orientando-se por aspectos concretos dos factos praticados pelo autor, que constam da respectiva *guideline*, que, todavia, em circunstância especiais, o tribunal se pode afastar da escala estabelecida e usar outra. 3 – Este passo é referente ao comportamento posterior do autor, em sede de colaboração, que será tido em conta para diminuir a pena. 4 – Este passo trata as consequências da confissão: quanto mais cedo a confissão mais atenuada é a pena. Uma especial *guideline* regula que, perante uma confissão numa momento mais cedo, em regra no primeiro interrogatório, a pena poderá ser reduzida a um terço, enquanto que a confissão mais tardia, no primeiro dia do julgamento, a redução é de 1/10. 5 – Aqui estamos perante um processo particularmente perigoso, em que seja inevitável a privação de liberdade. 6 – Este passo trata do “*totality principle*”, segundo o qual, em caso de vários crimes ou da execução em curso de um pena, quando se define a pena única se deve ter em conta que esta pena seja justa e proporcional. 7 – Aqui o tribunal deve ordenar, se necessário, uma indemnização ou outras medidas a favor ou para protecção da vítimas. 8 – Neste passo o tribunal fundamenta a pena em concreto e fixar os seus efeitos, nele se incluindo, em detalhe, o modo de cumprimento e liberdade antecipada. 9 – O tribunal desconta o tempo cumprido em prisão preventiva e/ou detenção<sup>108</sup>.

“O modelo inglês de *sentencing guidelines* não comporta uma natureza absolutamente obrigatória para o aplicador do direito; mas também não se pode

---

<sup>108</sup> KAI AMBOS, “? Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para lá medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso”, *Revista Penal*, n.º 46, Julho de 2020, Tirant lo blanch, pp. 5-14

dizer que é meramente indicativo; há, na verdade, de ser encontrado um meio termo interpretativo para que se logre uma correta caracterização da sua natureza e efeitos; (...) a secção 125, n.º 1, in fine, do *Coroners and Justice Act 2009*, introduz uma exceção à aplicabilidade das *sentencing guidelines*, designadamente quando estejam em perigo os interesses da justiça; assim, “todo o tribunal deve, na decisão da determinação da pena, seguir quaisquer *sentencing guidelines* relevantes para o caso individual (...) salvo quando o tribunal se convença que seria contrário aos interesses da justiça fazê-lo”; é este o vector norteador e axiologicamente vinculante do julgador: a justiça do caso concreto, consubstanciada na pena justa; a justeza da pena poderá, *rectius*, deverá ser descoberta com as *sentencing guidelines*, é certo, mas se, percorrido o caminho por elas traçado, não se veja materializado esse desiderato, então o julgador liberta-se da força constritora das *sentencing guidelines*”<sup>109</sup>.

E continua Pedro Freitas<sup>110</sup>, quanto à regra da vinculação do precedente judicial: “A circunstância de se reconhecer que é nas *sentencing guidelines* que reside o núcleo dos instrumentos jurídicos de que os magistrados judiciais se servem para a tarefa de determinação da sanção jurídico-penal e sua medida não é perturbada sobremaneira pela dinâmica de criação de direito por via de decisões judiciais vinculativas; por três razões; em primeiro lugar, a fisionomia de um crime, a sua natureza e o modo como se concretiza, a par dos aspetos distintivos do agente, conduzem a uma imagem global de difícil, se não impossível, repetição; por isso, o julgador, com alguma facilidade, pode recorrer a um dos mecanismos de afastamento do precedente judicial: *distinguishing*; (...); a par do mecanismo de *overruling*, que exprime o poder, gozado pelos tribunais superiores em relação a tribunais inferiores, de eliminação com efeitos retroativos e prospetivos de um precedente judicial estabelecido num determinado caso, o *distinguishing* é igualmente uma forma de raciocínio jurídico que permite desaplicar um precedente judicial; a diferença fundamental entre o *overruling* e o *distinguishing* é que não cria um novo precedente judicial, limitando-se somente a desaplicá-lo no caso sub iudice, sem que com isso afete a sua validade jurídica e produção de efeitos em situações

---

<sup>109</sup> PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade: um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, Tese de Doutoramento, Universidade de Direito – Escola do Minho, 2015, p. 247

<sup>110</sup> PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade...*, pp. 247-249.

passadas e futuras, por se considerar que existem diferenças substanciais entre os factos que estiveram na origem do precedente judicial e aqueles que no momento estão a ser apreciados pelo julgador; por outro lado, quando o Court of Appeal é chamado a decidir, em sede de recurso, sobre a justeza de uma decisão judicial de aplicação de uma pena numa certa medida, as mais das vezes, limita-se a verificar se os passos de determinação da medida da pena foram cumpridos; por último, na hipótese de o Court of Appeal considerar necessário a alteração da sentença aplicada em primeira instância, pode substituir o órgão jurisdicional a quo, rever a sentença e decidir de modo diferente, mas sempre com duas limitações importantes: a sentença não pode, em caso algum, ser agravada e tem de circunscrever-se aos limites decisórios do tribunal inferior”.

Ao contrário da maioria das americanas, as directrizes da Inglaterra e do País de Gales não dependem de um sistema de grelha com uma sentença previsível específica. Em vez disso, a Inglaterra e o País de Gales promovem a uniformidade de abordagem ao prescrever uma sequência de etapas a serem seguidas pelos tribunais ao sentenciar um infractor, bem como permitem aos julgadores ampla margem de manobra para se afastarem delas quando for do interesse da justiça fazê-lo<sup>111</sup>

Já em 1993, Martin Vasik e Adrian Turner<sup>112</sup>, reconheciam que a primeira legislação do Parlamento sobre os princípios da sentença apresentava problemas especiais para os juízes, que deviam aprender a aplicar novos raciocínios, limiares e critérios às suas decisões.

O site *web* do *Sentencing Council - Judges and criminal justice professionals – Sentencing (sentencingcouncil.org.uk)* – esclarece: as *sentencing guidelines* ajudam a garantir que os juízes e magistrados nos tribunais da Inglaterra e País de Gales adotem uma abordagem consistente para a condenação. O Código de Penas estabelece que os tribunais devem seguir quaisquer directrizes de sentenças relevantes, a menos que isso seja contrário aos interesses da justiça. As directrizes fornecem orientação sobre os factores que o tribunal deve levar em consideração e que podem afectar a sentença. Estabelecem diferentes níveis de sentença com base

---

<sup>111</sup> ANDREW von HIRSCH and JULIAN V. ROBERTS, “Legislating Sentencing Principles: the Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions”, *The Criminal Law Review*, 2004, Thomson Sweet & Maxwell, 2004, pp. 639-652

<sup>112</sup> MARTIN VASIK and ADRIAN TURNER, “ Sentencing Guidelines” for the Magistrates’ Courts”, *The Criminal Law Review*, Maio 1993, p. 356

no dano causado à vítima e na responsabilidade do ofensor referido nas directrizes como culpabilidade. Existem *sentencing guidelines* para a maioria dos crimes mais graves. O *Council* também produz *guidelines* sobre questões e princípios gerais de condenação, como sentenciar crianças e jovens. Onde não existe uma específica *sentencing guideline* para um crime, os tribunais recorrerão à *sentencing guideline* geral, que também pode ser usada juntamente com as directrizes de sentenças específicas para ofensas quando alguns factores não são cobertos na directriz específica para ofensas e os tribunais necessitem de orientação abrangente. Os juízes também se podem referir a decisões importantes do Tribunal de Apelação para examinar como as sentenças foram proferidas em casos semelhantes no passado. A legislação estabelece penas máximas, e às vezes mínimas, para os delitos, mas a lei está escrita de forma a dar aos juízes e magistrados considerável discricionariedade na sentença. As *sentencing guidelines* ajudam os julgadores a identificar que tipo e duração da sanção podem impor e estabelecem os factores que devem considerar antes de tomar sua decisão final. Por lei, juízes e magistrados devem julgar de acordo com as directrizes, a menos que seja injusto fazê-lo. Têm o poder de se afastar das *sentencing guidelines* se acharem que, dadas todas as circunstâncias de um caso particular, seria do interesse da justiça fazê-lo.

Em Inglaterra e País de Gales os crimes têm normalmente penas máximas previstas, em regra de prisão ou multa, e alguns deles podem ter penas mínimas fixadas. As opções de sanção (por exemplo, prisão, pena comunitária, multa, e compensação) podem diferir para o tipo de crime e para autores adultos ou jovens (com menos de dezassete anos). Os julgadores têm considerável discricionariedade, mas devem utilizar factores legais, como a natureza e a gravidade do delito e o histórico criminal do arguido, o julgador também é obrigado a tomar em conta quaisquer factores agravantes e atenuantes. Por exemplo, em Inglaterra e País de Gales, os factores agravantes incluem a vulnerabilidade da vítima, se foi alvo racial ou religioso, o grau de participação e o ganho na prática do crime. Factores atenuantes são a provocação, o menor grau de participação, a confissão e o arrependimento. O julgador também pode ter acesso a recomendações de sentença fornecidas em um relatório pré-sentença preparado por um *probation officer* ou

outro especialista. Finalmente, os julgadores também podem reduzir a pena perante a confissão<sup>113</sup>.

Uma última referência para dizer que as *sentencing guidelines* são organizadas em torno do conceito de proporcionalidade, devendo a sanção ser proporcional ao dano e ao grau de culpabilidade do autor. A directriz geralmente assume a forma de dividir o crime por diferentes categorias consoante a gravidade e estabelecendo, para cada uma delas, pontos de partida e intervalos da pena. A directriz também contempla agravantes e atenuantes que devem ser tidas em consideração; o desvio do intervalo proposto para a pena, é possível desde que fundamentado e de acordo com o interesse da justiça<sup>114</sup>.

\*

## 4.2 Fins das penas

Vamo-nos centrar em 2003, nas *sentencing guidelines* do então recém criado *Sentencing Guidelines Council*, porque até esta data a preocupação era retributiva, o *just desert* (justo merecimento).

Pedro Freitas<sup>115</sup> ressalta” com a entrada em vigor da secção 142 do *Criminal Justice Act 2003*, estabeleceu o legislador inglês uma lista de propósitos que norteiam a aplicação das sanções jurídico-penais; (...) procedeu-se em 2003 a um alargamento em toda a latitude em matéria de finalidades das penas, sufragando-se não só as doutrinas retributivas, como as relativas, passando ainda pela reparação – ideia tão cara à justiça restaurativa; assim, com exceção das hipóteses em que o agente do crime tem menos de 18 anos no momento da decisão condenatória ou em que o tipo legal de crime estabelece uma pena fixa, são cinco as finalidades das sanções jurídico-penais, de acordo com a secção 142: a punição do agente; a redução do crime (incluindo a redução pela dissuasão); a reforma e reabilitação do agente; a protecção da comunidade; e a reparação dos efeitos causados pelos crimes”.

---

<sup>113</sup> DHAMI, Mandeep K., “SENTENCING GUIDELINES IN ENGLAND AND WALES: MISSED OPPORTUNITIES?”, *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS*, Vol. 76, n.º 1 (2013), pp. 289-290

<sup>114</sup> JACOBSOM, Jessica, ROBERTS, Julian and HOUGH, Mike, *Towards more consistent and predictable sentencing in England and Wales*, Bristol University Press, Junho de 2020, pp. 44-46

<sup>115</sup> PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade...*, pp. 243-246.

Andrew von Hirsch e Roberts<sup>116</sup> dizem que a Lei de 2003 pretende encorajar uma maior prevenção do crime como efeito da sanção. A secção 142 apela aos tribunais para que tomem em conta os objectivos de dissuasão, incapacitação e reabilitação (a aditar a *just desert*). Esta ênfase acrescida de fins preventivos reflecte a intenção do governo em centrar a reforma da justiça penal na prevenção do crime. A proporcionalidade da pena também está presente nas secções 152(2) e 153(2), onde consta que o tribunal só deve condenar em pena de prisão quando o crime for tão grave e uma multa ou pena comunitária não sejam suficientes e justificadas para a sanção. As *sentencing guidelines* do *Council* não interpretaram as secções 152(2) e 153(2) no sentido de atender apenas à gravidade do crime como fundamento da sanção. Para cumprir a proporcionalidade, a pena imposta deve atender também aos fins de prevenção e dissuasão.

\*

### 4.3. Os seus objectivos

Para Kai Ambos<sup>117</sup>, num *Sentencing Guidelines Council* permanente, independente e dominado por juízes -, devia alcançar-se cada vez mais coerência, uniformidade e transparência na determinação da pena em toda a Inglaterra e País de Gales, e, bem assim, um descongestionamento dos estabelecimentos prisionais.

E regressando a Pedro Freitas<sup>118</sup>, “o *Sentencing Council* tem, reiteradamente, afirmado que são três os objetivos que norteiam a sua atividade: a promoção de uma abordagem clara, justa e consistente na decisão judicial de determinação da pena (*sentencing*); a produção de investigação e análise crítica no domínio do *sentencing* e melhoria da confiança pública no *sentencing*; aos quais Autores, como Nicola Padfield, acrescentam que as *sentencing guidelines* devem ainda encaixar a redução do número de crimes ou da reincidência, a redução dos custos do crime e do sistema de justiça penal e a prestação de auxílio aos juízes e magistrados”.

\*

---

<sup>116</sup> ANDREW von HIRSCH and JULIAN V. ROBERTS, “Legislating Sentencing Principles: the Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions”, *The Criminal Law Review*, 2004, Thomson Sweet & Maxwell, 2004, p. 641

<sup>117</sup> KAI AMBOS, “? Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para lá medición de la pena?...”, p. 11

<sup>118</sup> PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade...*, p. 274.

#### 4.4. Apreciação crítica

As primeiras *sentencing guidelines* em Inglaterra e Gales vêm desde 1980, mas é em 2003, com o *Sentencing Guidelines Council*, independente e dominado por juízes (embora tenha outros profissionais do foro) que ganham relevância. Sistema que é depois actualizado em 2009, com o *Coroners and Justice Act 2009*.

Os objectivos, sempre em torno da proporcionalidade da decisão, foram a coerência, uniformidade e transparência das decisões judiciais. Um outro motivo também se vislumbra, que foi o de fazer face ao preocupante aumento de reclusos.

As directrizes, que são específicas (por crime) ou gerais (para jovens, por exemplo) têm nove passos que deverão ser seguidos pelos juízes, que são: os factos e a medida da culpa, as circunstâncias atenuantes ou agravantes, o comportamento posterior do arguido, as consequências da confissão, a perigosidade, o *totality principle* (vários crimes ou execução em curso de uma pena, para definir a pena única), medidas para satisfazer e proteger a vítima, a fundamentação da sanção concreta e o desconto do tempo cumprido em prisão preventiva ou detenção. Basicamente é uma série de etapas, sem um sistema de grelha ou grade, em que cada directriz prevê uma pena inicial específica e uma escala penal, com uma tendência decrescente da primeira para a terceira categoria.

Cada *sentencing guideline* está em vigor até ser substituída por outra para o crime específico ou, sendo geral, até outra que a substitua.

Os juízes só se podem afastar das *sentencing guidelines* se, fundamentadamente, a sua aplicação for, no caso concreto, contra o interesse da justiça. No entanto, os estudos dizem que só há afastamento das directrizes até 14% das sentenças.

Os juízes da *commonw law*, habituados à discricionariedade judicial, tiveram que passar a ponderar novos raciocínios e critérios às suas decisões.

As penas, que tinham sobretudo carácter retributivo (*just desert*), passaram a perseguir outros fins com as *sentencing guidelines*, sufragando então as teorias relativas (de carácter preventivo geral e especial) e ainda pela reparação à vítima e à comunidade (justiça restaurativa). O legislador inglês teve o cuidado de não atribuir preponderância a qualquer dos fins das penas, deixando ao julgador, no caso concreto, a procurada de uma sanção adequada.

Autores dizem que as penas aumentaram com a introdução das *sentencing guidelines*, indo contra o objectivo da diminuição da população prisional, sobretudo em crimes como assaltos e roubos. Também são evidentes aumentos de pena quando os juízes cedem à pressão mediática e ao populismo, em que uma opinião pública mal informada só tem confiança na justiça se for de mão pesada. De qualquer modo, cerca de 2/3 dos arguidos admitem a culpa e os delinquentes primários não aumentaram ao contrário dos reincidentes, cujo número subiu.

No que diz respeito a resultados mais substantivos, as análises corroboram o anteriormente observado aumento da severidade das penas em Inglaterra e País de Gales. Utilizando os últimos dados disponíveis, é possível observar que, embora no conjunto, este fenómeno se tenha estabilizado ao longo desta década, a severidade aplicada aos crimes julgados (*trial*, não *plea*) aumentou a um ritmo ainda mais rápido. As penas, no seu conjunto, são agora 8,8% mais severas do que em 1999 e 34,7% mais severas nos crimes julgados. Com base numa análise de série temporal, é possível determinar que, para a maioria parte, o aumento da severidade não pode ser atribuído às directrizes, mas a um tendência que precedeu a chegada das directrizes. Há três importantes excepções a isto. Primeiro, o aumento da severidade após a adopção das *sentencing guidelines* relativas aos crimes de assalto e roubo foi superior ao esperado, o que sugere que estas directrizes contribuíram para o aumento global das penas. Seguindo o debate na literatura (Roberts e Irwin-Rogers 2015; Allen 2016; Pina-Sánchez et al. 2017; Roberts e Ashworth 2016), as alterações na severidade das penas são o produto de mudanças na elaboração das sentenças, seja através do efeito específico das directrizes ou através de mecanismos mais difusos associados ao fenómeno do populismo penal. No entanto, é possível que tenham também mudado os casos julgados em tribunal: se a gravidade média dos casos julgados aumentou, se é maior a proporção de reincidentes ou se também mudou os que se declaram culpados, então o aumento das penas não poderá ser atribuído à elaboração das sentenças. A proporção de réus que se declaram culpados permaneceu relativamente estática ao longo do tempo: em 2006, 77,9% dos arguidos apresentaram uma confissão de culpa, 79,3% em 2016. Da mesma forma, a proporção dos que entraram pela primeira vez nos tribunais permaneceu relativamente estável, representando 11,3% de todos os delinquentes em 2006 e

12,6% em 2016, embora a proporção dos delinquentes com uma longa carreira criminosa tenha aumentado 28% em 2010 para 36% em 2017<sup>119</sup>.

Já Pedro Freitas<sup>120</sup> adianta que, no relatório de Junho de 2015 do *Sentencing Council*, reportando-se às decisões judiciais tomadas entre Janeiro e Dezembro de 2014, retirou-se a conclusão que “apesar da possibilidade legal concedida aos julgadores de, nos interesses da justiça, não aplicarem uma sanção que se situe na *offence range*, o que se constatou, quanto às *sentencing guidelines* analisadas (*assault, burglary e drug offences*), foi uma percentagem de desvio situada entre os 0% e os 14%.; ou seja, apenas numa percentagem relativamente pequena a medida concreta da pena se situou acima ou abaixo da *offence range* preconizada para um determinado crime; (...) se bem analisamos a conjugação da secção 142 do *Criminal Justice Act 2003* com a secção 121 do *Coroners and Justice Act 2009* é perceptível uma incongruência entre aquelas que são as finalidades das penas, particularmente porque o legislador inglês não atribui especial preponderância a uma delas face às demais, e o que resulta da estrutura das *sentencing guidelines* em que sobressai como ponto de partida a ideia de proporcionalidade entre a pena e a gravidade do crime; o legislador inglês entendeu ser preferível não estabelecer uma hierarquia entre as diferentes finalidades da pena, tentando dessa forma desembaraçar, logo num momento abstrato e prévio, eventuais nós problemáticos decorrentes da interação entre as finalidades que, num casoconcreto, poderão exigir do julgador raciocínios intrinsecamente contraditórios na quantificação da pena”.

Também foi verificada alguma dificuldade nas ponderação dos vários factores relativos a cada passo ou etapa das *sentencing guidelines*, em que o mesmo factor (por exemplo a gravidade do facto, os antecedentes criminais ou outras circunstâncias atenuantes ou agravantes) eram *pesados* ou tidos em conta em diversos desses passos, o que nos traz à memória preocupações com o princípio *ne bis in idem*.

Muitos factores de orientação estão a ser indevidamente considerados fora da sua etapa especificada. É possível identificar efeitos indirectos substanciais de

---

<sup>119</sup> PINA-SÁNCHEZ, Jose, et al., HAVE THE ENGLAND AND WALES GUIDELINES AFFECTED SENTENCING SEVERITY? AN EMPIRICAL ANALYSIS USING A SCALE OF SEVERITY AND TIME-SERIES ANALYSES, *BRIT. J. CRIMINOL.* (2019) Vol. 59, pp. 993–996

<sup>120</sup> PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade...*, p. 274.

muitos factores do primeiro passo em outros passos mais adiantados. Isto pode ser, em parte, explicado por uma cláusula que abre a possibilidade de os factores do primeiro passo serem considerados no passo dois (um caso de particular gravidade, reflectido por múltiplas características de culpabilidade no passo um, poderia merecer um ajuste para cima do ponto de partida antes de um ajuste adicional para os agravantes ou atenuantes). Independentemente da causa, uma importante implicação decorre desta constatação. Para avaliar correctamente nas sentenças as agravantes relevantes e circunstâncias atenuantes, deve levar-se em conta influências directas e indirectas de cada factor. Por exemplo, os três factores mais influentes nos resultados finais da sentença são lesões graves, a vulnerabilidade da vítima e uso de uma arma, todos factores do Primeiro Passo. Ora, o efeito total (considerando influências directas e indirectas) de cada um desses factores é maior do que o de anteriores convicções, sugerindo um quadro mais complexo do que era evidente em Irwin-Rogers e Perry (2015). Estas pesquisas também identificam a presença de efeitos indevidos na determinação do nível de gravidade e redução da culpa. Isto é particularmente problemático dadas as listas exaustivas de factores que os juízes devem usar nessas etapas. Primeiro, alguns dos factores incluídos na directriz não são suficientemente claros. A título de exemplo, o momento ou o local da infracção são aplicados para configurações muito diversas sem orientação clara sobre quais locais pode representar um factor agravante. E há um debate considerável sobre como a influência de drogas ou álcool deve ser usado como factor agravante. Em segundo lugar, o tratamento de condenações anteriores como um factor do segundo passo, apesar de sua grande importância para a gravidade da pena, parece ser algo a que os juízes se opõem. Tal é demonstrado pelo facto de que as condenações anteriores foram um dos dois únicos factores (de 47) a ter um efeito estatisticamente significativo nos passos um, quatro e no final. Em terceiro lugar, as reduções por admissão da culpa parecem ser afectadas por características redentoras observadas no criminoso, como expressão de arrependimento genuíno ou conduta/carácter exemplar. Quarto, na etapa dois, factores relacionados na violência doméstica – como vítimas forçadas a deixar a sua casa ou agressão cometida na presença de outras pessoas, incluindo parentes - parecem estar tendo uma influência indevida sobre a determinação de reduções de confissão de culpa e o

nível de gravidade. Tudo isto deve preocupar o *Sentencing Council for England and Wales*<sup>121</sup>.

Lovegrove<sup>122</sup> faz uma reflexão, questionando se não é hora, então, de fazer uma pausa e reflectir sobre o que essas reformas estão a fazer com a condenação. As penas são menos humanas. O critério de julgar de acordo com as exigências da opinião pública exige que o público esteja ciente de sentido de justiça e tenha uma imagem precisa do fim da pena, mas o público não tem uma compreensão adequada dessas coisas, porque tal entendimento é baseado nas reportagens dos *media*, em que os relatos dos detalhes pessoais dos infractores geralmente recebem pouca atenção ou, se o infractor é referido, é muitas vezes como um desonesto, bandido, predador. Assim, na consciência pública, há pouca apreciação sobre as pessoas e antecedentes dos delinquentes ou do efeito potencial dessas várias circunstâncias sobre o que eles consideram uma punição justa. Em resultado, as sentenças relatadas para os casos mais graves muitas vezes parecem excessivamente tolerantes, o que é preocupante, pois um sistema judicial, para ter a confiança pública, necessita de reflectir o sentido de justiça das pessoas.

Estudos sobre as condenações em Inglaterra e País de Gales revelam ainda que as sentenças não estão a almejar o que delas se pretendia. Evidências surgem que factores como o género, a raça e a idade do arguido continuam a pesar na pena. Como também são influenciadas pela região geográfica ou jurisdição. A discricionariedade nas sentenças levou a indesejadas disparidades e injustiça. Nesta medida, foram introduzidas *sentencing guidelines* em algumas jurisdições para alertar os julgadores sobre os factores legais e promover uma condenação racional e consistente, com transparência e responsabilidade. As directrizes também visam a redução do crime e aumentar a segurança pública, bem como devem constituir uma ferramenta de gestão de recursos, com preocupações no custo-eficácia das sentenças. Finalmente, as directrizes também podem ter como objetivo aumentar a compreensão pública e confiança no sistema judicial, bem como assegurar a satisfação da vítima. Por tudo isto, ao visitar as *sentencing guidelines* e quando cria novas, o *Council* tem perdido a oportunidade de implementar directrizes chamando

---

<sup>121</sup> PINA-SÁNCHEZ, Jose, BRUNTON-SMITH, Ian and LI, Guanquan, "Mind the step: A more insightful and robust analysis of the sentencing process in England and Wales under the new sentencing guidelines", *Criminology & Criminal Justice*, 2020, Vol. 20(3) pp. 268- 301

<sup>122</sup> LOVEGROVE, Austin, "PROPORTIONALITY THEORY, PERSONAL MITIGATION, AND THE PEOPLE'S SENSE OF JUSTICE", *The Cambridge Law Journal*, July 2010, Vol. 69, n.º 2, pp. 321-352

a ciência ao sistema judicial, como a medicina, para auxiliar os julgadores. Com isto, as sentenças poderiam beneficiar de mais informação para a sua decisão. Também deve ser utilizada a tecnologia de informação nas novas directrizes, com a produção de orientações informáticas, com acesso a conhecimento que o sistema tradicional não permite. Em última análise, melhorar a estrutura e o formato das directrizes pode promover coerência e concordância na sentença. Uma estrutura melhorada pode garantir o uso de factores relevantes, diminuir o impacto de factores estranhos, evitar dupla ou contagem tripla, e encorajar a adesão às directrizes<sup>123</sup>.

Infelizmente continuam a verificar-se disparidades das penas em função do género, raça e idade do arguido, bem como em diferentes regiões geográficas (mais ou menos populistas) ou jurisdições (leia-se comarcas).

Começa a exigir-se que as novas *sentencing guidelines* tenham já preocupações multidisciplinares, trazendo para o sistema judicial conhecimento e saberes que podem, e muito, ajudar o juiz. Está em causa, por exemplo, a neurociência, mas também as novas tecnologias, que podem disponibilizar ao julgador um manancial de informação (bases de dados, consultas, pesquisas). Talvez com estas novas tecnologias se pudesse superar um problema que hoje se verifica, que é o de saber se um nova directriz, devidamente implementada, representa uma melhor resposta em relação à prática anterior.

O sistema das *sentencing guidelines* em Inglaterra e País de Gales tem pontos fracos. Primeiro, o processo de consulta público e do parlamento para novas directrizes é demorado. Depois, a abordagem fragmentada de lidar com grupos de infracções sequencialmente em vez de simultaneamente pode resultar em inconsistências entre orientações para diferentes infracções, tanto em termos substantivos como em termos de processo e formato (ver discussão em Hirst, 2008). E um terceiro problema é que, actualmente, não há como saber se um nova directriz, devidamente implementada, representa uma melhor resposta em relação à prática anterior<sup>124</sup>.

\*

---

<sup>123</sup> DHAMI, Mandeep K., "SENTENCING GUIDELINES IN ENGLAND AND WALES: MISSED OPPORTUNITIES?", *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS*, Vol. 76, n.º 1 (2013), pp. 289-307

<sup>124</sup> JACOBSOM, Jessica, ROBERTS, Julian and HOUGH, Mike, *Towards more consistent and predictable sentencing in England and Wales*, Bristol University Press, Junho de 2020, pp. 44-46

## 5. As diferenças entre as *sentencing guidelines* americanas e as inglesas (e galesas)

Como resulta evidente, há manifestas e óbvias diferenças entre as *US sentencing guidelines* e as *sentencing guidelines for England and Wales*.

Desde logo, nos seus elementos estruturais: as inglesas e galesas seguem uma estrutura uniforme, são desenhadas para crimes específicos (para cada crime uma *sentencing guideline*), cuja ponderação é feita de baixo para cima; nas americanas, há uma única grelha ou tábua para a graduação da pena, que é válida para todos os crimes, de cuja grelha resulta o intervalo (em regra não superior a seis meses) para a pena concreta (entre a gravidade dos factos e os antecedentes criminais). As directizes em Inglaterra e Gales reconhecem a autonomia judicial – o juiz aprecia uma série de factores e circunstâncias para graduar a pena -, enquanto que nos Estados Unidos a *sentencing guideline* indica a pena concreta. Nas directrizes federais americanas há uma forte redução na ponderação da complexidade de cada caso, pouco atendendo às circunstâncias concretas, o que traz consequências nefastas para a individualização da pena, com clara violação da proporcionalidade da pena e do princípio da igualdade<sup>125</sup>.

“O sistema jurídico inglês e sua capacidade de influência na doutrina, jurisprudência e opções legislativas na família anglosaxónica são praticamente incomparáveis e irrealizáveis, com exceção somente dos Estados Unidos da América”; (...) embora “o sistema norte-americano de justiça, incluindo naturalmente o ramo jurídico do direito penal, é um de natureza multinível, compondo-se de um plano jurisdicional federal a par de um estadual” (...) onde “não se descobre um corpo jurídico unitário e coerente na abordagem ao problema da determinação da medida da pena, sendo possível encontrar ordens jurídicas estaduais, como o Minnesota, em que se concede uma liberdade decisória extremamente reduzida ao julgador, ao lado de estados, como o da Virgínia, em que o uso de *sentencing guidelines* é simplesmente voluntário, tudo isto ao mesmo tempo que sobrevém uma dimensão jurídica federal com características muito próprias”<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> “? Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para lá medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso”, *Revista Penal*, n.º 46, Julho de 2020, Tirant lo blanch, pp. 9-11

<sup>126</sup> PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade...*, p. 274.

Padfiel<sup>127</sup>, juiz inglês, assinala que a América tem as suas directrizes devido aos problemas de incoerência anteriores, que são mais obrigatórias do que as inglesas e galesas. Diz o Autor que não tem conhecimento de quaisquer provas que nos digam que as directrizes não tenham feito outra coisa senão elevar os níveis das penas, por isso, mostra-se preocupado com as directrizes de sentença do seu País, na medida em que é muito mais fácil identificar os factores agravantes do que os factores atenuantes. Vê os aumentos da população prisional: as directrizes não estão a levar a população prisional a descer, por isso, refere, um sistema rígido de directrizes pode constringer a discricionariedade judicial na direcção errada.

E Shiroshita<sup>128</sup>, professor japonês, refere que ficou bastante assustado ao ver as directrizes de sentença federal dos EUA. Parecem ser tão pesadas como as Páginas Amarelas. A sua impressão, no entanto, é que o sistema de directrizes dos EUA é mais funcional e mais próximo do ideal de justiça, tudo dependendo dos fins que se perseguem. Segundo o Autor, nas directrizes de Inglaterra e País de Gales o objectivo parece ser a coerência lógica e não uma uniformidade rigorosa de sentenças, talvez nos EUA, a importância esteja mais na uniformidade de resultados.

Importa, sobretudo, considerar, para além das questões estruturais ou de forma, que, na nossa perspectiva, a principal diferença entre as *US sentencing guidelines* e as *sentencing guidelines for England and Wales*, é que aquelas se limitam ao facto, só atende à realidade que resulta do facto, que depois entrecruza com os antecedentes criminais do autor do crime. As directrizes americanas não saem da realidade do facto, agem como se estivessem a tirar uma fotografia. O que fez o arguido, o que roubou, quantas armas tinha, se estava sozinho ou acompanhado. Assim é necessariamente mais fácil chegar a uma pena concreta por via de uma grelha ou “grade”. Mas certamente que não é a via para nos apercebermos da culpabilidade do arguido, fica só pela determinação da sanção.

Como já referimos anteriormente, a questão da culpabilidade é, ao lado da determinação da sanção, um dos momentos mais importantes do direito processual

---

<sup>127</sup> Springer Series on Asian Criminology and Criminal Justice Research, Series Editor, Faculty of Social Sciences & Humanities University of Macau Department of Sociology, Taipa, Macao, Macao, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-69359-0>, p. 198

<sup>128</sup> Springer Series on Asian Criminology and Criminal Justice Research, Series Editor, Faculty of Social Sciences & Humanities University of Macau Department of Sociology, Taipa, Macao, Macao, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-69359-0>, p. 198

penal. Não se vislumbra, no sistema americano, como saber se o agente actuou com culpa, se se verificou alguma causa que exclua a ilicitude ou a culpa, e se se verificaram quaisquer outros pressupostos de que a lei faça depender a punibilidade do agente ou a aplicação a este de uma medida de segurança (cfr. art.º 368.º do nosso CPP). Enfim, todos os elementos da infracção criminal.

E mesmo na determinação da pena, não é possível chegar à pena individualizada, proporcional e justa, quando o tribunal não cura de saber a educação, as habilitações pessoais, as condições emocionais, mentais ou físicas (incluindo dependência de drogas ou álcool), a história profissional e o emprego, os laços e responsabilidade familiares, os laços comunitários, a raça, o sexo, a origem nacional, a crença, a religião, o status socio-económico.

Já quanto às *sentencing guidelines* inglesas e galesas vemos virtualidades que não encontramos nas americanas. Há passos relativos a todos os elementos da infracção penal, que vão ser decisivos para seguir a escala penal a partir do *starting point*. E, como notamos, se há problemas na justiça penal inglesa, não têm tanto a ver com a estrutura das suas directrizes, mas com a sua aplicação.

Feita a distinção entre *US sentencing guidelines* e as *sentencing guidelines for Inglaterra and Wales*, faremos de seguida uma apreciação sobre o nosso sistema e a possibilidade de importar algumas destes princípios das *sentencing guidelines*, principalmente as inglesas e galesas.

\*

## **6. O modelo português**

### **6.1. Os fins das penas em Portugal – o percurso histórico**

Eduardo Correia<sup>129</sup>, na sua abordagem sobre a história portuguesa das penas e dos seus fins, diz: “A mais importante influência do pensamento reformador iluminista que dominava na época, traduziu-se, todavia, na criação, pelo Decreto de 31 de Março de 1778, duma comissão para a reforma de toda a legislação, à junta nomeada foi agregado Pascoal de Mello Freire, por resolução régia de 1783, que veio a ficar encarregado da parte do direito público e do direito criminal e que, em 1789, apresentou os respectivos projectos, nos quais procurou largamente modificar o

---

<sup>129</sup> EDUARDO CORREIA, “A Evolução Histórica das Penas”, *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, Vol. LIII, 1977, pp. 108-113

sistema penal vigente ( que era «e como as penas devem ser à proporção dos delitos, e aumentar-se ou diminuir-se segundo pedir a segurança pública»), sendo que o Tít. 4.º do seu projecto de Código Criminal dispunha: «O castigo necessário, que a lei faz sofrer ao criminoso, tem por fim não só a reparação do dano já feito, mas obstar e impedir que ele continue a fazer mal, e que os outros o façam com o exemplo da sua impunidade; a pena e tempo de prisão, o seu rigor ou suavidade, e o género do trabalho do preso serão declarados na sentença, segundo a qualidade e gravidade do crime” (...); no entanto, a Constituição Política de 23 de Setembro de 1822 garantia no seu art. 11.º: «Toda a pena deve ser proporcional ao delito e nunca passar da pessoa do delinquente”; “e o projecto de Pascoal de Mello Freire nunca entrou em vigor, mantendo-se as Ordenações”.

Prossegue Anabela Miranda Rodrigues<sup>130</sup>: “As bases de um sistema racional de determinação da medida da pena começaram a ser lançadas, entre nós, desde muito cedo, logo na reforma penal de 1884. A partir daí, o legislador não mais deixou de se preocupar com a questão. Exemplo foram as propostas legislativas avançadas em 1963 e em 1995 e que estiveram na base, respectivamente, do art. 72.º do CP de 1982 e dos arts. 40.º e 71.º do CP na versão de 1995. As vivas discussões doutrinárias que em tomo destes preceitos se travaram - com particular destaque, ao tempo, para Figueiredo Dias e Sousa e Brito - atestam, de igual modo, o interesse que o tema vem merecendo entre nós, desde há muito penetrantemente analisado num estudo de 1939 - por Cavaleiro de Ferreira, num esforço para o subtrair ao arbítrio e à "arte" do julgador. O Código Penal de 1886 consagrou, no seu art. 88.º, como critério de determinação da medida da pena, o da "gravidade do crime". Por mais que se considere tratar-se aqui de um critério vago e pouco prestável, a verdade é que pela primeira vez se chamou a atenção para as determinantes do *quantum* da pena dentro da moldura penal aplicável e relativamente ao qual se faria depois funcionar o jogo das circunstâncias agravantes - a que se deu um carácter taxativo - e atenuantes gerais.” (...) E adianta: “O procedimento de determinação da medida da pena só ganhou, porém, contornos mais nítidos quando, de novo por intervenção do legislador - Decreto-Lei n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954 -, se vem afinar o critério geral de graduação das penas (artigo 84.º do Código Penal) - "culpabilidade do

---

<sup>130</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena Privativa da Liberdade, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 181-183

delinquentes" - e esclarecer que deve funcionar independentemente do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes gerais (artigos 39.º e 40.º). (...) O primeiro passo na senda legislativa foi dado pelo Projecto de Código Penal (Parte Geral) da responsabilidade de Eduardo Correia, elaborado em 1963."

Acrecenta a mesma Autora, agora na sua tese de doutoramento<sup>131</sup>: "Altamente perniciosas que um sistema bárbaro como o das Ordenações não podia deixar de ter —, (...)a rigidez de um sistema de penas fixas, rigorosamente determinadas pela lei e em que à função judicial mais não caberia senão verificar os pressupostos da sua aplicação automática, não se manteve no nosso Código de 1852 e aliás, a evolução posterior da legislação e da doutrina não fizeram senão acentuar a tendência para uma cada vez maior individualização judicial; o Código de 1852 consagrou pois, ao lado de algumas penas fixas, em princípio insusceptíveis de individualização judicial, muitos casos de penas em que a sua duração oscilava entre um máximo e um mínimo estipulados na lei, devendo o juiz na fixação concreta da pena — relativamente à qual se manifestava uma preocupação para limitar o arbítrio - tomar em conta uma longa lista de circunstâncias agravantes (artigo 19.º) e atenuantes; (...) o que isto significa é que, entre nós, em 1852, por via legislativa, é já toda a importância do problema da determinação concreta da pena que assim se traz a primeiro plano; podendo dizer-se com propriedade que assim se logra, através da reforma penal, dar os primeiros passos na senda da individualização judicial da pena o que, noutros países — por exemplo, o caso da Alemanha —, se fez mais em sede doutrinal ou jurisprudencial; o artigo 46.º do Código de 1852, na verdade, não ignora o problema, embora se possa dizer que colocava inteiramente nas mãos do juiz a fixação da medida concreta da pena, atribuindo-lhe um poder discricionário dentro, naturalmente, dos limites da moldura abstracta prevista; mais tarde (...) estabeleceu o artigo 88.º do Código Penal de 1886 — que: «Quando fôr applicada qualquer pena temporaria (de duração variável entre o máximo e o mínimo fixados por lei), o juiz fixará na sentença condenatória a duração d'essa pena dentro do máximo e do mínimo legais, tendo em atenção a gravidade do crime»; (...) o que se pode dizer, isso sim, é que o Código de 1886 «regrediu sensivelmente» em relação ao Código de 1852 pelo que respeita — com reflexo imediato no nosso

---

<sup>131</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 113-120

problema — a uma vasta cominação de penas fixas; (...) o procedimento de determinação da medida da pena só ganhou, porém, contornos inequívocos quando, de novo por intervenção do legislador — Decreto-Lei n.º 39 688, de 5 de Junho de 1954 — se vem afinar o critério geral de graduação das penas (artigo 84.º do Código Penal) e esclarecer que deve funcionar independentemente do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes gerais (artigos 39.º e 40.º); (...) tendo a lei expressamente referido o critério de determinação da medida da pena — o grau de culpa —, segundo uma doutrina que remonta a Eduardo Correia, as considerações de prevenção geral e especial que no caso concreto fossem de tomar em conta apenas interviriam como correcção de uma pena medida pela culpa, que não é inteiramente fixa, “mas contém ainda um resto de variabilidade, uma margem maior ou menor de variação”; (...)o primeiro passo na senda legislativa foi dado pelo Projecto de Código Penal (Parte Geral) da responsabilidade de Eduardo Correia, elaborado em 1963; para além dos artigos 85.º e 86.º que se referiam expressamente à determinação da medida concreta da pena, constava ainda daquele Projecto uma norma (artigo 2.º) que consagrava expressamente a culpa como pressuposto da punição; esta norma, sancionando uma relação unívoca entre culpa e pena, desapareceu aliás do Projecto de 1966, resultante da 1.ª Revisão Ministerial, não tendo conseguido resistir às críticas que de muitos lados lhe moveram aquando da discussão do Projecto original, sendo uma delas — a que para agora nos interessa — a de que todo o sentido útil da disposição conter-se-ia nas disposições posteriores do Projecto sobre a medida da pena; (...) o que se pode dizer, para além do mais, deste articulado constante da versão original do Projecto — e mantendo o artigo 2.º, como de resto ia ao encontro da vontade de Eduardo Correia — é que só aparentemente e por vezes indevidamente resolvia os problemas ali implicados e, assim, desse ponto de vista, pecava afinal por excesso dispensável; com efeito, o artigo 85.º ao consagrar expressamente a solução da «teoria da margem da liberdade» e acolhendo implicitamente um conceito «amplo» de culpa para medir a pena — enquanto, sendo a culpa o (único) fundamento da (medida da) pena, os elementos enumerados no artigo 86.º a ela se deveriam reconduzir - prejudicava o tratamento dogmático destes problemas e nem sequer se podia dizer que os resolvia todos; ficava, por exemplo, por esclarecer, que prevenção devia actuar no âmbito da pena ainda correspondente à culpa, partindo-se do princípio, como era o caso, que o dispositivo legal devia ser exaustivo; já não nos parece que seja de aceitar a crítica

da «desnecessidade de um artigo do tipo do artigo 2.º; uma norma sobre os fins da penas só pode vir esclarecer a tarefa de determinação da medida da pena, certo como é que o processo depende da tomada de posição sobre o problema”.

Simas Santos<sup>132</sup> refere “um dos condicionamentos do julgador na aplicação da pena: as múltiplas molduras penais previstas no Código (de 1982); 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; e, preocupado com o ponto de partida na aplicação das penas utilizado no domínio do Código anterior (“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), ... tal comportamento deixou de se justificar perante este Código, com as molduras penais devidamente actualizada”, sugerindo, pois que “o ponto de partida deverá ser logicamente a média entre os limites mínimo e máximo da respectiva moldura” (como defendia Eduardo Correia);<sup>133</sup> (...) apesar “da corrente jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça, favorável à posição transmitida por Eduardo Correia, em que se revia o AcSTJ de 11.11.1987 (BMJ 371-226), a jurisprudência 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; (...) “aquela jurisprudência fora severamente condenada na doutrina<sup>134</sup>, 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””.

E assim chegamos à reforma de 1995.

\*

## 6.2. O artigo 40.º do Código Penal

---

<sup>132</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público*, 2012, Universidade do Minho, Escola de Direito, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/24039/1/Manuel%20Jos%C3%A9%20Carrilho%20de%20Simas%20Santos.pdf>, pp. 8-11

<sup>133</sup> EDUARDO CORREIA, em sede da Comissão de Revisão, 1.º vol., 1.ª ed., p. 378

<sup>134</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Consequências Jurídicas do Crime*, 3.ª Reimpressão, Coimbra Editora, pp. 210-211

Souto de Moura<sup>135</sup> escreve o seguinte: “Estamos assim caídos na problemática dos fins das penas, que o referido art.º 40º quis trazer para o seio do C. P., ao estabelecer que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Isto no seu nº1. Quanto à culpa, rege um nº 2, separado, onde se diz que “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. Parece-me que o art.º 40º do C.P. se debruça sobre matéria que é já meta jurídica, porque, ao procurar tocar na questão central de todo o sistema penal, defende implicitamente uma certa concepção do homem. Ora, a antropologia filosófica é metafísica, e em matéria de metafísica nada pode ser imposto, antes simplesmente proposto. Daí o carácter discutível da sua inclusão no C. P., certo que a congruência que se descortine entre o dito artº 40º e a ordem de valores que informa a Constituição desloca, no fundo, a questão, para o diploma fundamental. Com a preocupação da reinserção social encara-se o delincente com inegável optimismo, e com o papel assinalado à culpa aceita-se a liberdade e a responsabilidade moral do homem, em geral. Mas, vai-se mais longe, ao excluir das tarefas do Estado a retribuição da culpa, enquanto tal. (...) “Com ele (art.º 40.º) se pretende consagrar uma posição, segundo a qual, a retribuição da culpa, ou a expiação da culpa, são afastadas dos fins das penas que assim se reduzem a propósitos preventivos”.

Para Vaz Patto<sup>136</sup>, “há que partir da análise do artigo 40º do Código Penal, resultante da revisão deste diploma operada em 1995; (...) pode discutir-se, e tem sido discutida, a questão de saber se deste artigo decorre a consagração de uma opção clara e acabada por uma teoria a respeito dos fins das penas; afirma-se na exposição de motivos do diploma que procedeu à revisão do Código Penal em 1995 (Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março) e formulou a redacção actual do citado artigo 40º, a respeito deste: «Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática dos fins das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.»; (...) mas poderá considerar-se que a questão não está encerrada por via legislativa, nem

---

<sup>135</sup> SOUTO DE MOURA, José, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena...*, pp. 8-11

<sup>136</sup> VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, *OS FINS DAS PENAS...*, pp. 23-24

o artigo 40º representa a “dogmatização” de uma qualquer teoria sobre os fins das penas, mas, de qualquer modo, este artigo fornece ao aplicador do direito critérios seguros para proceder a essa determinação; assim, do nº 2 desse artigo decorre a consagração inequívoca do princípio da culpa, na sua vertente unilateral de limite; a pena supõe a culpa e não pode ultrapassar a medida da culpa”.

Anabela Miranda Rodrigues<sup>137</sup> ensina: “Na verdade, a praxis portuguesa manifestava algumas deficiências, apontadas durante os anos de vigência do Código Penal de 1982. Reinava alguma confusão quanto aos critérios de medida da pena e à forma da sua aplicação. Deficiências e confusões que só podem ser ultrapassadas a partir de uma base firme de ordenação e de relacionamento entre culpa e prevenção. As questões fundamentais do processo de determinação da medida da pena - que relação existe entre culpa e prevenção, por um lado e, pelo que se refere às necessidades de prevenção, qual a relação entre prevenção geral e especial, por outro - têm implícita a resolução da forma por que se compõem as finalidades da pena. E essa composição que oferece o art. 40.º, ao condensar em três proposições fundamentais o programa político-criminal - a de que o direito penal é um direito de protecção de bens jurídicos, de que a culpa é tão-só limite da pena, mas não seu fundamento, e a de que a socialização é a finalidade de aplicação da pena - e levantando, assim, obstáculos definitivos à eventual persistência de correntes jurisprudenciais erradas e funestas”.

Simas Santos e Pedro Freitas <sup>138</sup> assinalam que “entende a doutrina e jurisprudência maioritárias em Portugal que com a aplicação de penas e medidas de segurança visa-se a protecção de bens jurídicos essenciais à subsistência da comunidade e a reintegração do agente na sociedade, sendo que a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa, enquanto a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente; esta ideia decorrerá da norma do art. 40.º do Código, quando estabelece as finalidades das penas e das medidas de segurança – protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade (n.º 1) –, em que se deve ter em vista a

---

<sup>137</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena Privativa da Liberdade, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 179-208

<sup>138</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal – Textos*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=BrFTKP0QFuQ%3D&portalid=30>, pp. 69-104

«protecção subsidiária e preventiva, quer geral quer individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, ou seja, a realização do fim de prevenção geral, já não no sentido de mera intimidação, mas com o significado, mais amplo e positivo, de «salvuarda da ordem jurídica na consciência da comunidade», e do fim de prevenção especial (reintegração do agente do crime na sociedade), que irá informar sobretudo a fase de execução da pena; no mesmo artigo, desta vez no n.º 2, se extrai um vector essencial nesta matéria de consequências jurídicas que é o de não haver pena sem culpa e a culpa decidir da medida da pena; o que citado preceito intenta é afirmar que as finalidades acima descritas estão limitadas no seu máximo pela culpa. Isto é: «a função da culpa é a de estabelecer o máximo de pena concreta ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa, e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de direito democrático.»

\*

### **6.3. O artigo 71.º do Código Penal**

Barreiros<sup>139</sup> considera que “é hoje aliás ponto relativamente assente que a determinação da medida da pena é um acto vinculado, operação em que se procede à subsunção dos factos apurados a apertados requisitos legais enunciados nos artigos 71º e 72º do Código Penal, valorando todas aquelas circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime deponham a favor ou contra o agente nomeadamente – e o advérbio inculca a ideia que nos encontramos no domínio do exemplificativo – o grau de ilicitude do facto [modo de execução deste, gravidade das consequências, grau de violação dos deveres que se imponham], intensidade do dolo ou negligência, sentimentos manifestados no cometimento do crime, fins e motivos que o determinaram, condições pessoais do agente e sua situação económica, conduta anterior ao facto e a posterior, nomeadamente quando reparatória e falta de preparação para manter conduta lícita que o facto manifeste; trata-se, é certo, de um espaço de liberdade, de criatividade, em que o programa do legislador deve ser actuado em adaptação às variações significativas que no caso se façam sentir, mas em qualquer caso com sujeição dessa liberdade a finalidades legais de justiça em que sobreleva a regra constitucional da igualdade dos cidadãos ante a lei com a

---

<sup>139</sup> BARREIROS, José António, *Coerência na aplicação das penas*, 03.06.2009, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso\\_jabarreiros.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_jabarreiros.pdf), pp. 11-13

concomitante proibição de distinções arbitrárias”. E acrescenta: “É por tudo ser possível que faça sentido a norma legal, exarada no Código Penal quando exige uma específica fundamentação da sentença na parte em que procede à determinação da pena aplicável ao caso, nomeadamente ao exigir que «na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena» [artigo 71º, n.º3 do Código Penal]; esta exigência de fundamentação está clausulada no sentido de fornecer instrumentos de sindicabilidade da decisão precisamente naquela parte em que a medida concreta da pena aplicada possa ser posta em crise, vinculando o poder judicial à explicitação do processo racional seguido na graduação da responsabilidade penal em termos motiváveis, explicitáveis e, como tal, controláveis”.

E adita Souto de Moura<sup>140</sup>:” O art.º 71º do C.P. estabelece no seu n.º 1 a orientação base para a medida da pena a aplicar: “A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”. No n.º 2 do preceito faz-se referência às “circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor do agente ou contra ele.” O n.º 3, por último, obriga a explicitar na sentença os fundamentos da medida da pena que se elegeu. 2 - Por regra, os acórdãos encontrados não vão ao ponto de explicitar o procedimento que foi acolhido, para conjugação do princípio geral do n.º1 do art.º 71º do C.P. com a ponderação das circunstâncias que depuseram a favor ou contra o agente, e que se acham nomeadas exemplificativamente no n.º2 do preceito. E a questão seria de saber, se a ponderação do grau de culpa e das finalidades da prevenção constitui uma operação autónoma, em relação à consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes. Depois de seleccionados os elementos de facto que preenchem o tipo legal (tipo fundamental, qualificado ou privilegiado), momento em que só interessa ver se ocorreu um crime, e qual, transita-se para outro momento em que se pondera, já, qual a consequência do crime praticado. Aqui se inclui a escolha da medida da pena a aplicar, suportada por elementos de facto que estão para além daqueles elementos típicos. Ora, o ponto a salientar é que, neste segundo momento, não haverá que distinguir duas fases,

---

<sup>140</sup> SOUTO de MOURA, José, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*, 26.04.2010, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura_escolhamedidapena.pdf), pp. 5-13

elegendo primeiro a medida da pena, fruto do jogo das circunstâncias gerais, e aferindo depois a compatibilização da medida da pena escolhida, com a ponderação da culpa do agente e das exigências de prevenção, como se fossem valências independentes. Na verdade, o peso das circunstâncias estabelece com a ponderação da culpa e das exigências de prevenção uma relação de convergência. De tal modo que, por um lado, essas circunstâncias fundamentam a reflexão e conclusões a que se chegue em matéria de prevenção e limite imposto pela culpa, e, por outro lado, nenhuma circunstância que interesse à ponderação da medida da pena deixará de se repercutir naquela reflexão. O grau de culpa e as exigências de prevenção não são variáveis autónomas em relação ao peso das circunstâncias. E se antinomias surgirem, elas manifestar-se-ão logo ao nível das circunstâncias (agravantes e atenuantes a neutralizarem os efeitos respectivos), reflectindo-se necessariamente, na culpa que o agente pode suportar e a prevenção que interessa prosseguir. Mas o mesmo art.º 71º estabelece como parâmetro da medida da pena as exigências de prevenção”.

Afirma José Sousa Brito<sup>141</sup>: “É de notar que na enumeração das circunstâncias que graduam a pena dentro da sua moldura dentro da sua moldura legal (assim o nº 2 do artigo 71º) não há nenhuma que faça variar as exigências preventivas gerais independentemente das circunstâncias que fundamentam a ilicitude material do caso concreto e são abrangidas pela culpa. Não são, portanto, de admitir considerações relativas ao aumento geral da criminalidade ou à frequência de certo tipo de crimes (acidentes de trânsito mortais, por exemplo) para justificar a irrelevância total ou parcial da prevenção especial. A solução contrária é uma constante tentação da prática judicial, mas deverá entender-se que o legislador, ao fazer intervir a prevenção geral como mera excepção à prevalência da prevenção especial para graduar a pena dentro da medida da culpa ou abaixo dela, quis evitar os perigos daquela tentação. Tais perigos são, como é sabido: a parcialidade e a emocionalidade da decisão sob o impacto do caso concreto, a inconstitucional instrumentalização do indivíduo criminoso como meio de atemorizar os outros em nome da utilidade geral, o desrespeito pela separação de competências entre o legislador penal e os juizes, e a reduzida racionalidade da opção por uma alternativa de prevenção geral, em face da falta de base empírica para afirmar que uma certa

---

<sup>141</sup> JOSÉ SOUSA BRITO, “Medida da Pena no Novo Código Penal”, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, pp. 586-587

medida da pena – e não a simples descoberta e punição do crime – tem um efeito intimidante geral diferenciado do de uma pena alternativa”.

Regressando a Simas Santos e Pedro Freitas<sup>142</sup>: “De resto, a própria ordem seguida pelo n.º 1 do art. 71.º ( «a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção» ), quer dizer isso mesmo e não teria sentido se a culpa surgisse tão só como limite da pena. Por outro lado, o n.º 2 do mesmo art. 71.º, ao enumerar exemplificativamente as circunstâncias que devem ser tidas em conta na determinação concreta da pena, não deixa de referenciar algumas delas que têm a ver com a culpa do agente. Tudo isto somado ajuda a explicar a necessidade de a doutrina portuguesa revisitar criticamente o art. 40.º e 71.º, de modo a que promova não só um esclarecimento dos objectivos com pretendem cumprir com a aplicação das reacções criminais, mas, ao mesmo tempo, descortinar o exacto papel que quer a culpa quer a prevenção desempenham na determinação da medida da pena”.

Para Maria João Antunes<sup>143</sup>, “os factores de medida da pena, nomeadamente no exemplificados no n.º 2 do art.º 71.º do CP, podem ser agrupados em factores relativos à execução do facto (alíneas a), b), c) e e), parte final); factores relativos à personalidade do agente (alíneas d) e f)); e factos relativos à conduta do agente anteriori e posteriori (alínea e).

Já Cunha<sup>144</sup>, enquadra o arrependimento “como fator de individualização da pena, previsto, de modo não taxativo, na alínea e) do n.º 2 do artigo 71.º do Código Penal”.

\*

#### **6.4. Apreciação crítica**

Não oferece dúvidas que o art.º 40.º do Código Penal (reforma de 1995) tem a paternidade de Figueiredo Dias. Basta ler as Actas e Projecto da Comissão de Revisão<sup>145</sup>, onde tal Autor intervém nos seguintes termos: “Pedra basilar do projecto

---

<sup>142</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal – Textos*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=BrFTKP0QFuQ%3D&portalid=30>, pp. 78-83

<sup>143</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crimes*, Coimbra, 2010-2011, pp. 32-33

<sup>144</sup> CUNHA, José António Rodrigues, “A colaboração do arguido com a Justiça – A confissão e o arrependimento no sistema penal português”, *Revista Julgar*, n.º 32, 2017, Coimbra, pp. 67-68

<sup>145</sup> *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1992, pp. 13-14

da autoria do Professor Eduardo Correia era o princípio da culpa plasmado no art. 2.º, do seguinte modo: Quem age sem culpa não é punível. A medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade criminalmente perigosa. Tratou-se de um artigo alvo de muita discussão, tendo sido eliminado, embora tenha passado, no essencial, para o art. 71.º, n.º 1, do actual Código. No entanto, a aplicação deste normativo tem levantado imensos problemas e suscitado diversas dúvidas, presentes nas decisões dos tribunais. A determinação da medida da pena, matéria de extrema dificuldade, não tem sido efectuada através de um apelo directo às concepções do Código sobre as finalidades das penas. Omissões deste tipo têm levado a que se consagre ao nível do Código Penal, ou mesmo ao nível do texto constitucional, uma declaração muito clara sobre os fins das penas, por forma a fornecer ao juiz critérios para que ele possa, de forma mais fácil, medir a pena em concreto”. E, mais à frente, diz. “Uma norma sobre os fins das penas facilitaria também a escolha da pena”. E, de seguida, Figueiredo Dias apresentou uma redacção para um artigo com o título “fins das penas e das medidas de segurança”, que veio a constituir o actual art.º 40.º, do Código Penal após a reforma de 1995, sendo que o seu número coincide com a proposta do Autor, o n.º 2 é muito semelhante, significando o mesmo (o CP diz que “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa” e a proposta era “a pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa”). O n.º 3, relativo à medida de segurança é que ficou diferente da proposta (o CP consagra que “a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente”, sendo a proposta “a medida de segurança só pode ser aplicada para salvaguarda de um interesse público preponderante”).

De todo o modo, o próprio Figueiredo Dias não quis resolver por via legislativa o problema dos fins das penas. Deixou campo para a doutrina, a academia, enfim para a dogmática.

Com a redacção do art.º 40.º optou o legislador por acolher a teoria da prevenção defendida por Figueiredo Dias, que, Maria João Antunes<sup>146</sup> assim descreve: “Se a finalidade da pena é a protecção dos bens jurídicos e, na medida do possível, a reintegração do agente na sociedade, e se a pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa, então a medida da pena há-de ser dada pela medida

---

<sup>146</sup> ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime...*, pp. 30-31

da necessidade da tutela dos bens jurídicos, sem ultrapassar a medida da culpa, actuando os pontos de vista de prevenção especial de socialização entre o ponto óptimo e o ponto ainda comunitariamente suportável de tutela de tais bens”. E com isto o legislador afastou as denominadas “teoria do valor de posição ou de emprego” (a culpa e a prevenção têm âmbitos de actuação diferentes no processo geral de determinação da pena: na escolha da pena devem valer integralmente e só considerações de prevenção; na determinação concreta da pena devem valer exclusivamente considerações de culpa), “teoria da pena da culpa exacta” (a medida da pena é fornecida pela medida da culpa, à qual corresponde uma medida exacta, podendo as exigências preventivas ser tomadas em conta, quando muito, na parte em que relevem dentro do conceito de culpa) e a “teoria do espaço da liberdade” ou da “moldura da culpa” (a medida da pena deve ser dada essencialmente através da medida da culpa”.<sup>147</sup>

Importa, todavia, precisar o conceito de culpa.

Começemos com Robalo Cordeiro<sup>148</sup>, que sustenta que a concreta medida da pena é fixada “em função da culpa do agente e das exigências de prevenção de futuros crimes; culpa aquela entendida no seu sentido comum, como elemento do conceito de crime: o juízo de censura que é possível dirigir ao agente por não se ter comportado, como podia, de acordo com a norma; e olhada em concreto, como culpa pelo concreto ilícito praticado - sem deixar de configurar uma culpa pela personalidade quanto às facetas desta que, através dela, devam reflectir-se na pena”.

A referência que este Autor faz à culpa da personalidade vem na sequência de uma jurisprudência que chegou a ser dominante no Supremo Tribunal de Justiça (cfr. acórdão de 07.02.1996<sup>149</sup>), muito sustentada no seguinte pensamento de Figueiredo Dias<sup>150</sup>: “Mas a eleição de uma acção concreta, determinada pela elevação de um motivo possível a motivo real em razão da preferência do sentido ou do valor que apresenta para o agente, na sua auto-realização, tem que ser reconduzida a uma decisão através do qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência; o homem determina a sua acção através da sua

---

<sup>147</sup> ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime...*, pp. 29-30

<sup>148</sup> ROBALO CORDEIRO, Adelino, “A determinação da pena”..., pp. 43-45

<sup>149</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (processo n.º 048580), 7 de Fevereiro, 1996, disponível em dgsi.pt

<sup>150</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I..., p. 485

livre decisão sobre si mesmo”. Todavia, Figueiredo Dias é defensor da responsabilidade pelo que se é, embora defenda uma teoria da personalidade e não do carácter (este é estático, aquela é dinâmica e traduz o que vamos sendo ao longo da vida<sup>151</sup>). Já para Maria Fernanda Palma<sup>152</sup>, “os aspectos da personalidade só são importantes para a culpa quando relevantes para o facto, sendo este uma singularidade na vida do agente, por isso, afasta-se das teorias do carácter ou da personalidade já que não têm em conta a dimensão da oportunidade na escolha da acção, dimensão que “põe em causa uma pura e simples responsabilidade pelo carácter que ultrapasse uma consciência de si ao agir”. A este propósito, André Lamas Leite<sup>153</sup> assevera que “o Direito Criminal do facto não pode deixar de basear-se na concreta factualidade cometida, sob pena de não punir o que efectivamente aconteceu, mas sim aquilo que o agente é, com todo o cortejo de dificuldades filosóficas e de prática jurídica; quando se centra no facto, nunca esquece a sua umbilical ligação à interacção do ser humano com os restantes indivíduos e com o meio que o circunda; na verdade, inexistente qualquer crime — ao menos jurídico-constitucionalmente justificado — que se não baseie nessas relações: o ser humano, apenas e tão-só consigo próprio, não comete qualquer delito; ainda que estejamos a pensar em bens jurídicos ditos «individuais», eles só relevam na medida em que tal individualidade seja socialmente relevante, donde, ponto é que perspectivada a acção típica em relação com um terceiro”.

Vejamos com Anabela Miranda Rodrigues<sup>154</sup>: “O núcleo das nossas preocupações prende-se com a existência de um conceito de culpa operacional no âmbito do actual direito penal - e, portanto, aberto à satisfação das exigências preventivas -, com o qual possamos lidar para medir a pena. Aliás, impõe-se tanto mais esta perspectiva quanto, aliada a uma deficiente concepção de culpa em sede de pressupostos da punibilidade, está a necessidade de elaborar um conceito diferente de “culpa para efeito de medida da pena”. E adianta: “O fenómeno observa-se com bastante vigor na doutrina alemã, onde se pode dizer em geral que, sob a comum

---

<sup>151</sup> KAI AMBOS, “A Liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias”, *Panóptica*, Ano 3, N.º 18, Março-Junho de 2010

<sup>152</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Lisboa, Editora AAFDL, 2021, p. 143

<sup>153</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Crise da Pena de Prisão e os Abolicionismos – Roteiro de Análise”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 (2019), n.º 2, p. 976

<sup>154</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena Privativa da Liberdade”, *Problemas Fundamentais de Direito Penal...*, p. 189-190

etiqueta de culpa, o conceito não cumpre duas funções distintas nas decisões sobre o *an* e o *quantum* da pena, antes se faz referência a conceitos distintos consoante a função que desempenham e consoante os seus elementos constitutivos, é conhecido o estudo histórico-dogmático de *Achenbach*, determinante de uma diferenciação nítida entre ideia de culpa (*Schuldidee*), culpa como critério de medida da pena (*Strafmaflschuld*) e culpa como fundamento da pena (*Strafbegründungsschuld*). Continua: “Mal que da mesma forma pode ser apontado, entre nós, a autores como Eduardo Correia ou Cavaleiro de Ferreira; o primeiro, referindo-se à culpa "no sentido estrito de elemento constitutivo da infracção" - cujo conteúdo material se concretiza na "culpa na formação da personalidade" -, que contrapõe à culpa "em sentido amplo" para medir a pena, sentido esse que "avulta logo da simples leitura do artigo 86.º" do Projecto; o segundo, distinguindo o conceito de culpa, como elemento do crime, "definido nas formas que reveste de dolo ou negligência ( ... ), definidos nos seus elementos essenciais", da "noção ampla de culpabilidade", decisiva na graduação da culpa e que "não se esgota nos conceitos legais de dolo e negligência, enquanto definidos nos seus elementos essenciais”.

Anabela Miranda Rodrigues<sup>155</sup> ensina: “(...) sendo nossa convicção que, mediante um conceito de "culpa pelas qualidades jurídico-penalmente desvaliosas da personalidade que expressam no facto típico ilícito a atitude interior face ao direito» (Figueiredo Dias), estão lançadas as bases para superar o que na maioria das construções se suporta como uma, irremissível limitação do conceito de culpa - o decidir da medida da pena (da culpa) na base de factores que (paradoxalmente!) têm pouco a ver com a culpa; são conhecidas, na verdade, as dificuldades com que na determinação da medida da pena se debatem, de um lado, as ""teorias da culpa pelo facto", por não quererem ultrapassar o plano do puro facto para penetrar no plano da pessoa do agente, podendo apenas servir-se do comportamento na sua objectividade externa e acabando por ter de recorrer aos pressupostos de uma "teoria indiciária" para medir a pena; e, de outro lado, as próprias "teorias da culpa (da vontade) pelo carácter" ou "pela personalidade", por não terem estabelecido afinal a ligação necessária entre facto e personalidade; (...) o mais importante, do ponto de vista da determinação da medida da pena; de acordo com a concepção que aceitamos, a culpa que é elemento do crime tem virtualidades para medir a pena; ela

---

<sup>155</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO...”, p. 186-191 e 207-208

é, desde logo, uma culpa sempre referida ao facto ilícito típico cometido, logo por aqui se tornando possível a consideração, através dela, dos elementos (objectivos e subjectivos) do ilícito-típico; para além do mais, a ligação do facto à pessoa do agente que esta concepção de culpa permite ser possível ter em conta, na determinação da medida da pena, elementos autónomos - no sentido de que carecem de paralelo no âmbito do ilícito - e que se referem à censurabilidade da conduta". E conclui: "Em primeiro lugar, a medida da pena é fornecida pela medida da necessidade de tutela de bens jurídicos, isto é, pelas exigências de prevenção geral positiva (moldura de prevenção). Depois, no âmbito desta moldura, a medida concreta da pena é encontrada em função das necessidades de prevenção especial de socialização do agente, sendo estas inexistentes, das necessidades de intimidação e de segurança individuais. Finalmente, a culpa não fornece a medida da pena, mas indica o limite máximo da pena que em caso algum pode ser ultrapassado em nome de exigências preventivas. É este o único entendimento consentâneo com as finalidades da aplicação da pena: tutela de bens jurídicos e, na medida do possível, a reinserção do agente na comunidade. E não compensar ou retribuir a culpa - esta é, todavia, pressuposto e limite daquela aplicação, directamente imposta pelo respeito devido à eminente dignidade da pessoa do delincente."

Eduardo Correia<sup>156</sup> classificava como a *arte de julgar*, a questão de saber em função do qual se devia medir a pena, que consagrou a "teoria da margem de liberdade" (na impossibilidade subjectiva de conhecer a pena certa da culpa - que, em absoluto, existe, e acolhendo implicitamente um conceito amplo de culpa para medir a pena, sendo a culpa o único fundamento da medida da pena).

Temos dificuldade em aceitar os vários conceitos de culpa. Para nós, como dissemos supra, só há uma culpa, que se traduz num juízo de censura sobre o agente por ter praticado um ilícito-típico. E esta culpa assim definida, encontramos-la como princípio da responsabilidade subjectiva, como fundamento da pena e como facto de determinação da pena<sup>157</sup>. Dito de outro modo, a culpa que encontramos como elemento subjectivo do tipo (dolo ou negligência) no apuramento da culpabilidade

---

<sup>156</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra, p. 317.

<sup>157</sup> *Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, I, 1978, p. 36, Apud MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Conceito material de crime, princípios e fundamentos; Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4.<sup>a</sup> edição – reimpressão atualizada, Lisboa 2021, p.91.

(entre nós 368.º, do CPP), bem como a culpa na determinação da pena, é sempre a mesma.

A questão é: o que leva um agente, reconhecido como sujeito de direitos, a praticar um crime?

Encontramos na doutrina actual assinaláveis divergências sobre a problemática da culpa criminal.

Vejamos a culpa como elemento da infracção criminal.

Na óptica de Teresa Serra<sup>158</sup>, “devem existir para poder censurar-se a alguém um comportamento ilícito: a imputabilidade, a existência ou a possibilidade de existência de uma relação psíquica concreta do autor com o facto em questão através do dolo ou da negligência, e a normalidade das circunstâncias acompanhantes sob as quais o autor agiu, que se reconduz à problemática das causas de exclusão da culpa”.

Maria Fernanda Palma<sup>159</sup> (mais próxima do determinismo compatibilístico), diz tem que estar presente “uma descontinuidade entre a exigente fundamentação da responsabilidade, que a possibilidade do determinismo justifica por prudência e sentido de justiça, e a aceitação do afastamento da responsabilidade em situações de falta de oportunismo”. E ainda<sup>160</sup>, “o juízo de censura (culpa) só é possível se o agente teve oportunidade na escolha da acção, isto é, se actuou sem coacção e apesar de poder agir de outro modo, tendo alternativa, decidiu assim agir”.

E, de novo, Figueiredo Dias<sup>161</sup>: “Mas a eleição de uma acção concreta, determinada pela elevação de um motivo possível a motivo real em razão da preferência do sentido ou do valor que apresenta para o agente, na sua auto-realização, tem que ser reconduzida a uma decisão através do qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência; o homem determina a sua acção através da sua livre decisão sobre si mesmo”.

---

<sup>158</sup> TERESA SERRA, *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Coimbra, Livraria Almedina, p.36

<sup>159</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Lisboa, Editora AAFDL, 2021, p. 93

<sup>160</sup>MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal...*, p. 143.

<sup>161</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 524

E como factor da determinação da pena.

Começando por Maria João Antunes<sup>162</sup>, “ Na determinação da medida da pena, o requisito legal de que sejam levadas em conta as exigências de prevenção satisfaz a necessidade comunitária de punir o crime e, conseqüentemente, de realizar as finalidades da pena; o requisito legal de que seja considerada a culpa do agente satisfaz a exigência de que a vertente pessoal do crime, decorrente do respeito pela dignidade da pessoa do agente da prática do crime, limite as exigências de prevenção. A prevenção e a culpa devem manter-se distintas na função que cada uma desempenha na determinação concreta da pena, sem que a distinção dos princípios regulativos da culpa e da prevenção signifique que cada um dos diversos factores da medida da pena deva ser imputado só a uma ou a outra. Pelo contrário, há que aceitar a ambivalência de muitos destes factores, numa dupla acepção: há factores que podem relevar quer para a culpa quer para a prevenção; um mesmo facto pode mesmo relevar de forma antinómica, diminuindo (atenuando) a culpa e aumentando (agravando) as exigências de prevenção, ou vice versa.

Já para Figueiredo Dias<sup>163</sup>, “a verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu pressuposto necessário e o seu limite inultrapassável”.

Por seu lado, diz Maria Fernanda Palma<sup>164</sup>: “A necessidade da pena não pode ser conhecida como uma eficácia de meios em que o destinatário seja visto como um objecto da acção, mas diversamente como um fim em si mesmo, podendo falar-se de uma necessidade justa. O merecimento do agente na prática do facto condiciona a fundamentação da pena restritivamente, tal como as considerações da prevenção.

Ora, aqui chegados e em coerência com o que vimos defendendo, só podemos afastar a culpa pela personalidade. Concordamos com Maria Fernanda Palma (já citada), “os aspectos da personalidade só são importantes para a culpa quando relevantes para o facto, sendo este uma singularidade na vida do agente, por isso,

---

<sup>162</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime...*, pp. 27-33

<sup>163</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral...*p. 82

<sup>164</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Conceito Material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4.ª edição, Reimpressão Atualizada, Lisboa, AAFDL Editora, 2021, pp. 107-114

afasta-se das teorias do carácter ou da personalidade já que não têm em conta a dimensão da oportunidade na escolha da acção, dimensão que “põe em causa uma pura e simples responsabilidade pelo carácter que ultrapasse uma consciência de si ao agir”. O agente é julgado pelo que faz e não por aquilo que é. E a sua personalidade só é relevante para perceber o facto criminoso, por que agiu assim, tinha alternativa, podia ter agido de outra maneira? Mas a personalidade também é relevante no momento da determinação da pena, as condições pessoais e sociais do agente, a sua formação humana, perceber que pessoa é esta. Não se pode aceitar é haja culpa pela personalidade, pelo que somos. Devemos partir do facto e não da personalidade.

Praticado o facto e para formular o juízo de censura, há que procurar saber, desde logo, se o agente agiu de forma livre, consciente, porque assim o quis, podendo - e sabendo disso - agir de outra maneira. E, depois, se a conclusão for positiva - afastada a inimizabilidade ou causas de exclusão da culpa - há que determinar a pena. E, neste momento, o juízo de censura - a culpa - tem que estar sempre presente. Antes do mais como fundamento da pena, não pode haver pena sem culpa. Na escolha da pena e na medida concreta da pena. Nem que seja um dia de prisão ou um euro de multa. Não pode ser mais do que o juízo de censura.

Imaginemos numa situação em que o limiar mínimo das expectativas comunitárias na validade e reforço da norma violada (prevenção geral positiva) seja, ainda assim, superior à culpa. Parece claro, face à ampla noção de liberdade consagrada no art.º 27.º, da Constituição e à dignidade da pessoa humana (cfr. art.º 18.º, n.º 2, da CRP) que, mesmo no caso proposto, a pena nunca poderá ser superior à culpa.

Maria Fernanda Palma<sup>165</sup> ensina que “o princípio da culpa passa a assumir uma função de segurança jurídica, delimitadora da intervenção penal baseada em fins utilitários do Estado - torna-se um princípio restritivo”.

Também Faria Costa e Sousa Brito defendem que a culpa é o fundamento da pena.<sup>166</sup> A este propósito, citemos Simas Santos e Leal Henriques<sup>167</sup>: “A culpa continua, pois, a surgir, com fundamento da pena (em certo sentido, isto é, na medida

---

<sup>165</sup> MARIA FERNANDA PALMA, Maria, *Direito Penal, Conceito Material de crime, princípios e fundamentos...*p. 93

<sup>166</sup> Apud VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, *OS FINS DAS PENAS...*, p. 26

<sup>167</sup> SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, 8.º edição, Rei dos Livros, pp. 187-188.

em que sem culpa não há pena) e não só como seu limite... o que se justifica pela “necessária intervenção do princípio da culpa, como consequência da exigência incondicional da defesa da dignidade da pessoa humana”.

Finalmente, Maria João Antunes<sup>168</sup>, a propósito da culpa: “ O princípio constitucional penal da culpa é um dos princípios que a jurisprudência fez decorrer do texto da Constituição, dos artigos 1.º e 25.º, n.º 1 (Acs. n.os 43/86, 426/91, 83/95, 274/98 e 605/2007). “Deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos, e articula-se com o direito à integridade moral e física” (Ac. n.º 426/91). Este princípio exprime-se, em direito penal, a vários níveis: veda a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética; impede a responsabilização objetiva, obrigando ao estabelecimento de um nexos subjetivo — a título de dolo ou de negligência — entre o agente e o seu facto; obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a culpa (Ac. n.º 426/91). Com fundamento neste princípio constitucional penal, o Tribunal julgou inconstitucionais normas que previam penas fixas (Acs. n.os 70/2002, 22/2003, 124/2004, 163/2004 e 80/2012). “Um direito penal de culpa não é compatível com a existência de penas fixas: de facto, sendo a culpa não apenas princípio fundante da pena, mas também o seu limite, é em função dela (e, obviamente também das exigências de prevenção) que, em cada caso, se há de encontrar a medida concreta da pena, situada entre o mínimo e o máximo previsto na lei para aquele tipo de comportamento” (Ac. n.º 124/2004, no qual há declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral)”.

A determinação da pena no modelo português não assenta apenas no art.º 40.º, mas também no art.º 71.º, ambos do Código. O primeiro fala de prevenção geral (protecção de bens jurídicos) e especial (reintegração do agente na sociedade), surgindo a culpa como limite máximo da pena, o segundo diz que a determinação da pena é feita em função da culpa e das exigências da prevenção. Porém, nas várias alíneas do n.º 2, este art.º 71.º, como referem Simas Santos e Pedro Freitas<sup>169</sup>, “ao enumerar exemplificativamente as circunstâncias que devem ser tidas em conta na

---

<sup>168</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, “DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO DA EXECUÇÃO DAS SANÇÕES PRIVATIVAS DA LIBERDADE E JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL”, *Revista Julgar*, n.º 21, 2013, Coimbra Editora, pp. 96-97

<sup>169</sup> MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal – Textos*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=BrFTKP0QFuQ%3D&portalid=30>, pp. 78-83

determinação concreta da pena, não deixa de referenciar algumas delas que têm a ver com a culpa do agente; tudo isto somado ajuda a explicar a necessidade de a doutrina portuguesa visitar criticamente o art. 40.º e 71.º, de modo a que promova não só um esclarecimento dos objectivos com que pretendem cumprir com a aplicação das reacções criminais, mas, ao mesmo tempo, descortinar o exacto papel que quer a culpa quer a prevenção desempenham na determinação da medida da pena”. Daí que autores como Taipa de Carvalho<sup>170</sup>, Maria Fernanda Palma, Souto de Moura e Simas Santos considerem que se justifica uma alteração legislativa ou a simples eliminação do art.º 40.º<sup>171</sup>.

Importante é ainda dizer que na determinação da pena deve ainda ser ponderado, para além da culpa, a prevenções geral e especial e os factos relativos à reparação do mal causado à vítima (al. e) do art.º 71.º).

Fernando e Mário Bessa Pacheco<sup>172</sup>, sintetizam: “ Os fins das sanções criminais podem ser agrupados na retribuição, na prevenção geral e na prevenção especial. A retribuição traduz-se no castigo imposto por uma razão de justiça ou por razões lógicas, dialécticas, morais, estéticas, religiosas, etc; a prevenção geral é o objectivo que se visa quando se pretende que a ameaça ou execução de sanções actue sobre a personalidade das pessoas intimando-as e assim as desviando da prática de crime; a prevenção especial é o efeito que da aplicação da sanção resulta para o agente, no sentido de se evitar que ele cometa futuras violações da lei ao afastá-lo da sociedade, ao intimidá-lo dando-lhe consciência da seriedade da ameaça da pena ou ao adaptá-lo à vida social; no direito penal português vigente, da exigência constitucional da necessidade e subsidiariedade da intervenção jurídica penal decorre a ideia de que só finalidades da prevenção, geral e especial, podem justificar essa intervenção e conferir fundamento e sentido às sanções criminais; a prevenção geral que, assim, assume o primeiro lugar como finalidade da pena, não é a prevenção geral negativa da intimidação do delinquente e de outros potenciais criminosos, mas a prevenção positiva ou de integração, sob a forma de satisfação do «sentimento jurídico de comunidade » ou do «sentimento de reprovação social do crime», ou de

---

<sup>170</sup> TAIPA DE CARVALHO,

<sup>171</sup> Apud SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, 8.º edição, Rei dos Livros, pp. 192-193.

<sup>172</sup> FERNANDO BESSA PACHECO e MÁRIO BESSA PACHECO, “As Reacções Criminais do Direito Penal Português na perspectiva de reintegração social”, *Análise Psicológica*, 2002, 3 (XX), p. 331

reforço do sentimento de segurança da comunidade face à violação da norma ocorrida”.

Figueiredo Dias<sup>173</sup> conclui do seguinte modo a sua posição: “ Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais”.

Maria Fernanda Palma<sup>174</sup>, “quer a prevenção geral quer a prevenção especial apenas se legitimam, como fim das penas, através da pena da culpa (...) culpa que funciona como fundamento ou, pelo menos, (...) como limite da pena preventiva”, rematando que “o problema dos fins das penas tem que ser recolocado como problema do fundamento de legitimidade das penas estatais em face da legitimidade do poder punitivo do Estado e não como mera escolha de modelos ideologicamente suportados ou puros modelos normativos assentes em construções gerais sobre os fins dos seres humanos”.

Engrácia Antunes<sup>175</sup> também nos diz que “qual seja o de que, sempre que se pretende esvaziar o conceito de culpa do seu tradicional pressuposto material e ver nela um conceito cujo conteúdo vem determinado, expressamente (Jakobs) ou implicitamente (Roxin), por necessidades de prevenção, então acabamos por nos envolver em sucessivas contradições e, o que é bem mais grave, vemo-nos condenados a renunciar a possuir um limite fiável aos desígnios político-criminais com que o legislador positivo entenda preencher tal ideia de Prevenção; ou doutro modo: perdida a autonomia do princípio da Culpa como fundamento e limite da pena (assente num juízo ético sobre a autodeterminação livre do Homem) e transformado aquele num conceito não autónomo, formal (expressão de uma ideia de Prevenção ou dum poder médio presumido, abstractamente determinado pelo legislador de

---

<sup>173</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I..., p. 81

<sup>174</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal*, 4.ª edição, reimpressão actualizada, 2021, p. 64

<sup>175</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Algumas Notas sobre a Determinação...*, p. 496

acordo com as exigências preventivas), então acaba-se por expor os indivíduos à virtual intervenção sem limites de um «ius puniendi» subordinado a desígnios por natureza provisórios; acaba-se por se converter o juiz penal num discricionário operador de prognoses preventivas de pura perigosidade; e acaba-se por se colocar o próprio Direito Penal ao serviço duma política criminal, e não o contrário”.<sup>176</sup>

Roxin<sup>177</sup>, que já vimos ser defensor de uma teoria unificadora dos fins das penas, citado por Lopes da Cruz, define “o papel que cabe à culpa na determinação concreta da pena, nos termos da teoria da margem de liberdade, refere que a pena concreta é fixada entre um limite mínimo (já adequado à culpa) e um limite máximo (ainda adequado à culpa), limites esses que são determinados em função da culpa do agente e aí intervindo, dentro desses limites, os outros fins das penas (as exigências de prevenção geral e da prevenção especial)”<sup>178</sup>.

Tudo visto, e em jeito de desenlace, dizemos que ao direito penal não deve interessar a moral, mas a ética. A moral é um conjunto de valores dominantes num determinado contexto histórico-social, imposto em nome de raças ou de etnias, religiões ou ideologias políticas. Em nome de um direito criminal fundado na moral, muitas injustiças e atrocidades foram cometidas ao longo da História da Humanidade. Ao invés, a ética, assente nos direitos universais, garante um direito penal da dignidade da pessoa humana. E, por isso, temos o entendimento de um direito penal como uma intervenção cirúrgica numa comunidade social composta por sujeitos de direito, com dignidade humana. Apraz-nos a imagem de um tecido social, sendo a intervenção do direito penal meramente reconstrutiva, com pinças, limitando-se, de modo proporcional e cuidadoso, quase cirúrgico, a repor todas as funcionalidades do tecido social que foram interrompidas com a prática do crime. Nada mais do que isto.

André Kuhn e Cândido de Agra<sup>179</sup> assinalam que “seria necessário que a cidadania fosse mais do que uma palavra; seria necessário que os habitantes da

---

<sup>176</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Algumas Notas sobre a Determinação da Medida Judicial da Pena no Código Penal Português*, Universidade Católica 1985/1986, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B846b2567-edf3-4fda-8587-8c129dc3d93c%7D.pdf>

<sup>177</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, tradução de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Madrid, 1981, pp. 93-113

<sup>178</sup> LOPES DA CRUZ, Rui Miguel, “A determinação da pena no crime de homicídio qualificado”, *Revista Jurídica AAFDL*, nº 28 Jan./Fev./Mar. 2014 – Ano XXXV, p. 9

<sup>179</sup> ANDRÉ KUHN e CÂNDIDO de AGRA, *Somos Todos Criminosos?*, Casa das Letras, 2010, pp. 29-34, onde adiantam: “Associamos, espontaneamente, a segurança a um bem e a insegurança a um mal. Tal associação é enganosa e trai a natureza da relação entre liberdade e segurança. Sejamos críticos, como

cidade soubessem o que é liberdade (longe, muito longe, da ideia de fazer o que apetece), a segurança e a democracia. Seria necessário que soubessem o que é uma sociedade justa e sábia. E que participassem, activamente, na sua construção”.

Na pena temos que encontrar a protecção dos bens jurídicos, a garantia das expectativas da comunidade. Vivemos num Estado de direito em que as pessoas têm a expectativa de que os seus bens jurídicos fundamentais - direitos à vida, à integridade física, à honra e consideração, a ter património, e muitos outros com tutela penal – estão protegidos. Mas a pena também visa a ressocialização do autor do crime, a sua reinserção. Porém, diga-se, nenhum dos fins preventivos assinalados (prevenção geral positiva e prevenção especial positiva) justifica uma pena sem culpa ou para além dela. A dignidade da pessoa humana, base e fundamento do nosso Estado de direito (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa), assim o exige, e está presente em todos os momentos da intervenção penal, seja nos bens jurídicos protegidos pelos diversos tipos de crime, e por essa via das vítimas e ofendidos, seja ainda na pessoa do agente, ele próprio um sujeito de direitos. A culpa criminal é sempre a mesma, como princípio da responsabilidade subjectiva, como fundamento da pena e como factor de determinação da medida da pena: um juízo de censurabilidade sobre o agente por ter praticado um ilícito-típico. Juízo de censurabilidade mais centrado no incumprimento da norma ou na atitude do agente, consoante se siga os conceitos normativo ou da culpa da vontade. Por isso é que a culpa, como elemento autónomo do fim da pena, é não só limite, mas também fundamento da pena. Concordamos com Maria João Antunes: “ Na determinação da

---

manda a regra do método científico. Fazamos juízos de valor reflexivos e não emotivos, como aconselha Kant na sua Crítica da Faculdade de julgar. Cruzemos, em esquemático exercício, à maneira dos cientistas, segurança e insegurança, por um lado, e liberdade e opressão, por outro. Resultam deste exercício quatro situações ou condições: (i) A segurança está ao serviço da liberdade. Chamemos a esta condição segurança democrática ou segurança boa; (ii) A segurança está associada à opressão. Em vez de servir a liberdade, sacrifica-a. Um regime pode oferecer segurança aos cidadãos, mas pedir-lhes em troca que imolem as suas liberdades, os seus direitos e as suas garantias na ara da tirania. Chamemos a esta condição segurança totalitária ou segurança má; (iii) Na terceira condição, associam-se insegurança e opressão: é a insegurança totalitária; (iv) A conquista da liberdade passa pela assunção do risco, por uma normal e, diremos, insegurança boa. Os cidadãos sacrificam alguma segurança na ara da democracia. Aqui se associam insegurança e liberdade. Chamemos-lhe insegurança democrática. Em síntese. Não temos de um lado a insegurança, coisa má, e do outro a segurança, coisa boa. A realidade é bem mais complexa: o que existe é uma insegurança e segurança boas, próprias da justiça e da democracia, e uma insegurança e segurança más, próprias da injustiça, do totalitarismo e do individualismo. Que tipo de segurança queremos? A segurança que viola os direitos fundamentais, os direitos do homem e que os princípios constitutivos do direito penal moderno já não anda longe: pensemos no chamado direito penal do inimigo, que, felizmente, no nosso país, conta, à cabeça, com fortes opositores, como o nosso eminente penalista J. Figueiredo Dias. Em nome da segurança, sobretudo daquela que angustia o Ocidente depois do 11 de Setembro de 2001, poderão erguer-se de novo os altares do holocausto”.

medida da pena, o requisito legal de que sejam levadas em conta as exigências de prevenção satisfaz a necessidade comunitária de punir o crime e, conseqüentemente, de realizar as finalidades da pena; o requisito legal de que seja considerada a culpa do agente satisfaz a exigência de que a vertente pessoal do crime, decorrente do respeito pela dignidade da pessoa do agente da prática do crime, limite as exigências de prevenção. A prevenção e a culpa devem manter-se distintas na função que cada uma desempenha na determinação concreta da pena, sem que a distinção dos princípios regulativos da culpa e da prevenção signifique que cada um dos diversos factores da medida da pena deva ser imputado só a uma ou a outra. Pelo contrário, há que aceitar a ambivalência de muitos destes factores, numa dupla acepção: há factores que podem relevar quer para a culpa quer para a prevenção; um mesmo facto pode mesmo relevar de forma antinómica, diminuindo (atenuando) a culpa e aumentando (agravando) as exigências de prevenção, ou vice versa”.<sup>180</sup> Não se concebe condenações penais perante inimputáveis, causas de exclusão da culpa ou causas de deculpa supra legais (com limite na representação social, a aceitação pela comunidade dessa desculpa, em função de um direito penal reconstrutivo fundado na dignidade da pessoa humana).

A medida da pena, sem ponto de partida pré-determinado pela jurisprudência, tem como limiar mínimo a expectativa comunitária na validade (e reforço) das normas penais violadas. É a protecção dos bens jurídicos, a prevenção geral positiva. Não obstante, a culpa, assente num juízo de censura sobre a conduta do arguido reflectida no facto criminoso praticado, tem que estar sempre presente, seja como limite máximo, seja como fundamento (para além de não haver pena sem culpa, as normas constitucionais penais, como é o caso do art.º 18.º, n.º 2, da CRP, exigem que a medida concreta não possa, em caso algum, ultrapassar a culpa). E, finalmente, o pendor da pena, mais acima ou mais abaixo, está na denominada prevenção especial positiva, na reintegração do agente (que não tem tanto a ver com as suas relações sociais, se tem família ou amigos, mas sobretudo se é expectável que seja um cidadão fiel ao direito). Se são mínimas as exigências de prevenção especial, a medida da pena baixa; sobe quando são maiores tais exigências.

---

<sup>180</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, 2010-2011, pp. 27-33

E, finalizamos, fazendo apelo à Justiça restaurativa, que nos é particularmente cara, como referimos em artigo publicado na Revista *Julgar*<sup>181</sup>: “Sendo o arguido um ser humano, um ser de direitos e deveres, que sentido faz despejá-lo numa instituição, como um objecto, no âmbito de uma pena de prisão que se diz ressocializadora. Como é possível reinserir um indivíduo que é tratado como um objecto? Como muitos autores já defendem, não será altura de, ao invés de condenar o arguido numa pena concreta (prisão, multa, etc.), condená-lo, por exemplo, em x unidades de sanção, que depois o juiz de execução, assessorado por uma comissão multidisciplinar, com psicólogos, sociólogos, médicos, também com a vítima e representantes da comunidade, fixasse e acompanhasse a pena concreta para aquele ser humano que cometeu um crime, sempre com dois objectivos: reparar o mal causado à vítima e recuperar o delinquentes para a comunidade. Pena que a todo o momento pudesse ser alterada, modificada, adequada. É difícil pensar em alternativa à prisão nos crimes muito graves, mas é tempo de tornar excepção a pena de prisão e evitar penas de prisão prolongadas. Um crime muito grave pode ser punido, por exemplo, com pena de prisão na fase inicial, depois outra pena mais ressocializadora e, por fim, uma suspensão sob regime de prova na parte restante da sanção criminal”.

\*

## **7. Orientações ou directizes para as sentenças em Portugal?**

Esta a questão a que nos propusemos responder.

A coerência, uniformidade e transparência das penas – nelas se incluíndo todo o raciocínio para a determinação e, claro, o *quantum* – são pilares da determinação da pena, que, a par da questão da culpabilidade (aqui se considerando todos os elementos da teoria da infracção criminal), é o outro factor que *ferra* o direito penal.

Abordaremos, em primeiro, lugar, as principais diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*.

Barbosa e Siqueira Neto<sup>182</sup> definem, do seguinte modo, o *Civil Law*: “As regras de conduta, advindas da estrutura lógica da dedução, pois, constituem elemento unificador da família da *Civil Law*: as regras, independentemente do sistema onde são

---

<sup>181</sup> PAULO BARRETO, Sob o título “Justiça Cível e Justiça Criminal”, *Revista Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2012, p. 177

<sup>182</sup> BARBOSA, Laís Teixeira e SIQUEIRA NETO, José Francisco, “Hermenêutica da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Common Law e na Civil Law”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 3(2): 227-244 julho-dezembro 2011, p. 231

produzidas – e, do instituto por estas representado –, versam sempre acerca de uma conduta que deve ser atribuída a um indivíduo ou coletividade; por conseguinte, a regra jurídica, embora surja das necessidades sociais, refere-se a um comportamento futuro objeto da vinculação “dever-ser”; quer dizer, contrariamente à *Common Law*, as situações fáticas perceptíveis na sociedade carecem primeiro, na *Civil Law*, de positividade a fim de que sejam reconhecidas juridicamente como regras; entretanto não se pode dizer ser a *Civil Law* um sistema sem preocupações com as situações fáticas para as quais os homens buscam solução; não é um sistema meramente teórico, sem caráter pragmático: difere-se apenas pela maior generalidade e abstração de seus elementos normativos; (...) não obstante, são incapazes de criar exatidões relativas às especificidades de cada caso a ser apreciado pelo magistrado e não acompanham as necessidades e modificações fáticas da sociedade; (...) Doutrina e Jurisprudência, neste sentido, se mostram indispensáveis a este papel complementar à lei, exercendo sua interpretação; (...) Doutrina e Jurisprudência não mais estão adstritas à ditadura da lei, podendo desprender de sua literalidade embora nela devam ter seu alicerce; os magistrados têm na interpretação legal um poder criativo do Direito oriundo da impossibilidade do *non liquet*; do mesmo modo, possuem poder criativo diante da possibilidade que lhes é atribuída de conferir à lei uma interpretação nova, desde que não se configure uma atuação contra *legem*; (...) o poder criador de regras de direito conferido aos magistrados, todavia, não atende à generalidade própria das regras de conduta que caracterizam a *Civil Law*; criadas a partir e para o caso concreto, não possuem idêntico grau de vinculação, como na *Common Law*, às decisões futuras, vale dizer, não têm qualidade de precedente obrigatório”.

E os mesmos Autores<sup>183</sup> caracterizam assim a *Common Law*: “A *Common Law*, ao contrário da *Civil Law*, preocupou-se mais com a efetividade dos seus preceitos, com o próprio processo, suas formalidades e a efetividade do Direito – provas e execução das decisões de Justiça da *adjective law*; o operador inglês menos se preocupava com a conceituação e afirmação de um direito do que com sua efetividade, em suas palavras, “*remedies precede rights*” (os remédios precedem o direito): de que vale a afirmação de um direito se na prática não há um meio de aplicá-lo?; *equity* e *Common Law* produzem regras a partir e para os casos concretos,

---

<sup>183</sup> BARBOSA, Laís Teixeira e SIQUEIRA NETO, José Francisco, “Hermenêutica da Proporcionalidade e da Razoabilidade na *Common Law* e na *Civil Law*...”, 232-233

não presumindo a legal *rule* uma abstração e generalidade próprias da *Civil Law*; não obstante tenha alicerce nos *precedents*, a *Common Law* tem respaldo também em regra legislativa (*statute law*); as formulações genéricas e abstractas do legislador, entretanto, são apenas incorporadas ao sistema na medida em que foram reafirmadas – e, por vezes, alteradas –, pelos tribunais, nas condições normais de elaboração da *Common Law*; figuram, entretanto, opostamente à *Civil Law*, como fonte secundária do Direito, acrescentando ou complementando a jurisprudência excetuando o Direito comum; a *Common Law*, ainda, tem no costume, ao contrário do que muitos afirmam, fonte de função secundária, não sendo possível, por isso, inferir ser este um sistema eminentemente consuetudinário; o direito jurisprudencial fundado sobre a razão retira dos costumes locais regras jurídicas; vale dizer, para que um costume seja incorporado ao sistema jurídico deve ser invocado judicialmente, figurando, deste modo, como precedente obrigatório; indubitavelmente, guardam os costumes na Inglaterra maior relevância, porquanto não possuindo constituição escrita, a matéria constitucional é por eles resguardada; o desenvolvimento jurídico nos Estados Unidos, embora guarde resquícios na *Common Law* inglesa, não deve com ela ser confundido; a sua colonização, baseada tanto no povoamento quanto nas *plantations* e, posteriormente, na conquista de territórios espanhóis, foi causa de diferentes sistemas de aplicação das leis inglesas; desconhecida na Inglaterra, desenvolveu-se em suas colônias uma organização federal, seguida de uma Constituição Federal escrita e rígida; ao contrário da Inglaterra, tiveram na *Equity* um direito baseado na liberdade de culto religioso; no que se refere ao sistema jurídico dos Estados Unidos, é enorme a influência do *jus scriptum*, permanecendo, concomitantemente, de uma forma geral, o *case law* em nível federal e estadual”.

Ainda a propósito das diferentes práticas entre os dois sistemas, refere André Lamas Leite<sup>184</sup>, que nos Estados Unidos “assiste-se a um «apetite comunitário» pelo endurecimento das penas, também porque a generalidade das pessoas não entende ou considera que têm falhado os resultados práticos dos desideratos que se lhes vêm assinalando... mas também em virtude do modo como o processo penal se acha estruturado e como os juízes são nomeados ou escolhidos; não é, por certo, indiferente que, nos países do *common law*, os *public prosecutors*, ao serem dotados

---

<sup>184</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Crise da Pena de Prisão e os Abolicionismos – Roteiro de Análise”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 (2019), nº 2, pp. 961-962

de legitimidade democrática directa, através de eleições, julguem muitas vezes interpretar o sentimento de quem os elegeu ao procurarem uma condenação a qualquer custo, desde logo na medida em que se tratam de verdadeiras «partes»; não é tanto a busca da verdade a bússola orientadora da sua intervenção, mas sim a manutenção da confiança dos eleitores, certo como é, ainda, que a carreira de *public prosecutor* é, amiúde, um trampolim para a política, trampolim esse que admite a utilização de meios de prova de muito reduzida credibilidade, como são os de co-arguidos (sem corroboração) ou mesmo de companheiros de cela em regime de detenção que, a troco de uma redução da pena, depõem contra o arguido, em vários casos comprovadamente mentindo; a que acresce um juiz em regra passivo, mero árbitro, e um defensor, na maior parte dos casos desmotivado, porque mal pago, e um sistema que, mesmo em hipóteses de aplicação de pena capital, entende o recurso a provas de perfis de ADN, p. ex., como demasiado dispendiosas; não é demais sublinhar, pois, que a concreta urdidura processual condiciona, de jeito inexorável, a maior ou menor punitividade do sistema; o que significa, em síntese apertada, que, em grande medida, é esse mesmo sistema que gera sentimentos de punitividade e concretas práticas punitivas mais ou menos exacerbadas; um modelo pouco garantista para o arguido tende a ser mais punitivo no seu interior, o que acaba por se repercutir na sociedade, a qual apreende um aumento da punitividade que reflecte, reproduz e reclama”.

Orientações, *guidelines* ou directrizes, em diversos formatos e com natureza mais ou menos vinculativa ou *mandatory*, têm sido seguidas no mundo anglo-saxónico. Já analisamos o sistema inglês e galês, bem como o americano. Mas também encontramos tentativas mais ou menos conseguidas de implementar *sentencing guidelines* na *Commonwealth*, por exemplo, um sistema de grade foi proposto em pelo menos uma outra jurisdição na Austrália Ocidental, mas rejeitado na Nova Zelândia (2002), Canadá (1987) e África do Sul (2000). No entanto, foram criadas comissões para *sentencing guidelines* com diferentes funções. Reformas nesse sentido sucederam-se no Canadá em 1996, Nova Zelândia em 2002, África do Sul, Coreia do Sul, Escócia, Irlanda Norte, alguns Estados da Austrália, Estados do Golfo e Israel<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> ANDREW von HIRSCH and JULIAN V. ROBERTS, “Legislating Sentencing Principles: the Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions”, *The Criminal Law Review*, 2004, Thomson Sweet & Maxwell, 2004, pp. 639-652

<sup>186</sup>. Dando alguns exemplos. Na Austrália limitam-se a criar orientações, meramente consultivas, para o julgador. A Nova Zelândia tem uma *Commission* que desenvolve directrizes de condenação, mas que fica sempre dependente do Parlamento, que tem poderes para não aplicar tais directrizes, obrigando a *Commission* a revê-las<sup>187</sup>. Em Israel, com *sentencing guidelines* vinculativas, o que agora está em cima da mesa é o receio que o poder de condenação passe dos juízes para os procuradores, por via da previsão da pena e do *plea*<sup>188</sup>.

Uma especial referência à Irlanda, citando Guilfoyle e Marder<sup>189</sup>: “O *Judicial Council Act 2019* prevê a criação de um *Judicial Council*, maioritariamente composto por juízes (...) com competência para desenvolver, monitorizar e rever as *sentencing guidelines* (...) específicas ou genéricas, atendendo ao modo como juízes hoje punem concretamente o crime, para ter um quadro de referência, propor intervalos de sentença e factores que devem ser ponderados na determinação da pena; na Irlanda, a principal razão dada para a introdução de novas directrizes é melhorar a consistência na sentença, não alterá-la na sua essência; assim que uma directriz é adoptada, as sentenças devem ser monitorizadas para descobrir o impacto da directriz na determinação da pena, o que permitira identificar e resolver problemas; a melhor maneira de recolher dados confiáveis e abrangentes de sentenças confiáveis é criar uma base, com a adesão do judiciário, com dados detalhados e contínuos das sentenças dentro de uma jurisdição, garantindo dados nacionais e actualizados, permitindo análises de processos de condenação, resultados e tendências; assim, o primeiro passo para criar *sentencing guidelines* deve ser recolher e analisar dados do *sentencing* para entender as práticas atuais de condenação e fornecer um quadro de referência para desenvolver as directrizes; a aprovação do *Judicial Council Act 2019* indica a inevitabilidade das *sentencing guidelines* na Irlanda.

---

<sup>186</sup> PINA-SÁNCHEZ, Jose, BRUNTON-SMITH, Ian and LI, Guanquan, “Mind the step: A more insightful and robust analysis of the sentencing process in England and Wales under the new sentencing guidelines”, *Criminology & Criminal Justice*, 2020, Vol. 20(3) pp. 268– 301

<sup>187</sup> JACOBSOM, Jessica, ROBERTS, Julian and HOUGH, Mike, *Towards more consistent and predictable sentencing in England and Wales*, Bristol University Press, Junho de 2020, pp. 43-57

<sup>188</sup> GAZAL-AYAL, Oren, “FOREWORD: A GLOBAL PERSPECTIVE ON SENTENCING REFORMS”, *Law and Contemporary Problems*, 2013, Vol. 76, n.º 1, pp. i-viii

<sup>189</sup> GUILFOYLE, Eoin e Ian D. MARDER, “Using data to design and monitor sentencing guidelines: The case of Ireland”, *Common Law World Review*, Vol 50(2-3), Bristol, 2021, pp. 103-119.

Já no Japão é diferente: Os precedentes, geralmente chamados padrões de sentença, deram gradualmente origem a um número das chamadas orientações factuais. O Supremo Tribunal japonês (*Saikō-Saibansho*) iniciou uma base de dados em 2008 para fornecer tanto a juízes leigos como a juízes profissionais um conjunto de normas para determinar penas aproximadas; esta base de dados, não aberta ao público, (...) é apenas para referência e não constitui vinculativo precedente; os juízes leigos e os juízes utilizam um sistema de base de dados, que não tem força vinculativa e deve ser meramente utilizada como material a considerar; podem pesquisar casos comparáveis utilizando palavras-chave relacionadas com a informação, tais como o motivo do infractor, o tipo de arma, a gravidade do crime e o número de vítimas, etc.<sup>190</sup>

Uma passagem pela China, com Lin<sup>191</sup>, que considera que, embora o sistema de *sentencing guidelines* tenha sido introduzido para reduzir o impacto de fatores extrajudiciais na sentença, tal objectivo parece não ter sido conseguido. A idade, ocupação e género exercem influência considerável sobre a pena, principalmente quando o juiz tem de decidir entre a pena de prisão e a pena não privativa da liberdade. As decisões de condenação dos juízes, estando sob a influência das directrizes penais, são mais como um produto de *instinctive synthesis* em vez de *staged approach* da sentença.

Façamos agora um percurso pelos tribunais internacionais, para perceber como é determinada a pena.

No Tribunal Penal Internacional, o art.º 78.º do ETPI faz uma “menção meramente exemplificativa de fatores de medida da pena – a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado – não sendo acompanhada de qualquer elemento hermenêutico concretizador do seu sentido; algum auxílio é prestado pelo Regulamento Processual, mais concretamente no art. 145.º, n.º 1 e 2: o critério fundamental da determinação da medida concreta da pena é a culpa da pessoa condenada (art. 145.º, n.º 1, al. a do Regulamento Processual), quer se trate de uma

---

<sup>190</sup> JULIUS WEITZDÖRFER, YUJI SHIROSHITA and NICOLA PADFIELD, “Sentencing and Punishment in Japan and England: A Comparative Discussion”, *Springer Series on Asian Criminology and Criminal Justice Research*, Series Editor, Faculty of Social Sciences & Humanities University of Macau Department of Sociology, Taipa, Macao, Macao, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-69359-0>, pp. 196-199

<sup>191</sup> LIN, Xifen, et al, “Sentencing Disparity and Sentencing Guidelines: the Case of China”, *Asian Journal of Criminology*, (2022), Vol. 7, pp. 27–155

pena de prisão quer de multa; a medida da pena tem de refletir a culpa do agente; no entanto, o Tribunal deve tomar em consideração factores agravantes e atenuantes, bem como as circunstâncias da pessoa condenada e do crime (art. 145.º, n.º 1, al. b do Regulamento Processual); acrescem ainda como factores, a gravidade do dano causado, a natureza do comportamento ilícito e os meios empregados para praticar o crime, o grau de participação da pessoa condenada, o grau de intenção, as circunstâncias do modo, tempo e lugar, as condições socioeconómicas da pessoa condenada, assim como a sua idade e escolaridade; para além dos factores enunciados no art. 78.º, n.º 1 do ETPI e art. 145.º, n.º 1, al. a), b) e c) do Regulamento Processual, encontramos, neste último artigo, mais duas listas exemplificativas de circunstâncias, atenuantes e agravantes respetivamente; entre as circunstâncias atenuantes encontramos situações que ficam aquém do suficiente para a exclusão da responsabilidade criminal, v. g. capacidade mental substancialmente diminuída ou coação, ou ainda a conduta da pessoa posterior ao crime, nomeadamente a tentativa de reparação dos danos e a cooperação com o Tribunal; do lado das circunstâncias agravantes, podemos encontrar hipóteses como a de existência de condenações prévias por crimes sob a jurisdição do TPI ou de natureza similar, abuso de poder ou função oficial, prática de crime contra vítima particularmente indefesa, prática de crime com especial crueldade ou contra múltiplas vítimas, crime motivado por discriminação com base no sexo, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, a situação económica, nascimento ou outra condição”<sup>192</sup>.

Já quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, importa desde logo notar a sua especificidade (“a intervenção do TEDH surge assim como subsidiária em relação aos mecanismos internos de protecção”<sup>193</sup>), pois as suas penas têm funções distintas das nacionais ou do TPI, assim consideradas por Germano Marques da Silva<sup>194</sup>: “a conceptualização da pena europeia tem por finalidade essencial a aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, acrescentando ao direito

---

<sup>192</sup> PEDRO MIGUEL FREITAS, “SANÇÕES APLICÁVEIS E SUA DETERMINAÇÃO”, *Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal – Comentários*, edição DH-CH Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018, pp. 258-261

<sup>193</sup> IRENEU CABRAL BARRETO, *As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as Instâncias nacionais*, 2008, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/30anos\\_irineubarreto.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/30anos_irineubarreto.pdf), p. 1

<sup>194</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, “O Conceito Europeu de Pena e a sua Relevância no Direito Interno Português”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 729-740

proveniente de fontes internas das Partes Contratantes da Convenção um sistema de protecção suplementar; a autonomia da noção de pena europeia (...) procura evitar que os Estados, utilizando qualificações inapropriadas, se subtraíam à aplicação de regras fundamentais da legalidade criminal consagradas na Convenção: a não retroactividade *in pejus*, a retroactividade *in minus*, a previsibilidade e a proporcionalidade da pena, no plano substantivo, e a aplicação do art. 6.º, no plano adjectivo”. Os acórdãos do TEDH não seguem directrizes ou orientações, mas decisões em casos precedentes similares. O Tribunal de Estrasburgo, não obstante, cria *guidelines* relativas aos respectivos procedimentos adjectivos, assim ajudando cidadãos e Estados (exemplo são as *Guidelines - Protocol N.º 16*, aprovadas em 18.09.2017).

Uma breve análise à União Europeia, expressando as dificuldades de harmonização aqui consideradas por Anabela Miranda Rodrigues<sup>195</sup>: “A harmonização das sanções penais na União Europeia não estaria garantida, mesmo que fosse lograda a harmonização ao nível da pena aplicável nos diversos Estados-Membros; aquilo a que podemos chamar a determinação da pena "em sentido amplo" envolve um procedimento que, para além da determinação da pena aplicável por parte do juiz, reclama deste, ainda, não só a determinação da medida concreta da pena aplicada, mas também, nos casos em que tal é legalmente possível, a escolha da pena a aplicar (onde está envolvida a aplicação das penas alternativas); para além disto, tem ainda de se entrar em linha de conta com as modificações que a pena de prisão aplicada pode sofrer ao nível da execução (onde se incluem, agora, os incidentes ou medidas de execução da pena de prisão); o que tudo serve para destacar que a determinação da pena real - a pena que efectivamente o condenado vem a sofrer - é o resultado de relações que intercedem entre o legislador, o juiz da causa e o juiz de execução das penas ou a administração executiva da pena, que podem ser modeladas de maneira diferente nos diversos ordenamentos jurídicos; e que os factores que podem intervir na determinação da pena nas várias fases do procedimento a que esta determinação obedece são múltiplos e variados e sujeitos a pressupostos legais distintos, mostrando a maior parte das vezes conteúdos e estruturas heterogéneas; basta pensar, para ilustrar o que se quer dizer, nas

---

<sup>195</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Sistema de Determinação da Pena na União Europeia”, *Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 53-54

chamadas "circunstâncias" com influência, quer ao nível da determinação da pena aplicável, quer ao nível da determinação da medida concreta da pena ou, ainda, nos diferentes regimes legais previstos nos vários ordenamentos jurídicos para as penas alternativas ou para os incidentes da execução da pena de prisão; a harmonização das sanções penais na União Europeia teria, assim, de envolver uma harmonização dos vários factores envolvidos na determinação da pena em sentido amplo; ainda ao nível das sanções aplicáveis, salienta-se que, a dificultar a harmonização, está o facto de a sua determinação pelo juiz nem sempre ser automática. Este será apenas o caso de a conduta do agente preencher um tipo legal de crime - que pode ser fundamental, privilegiado ou qualificado - sem intervirem circunstâncias "modificativas"; isto é, aspectos, tais como a tentativa, a cumplicidade, a reincidência ou o concurso de crimes, cujos pressupostos estão dependentes da apreciação do juiz e que têm efeitos diversos, consoante as legislações, nas molduras penais previstas nos tipos legais de crimes; e isto em pontos tão relevantes como o da modificação ou não dos seus limites mínimos e máximos; bastamo-nos aqui em salientar, no domínio da medida concreta da pena, as dificuldades de harmonização ao nível das circunstâncias que auxiliam o juiz a determiná-la no âmbito da moldura da pena abstracta que cabe ao crime cometido".

Entrando agora no sistema continental, particularmente nos sistemas mais próximos do nosso, vejamos, em primeiro lugar, o art.º 61.º, do CP Espanhol<sup>196</sup>, que

---

<sup>196</sup> Artigo 61.º, do CP Espanha: 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: - 1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. 3.ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito. 4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior. 5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. 6.ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. 7.ª Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior. 8.ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión. 2. En

enumera taxativamente as circunstâncias para a determinação da pena. Em Itália – artigos 132.<sup>o</sup> e 133.<sup>o</sup>, do CP<sup>197</sup> – não há uma lista exaustiva de atenuantes e agravantes. O mesmo se diga dos artigos 130.<sup>o</sup> e 132.<sup>o</sup> do CP Francês<sup>198</sup>. E, finalmente, a *Section 46* CP Alemão<sup>199</sup> também alinha pelo mesmo diapasão, concedendo discricionariedade ao juiz.

---

los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

197 Artigo 132.<sup>o</sup> CP Italiano: Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale. Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge. (Dentro dos limites estabelecidos na lei, o juiz aplica a pena segundo o seu critério; deve indicar as razões que justificam o uso desse poder discricionário. No aumento ou redução da pena, não poderão ser excedidos os limites estabelecidos para cada tipo de pena, salvo nos casos expressamente previstos em lei.)

Artigo 133.<sup>o</sup> do CPI: Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo. (No exercício do poder discricionário indicado no artigo anterior, o juiz deve ter em conta a gravidade da infracção, deduzida: 1) da natureza, espécie, meio, objeto, tempo, lugar e qualquer outro modo de ação; 2) a gravidade do dano ou perigo causado à pessoa lesada pela infração; 3) pela intensidade do dolo ou pelo grau de culpa. O juiz também deve levar em consideração a capacidade do infrator para cometer um crime, inferida: 1) dos motivos para cometer um crime e do caráter do infrator; 2) dos antecedentes criminais e judiciais e, em geral, da conduta e vida do infrator, anteriores ao delito; 3) de conduta contemporânea ou posterior ao delito; 4) das condições de vida individual, familiar e social do infrator).

<sup>198</sup> Artigo 130.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do Código Penal Francês: Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions: 1<sup>o</sup> De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2<sup>o</sup> De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion (A fim de assegurar a protecção da sociedade, prevenir a prática de novas infracções e restabelecer o equilíbrio social, respeitando os interesses da vítima, a pena tem as seguintes funções: 1<sup>o</sup> Para punir o infractor ; 2<sup>o</sup> Para promover a sua reforma, integração ou reintegração).

Artigo 132.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, CPF: Lorsque la loi ou le règlement réprime une infraction, le régime des peines qui peuvent être prononcées obéit, sauf dispositions législatives contraires, aux règles du présent chapitre. Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1. (Quando uma infracção for punível por lei ou regulamento, o sistema de sanções que podem ser impostas será regido, salvo disposição legal em contrário, pelas regras do presente capítulo. Qualquer sanção imposta pelo tribunal deve ser individualizada. Dentro dos limites estabelecidos por lei, o tribunal determina a natureza, o *quantum* e o regime das penas as circunstâncias da infracção e a personalidade do infractor, bem como a sua situação material, familiar e social, de acordo com os objectivos e funções da sentença estabelecida no artigo 130-1.)

<sup>199</sup> § 46 do CP Alemão (Strafgesetzbuch): 1Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. 2Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. (2) 1Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. 2Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende, die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat angewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die

E assim chegamos a Portugal e à resposta para a pergunta que dá título ao presente capítulo (Orientações ou directizes para as sentenças em Portugal?).

O legislador português - preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, - diz o seguinte: “Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática dos fins das penas -, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.”

Portugal é um país com um sistema jurídico da *civil law*, o que significa que assenta na regra jurídica positivada em lei, ficando a hermenêutica (da regra jurídica e dos princípios jurídicos subjacentes) para a doutrina e jurisprudência, não podendo, sobretudo esta última, interpretar a regra jurídica *contra legem*.

Já vimos as dificuldades interpretativas e as discussões dogmáticas sobre a determinação da pena. Apesar do artigo 40.º, do CP, ser essencialmente preventivo quanto ao fim das penas, sendo a culpa o seu limite, muitos Autores sustentam que não se justifica aquele artigo 40.º, bastando-se, para a determinação da pena, apenas o artigo 71.º. Há uma confusão entre finalidades do art.º 40.º e os fins das penas do art.º 71.º. Acresce, e como se refere no preâmbulo do DL 48/95, não foi intenção do legislador esgotar o debate dogmático – campo próprio da doutrina – sobre os fins das penas.

Ora, tendo em conta a prática dos tribunais na determinação da pena, com ampla discricionariedade, quer face ao amplo art.º 40.º, quer ainda face à natureza

---

verschuldeten Auswirkungen der Tat, das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. (3) Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden. (A culpa do infractor fornece a base sobre a qual a pena é fixada. Os efeitos que se pode esperar que a pena tenha na vida futura do infractor na sociedade devem ser tidos em conta. (2) Ao fixar a pena, o tribunal pesa as circunstâncias que falam a favor e as que falam contra o infractor. Podem ser tidos em consideração, em particular, os seguintes aspectos: os motivos e objectivos do infractor, em particular incluindo motivos racistas, xenófobos, anti-semitas ou outros que evidenciem desprezo pela humanidade, a atitude reflectida na infracção e o grau de força de vontade envolvido na sua comissão, o grau de violação dos deveres do infractor, o *modus operandi* e as consequências causadas pela infracção, na medida em que a culpa é do infractor, história anterior do infractor, circunstâncias pessoais e financeiras, e a conduta do infractor no período subsequente à infracção, em particular os esforços para fazer a restituição dos danos causados, bem como os esforços de reconciliação com a vítima. (3) Não pode ser dada qualquer consideração às circunstâncias que já são elementos integrantes da infracção.)

apenas exemplificativa das circunstâncias expressas no art.º 71.º, são exigidas alterações legislativas. O julgador não tem sido transparente na fundamentação da determinação da pena, limitando-se, maioritariamente, a derramar citações genéricas da doutrina e da jurisprudência, para depois concluir com um *quantum* da pena. As referências ao caso concreto são escassas, os fundamentos da individualização, proporcionalidade e da necessidade da pena quase inexistentes.

Com refere Simas Santos<sup>200</sup>: “ Importaria compreender, estabelecer e realçar o papel dos limites mínimos das molduras penais, das relações entre os limites, da harmonização a implementar depois, a bem de uma maior coerência na aplicação das penas, através de uma correcção das assimetrias e falta de proporcionalidade que se encontra nas molduras penais actualmente oferecidas ao julgador; na divisão de tarefas entre o julgador e o legislador, em que se traduz a aplicação das penas, cabe também ao legislador indicar os factores a atender e os critérios que aquele deve respeitar na individualização judicial da pena. Para além de poder estar em causa – e no nosso caso está também perante factores que são muito abertos, como se vê da enumeração do n.º 2 do artigo 71.º, de detalhe e especificação insuficiente, não auxilia particularmente o juiz, na tomada de decisão – o saber que a gravidade do facto e a personalidade do culpado devem ser atendidos, se esses critérios são citados de forma geral ou indefinida, sem qualquer hierarquia, método ou técnica que permita eliminar as contradições que contêm; frequentemente, o juiz produz um discurso teórico sobre a determinação da pena, citando a lei e a doutrina, refere vagamente a gravidade da conduta e da culpa, sem ancorar essas afirmações nos factos concretos e depois aponta um número, o que não se traduz numa verdadeira individualização ou personalização da pena, humanizando-a, e não satisfaz obviamente o preceito constitucional da fundamentação (artigo 205.º CRP) e legal (artigo 71.º, n.º 3, do Código Penal)”.

O legislador, eleito por sufrágio directo e universal do povo, tem legitimidade democrática directa para definir a política criminal e, por isso, deve intervir para garantir, em nome da dignidade da pessoa humana e das amplas liberdades consagradas no art.º 27.º, da Constituição, uma pena devidamente fundamentada,

---

<sup>200</sup> SIMAS SANTOS, Manuel, “pena, juiz, legislador e jurisprudência – alguns problemas”, *Revista do Ministério Público*, 166, Abril/Junho de 2021, pp. 85-86

sem que, com isso, afronte o princípio universal da independência do poder judicial, que é algo completamente distinto.

Vejamos.

Ao legislador, sempre em obediência à Constituição, compete a condução da política criminal, que, nos termos do art.º 1.º, da Lei n.º 17/2006, de 23.05, compreende definição de objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, acção penal e execução de penas e medidas de segurança.

A independência do poder judicial é imanência da separação de poderes, e, entre nós, com fortíssima legitimidade democrática, que lhe advém desde logo da circunstância do Conselho Superior da Magistratura ser um órgão definido pela Constituição, aprovada por uma Assembleia Constituinte directamente eleita pelo povo, e de ter uma composição maioritariamente formada por membros indicados pelo Presidente da República e pela Assembleia da República, órgãos de soberania também directamente eleitos pelo povo. Sendo os tribunais os órgãos de soberania onde se exerce o poder judicial e o Conselho Superior da Magistratura o órgão - com forte legitimidade democrática, repetimos - de salvaguarda institucional dos Juízes e da sua independência, a gestão dos tribunais tem de emanar do Conselho Superior da Magistratura.

Dizem Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>201</sup> a propósito do conceito de tribunal: “A Constituição não define o que são tribunais, cujo conceito tem, por isso, de procurar-se em conexão com o de “função jurisdicional” e com o de juiz; são assim tribunais, os órgãos do Estado (órgãos de soberania), dotados de independência, em que um ou mais juízes procedem à administração da justiça; a função de dizer a justiça em nome do povo é atribuída, pela CRP, aos tribunais e não aos juízes; a função jurisdicional pertence, porém, aos juízes, sendo os tribunais (no qual se incluem magistrados do Ministério Público, funcionários judiciais administrativos, gestores judiciais) esquemas indispensáveis ao exercício da *jurisdictio* pelo juiz”.

E os mesmos Autores<sup>202</sup> quanto à independência do poder judicial: “A independência dos tribunais (e dos respectivos juízes) é um elemento essencial da

---

<sup>201</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista e actualizada, pp. 506, 508 e 509.

<sup>202</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP...*, p. 513

sua própria definição, uma das regras clássicas do Estado constitucional e uma das garantias essenciais do Estado de direito democrático; esta independência pressupõe uma dimensão material e uma dimensão jurídico-organizatória; o princípio da independência visa defender os tribunais dos demais poderes do Estado (nomeadamente do Governo e da administração), pondo-os a coberto das suas ingerências ou pressões e garantindo, assim, a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos perante o Estado (independência subjectiva); a independência perante os demais poderes do Estado concretiza-se, desde logo, na independência perante o poder executivo (Governo e administração); deriva da Constituição a inadmissibilidade de instruções concretas, de preceitos administrativos ou de quaisquer outras formas de pressão ou de influência sobre a actividade dos tribunais; neste sentido subjectivo, a independência é também uma refracção do princípio da separação de poderes que se traduz, desde logo, na inadmissibilidade de condicionamentos, pressões e instruções por parte dos titulares de órgãos de outros poderes”.

A independência do poder judicial determina que o juiz, titular de um processo, esteja a coberto de qualquer interferência na sua função jurisdicional. Daqui decorre que quaisquer que sejam a organização dos tribunais, os objectivos fixados, as monitorizações ou sindicâncias, o juiz não pode, em circunstância alguma, perder a sua independência na decisão judicial. Mas a independência judicial tem ainda outra vertente, de natureza endógena. No seu processo de decisão o juiz apenas está sujeito ao seu profundo *eu*, centro de toda a sua formação ética, humana e técnica. Certamente que não há ser humano neutro e o juiz não foge a essa regra. Tem as suas ideias para a sociedade e para o mundo, as suas parcialidades, preferências, agruras, dúvidas. Sabe do que gosta e do que não gosta. Do que lhe causa repulsa ou o atrai. Não pode deixar de assim ser. O que se lhe exige, é que, tendo consciência dessas, chamemos “dependências”, seja capaz de proceder a um exercício, forçosamente mental e solitário, que lhe permita assegurar que a sua decisão não é por elas influenciada. Esta questão coloca-se com maior ênfase no julgamento da matéria de facto, certamente o mais difícil dos desafios do julgador. Produzida a prova, tem que criar a sua convicção e fixar a factualidade apurada. Embora saibamos que o direito não trata de uma verdade filosófica, mas a suficiente para as necessidades da vida, no sentido de uma certeza lógica que aproxime a decisão judicial de uma maior probabilidade de que as coisas se passaram efectivamente

assim, o juiz tem que fazer um esforço permanente para se concentrar no que é realmente importante, em detrimento da empatia ou repulsa que lhe causem os intervenientes processuais ou o cada uma das versões carregadas para o objecto do litígio. A independência judicial, exógena ou endógena, é a mais importante garantia dos cidadãos. Só juízes independentes podem fazer Justiça. Mas os juízes querem-se humanistas no sentido que o exercício do poder judicial, ao atribuir ao juiz um papel criador na interpretação e aplicação da lei, vincula-o aos valores da justiça e aos princípios humanistas da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Como Descartes<sup>203</sup>, em que a verdade “eu existo” é auto-evidente, por ser manifesta à “luz natural” da razão, como o ponto em que a razão torna manifesta a validade de um argumento ou verdade de uma ideia, não sendo, pois, um pressuposto arbitrário, mas uma pré-condição para qualquer argumentação filosófica, também os juízes têm a sua verdade, “a luz natural” da sua função, pré-condição do argumento jurisdicional: os direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. É que, para além do reconhecimento de que o poder judicial é do povo, importa destacar, num plano já filosófico, a figura do “outro”, nosso concidadão, sujeito de direitos e deveres, um ser livre e igual a cada um de nós. Como refere Alain Renaut<sup>204</sup>, “quando nos relacionamos com os outros, sabemos, por exemplo, ou pelo menos a maioria de nós sabe-o, que todo o ser humano deve ser tratado como um semelhante e como um igual; um tal apriori faz do outro, quaisquer que sejam a sua natureza e a amplitude da sua alteridade social (social, cultural, genérica) um alter-ego, um “outro eu”, um “semelhante”; esta percepção do outro como um “mesmo” é hoje em dia um elemento da nossa pré-compreensão do mundo humano, tal como a lei da queda dos corpos e a teoria da evolução das espécies constituem elementos da nossa pré-compreensão do universo natural.

E agora a doutrina e a dogmática, citando Castanheira Neves<sup>205</sup>. “Sabe-se que esse método jurídico foi prescritivamente elaborado para garantir, num contexto de legalismo triunfante, a autonomia do “jurídico” perante as inquinações ético-culturais, político-sociais, económicas, etc., e que não foi senão a última consequência, agora especificamente metodológica, do normativismo que vinha da modernidade; e constituíam-no três dimensões: uma dimensão hermenêutica – que

---

<sup>203</sup> Apud ROGER SCRUTON, *Breve História da Filosofia Moderna*, 2010, p. 50

<sup>204</sup> ALAIN RENAUT, *O Fim da Autoridade*, Instituto Piaget, 2005, pp. 25-29

<sup>205</sup> CASTANHEIRA NEVES, “O Sentido Actual da Metodologia Jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º tomo do BFD, Coimbra, 2003, p. 124

acabou por se reduzir à interpretação da lei -, uma dimensão científica, identificada à dogmática, e que se ocupava da construção da conceitualização e da elaboração do sistema jurídico - e uma dimensão prática (ou técnica) - dirigida à aplicação do direito previamente interpretado e conhecido dogmaticamente; as duas primeiras dimensões, com os três momentos que as constituiriam - interpretação, conceitualização e sistematização - determinavam o campo de conhecimento metodológico da ciência do direito em sentido estrito ou a sua função dogmática (científico-dogmática), e a terceira dimensão diferenciava-se intencional e metodologicamente como o momento prático da aplicação decisória, ou de função jurisprudencial em sentido também estrito”.

Veríamos, pois, com agrado, uma revogação *in totum* do 40.º, bem como do n.º 1, do artigo 71.º, por ser terreno da dogmática, sendo substituídas por uma norma que enunciasse circunstâncias fixas - não exemplificativas - importantes para a determinação da pena, que o tribunal teria que fundamentada e obrigatoriamente seguir e se pronunciar. Tais circunstâncias seriam relativas ao facto - ao seu grau de ilicitude (desvalor da acção e do resultado), ao modo de execução e à gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente -, à culpa - a intensidade dolosa ou negligente do juízo de censura -, às exigências de prevenção geral negativa e positiva (as expectativas comunitárias na norma violada); à prevenção especial negativa e positiva (a expectativa do autor ser fiel ao direito), aos sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram, às condições pessoais do agente e à sua situação económica, à conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime, e à falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. O julgador podia ainda acrescentar qualquer outra circunstância agravante ou atenuante, desde que devidamente fundamentada e se revelasse importante para a determinação da pena.

Uma norma assim positivada seria suficiente para garantir maior transparência na determinação da pena, não afectaria a discricionariedade do juiz e muito menos a independência judicial, cuja natureza assenta tão só na função jurisdicional.

Prosseguindo.

Ainda Simas Santos<sup>206</sup>: “No 8º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, realizado em 1987, dedicado ao tema «Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções», 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 geral e diversas recomendações”. E adianta o mesmo Autor <sup>207</sup> “Basta lembrar que o Conselho da Europa [Recomendação n.º R (92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas, sequente às sugestões do 8.º Colóquio Criminológico], recomendou o seguinte: «Podem ser encaradas, onde as Constituições e as tradições do sistema jurídico o permitam, técnicas complementares para aumentar a coerência na aplicação das penas; b) Duas dessas técnicas, que podem ser utilizadas, são as orientações para a aplicação das penas e os pontos de partida; c) As orientações para a aplicação das penas indicam uma grelha de penas para diferentes variantes de uma infracção, em função da presença ou da ausência de diversos factores agravantes ou atenuantes, mas deixando ao tribunal a faculdade de derrogar essas orientações; d) Os pontos de partida indicam, para diferentes variantes de uma infracção, uma pena de base que o tribunal pode aumentar ou diminuir a fim de ter em consideração factores agravantes ou atenuantes; 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), 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.” Concluindo<sup>208</sup>: “A prática judiciária, no domínio da medida da pena, não tem sido, entre nós, tanto quanto seria desejável, objecto de estudo, apesar de se reconhecer

---

<sup>206</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público*, 2012, Universidade do Minho, Escola de Direito, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/24039/1/Manuel%20Jos%C3%A9%20Carrilho%20de%20Simas%20Santos.pdf>, p. 24

<sup>207</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público...*, p. 12-13

<sup>208</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público...*, p. 25

que o estudo e o controlo da criminalidade requerem uma aproximação integrada do processo de aplicação da justiça penal”.

Barreiros<sup>209</sup> assinala: “A pena deve ser igual para o que é igual; e sujeito da pena é o homem, em razão da sua culpabilidade; e assim a pena será necessariamente diversa, em concreto, para ser justa, embora por aplicação dos mesmos critérios e princípios jurídicos; a igualdade deixou de ser formal e mecânica, para passar a ser substancial, isto é, justa; esta exigência de que casos análogos sejam tratados analogicamente visa ademais estabelecer confiança no critério da decisão aos olhos dos condenados, das vítimas e do público em geral; mas visa sobretudo esconjurar razões meramente preconceituosas que levariam a sentenciar com maior severidade ou contemporização por decorrência de factores atípicos e até inaceitáveis”.

Diz Simas Santos<sup>210</sup>: “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 pena; 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 penal; (...) 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; 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

---

<sup>209</sup> BARREIROS, José António, *Coerência na aplicação das penas...*, p. 12

<sup>210</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público...*, pp. 14-16

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; 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”.

E adianta<sup>211</sup>: “O órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional, como diz o art. 214.º da Constituição, o que se deve reflectir na forma como o STJ exerce essas mesmas funções, pois que condicionam, ou devem condicionar, esse mesmo exercício; (...) O STJ foi concebido como regulador e uniformizador da jurisprudência nacional; na hierarquia judiciária não há poder de direcção por parte dos juízes dos tribunais superiores, como não há dever de obediência do lado dos juízes dos tribunais inferiores, visto que para todos eles vale indistintamente o princípio basilar da independência, (...) 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; (...) 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; (...) 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 certeza; (...) 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

---

<sup>211</sup> SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público...*, pp. 16-19

casos semelhantes, o que torna natural que as instâncias se inspirem na interpretação e aplicação dos textos legais que o STJ for fazendo”.

Voltando a Barreiros<sup>212</sup>: “o Supremo Tribunal de Justiça, e seus «sobrejuízes» - assim se designavam no século XIII – como guardiões últimos da legalidade, devem, primeiro, e podem, enfim, ter algum papel ordenador e uniformizador; (...) só que o sistema da dupla conforme, tal como decorre das últimas reformas da lei adjetiva penal, veio criar obstáculos intransponíveis nesta matéria; ao ter definido que a confirmação de uma condenação pela segunda instância, ainda que em medida penal diferenciada em casos de pena concreta não superior a 8 anos, é causa de irrecorribilidade, o legislador – com o aplauso da jurisprudência – veio a garrotar a possibilidade de em sede de recurso de revista para o STJ ser discutida a medida da pena e este tribunal encontrar assim matéria para poder materializar algum alinhamento de critério em matéria de significativas disparidades de penas; cremos, pois, que o cerne do problema da padronização de critérios e de convergência de filosofias punitivas tem hoje um espaço residual para que possa materializar-se; claro que há a nível organizacional a eventualidade de concitar meios electrónicos de tratamento de informação e tentar estabelecer cruzamento de dados em ordem a formar tábuas comparativas de penas concretas aplicadas e sabemos que tem sido feito esforço nesse sentido; ficará, porém, sempre a dúvida quanto a saber se o elenco das variáveis que relevaram em concreto para cada decisão foi devidamente ponderado pelo sistema automático em termos de ser possível estabelecer uma comparação efectiva entre as diversas situações”.

Por tudo isto, em busca da coerência das penas, seria bem vinda uma maior intervenção do Supremo Tribunal de Justiça. Utilizando a informação e as bases de dados, o STJ poderia dispôr de um acervo documental de sentenças e acórdãos, permanentemente actualizado, que lhe permitisse conhecer o *quantum* das penas para cada categoria de crime.

Face aos ensinamentos e dificuldades expostas, quando fossem manifestas as disparidades das penas em casos semelhantes – e apenas nestes situações -, na sua qualidade de órgão máximo dos tribunais comuns, o Plenário do STJ poderia promover e fixar orientações para os tribunais inferiores, com a força de um acórdão

---

<sup>212</sup> BARREIROS, José António, *Coerência na aplicação das penas...*, pp. 1, 13-15

uniformizador, ou seja, não seriam obrigatórias para os tribunais judiciais, mas estes teriam que fundamentar o afastamento.

Acresce que, tendo em conta a regra de dupla conforme e aos poucos recursos que hoje chegam ao STJ, tais orientações seriam fixadas para os casos similares em todas categorias de crimes, sempre que a incoerência na prática judicial o justificasse, independentemente do processo chegar ou não, em recurso, ao Supremo. Seriam também fixadas orientações, nas mesmas situações, quanto a penas alternativas de prisão, penas acessórias, liberdade condicional e em toda a matéria jurisdicional que o STJ entenda se justificar. Estas orientações poderiam criar intervalos de pena até um ano, consoante a gravidade do crime, não se limitando o conceito de caso similar à categoria do crime e aos antecedentes criminais, estendendo-se a outros factores e circunstâncias relativos, por exemplo, ao facto, às condições pessoais do agente e a sua situação económica, à conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime, etc. (dois exemplos: (i) no crime de condução de veículo em estado de embriaguez: face à disparidade de penas que se verificam nos tribunais, seriam bem acolhidas orientações sobre as penas principal e acessória, que ponderassem as taxas similares de alcoolémia, os antecedentes criminais, se houve ou não acidente, se o autor do crime é condutor profissional e sustento da sua família, se confessou os factos e demonstrou arrependimento, se está disposto a tratamento contra substâncias aditivas; (ii) nos *correios* droga: há também dificuldade em uniformizar penas, pelo que também aqui seria muito útil uma intervenção orientadora do STJ, com uma visão global da realidade judiciária, que tivesse em conta, não apenas a quantidade de droga e os meios utilizados para o transporte, mas também as condições sócio-económicas dos autores e as circunstâncias de liberdade ou não em que o transporte é realizado).

Finalmente, Souto de Moura<sup>213</sup>: “Para quem esteja a ser julgado pela prática de um crime, constitui uma garantia fundamental o tratamento próprio, que as especificidades do seu caso reclama, mas também constitui uma evidência que, em muitas situações, as variáveis a ponderar se repetem; e então, é possível chegar a resultados parecidos em matéria de medida da pena, os quais, podem ser lidos como

---

<sup>213</sup> SOUTO de MOURA, José, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena...*p. 14

“bitolas” da jurisprudência do S.T.J. para certo tipo de casos; a utilidade da informação que a esse respeito se transmite à primeira e segunda instâncias, advirá, então, de se poderem eliminar as discrepâncias das decisões proferidas, para as quais se não descortine razão perceptível; a semelhança possível da medida das penas aplicadas, e sublinho, possível, será factor de segurança na aplicação dessas penas, as indicações fornecidas pelos acórdãos do S.T.J., poderão ser um contributo para se conseguir essa semelhança”.

Uma palavra sobre a inteligência artificial para dizer que concordamos com Skander Bennis<sup>214</sup> quando alerta que precisamos de uma mentalidade aberta, mas vigilante, para colher o maior número possível de benefícios da inteligência artificial.

Anabela Miranda Rodrigues<sup>215</sup> pronunciou-se sobre a utilização da inteligência artificial na determinação da pena, dizendo: “Foi a partir da intervenção legislativa e do labor dogmático que se procurou alcançar uma base de certeza e segurança na determinação da medida da pena, embora não se deixasse reconhecer que aos poderes de controlo escapavam certos componentes individuais do julgador, não inteiramente controláveis de modo racional; já do lado anglo-saxónico, a preocupação de racionalização no âmbito da sentencing implicou a tomada de decisões com base no risco de reincidência do agente, com recurso a métodos estatísticos, a programas de software e algoritmos cada vez mais elaborados e, em último termo, de Inteligência Artificial (IA); segundo os seus defensores, a racionalização do processo de decisão sobre a medida da pena que aqui está implícita tem a ver com o facto de que os algoritmos preditivos sumariam a informação relevante de uma maneira mais eficiente do que o cérebro humano; desta forma, acreditam que é possível alcançar mais facilmente o equilíbrio entre redução da aplicação de penas de prisão e, conseqüentemente, redução da população prisional e segurança; o abaixamento dos níveis de utilização da prisão e do seu tempo de duração que esta técnica de gestão permitiria - algo que de uma perspectiva económica não deixam de valorar -, conjuntamente com uma diminuição da discriminação, designadamente racial, seriam também objetivos alcançáveis, quer porque seria possível identificar os indivíduos com baixo risco de reincidência, quer porque se

---

<sup>214</sup> SKANDER BENNIS, “Ai and the consumer”, *Intersentia*, Cambridge University Press, Maio de 2021, p.485

<sup>215</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 149, N.º 4021, Março-Abril de 2020, pp. 260-261

reduziriam as disparidades na interpretação da informação à disposição os tribunais”.

Assinala ainda a mesma Autora<sup>216</sup>: “Não sendo nova, para o efeito, a utilização de modelos estatísticos e de programas de software, nos últimos tempos cresceu a sofisticação algorítmica; presentemente, as novas técnicas de gestão pública são servidas por uma poderosa tecnologia utilizada para alcançar a eficácia sempre procurada do sistema punitivo; trata-se de colocar em prática ao longo de todo o processo de intervenção penal, e designadamente na fase de sentencing, instrumentos de prognose que usam algoritmos que processam enormes quantidades de dados”.

Só que, respondendo à questão “um robô em vez de um juiz?”, alerta para o seguinte<sup>217</sup>: “O *punctum crucis* do problema, é que não se conhecem as variáveis que fundamentaram o sentido da decisão da máquina, (...) porque habitualmente estes sistemas inteligentes são produtos comprados a empresas privadas que, por razões que facilmente se adivinham, não querem ver revelados os segredos do seu funcionamento; a questão que aqui perpassa é ainda a da propriedade da informação, que deixa de ser vista como um bem público e se transforma numa mercadoria transacionada, uma propriedade privada; as empresas que constroem algoritmos preditivos recusam, em muitos casos, partilhar os dados com que os construíram (*training data*) e os códigos usados nos seus produtos; este é o caso do instrumento *COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)*, construído pela *Northpoint*, uma companhia com fins lucrativos, não partilhou os dados e os códigos, argumentando que eram propriedade sua; o segredo e a privatização de algoritmos preditivos torna-nos particularmente assustadores no contexto da justiça criminal, já que a opacidade que lhes anda ligada significa um obstáculo ao controlo público da decisão a que o julgador chega, que tende a deslizar para os atores no setor privado; de um lado, os arguidos e a defesa muitas vezes não conhecem a sua pontuação de risco, sendo-lhes aplicada uma pena com base em fatores que não conhecem e não podem controlar, agora numa situação não muito diferente de Josef K. no julgamento de Kafka; estes instrumentos de avaliação do

---

<sup>216</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial...”, p. 264

<sup>217</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial...”, pp. 265-266

risco tomam em consideração fatores como idade, género, localização geográfica, circunstâncias familiares ou condições socioeconómicas, mas torna-se praticamente impossível analisar a ponderação que foi feita dessas variáveis e validar os resultados obtidos, exatamente porque, na maior parte das vezes, estamos perante software secreto, propriedade de uma empresa; por outro lado, o juiz tende a desresponsabilizar-se da decisão que toma, por não a considerar sua, pelo menos na totalidade.”

Tudo visto e em jeito de síntese, sendo Portugal um Estado unitário e pequeno, não se justificaria a criação de uma Comissão para criar *sentencing guidelines*. O nosso Estado não é federal e é geograficamente pequeno. Uma comissão para desenvolver *sentencing guidelines*, mesmo que composta maioritariamente por juízes, significaria desnecessariamente criar uma entidade estranha ao nosso sistema judicial constitucionalmente definido e foco de conflitos, por exemplo, com o Conselho Superior da Magistratura. Temos até dúvidas sobre a constitucionalidade de uma tal Comissão, em que dela fizessem parte representantes do Ministério da Justiça, da PGR e da Ordem dos Advogados, como sucede na *common law*, na medida em que orientações ou directrizes sobre a determinação da pena certamente violariam a separação de poderes.

O poder legislativo pode sempre alterar as molduras legais, em conformidade com a política criminal que adoptar, mas a separação de poderes não permite que os poderes executivo e legislativo interfiram na concreta determinação de penas, dando orientações, nesta matéria jurisdicional, ao poder judicial. E, sendo o tempo de hoje de populismo e de forte pressão mediática, em que as intervenções legislativas quase se têm resumido em aumento das penas, criação de circunstâncias agravantes ou atribuir natureza pública a crimes, é justificado o temor que orientações vindas do poder legislativo ou executivo visassem o agravamento das penas, encostando-as ao máximo da moldura abstracta.

Quanto à fundamentação, individualização e proporcionalidade das penas, seria suficiente um artigo no Código Penal a fixar os vários passos que o julgador teria obrigatoriamente que seguir na determinação da pena, eliminando o carácter exemplificativo e aberto hoje em vigor. Raciocínio que teria que ser devidamente fundamentado, para se perceber, com transparência, o *quantum* da pena, assim se

abandonando a actual prática de referências genéricas e em poucas linhas, à doutrina e jurisprudência, quase sempre com termos conclusivos.

Orientações jurisprudenciais definidas pelo Supremo Tribunal de Justiça seriam a via certa para garantir a coerência e igualdade das penas, com o recurso a base de dados actualizadas e com mentalidade aberta, com cautelas, à inteligência artificial.

\*

## **8. Conclusões finais**

O artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. É no reconhecimento de que somos sujeitos que se impõe um tratamento igual entre todos, uma igualdade apesar da diversidade das condições económicas e sociais, estas sim tão efémeras e transitórias. Na dignidade da pessoa humana, a única que nos acompanha ao longo da vida, não há sujeito inferior a nenhum outro, e por isso, cientes desta realidade, impõe-se que se assumam, em todos os momentos da vida, uma cultura crítica e exigente relativamente aos nossos direitos, mas simultaneamente cumpridora dos nossos deveres.

Não é por acaso que encetamos estas conclusões pela dignidade da pessoa humana. Nem o mais sanguinário criminoso deixa de a ter. Em todos os momentos da determinação da pena, a dignidade humana tem que estar presente, o que exige uma pena fundamentada, individualizada, proporcional, necessária e adequada.

Num tempo em que a pena de prisão está crise, pugnamos por uma justiça penal cada vez mais restaurativa, que, sem deixar de atender às expectativas comunitárias na manutenção e reforço da norma penal violada, esteja sobretudo centrada na reparação da vítima e na ressocialização do autor do crime.

*Sentencing guidelines* são ferramentas importantes para a coerência das penas, mas será que faz sentido que se reduzam a uma grelha ou grade, que apenas considere o facto e os antecedentes criminais, deixando de parte circunstâncias relativas, por exemplo, à culpa? Analisadas as *sentencing guidelines* americanas, concluímos, não obstante ser de louvar a busca pela coerência das penas, evitando disparidades e falta de proporcionalidade, que o sistema de grelha ou grade é redutor, por se limitar ao facto e aos antecedentes criminais, deixando de fora

factores e circunstâncias relativas à culpa, à ilicitude, à reinserção social do autor, ao comportamento anterior e posterior e à reparação da vítima. E não deixámos de criticar, num sistema de *sentencing guidelines*, que quer combater a disparidade das penas, os juízes não sejam obrigados a libertar informação sobre as suas sentenças, assim se impedindo a criação de bases de dados fundamentais para a racionalidade, equidade e justiça, bem como poderiam ser ferramentas importantes para as *Commission* produzir *sentencing guidelines* mais adequadas à realidade judicial.

As *sentencing guidelines* em Inglaterra e Gales também visaram na sua génese a proporcionalidade, a coerência, uniformidade e transparência das decisões judiciais. Começa a exigir-se, todavia, que as novas *sentencing guidelines* tenham já preocupações multidisciplinares, trazendo para o sistema judicial conhecimento e saberes que podem, e muito, ajudar o juiz. Está em causa, por exemplo, a neurociência, mas também as novas tecnologias, que podem disponibilizar ao julgador um manancial de informação (bases de dados, consultas, pesquisas). Talvez com estas novas tecnologias se pudesse superar um problema que hoje se verifica, que é o de saber se um nova directriz, devidamente implementada, representa uma melhor resposta em relação à prática anterior.

Fazendo a comparação entre as *sentencing guidelines* americanas e inglesas e galesas, concluímos que vemos virtualidades nestas que não encontramos naquelas. As inglesas têm passos relativos a todos os elementos da infracção penal, que vão ser decisivos para seguir a escala penal a partir do *starting point*, e, se há problemas na justiça penal inglesa, não têm tanto a ver com a estrutura das suas directrizes, mas com a sua aplicação. Quanto às americanas, não é possível chegar à pena individualizada, proporcional e justa, quando o tribunal não cura de saber, do arguido, a educação, as habilitações pessoais, as condições emocionais, mentais ou físicas (incluindo dependência de drogas ou álcool), a história profissional e o emprego, os laços e responsabilidade familiares, os laços comunitários, a raça, o sexo, a origem nacional, a crença, a religião, o status socio-económico.

Se é verdade que a pena visa assegurar as expectativas comunitárias na validade e reforço da norma penal, não podemos admitir, em condenação alguma, uma pena sem culpa ou para além desta. Temos dificuldade em aceitar os vários conceitos de culpa. Para nós, só há uma culpa, que se traduz num juízo de censura sobre o agente por ter praticado um ilícito-típico. E esta culpa assim definida,

encontramo-la como princípio da responsabilidade subjectiva, com fundamento da pena e como facto de determinação da pena. Dito de outro modo, a culpa que encontramos como elemento subjectivo do tipo, no apuramento da culpabilidade, bem como a culpa na determinação da pena, é sempre a mesma.

Na pena temos que encontrar a protecção dos bens jurídicos, a garantia das expectativas da comunidade. Vivemos num Estado de direito em que as pessoas têm a expectativa de que os seus bens jurídicos fundamentais - direitos à vida, à integridade física, à honra e consideração, a ter património, e muitos outros com tutela penal – estão protegidos. Mas a pena também visa a ressocialização do autor do crime, a sua reinserção. Porém, diga-se, nenhum dos fins preventivos assinalados (prevenção geral positiva e prevenção especial positiva) justifica uma pena sem culpa ou para além dela. A dignidade da pessoa humana, base e fundamento do nosso Estado de direito (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa), assim o exige, e está presente em todos os momentos da intervenção penal, seja nos bens jurídicos protegidos pelos diversos tipos de crime, e por essa via das vítimas e ofendidos, seja ainda na pessoa do agente, ele próprio um sujeito de direitos.

Tendo em conta a prática dos tribunais na determinação da pena, com ampla discricionariedade, quer face ao amplo art.º 40.º, quer ainda face à natureza apenas exemplificativa das circunstâncias expressas no art.º 71.º, são necessárias alterações legislativas. O julgador não tem sido transparente na fundamentação da determinação da pena, limitando-se, maioritariamente, a derramar citações genéricas da doutrina e da jurisprudência, para depois concluir com um *quantum* da pena. As referências ao caso concreto são escassas, os fundamentos da individualização, proporcionalidade e da necessidade da pena quase inexistentes.

A discricionariedade judicial não é necessariamente sinónimo de independência judicial. O legislador democrático – seja em países da *civil law* seja em países da *common law* – tem legitimidade democrática para escolher e desenvolver a política criminal e, nessa medida, o modo de determinar a pena. E, assim, definir uma intervenção mais ou menos discricionária dos juízes, sem beliscar, todavia, a função jurisdicional, traduzida na aplicação concreta da pena. O legislador tem legitimidade democrática para definir a política criminal e, por isso, deve intervir para garantir, em nome da dignidade da pessoa humana e das amplas liberdades consagradas no art.º 27.º, da Constituição, uma pena devidamente fundamentada.

Ver-se-ia, com agrado, uma revogação *in totum* do 40.º, bem como do n.º 1, do artigo 71.º, por ser terreno da dogmática, sendo substituídas por uma norma que enunciasse circunstâncias fixas – não exemplificativas – importantes para a determinação da pena, que o tribunal teria que fundamentada e obrigatoriamente seguir e se pronunciar. Tais circunstâncias seriam relativas ao facto - ao seu grau de ilicitude (desvalor da acção e do resultado), ao modo de execução e à gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente -, à culpa – a intensidade dolosa ou negligente do juízo de censura –, às exigências de prevenção geral positiva (as expectativas comunitárias na norma violada); à prevenção especial positiva (a expectativa do autor ser fiel ao direito), aos sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram, às condições pessoais do agente e à sua situação económica, à conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime, e à falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena. O julgador ainda podia acrescentar qualquer outra circunstância agravante ou atenuante, desde que devidamente fundamentada e se revelasse importante para a determinação da pena. Uma norma assim positivada seria suficiente para garantir maior transparência na determinação da pena, não afectaria a discricionariedade do juiz e muito menos a independência judicial, cuja natureza assenta tão só na sua função jurisdicional.

Sendo a prática judicial pouco cuidada na fundamentação da pena, não se justificará que a determinação da pena obedeça a orientações, mais ou menos vinculativas, de modo a garantir transparência e, por via disso, a assegurar a dignidade humana do autor do crime?

Quanto à coerência das penas, seria bem vinda uma maior intervenção do Supremo Tribunal de Justiça. Utilizando a informação e as bases de dados, o STJ poderia dispôr de um acervo documental de sentenças, permanentemente actualizado, que lhe permitisse conhecer o *quantum* das penas para cada categoria de crime. E quando fossem manifestas as disparidades das penas em casos semelhantes – e apenas nestes situações -, na sua qualidade de órgão máximo dos tribunais comuns, o Plenário do STJ poderia promover e fixar orientações para os tribunais inferiores, com a força de um acórdão uniformizador, ou seja, não seriam

obrigatórias para os tribunais judiciais, mas teriam que fundamentar as divergências.

Sendo Portugal um Estado unitário e pequeno, não se justificaria a criação de uma Comissão para criar *sentencing guidelines*. O poder legislativo pode sempre alterar as molduras legais, em conformidade com a política criminal que adoptar, mas a separação de poderes não permite que os poderes executivo e legislativo interfiram na concreta determinação de penas, dando orientações, nesta matéria jurisdicional, ao poder judicial. E, sendo o tempo de hoje de populismo e de forte pressão mediática, em que as intervenções legislativas quase se têm resumido em aumento das penas, criação de circunstâncias agravantes ou atribuir natureza pública a crimes, é justificado o temor que orientações vindas do poder legislativo ou executivo visassem o agravamento das penas, encontrando-as ao máximo da moldura abstracta.

O caminho franqueado pelas novas tecnologias deve, no entanto, levar-nos a rejeitar a substituição de um juiz por um algoritmo ao serviço de duvidosos interesses. Não obstante, deve ser aproveitado para criar bases de dados completas e actualizadas, as quais permitam ao poder político desenvolver melhor legislação criminal e aos tribunais superiores produzir orientações e uniformizar jurisprudência, que reflectam a realidade judiciária e nela intervenham para um melhor e mais justo sistema penal.

É nosso entendimento que não se justifica, entre nós, a criação de *sentencing guidelines*. Orientações jurisprudenciais definidas pelo Supremo Tribunal de Justiça seria a via certa para garantir a coerência e igualdade das penas.

## Referências bibliográficas

ACTON, John, S., "THE FUTURE OF JUDICIAL DEFERENCE TO THE COMMENTARY OF THE UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES", *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 45, 2022, p. 349-406

ADRIANO TEIXEIRA, "Aplicação da pena, dogmática penal e teoria do delito: o exemplo da relevância das consequências extratípicas do delito na aplicação da pena", *Sentença Criminal e aplicação da Pena – Ensaio sobre Discricionariedade, Individualização e Proporcionalidade*, 2017, Editora JusPodivm, pp. 23-41

ALAIN RENAUT, *O Fim da Autoridade*, Instituto Piaget, 2005

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "O Sistema de Determinação da Pena na União Europeia", *Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 42-72

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "DETERMINAÇÃO CONCRETA DA PENA: A RACIONALIZAÇÃO (IM)POSSÍVEL", *40 ANOS – CÓDIGO PENAL 1982-2022, CONGRESSO INTERNACIONAL*, Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ebook, pp. 21-26

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Medida da pena de prisão – desafios na era da inteligência artificial", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 149, N.º 4021, Março-Abril de 2020, pp. 258-272

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena Privativa da Liberdade", *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Universidade Lusíada Editora, 2002, p9. 179-208

ANDRÉ LAMAS LEITE, "Crise da Pena de Prisão e os Abolicionismos – Roteiro de Análise", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 (2019), nº 2, pp. 948-989

ANDRÉ KUHN e CÂNDIDO de AGRA, *Somos Todos Criminosos?*, Casa das Letras, 2010, pp. 29-34,<sup>1</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, 2010-2011

ANDREW von HIRSCH and JULIAN V. ROBERTS, “Legislating Sentencing Principles: the Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions”, *The Criminal Law Review*, 2004, Thomson Sweet & Maxwell, 2004, pp. 639-652

ANTÓNIO LATAS, “Intervenção jurisdicional na execução das reacções criminais privativas da liberdade - aspectos práticos”, *Direito e Justiça*, Lisboa, v. esp. (2004), p. 205-268

ARROYO, Sergio Cámara, “Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional”, ADPCP - *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, VOL. LXXII, 2019, pp. 568-603

BARBOSA, Laís Teixeira e SIQUEIRA NETO, José Francisco, “Hermenêutica da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Common Law e na Civil Law”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 3(2): 227-244 julho-dezembro 2011, p. 227-244

BARREIROS, José António, *Coerência na aplicação das penas*, 03.06.2009, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso\\_jabarreiros.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_jabarreiros.pdf)

CAKMIS, Rosemary, “Federal Sentencing Guidelines”, *MERCER LAW REVIEW*, Vol. 66, 2015, pp. 991-1033

BERMAN, Douglas A., “Distinguishing Offense Conduct and Offender Characteristics in Modern Sentencing Reforms”, *Stanford Law Review*, Oct., 2005, Vol. 58, n.º 1, pp. 277-291

CAMPOS, Sandra, *Sistemas Prisionais Europeus*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015, disponível em [https://run.unl.pt/bitstream/10362/15168/1/Campos\\_2015.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/15168/1/Campos_2015.pdf):

CAPPELLINO, Anjelica and MERINGOLO, John, “THE FEDERAL SENTENCING GUIDELINES AND THE PURSUIT OF FAIR AND JUST SENTENCES”, *Albany Law Review*, Vol. 77, n.º 3, 2013/2014, pp. 771-824

CASTANHEIRA NEVES, “O Sentido Actual da Metodologia Jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º tomo do BFD, Coimbra, 2003, p. 115-150

CAVALEIRO FERREIRA, *Direito Penal Português, Parte Geral II*, Lisboa: Verbo, 1982

CHANENSON, Steven L., “ Five Questions For de Next Thirty Years of Federal Sentencing”, *FEDERAL PROBATION*, Setembro de 2017, pp. 23-27

CRANBERG, Ellen E., “A Definition Out of Reach: Clarifying Constructive Possession in Federal Sentencing Guideline 2D1.1(b)(1)”, *IOWA LAW REVIEW*, Vol. 105, 2020, pp. 1799 -1826

*Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1992, pp. 13-14

CUNHA, José António Rodrigues, “A colaboração do arguido com a Justiça – A confissão e o arrependimento no sistema penal português”, *Revista Julgar*, n.º 32, 2017, Coimbra, pp. 45-69

DAMÁSIO, António, *A Estranha Ordem das Coisas*, Lisboa, Temas e Debates, 2017

DAMÁSIO, António, *Sentir & Saber – A Caminho da Consciência*, Lisboa, Temas e Debates, 2020

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Aspectos Nucleares del Concepto de Proporcionalidad de la Intervención Penal”, *ADPCP - Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. XL, 2007, pp. 165-204

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “NOTAS SOBRE LA DOGMÁTICA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 21, n.º 67, Dezembro de 1999, pp. 31-49

DHAMI, Mandeep K., “SENTENCING GUIDELINES IN ENGLAND AND WALES: MISSED OPPORTUNITIES?”, *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS*, Vol. 76, n.º 1 (2013), pp. 289-307

DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo e Determinação da Sanção nos E.U.A. – Um Estudo sobre as United States Guidelines Sentencing*, tradução de JACSON ZILIO, Emporio do Direito, Florianópolis, 2017

EDWARDS, Elliot, “Eliminating Circuit-Split Disparities in Federal Sentencing Under the Post-Booker Guidelines”, *INDIANA LAW JOURNAL*, Vol. 92, 2017, pp. 817-844

EDUARDO CORREIA, “A Evolução Histórica das Penas”, *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, Vol. LIII, 1977, pp. 51-150

EDUARDO CORREIA, em sede da Comissão de Revisão, 1.º vol., 1.ª ed., p. 378

EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra

ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Algumas Notas sobre a Determinação da Medida Judicial da Pena no Código Penal Português*, Universidade Católica 1985/1986, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B846b2567-edf3-4fda-8587-8c129dc3d93c%7D.pdf>

FERNANDO BESSA PACHECO e MÁRIO BESSA PACHECO, “As Reacções Criminais do Direito Penal Português na perspectiva de reintegração social”, *Análise Psicológica*, 2002, 3 (XX), p. 331-335

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2004, Coimbra Editora,

FIGUEIREDO DIAS, *Consequências Jurídicas do Crime*, 3.ª Reimpressão, Coimbra Editora

GAZAL-AYAL, Oren, “FOREWORD: A GLOBAL PERSPECTIVE ON SENTENCING REFORMS”, *Law and Contemporary Problems*, 2013, Vol. 76, n.º 1, pp. i-viii

GERMANO MARQUES DA SILVA, “O Conceito Europeu de Pena e a sua Relevância no Direito Interno Português”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 729-740

GIOVANNANGELO, de Francesco, *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Giappicheli, 2011

GIUSEPPE BETTIOL, “Punti Fermi in Tema di Pena Retributiva”, in *Scritti Giuridici*, 1966-1980, Pádua, 1980, tomo II, 939-942

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista e actualizada

GOMES, Joaquim Correia, “A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais”, *Revista Julgar*, n.º 6, 2008, Coimbra, p. 77-97

GOUVEA, Carolina Carraro, “OS FUNDAMENTOS DA PENA: ANALISANDO AS TEORIAS QUE JUSTIFICAM A PUNIÇÃO”, *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 6, n. 2, Jul/Dez. 2020, pp. 1-17

GUILFOYLE, Eoin e Ian D. MARDER, “Using data to design and monitor sentencing guidelines: The case of Ireland”, *Common Law World Review*, Vol 50(2-3), Bristol, 2021, pp. 103-119.

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite, *UMA TEORIA DA PENA BASEADA NA VÍTIMA-A BUSCA PELA SATISFAÇÃO DO INDIVÍDUO VITIMADO COMO FINALIDADE DA PENA*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018

HEGEL, G. F. W., *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), tradução de ORLANDO VITORINO, S. D.

INÊS MORAIS, *Fins das Penas*, AAFDL, disponível em <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/FINS-DAS-PENAS-In%C3%AAs-Morais.pdf>

IRENEU CABRAL BARRETO, *As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as Instâncias nacionais*, 2008, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/30anos\\_irineubarreto.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/30anos_irineubarreto.pdf)

ISABEL SÃO MARCOS “A Determinação da Pena no Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do crime de Homicídio Voluntário”, *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Rei dos Livros, 2016, pp. 623-631

JACOBSOM, Jessica, ROBERTS, Julian and HOUGH, Mike, *Towards more consistent and predictable sentencing in England and Wales*, Bristol University Press, Junho de 2020, pp. 43-57

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, II*, Barcelona, 1981

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *CRP Anotada*, tomo I

JOSÉ SOUSA BRITO, “Medida da Pena no Novo Código Penal”, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, pp. 555-587

JULIUS WEITZDÖRFER, YUJI SHIROSHITA and NICOLA PADFIELD, “Sentencing and Punishment in Japan and England: A Comparative Discussion”, *Springer Series on Asian Criminology and Criminal Justice Research*, Series Editor, Faculty of Social Sciences & Humanities University of Macau Department of

Sociology, Taipa, Macao, Macao, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-69359-0>, pp. 189-214

KAI AMBOS, “? Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para lá medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso”, *Revista Penal*, n.º 46, Julho de 2020, Tirant lo blanch, pp. 5-14

KAI AMBOS, “A Liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias”, *Panóptica*, Ano 3, N.º 18, Março-Junho de 2010, pp. 176-207

KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 211

LIN, Xifen, et al, “Sentencing Disparity and Sentencing Guidelines: the Case of China”, *Asian Journal of Criminology*, (2022), Vol. 7, pp. 27–155

LOPES DA CRUZ, Rui Miguel, “A determinação da pena no crime de homicídio qualificado”, *Revista Jurídica AAFDL*, n.º 28 Jan./Fev./Mar. 2014 – Ano XXXV, pp. 7-14

LOPES FELICIO, Guilherme e GOMES, Luís Roberto, *TEORIA DOS FINS DA PENA*, disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2137>

LOVEGROVE, Austin, “PROPORTIONALITY THEORY, PERSONAL MITIGATION, AND THE PEOPLE'S SENSE OF JUSTICE”, *The Cambridge Law Journal*, July 2010, Vol. 69, n.º 2, pp. 321-352

MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, “DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES”, *Processo e Decisão Penal – Textos*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=BrFTKPOQFuQ%3D&portalid=30>, pp. 69-104

MARIA FERNANDA PALMA, “O Argumento Criminológico e o Princípio da Necessidade da Pena no Juízo de Constitucionalidade”, *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, pp. 105-118

MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Lisboa, Editora AAFDL, 2021

MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Conceito material de crime, princípios e fundamentos; Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4.<sup>a</sup> edição – reimpressão atualizada, Lisboa 2021

MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional”, *Revista Julgar*, n.º 21, 2013, Coimbra, pp. 89-117

MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crimes*, Coimbra, 2010-2011

MARTIN VASIK and ADRIAN TURNER, “ Sentencing Guidelines” for the Magistrates’ Courts”, *The Criminal Law Review*, Maio 1993, pp. 345-356

MEADE, Jose and WALDFOGEL, Joel, “ Do Sentencing Guidelines Raise the Cost of Punishment?”, *NB Working Paper Series, JEL n.ºs K14, K40, NBR Working Paper n.º 6361*, 1998, pp. 1-16

MITCHELL, Kelly Lyn, “State Sentencing Guidelines: A Garden Full of Variety”, *Federal Probation*, Setembro de 2017, pp. 28-36

MUÑOZ, Ed A. and MARTÍNEZ, Melissa R., “Latinas and Criminal Sentencing: An Exploratory Analysis”, *Voces: A Journal of Chicana/Latina Studies* , Spring 2001, Vol. 3, n.º 2, pp. 150-176

NOTES, “What’s the Deference? Interpreting the U.S. Sentencing Guidelines After Kisor”, *VANDERBILT LAW REVIEW*, Vol. 75, n.º 3, 2022, pp. 957-995

NOTES, “An argument for confrontation under the Federal Sentencing Guidelines”, *Harvard Law Review*, Vol. 105, n.º 8, Junho 1992, pp. 1880-1899.

PAPA, Jeff and KASHMAN, Chris, “AN INTRODUCTION TO THE FEDERAL SENTENCING GUIDELINES”, *INDIANA LAW REVIEW*, Vol. 51, 2018, pp. 357-375

PAULO BARRETO, Sob o título “Justiça Cível e Justiça Criminal”, *Revista Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2012

PAULO de SOUSA MENDES, “Em Defesa do Particularismo Moral e do Pluralismo Liberal”, *Direito Penal como Crítica da Pena, Estudos em Homenagem a Juarez Tavares*, 2012, Marcial Pons, Madrid, p. 661-667

PEDRO FREITAS, Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade: um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, Tese de Doutoramento, Universidade de Direito – Escola do Minho, 2015

PEDRO MIGUEL FREITAS, “SANÇÕES APLICÁVEIS E SUA DETERMINAÇÃO”, *Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal – Comentários*, edição DH-CH Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2018, pp. 249-264

PÉREZ, Luis Raúl González, “Racionalización de La Pena de Prisión – Pronunciamiento”, *25 Años CNDH (Comisión Nacional de los Derechos Humanos) - México*, disponível em [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento\\_20160331.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf), 2015

PINA-SÁNCHEZ, Jose, et al., HAVE THE ENGLAND AND WALES GUIDELINES AFFECTED SENTENCING SEVERITY? AN EMPIRICAL ANALYSIS USING A SCALE OF SEVERITY AND TIME-SERIES ANALYSES, *BRIT. J. CRIMINOL.* (2019) Vol. 59, pp. 979–1001

PINA-SÁNCHEZ, Jose, BRUNTON-SMITH, Ian and LI, Guanquan, “Mind the step: A more insightful and robust analysis of the sentencing process in England and Wales under the new sentencing guidelines”, *Criminology & Criminal Justice*, 2020, Vol. 20(3) pp. 268– 301

RAPOZA, Phillip, “A EXPERIÊNCIA AMERICANA DO *PLEA BARGAINING*: A EXCEPÇÃO TRANSFORMADA EM REGRA”, *Julgar*, n.º 19, 2013, pp. 207-229

RITCHER, Jonh, A., “Pulling over the United States Sentencing Guidelines: Defining “Arrest” Under Section 4A1.2(a)(2)”, *IOWA LAW REVIEW*, Vol. 101, 2015, pp. 435-463

RITCHER, Jonh, A., “Pulling over the United States Sentencing Guidelines: Defining “Arrest” Under Section 4A1.2(a)(2)”, *IOWA LAW REVIEW*, Vol. 101, 2015, pp. 435-463

ROBALO CORDEIRO, Adelino, “A determinação da pena”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, - Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998

ROBERTS, Julian V., “The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales”, *Evolution of Sentencing Guidelines*, University of Chicago, 2019, pp. 187-245

ROGER SCRUTON, *Breve História da Filosofia Moderna*, 2010

ROXIN, C., *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Tradução de Ana Paula dos Santos et al. 3. ed., Lisboa: Veja, 1998

ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, tradução de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Madrid, 1981

SCHANZENBACH, Max M. and TILLER, Emerson H., “Strategic Judging under the U.S. Sentence Guidelines: Positive Political Theory and Evidence”, *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 23, n.º 1, Abril 2007, pp. 24-56

SERVET, Vicente Magro, *Manual práctico sobre eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal y la determinación de la pena*, Wolters Kluwer España, SA, 2019

SEVIGNY, Eric L., “Excessive Uniformity in Federal Drug Sentencing”, Springer, *J Quant Criminal* (2009), DOI 10.1007/s10940-009-9064-z, pp. 155-180

SILVEIRA, KARINE DARÓS, “PORQUE PUNIR? UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO TILITARISMO REFORMADO DE LUIGI FERRAJOLI”, *Anais do 9.º Congresso Internacional de Ciências Criminais*, EDIPUCRS, 2018, disponível em <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/11.pdf>

SIMAS SANTOS, Manuel, “pena, juiz, legislador e jurisprudência – alguns problemas”, *Revista do Ministério Público*, 166, Abril/Junho de 2021

SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de, *Coerência na Aplicação das Penas, Política Criminal e Ministério Público*, 2012, Universidade do Minho, Escola de Direito, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/24039/1/Manuel%20Jos%C3%A9%20Carrilho%20de%20Simas%20Santos.pdf>

SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, 8.º edição, Rei dos Livros

SKANDER BENNIS, “Ai and the consumer”, *Intersentia*, Cambridge University Press, Maio de 2021, pp.461-485

SKINNS, Christopher David, *Conservative Government Penal Policy 2015–2021*, p. 96, [https://doi.org/10.1007/978-3-031-00797-2\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-031-00797-2_2)

SOUTO de MOURA, José, *A Jurisprudência do STJ sobre a fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*, 26.04.2010, disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/soutomoura_escolhamedidapena.pdf)

SOUZA PÊCEGO, António José Franco de, *Pena de Prisão: Reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da intervenção punitiva do Estado*, Universidade Federal de Uberlândia, 2021

SUSANA CARDOSO, *Justiça individualizada: a consideração do arguido na determinação da pena*, Tese de Doutoramento, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2015,

TERESA SERRA, *Homicídio Qualificado – Tipo de Culpa e Medida da Pena*, Coimbra, Livraria Almedina

VAZ PATTO, Pedro Maria Godinho, “ OS FINS DAS PENAS e a PRÁTICA JUDICIÁRIA – algumas questões, Julho de 2011, disponível em [http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS\\_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf)

WILENMANN, Javier, “Contra las prácticas argumentativas de apelación a la “teoría de la pena” en la dogmática penal”, *Polít. crim.* Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), pp. 754-785