

MEDIDA CONCRETA DA PENA *
NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(Sugestão de Estudo)

Manuel Simas Santos

* Relatório apresentado em 21.5.97 ao Conselho Superior do Ministério Público e referente ao período de equiparação a bolseiro.

Sumário:

- 1. Âmbito**
- 2. Natureza e funções do Supremo Tribunal de Justiça**
 - 2.1. Introdução**
 - 2.2. Evolução**
 - 2.3. Concepção**
- 3. Medida da pena**
 - 3.1. Introdução**
 - 3.2. Medida legal da pena**
 - 3.3. Medida concreta da pena**
 - 3.3.1. Elementos individualizadores da pena**
 - 3.3.2. Fases da determinação da pena**
 - 3.3.3. Poder discricionário, poder vinculado.**
 - 3.3.4. Controle por via de recurso**
- 4. Preocupações com a medida da pena**
 - 4.1. Investigações realizadas**
 - 4.2. O Projecto**
- 5. Conclusão**

1. Âmbito

Requeri a equiparação a bolseiro, nos termos dos artigos 10.º-A do Estatuto dos Magistrados Judiciais, introduzido pela Lei n.º 10/94 de 5 de Maio e 1º e 3º do Dec-Lei n.º 272/88, de 3 de Agosto com o fundamento no exercício de funções como Procurador-Geral Adjunto na secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e na integração, desde o seu início, nas Comissões de Informatização da Jurisprudência e de Informatização da Gestão Processual do STJ.

Os trabalhos desta última Comissão propiciavam então o desenvolvimento de um projecto sobre o qual já me vinha debruçando. Tratava-se de aproveitar os trabalhos desta Comissão para lançar os fundamentos da implementação de uma base de dados sobre a dosimetria penal no STJ que permita 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.

A realização das tarefas exigidas pela implementação deste projecto (estudo das suas implicações, a análise das variáveis que se pensa poderem influenciar a dosimetria penal, o desenho da base de dados necessária e as

especificações relativas ao programa, maxime de tratamento estatístico dos dados), não se compadecia com a ocupação normal do meu trabalho na Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, dado o grande volume de serviço existente e o grau de dificuldade do mesmo.

Daí o pedido de equiparação a bolseiro por um período de três meses e meio, com dispensa daquele serviço, mas mantendo, no entanto, o trabalho das duas Comissões de Informatização e do Conselho Superior de Medicina Legal.

A solicitação do Ex.mo Presidente do Conselho Superior do Ministério Público esclareci que no meu requerimento inicial se continham, do mesmo passo, uma sugestão metodológica e a identificação do objectivo a atingir nesta fase inicial: preparar os instrumentos de análise e observação, as condições de constituição de uma base de dados resultantes dessas observação e análise e, por fim, estabelecer as bases da análise dos dados, designadamente análise de agrupamentos e tratamento estatístico.¹

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

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

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

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

¹ O requerimento de equiparação a bolseiro e o seu complemento encontram-se em anexo à acta da reunião de 9.11.94 do Grupo de Trabalho para a Informatização do Supremo Tribunal de Justiça.

O Conselho Superior do Ministério Público deliberou favoravelmente sobre a pretensão apresentada, estabelecendo a obrigação de apresentar dum relatório sobre o trabalho realizado.

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

2. Natureza e funções do Supremo Tribunal de Justiça

2. 1. Introdução

Exercendo funções no Supremo Tribunal de Justiça desde 15-9-1987 como Procurador-Geral Adjunto, inicialmente na Secção Social e depois na Secção Criminal, sempre me interessei pela especial natureza e funções deste Tribunal.²

Com efeito as considerações sobre tal matéria devem, em meu entender, estar presentes na forma como o STJ exerce essas mesmas funções, pois que condicionam, ou devem condicionar, esse mesmo exercício.

Daí que comece exactamente por abordar esse aspecto.

O Supremo Tribunal de Justiça situa-se na cúpula da hierarquia judiciária. Com efeito, diz o art. 214.º da Constituição que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.³

A Constituição não abordou, pois, a questão das funções do Supremo Tribunal de Justiça e deixou em aberto o problema da sua competência para proferir assentos, remetendo-o para o legislador ordinário, problema no entanto suscitado em Comissão.⁴

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

² Cfr Simas Santos, «Supremo Tribunal de Justiça - Natureza, Funções e Acesso - Direito Comparado» (Revista do Mº Pº, n.º 45, págs. 147-157).

³ O Supremo Tribunal de Justiça, embora previsto na Constituição de 1822, foi criado pelo Decreto de 16 de Maio de 1832, com 9 Conselheiros e só entrou em funcionamento em Setembro de 1833; sendo presentemente composto por 51 Conselheiros a que, de momento, acrescem, mais 6 Juizes Conselheiros auxiliares, nele exercendo funções 11 Procuradores-Gerais Adjuntos.

⁴ Cfr Cunha Rodrigues, *A Constituição e os Tribunais*, pág. 52.

interpretada no sentido de que era lei. E nós, no Estado democrático que queremos construir em Portugal, só podemos admitir um único órgão legislativo: o órgão representativo, o órgão derivado da vontade popular, e não o Supremo Tribunal de Justiça)».⁵

2.2. Evolução

Estabelecido o regime liberal, a Constituição de 1822 determinou a existência de um Supremo Tribunal de Justiça, sendo uma das suas principais atribuições conceder ou negar revista, mas não chegou a ser efectuada a necessária regulamentação. A Carta Constitucional também o criou em Lisboa, como tribunal de revista.⁶

⁵ DAC, pág. 3128/9, Plenário de 17 de Dezembro de 1975.

⁶ Chaves e Castro, A Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portugueses, pág. 158.

O Supremo Tribunal apresenta-se na Internet, dessa perspectiva, da seguinte forma:

Antecedentes - fundação do Supremo Tribunal de Justiça

Histórico - Antecedentes - Nota prévia - Fontes.

Da fundação da nacionalidade até às Ordenações Afonsinas

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

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

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

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

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

Ordenações Afonsinas

Pelas Ordenações Afonsinas, a Casa da Justiça ou Desembargo do Paço foi dividida em duas secções ou "Mesas":

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

Como reminiscência curiosa desta divisão entre a "Mesa Grande" e a "Outra Mesa", refere-se que, ainda hoje, no Supremo Tribunal de Justiça, existe uma sala de reuniões com uma mesa grande e três outras salas menores com mesas pequenas, destinadas, inicialmente, a reuniões plenárias, a primeira, e a reuniões com menor número de Juizes, as restantes, e que no Século XVIII, na "Casa da Suplicação", além da "Mesa

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

« Recebida a petição, o desembargo do paço, como delegado do impetrante civil, concedia ou negava a revista pedida pelo voto unânime de dois desembargadores ou de três, se os dois empatavam, devendo, neste caso, o terceiro concordar com um dos dois votos. Concordando dois desembargadores com se conceder a revista, o desembargo do paço nomeava dois desembargadores da Casa da Suplicação para examinarem o feito e deliberarem, por tenções escritas, se o caso era ou não de revista; e se resolviam pela negativa, ficava esta negada, não obstante os dois votos favoráveis dos desembargadores do paço; se resolviam pela afirmativa, mandava-se passar um alvará assinado pelo punho real e dirigido ao regedor da justiça, para nomear juízes, a quem se cometia a revisão do feito, sendo um relator e os demais adjuntos». ⁷

O Supremo Tribunal de Justiça foi finalmente instituído na reforma judiciária operada pelo Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832, mas só foi organizado e posto a funcionar pelo decreto de 14 de Setembro de 1833, depois de extinto um mês antes o Desembargo do Paço. ⁸

2.3. Concepção

O STJ foi concebido como «regulador e uniformizador da jurisprudência nacional». Como referem Antunes Varela, J. Miguel Beza e Sampaio e Nora, «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 proclamado no art. 208º da Constituição e no art. 3.º da

Grande", em que decidiam os dez Desembargadores dos agravos, havia mais seis (!) "Mesas", para as restantes matérias.

⁷ Chaves e Castro, *op. cit.*, pág. 157, podendo ainda ver-se sobre o recurso de revista Pereira e Souza, *Primeiras Linhas de Processo Civil*. Paulo Merêa, BMJ n.º 7, págs. 43 a 72, Alberto dos Reis, *CPC Anotado*, VI, págs. 11 e segs. e Sá Nogueira, na introdução ao nosso volume «*Supremo Tribunal de Justiça, Assentos e Jurisprudência Obrigatória*» págs. 13-66.

⁸ Caetano Gonçalves, *Supremo Tribunal de Justiça*, Coimbra, 1932; «Dir», 49-164 e 65-254.

Lei Orgânica»⁹. Tal não impede a acção uniformizadora do STJ, como se verá infra.

E são essas funções de regulador e uniformizador da jurisprudência nacional que vem mantendo, cabendo-lhe essencialmente a função de tribunal de revista (art. 29.º da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais).

É, pois, o Supremo Tribunal de Justiça um tribunal de revista, isto é, um «tribunal cuja função própria e normal é restabelecer o império da lei, corrigindo os erros de interpretação e aplicação das normas jurídicas cometidos pela relação ou pelo tribunal da 1ª instância, contribuindo para a uniformização da jurisprudência. Essa uniformização ocorre quer directamente, por via dos assentos, quer indirectamente».¹⁰

«Pelo facto de estar colocado no mais alto grau da hierarquia judicial, de ser tribunal único, e de ser presumível que a jurisprudência estabelecida pelos seus acórdãos venha a ser adoptada, de futuro, em casos semelhantes, é natural que os tribunais de 1ª e 2ª instância se inspirem na interpretação e aplicação que o Supremo for dando aos textos legais.»

«O que dá aos acórdãos do Supremo um prestígio e valor especial é a circunstância de emanarem do mais alto tribunal e de dever supor-se que o Supremo manterá, de futuro, a sua jurisprudência, em casos semelhantes. Esta força, senão de persuasão, ao menos de supremacia, tenderá a produzir o seguinte resultado prático: as tribunais inferiores, mesmo quando não concordem com a doutrina emitida pelo Supremo, serão levados naturalmente a aceitá-la e a aplicá-la. Podem, certamente, reagir contra ela, quando a considerarem errada; e a cada passo reagem. Mas se o Supremo insistir na sua jurisprudência, se se mantiver fiel a ela, os tribunais inferiores acabarão por desarmar e por se submeter, certos de que a sua luta será inglória e inútil. A jurisprudência do Supremo acabará por triunfar contra as veleidades de resistência dos tribunais de instância. Pouco a pouco, por uma lei natural do espírito humano, os juízes dos tribunais inferiores vão-se conformando com as directrizes traçadas pelo Supremo em matéria de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Este o mecanismo indirecto que conduz à uniformização da jurisprudência. Mecanismo lento, mas de resultado seguro. A acção deste

⁹ *Manual de Processo Civil*, pág. 213.

¹⁰ Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, VI, pág. 2.

mecanismo pressupõe a condição já assinalada: que o Supremo se mantenha fiel à sua própria jurisprudência ». ^{11 12}

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; em segundo lugar, modernizar o direito, isto é, adaptá-lo às novas condições sociais e às aspirações contemporâneas: e só reflexamente fazer boa justiça ao recorrente. ¹³

Ora, aproxima-se o Supremo Tribunal de Justiça português do Supremo Tribunal ideal, na síntese conclusiva de André Tunc na obra mencionada, que seria híbrido - nem um terceiro grau de jurisdição que se não distingue das 1ª e 2ª instâncias a não ser pela sua supremacia, uma vez que conhece igualmente de matéria de facto e de direito, nem o oposto que tem exclusivamente por função o controle do respeito da lei - e só poderia ser chamado a intervir sobre questões de direito mas poderia alterar a decisão de fundo, sempre que os factos fossem suficientemente claros.

Costa Andrade, no decurso da discussão sobre a consagração constitucional das regras de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, também se pronunciou no sentido de que se devia dar prioridade à concepção do Supremo como «a última instância de criação de direito e a instância mais qualificada possível». Sendo o Supremo, «em toda a plenitude, criador do direito», esta tarefa «exige criatividade, inteligência e abertura», o que implica que se acolham «contributos novos à tarefa de aplicação do direito.» ¹⁴

Pode, pois, assentar-se em que a primeira missão dos Supremos Tribunais é a de velar pela aplicação das regras jurídicas pelas jurisdições inferiores e assim assegurar ao direito unidade, clareza e certeza, do que é indissociável a modernização do direito, a sua adaptação às novas condições sociais e às aspirações contemporâneas. Só secundária ou reflexamente surge a realização de um novo esforço para fazer boa justiça ao recorrente. ¹⁵

¹¹ Alberto dos Reis, *loc. cit.*, pág. 1-15.

¹² Cfr também Karl Larenz, a importância da jurisprudência para a actividade jurídica prática in *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág. 277.

¹³ Cfr. o número especial da *Revue Internationale de Droit Comparé*, intitulado La Cour Judiciaire Suprême.

¹⁴ Diário da AR, II Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, II Série, 2º suplemento ao n.º 44 de 24-1-82, pág. 904 (51).

¹⁵ Como constitui lição do direito comparado quanto às principais missões dos Supremos Tribunais. A função de assegurar ao direito unidade, clareza e certeza, é indissociável da de modernizar o direito, isto é,

E pode assentar-se também em que o Supremo Tribunal de Justiça português se aproxima desse arquétipo de Supremo Tribunal.

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

Já vimos que é a circunstância de emanarem do mais alto tribunal nacional e de dever supor-se que o STJ de futuro manterá, em casos semelhantes, a sua jurisprudência, que dá aos acórdãos do Supremo um prestígio e valor especial.

Na verdade, sendo o mais alto grau da hierarquia judicial e tribunal único, é de esperar que no futuro os seus acórdãos e a jurisprudência que estabeleçam venha a ser adoptada em casos semelhantes, o que torna natural que as instâncias se inspirem na interpretação e aplicação dos textos legais que o STJ for fazendo.

As instâncias, ainda que não concordando com a doutrina emitida pelo Supremo, terão tendência a aceitá-la aplicando-a, independentemente de reagir contra ela num primeiro momento, quando a considerarem errada. Mantendo o STJ a sua jurisprudência, os restantes tribunais acabarão por se conformar com ela. Mas este mecanismo indirecto e lento de uniformização da jurisprudência pressupõe que o Supremo se mantenha fiel à sua própria jurisprudência.

Ora num Supremo Tribunal como o STJ, com inúmeros recursos e com um número muito alargado de juízes, em que a Secção Criminal funciona já em subsecção ¹⁶, torna-se por vezes difícil a manutenção daquela fidelidade à sua própria jurisprudência, do que é testemunho o número crescente de recursos

adaptá-lo às novas condições sociais e às aspirações contemporâneas. Cfr. neste sentido, Mário Torres, Jornal «Expresso» de 9-1-82.

¹⁶ A 3ª Secção (Secção Criminal) funciona, com efeito, em duas subsecções separadas com dias de sessão diferentes (quartas e quintas-feiras), compostas por juízes diferentes e o mesmo Presidente. No entanto, os Procuradores-Gerais Adjuntos em serviço na 3ª Secção, tem exercido funções indiferentemente nas duas subsecções, assim procurando contribuir para um melhor fluxo de informação entre os Senhores Conselheiros que compõem as duas subsecções, apesar dos inconvenientes pessoais daí resultantes.

para fixação de jurisprudência a correr termos que partem de acórdãos contraditórios do próprio STJ.¹⁷

Daí que se imponham esforços adicionais destinados a evitar a dispersão injustificada da jurisprudência do STJ.

Esses esforços impõem-se ainda mais no domínio penal e, dentro deste, no que respeita à *sentencing*. Com efeito, congregam-se aí dificuldades acrescidas derivadas, por um lado, das múltiplas variáveis envolvidas e, por outro, da circunstância de que, tratando-se de um tribunal de recurso, o STJ não parte da respectiva moldura penal abstracta mas sim da pena já fixada pela 1ª instância.

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

Um dos domínios em que a problemática se coloca com acuidade é, como já se adiantou, o da medida da pena, o que impõe uma breve abordagem dessa temática, em geral.

3. Medida da pena

3.1. Introdução

A lei penal faz corresponder à realização de cada crime uma certa pena por via de regra variável (entre um máximo e um mínimo). Determinada a autoria de um crime, verificado fica o conjunto dos pressupostos de que depende a verificação de uma consequência ou de um efeito jurídicos, o que conduz para um novo domínio: o das consequências jurídicas do crime e reacções criminais¹⁸, domínio em que avulta a questão da determinação da medida da pena e, dentro desta, dado o seu peculiar recorte e dificuldades, a da medida concreta da pena.

O procedimento pelo qual o juiz fixa, no caso concreto, a espécie e a medida da pena que cabem, o mesmo é dizer o problema da determinação da

¹⁷ No ano de 1996 foram proferidos 24 acórdãos que fixaram jurisprudência obrigatória. Desde 1.1.93 até fins de Abril de 1979 foram interpostos 74 recursos penais para fixação de jurisprudência.

¹⁸ Sobre a autonomia, localização e relevância desse domínio pode ver-se Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*, págs. 39 e segs e Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, págs. 11 e segs.

pena, tem sofrido uma grande evolução legal, doutrinal e jurisprudencial, também entre nós.

A reacção, provocada pelos abusos a que conduziu o sistema das penas arbitrárias, levou a primeira legislação penal saída da Revolução Francesa (Código de 1791) a abolir qualquer espécie de discricionariedade na apreciação, pelos juízes, da maior ou menor gravidade do facto e, correlativamente, na medida da punição que lhe devia corresponder, criando um sistema de penas fixas.¹⁹

Diferentemente, a Escola Moderna ofereceu a ideia de um sistema de penas variadas e variáveis, com um acto de individualização judicial da sanção. À lei cabia, no máximo, o papel de definir a espécie ou espécies de sanções aplicáveis ao facto e os limites dentro dos quais deveria actuar a plena discricionariedade judicial, em cujo processo de individualização interviriam, de resto, coeficientes de difícil ou impossível racionalização. Fala-se então da «arte de julgar».²⁰

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

Nesta confluência, os juízes começam por determinar a espécie de pena (sendo caso disso) e a moldura penal (os limites mínimo e máximo) abstractamente aplicáveis, e depois, por forma subjectivista, intuitiva e não racionalizável nem sindicável, por fixar, dentro daquela moldura penal, a medida concreta da pena; ao que eventualmente se seguiria uma ponderação, também intuitiva, do *quantum* de pena em função da consideração e valoração das agravantes e/ou atenuantes.

¹⁹ Cfr Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, pág. 315.

²⁰ Cfr Eduardo Correia, *op. cit.*, págs. 317.

Hoje entende-se que o procedimento que leva à determinação da pena constitui um complexo conjunto de operações que contempla a cooperação entre o legislador e o juiz, sem esquecer a respectiva separação de tarefas e de responsabilidades.²¹

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

Estas são as condicionantes que se impõem ao julgador.

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

O nosso direito constituído, quer na sua evolução, quer no seu estado actual, não se afasta deste quadro geral.

Ocupa-se o Capítulo IV do Título III do Código Penal (arts 70.º a 82.º) da escolha e da medida da pena, ou seja da determinação das consequências jurídicas do facto punível, levada a cabo pelo juiz conforme a sua natureza, gravidade e forma de execução, escolhendo uma das várias possibilidades legalmente previstas.²²

E a determinação judicial da pena não compreende somente a fixação da pena aplicável, mas também a dispensa da pena, a declaração de impunidade, a imposição das medidas de segurança, de perda de objectos e direitos relacionados com o crime, bem como as penas acessórias e as consequências penais.

²¹ Figueiredo Dias, *Direito Penal*, II, pág. 192.

²² *Art. 70.º*, critério de escolha da pena; *art. 71.º*, determinação da medida da pena; *art. 72.º*, atenuação especial; *art. 73.º*, termos da atenuação; *art. 74.º*, dispensa da pena; *art. 77.º*, punição em caso de reincidência; *art. 77.º*, punição do concurso de crimes; *art. 79.º*, punição do crime continuado; *art. 83.º*, pena relativamente indeterminada;

3.2. Medida legal da pena

No domínio da escolha e da medida da pena, o art. 70.º do Código Penal fornece o critério geral para a escolha da pena ²³, e o art. 71.º trata da determinação da medida da pena que compreende também a dispensa da pena e a declaração de impunidade.

²³ No que se refere à escolha da pena, «o Código — refere-se no Preâmbulo do Código de 1982 mantido no actual texto — traça um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem ser sempre executadas com um sentido pedagógico e ressocializador.»

«Simplesmente, a concretização daquele objectivo parece comprometida pela existência da própria prisão. Daí todo o conjunto de medidas não institucionais que já foram mencionadas noutra texto.»

«Medidas que, embora não determinem a perda da liberdade física, importam sempre uma determinação mais ou menos profunda na condução da vida dos delinquentes. Por outro lado, não obstante essas reacções penais não detentivas funcionarem como medidas de substituição, não podem ser vistas como formas de clemência legislativa, mas como autênticas medidas de tratamento bem definido, como uma variedade de regimes aptos a dar adequada resposta a problemas específicos de certas zonas da delinquência.»

«Todavia, é evidente que o combate às penas institucionais correria o risco de insucesso se o Código se limitasse a enunciar as medidas substitutivas, sem fornecer, simultaneamente, o critério geral orientador da escolha das penas. A isso visa o art. 71.º: impondo ao tribunal que dê preferência fundamentada à pena não privativa de liberdade «sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição». Isto é, aceita-se a existência da pena de prisão para os casos mais graves, mas o diploma afirma claramente que o recurso às penas privativas de liberdade só será legítimo quando, face às circunstâncias do caso, se não mostrarem adequadas as reacções penais não detentivas.»

Diversamente do que sucedia no domínio do texto de 1982 (art. 71.º) em que se referia o critério geral orientador da escolha das penas, impondo a preferência pela pena não detentiva desde que esta se mostrasse suficiente para promover a recuperação social do delincente e satisfazer as exigências de reprovação e de prevenção do crime, agora o art. 70.º do Código Penal limita-se a remeter para as finalidades da punição prescritas no art. 40.º, n.º 1 (protecção dos bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade). A mesma preferência por medidas não detentivas, manifestada pelo art. 70.º, resulta também dos arts. 44.º (substituição da prisão não superior a 6 meses, por multa), 50.º (suspensão da execução da pena de prisão não superior a 3 anos), 58.º (prestação de trabalho a favor da comunidade, em vez de prisão não superior a 1 ano) e do art. 74.º (dispensa de pena em crime punível com prisão não superior a 6 meses ou multa não superior a 120 dias).

O citado art. 70.º do visa, designadamente, os crimes punidos com prisão ou multa. São previstos em 134 artigos (137.º, 139.º, 143.º, 148.º, 151.º, 153.º a 156.º, 158.º, 171.º, 174.º, 175.º, 180.º, 181.º, 183.º, 185.º, 187.º, 190.º a 195.º, 197.º, 199.º, 200.º, 203.º a 205.º, 208.º, 209.º, 212.º, 213.º, 215.º a 232.º, 235.º, 247.º a 256.º, 258.º a 263.º, 265.º, 266.º, 268.º a 271.º, 274.º a 279.º, 281.º a 283.º, 289.º a 293.º, 295.º a 298.º, 302.º a 307.º, 322.º, 323.º, 328.º, 330.º, 332.º, 336.º a 339.º, 341.º, 342.º, 348.º, 351.º, 353.º, 356.º a 360.º, 363.º, 365.º a 367.º, 369.º a 385.º).

E a fundamentação a que o mesmo se refere consiste na demonstração de que a pena não detentiva se mostra suficiente para que, no caso concreto, sejam alcançados os efeitos que se pretendem obter com qualquer reacção criminal, na justificação da prognose social favorável que está na base da opção pela pena não privativa da liberdade.

A determinação da medida da pena supõe a determinação da *medida legal ou abstracta da pena* (num primeiro momento determina-se a moldura legal aplicável ao caso concreto) e da *medida judicial ou concreta da pena* (num segundo momento determina-se a pena a aplicar concretamente).

Como resulta da Parte Especial, a lei criou uma moldura penal abstracta mais ou menos ampla, igual para todos os casos subsumíveis ao mesmo preceito legal, dentro de cujos limites deve ser fixada a pena, moldura a que se pode chamar «da pena normal ou geral».

Mas o legislador considera frequentemente, a partir daqueles tipos de crimes fundamentais, determinadas circunstâncias que modificam aquela moldura penal abstracta, ou seja, *circunstâncias modificativas* que, tanto podem acarretar uma diminuição (*circunstâncias atenuantes*) como uma elevação (*circunstâncias agravantes ou qualificativas*) e, por outro lado, cria, na Parte Especial, tipos de crimes especialmente graves (ou qualificados), ou menos graves (ou privilegiados), como, por exemplo, nos arts. 132.º, 133.º.

São, em síntese, as seguintes as *circunstâncias modificativas comuns* a todos os crimes:

- agravante: reincidência (art. 76.º);
- atenuantes:
 - previstas expressamente, *ope judicis*: comissão por omissão (art. 10.º, n.º 3), erro censurável sobre a ilicitude (art. 17.º, n.º 2), excesso de legítima defesa (art. 33.º, n.º 1), estado de necessidade desculpante (art. 35.º, n.º 1) e jovem delincente (art. 4.º do DL n.º 401/82);
 - previstas expressamente, *ope legis*: tentativa (art. 23.º, n.º 2), cumplicidade (art. 27.º, n.º 2) e consentimento do ofendido não conhecido (art. 38.º, n.º 4);
 - não previstas expressamente, *ope judicis*: atenuação especial (art. 72.º).

No caso de *concurso de diferentes circunstâncias modificativas agravantes* deve adoptar-se o *sistema da acumulação*, salvo se outro resultar do tipo de crime, para as agravantes especiais que preveja.

«Assim, acumular-se-ão os efeitos das várias agravantes modificativas, por uma ordem que se afigura praticamente indiferente, mas deve em rigor começar-se pelas circunstâncias especiais, seguindo-se as comuns, ou seja, a reincidência». ^{24 25}

O mesmo sistema deve ser usado no caso de concurso de circunstâncias modificativas atenuantes, considerando-se o valor atenuante de todas essas circunstâncias, sejam especiais ou comuns, começando-se pelas primeiras.

Finalmente, no concurso de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, determina-se, em primeiro lugar, a medida abstracta ou legal da pena em função do valor das agravantes e, em segundo lugar, fazem-se intervir as atenuantes sobre aquela medida.

3.3. Medida concreta da pena

Se for caso da dispensa de pena ou adiamento da sentença (art. 74.º) ou das medidas de correcção ao jovem delincente (art. 6.º, do D.L. n.º 401/82) poder-se-á ficar pela determinação da medida legal ou abstracta da pena. Mas, não o sendo, haverá que concretizar ou individualizar a pena.

Ou seja, haverá que determinar a medida concreta da pena.

Um dos princípios basilares do Código Penal reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta,²⁶ como desde logo o pronuncia o seu art. 13.º, ao dispor que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

²⁴ Robalo Cordeiro, *Escolha e Medida da Pena*, CEJ, I, pág. 265).

²⁵ Não se continua assim a seguir o *sistema de absorção agravada* do Código de 1886 («No concurso de circunstâncias qualificativas que agravam a pena do crime em medida especial e expressamente considerada na lei, só terá lugar a agravação resultante da circunstância qualificativa mais grave, apreciando-se as demais circunstâncias dessa espécie como se fossem de carácter geral» — § único do art. 96.º), de que o n.º 2 do art. 76.º deste Código seria um afloramento.

²⁶ O papel fundamental atribuído à culpa impõe a referência à *culpa na formação da personalidade*. No texto correspondente do Projecto de 1963, aprovado na Comissão Revisora do Código de 1982, referia-se a culpa do agente *pelo facto e pela sua personalidade*, expressão que foi suprimida no texto da versão originária do Código.

Como resultava do art. 20.º do Projecto inicial de 1963 a culpa era entendida em sentido ético-jurídico, encarada na dupla perspectiva de culpa pelo facto e pela personalidade, sem que por isso o sistema punitivo deixasse de assentar naquele para se fundamentar nesta. O facto continuava a ser o ponto de partida da punição, mas o facto praticado por um homem dotado de certa personalidade — não qualquer personalidade, mas a expressa no próprio facto. Maia Gonçalves entende que aquela supressão teve tão só

Esse princípio da culpa significa não só que não há pena sem culpa, mas também que a culpa decide da medida da pena, ou seja, a culpa não constitui apenas o pressuposto-fundamento da validade da pena, mas a medida da culpa afirma-se também como limite máximo da mesma pena, o que — como se refere no Preâmbulo do Código de 1982 e que foi mantido na presente publicação — é aceite mesmo pelos autores que dão uma maior tónica à prevenção geral. Mas já não se verifica o mesmo acordo quanto ao papel que cabe à culpa na determinação concreta da pena, apresentando-se três posições:

— *teoria da pena exacta* (Punkstrafe) — no acto de determinação da pena o juiz parte da pena que, de acordo com o *seu* critério, corresponde à culpa (pena exacta), modificando-a depois em função dos outros fins das penas, combinando diferentes possibilidades de sancionamento, sem que possa ultrapassar o limite imposto pela culpa;²⁷

— *teoria da margem de liberdade* (Spielraumtheorie) — a pena concreta é fixada entre um limite mínimo (já adequado à culpa) e um limite máximo (ainda adequado à culpa), determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas (as exigências da prevenção geral e, sobretudo, da prevenção especial) dentro destes limites;²⁸

— *teoria do valor de emprego ou dos graus* (Stellenwerttheorie) — a culpa só é tomada em conta no momento de determinação da duração da pena, e as razões de prevenção (designadamente, especial) decidem, sem intervenção da culpa, da escolha do tipo da pena (prisão, multa, suspensão da pena, regime de prova, admoestação) e só desta.²⁹

o significado de deixar a questão para a Doutrina, por se entender que era aí a sua sede própria, sem de modo nenhum rejeitar a culpa na formação da personalidade Código Penal Anotado, pág. 198) Mas, como refere Robalo Cordeiro, essa supressão não significa que se tenha deixado de aceitar a ideia de culpa na dupla faceta de culpa pelo facto e pela personalidade (arts. 83.º e 84.º), mantendo o Código referências à ideia de culpa na formação da personalidade (v.g., arts. 17.º, n.º 2, 71.º, n.º 2, al. f) e 77.º, n.º 1) - *Da Medida da Pena*, CEJ, pág. 270.

²⁷ Cfr. H. H. Jescheck, *Derecho Penal*, pág. 1199.

²⁸ Cfr. Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 94-113.

²⁹ Cfr. Jescheck e Roxin, *loc. cit.*

O art. 85.º do Projecto de 1963 (correspondente ao n.º 1 do art. 71.º) decidiu-se pela teoria da margem de liberdade, tendo o autor do Projecto considerado, com a concordância da Comissão Revisora do Código de 1982, que «é claro que, em absoluto, a medida da pena é uma certa; simplesmente, qual ela seja exactamente é coisa que não poderá determinar-se, tendo, pois, o aplicador que remeter-se a uma aproximação que, só ela, justifica aquele “Spielraum”, dentro do qual podem ser decisivas considerações derivadas da pura prevenção». ³⁰

E a mesma decisão traduziam os arts. 71.º e 72.º do texto de 1982. ³¹

3.3.1. Elementos individualizadores da pena

A que elementos deve o juiz atender na determinação da pena, a efectuar, dentro dos limites definidos na lei, em função da culpa do agente e das exigências de prevenção ³² ?

— A todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra o agente, nomeadamente às referidas no n.º 2 do art. 71.º, a título exemplificativo,

— O grau de ilicitude do facto (o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente);

— A intensidade do dolo ou da negligência;

— Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

— As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

— A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;

— A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

³⁰ Cfr. BMJ n.º 149, pág. 72.

³¹ Cfr., neste sentido, Taipa de Carvalho, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, págs. 96 e 97, notas 172 a 174.

³² Cfr. n.º 1 do art. 71.º

— Às referidas no n.º 2 do art. 72.º que, quando não diminuem por forma acentuada, mas só geral, a ilicitude do facto ou a culpa do agente, são susceptíveis de se reconduzir àquelas outras circunstâncias (do n.º 2 do artigo 71.º).

Deve ter-se em atenção que:

— não se pode recorrer às circunstâncias que fazem parte do tipo legal do crime, para que se não viole o princípio *ne bis in idem*, uma vez que tais circunstâncias já foram tomadas em consideração pela própria lei para a determinação da moldura penal. Mas isso não impede que o tribunal atenda àquelas circunstâncias nos casos em que a sua intensidade concreta ultrapasse aquela que foi considerada pelo legislador para efeitos da determinação daquela moldura;³³

— «os sentimentos manifestados na preparação do crime» [c) do n.º 2 do art. 71.º] são os elementos que caracterizam a atitude interna ou atitude moral do delinquente e que não cabem no dolo, nem nos motivos ou fins da vontade criminosa, dizendo respeito, mais directamente, à posição do agente perante a própria ordem jurídica («elemento imprescindível da medida da pena»³⁴);

— a conduta posterior é tomada em conta desde que se relacione com o crime. Este elemento não vale autonomamente mas só na medida em que revele uma maior ou menor adequação do facto à personalidade do agente;³⁵

— a al. f) do n.º 2 do art. 71.º refere-se a elementos da culpa pela personalidade que hão-de servir de complemento à culpa pelo facto;

— sucede, por vezes, que os factores que influem na medida da pena podem ter um significado oposto (ambivalência desses factores), segundo o fim das penas considerado. Se, por exemplo, o réu, face à frequência de roubos «por esticção», o «tenta uma vez», merece indulgência do ponto de vista do princípio da culpabilidade, mas ao inverso, do ponto de vista da prevenção geral, merece uma pena severa;

³³ BMJ n.º 149, pág. 74.

³⁴ Cfr. BMJ n.º 149, pág. 75.

³⁵ Cfr. BMJ n.º 149, pág. 76.

— o n.º 3 do art. 70.º do Código Penal permitirá que a fixação da medida da pena seja sindicável pelo Tribunal de recurso e cria ainda ao juiz a necessidade de consciencializar ou racionalizar as operações que o levam a proferir uma pena com uma certa medida concreta.³⁶

3.3.2. Fases da determinação da pena

Segundo o esquema que resulta do artigo 71.º, a determinação da pena desenrola-se em três fases:

- 1.ª fase—escolhem-se os fins das penas, pois só a partir deles se podem ajuizar os factos do caso concreto relevantes para a determinação da pena e a valoração que lhes deve ser dada (o n.º 1 indica a culpa do agente em primeiro lugar, mas no mesmo nível situa as exigências de prevenção), lembrando que agora dispõe o art. 40.º, n.º 1 sobre as finalidades da punição—protecção dos bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade;
- 2.ª fase—fixam-se os factores que influem no doseamento da pena, as circunstâncias concorrentes no caso concreto que, em relação com os fins das penas, têm importância para a determinação do tipo e gravidade da pena (indicados, exemplificativamente, no n.º 2);
- 3.ª fase—tecem-se os considerandos que fundamentam a determinação efectuada (de acordo com o n.º 3).

3.3.3. Poder discricionário, poder vinculado.

Tem sido posta a questão de saber se a actividade judicial de determinação da pena deve ser considerada como uma actividade discricionária. A determinação da pena dentro dos limites da moldura penal é um acto de discricionariedade judicial, mas não uma discricionariedade livre

³⁶ Cfr. BMJ n.º 149, pág. 74.

como a da autoridade administrativa quando esta tem que eleger, de acordo com critérios de utilidade, entre várias decisões juridicamente equivalentes, mas antes de uma discricionariedade juridicamente vinculada.³⁷

O exercício dessa discricionariedade pelo juiz na individualização da pena depende de princípios individualizadores em parte não escritos, que se inferem dos fins das penas em relação com os dados da individualização. Trata-se de aplicação do direito e, como acontece com qualquer outra operação nesse domínio, mesclam-se a discricionariedade e a vinculação, com recurso a regras de direito escritas e não escritas, elementos descritivos e normativos, actos cognitivos e puras valorações, assim se afastando a concepção da «arte de julgar» a que já nos referimos.³⁸

Deve, no entanto, notar-se que neste domínio o juiz tem de a traduzir, numa certa quantidade (exacta) de pena, os critérios jurídicos de determinação, circunstância específica no domínio da aplicação do direito.³⁹

Como se viu, no que se refere à medida da pena, a lei confia a tarefa de concretização da pena nos limites da moldura penal abstracta que acompanha a incriminação típica da parte especial dos códigos penais ou da legislação extravagante ao juízo político-criminal do julgador. Os arts. 71.º e 72.º contêm «um “programa” legislativo para o julgador, o que não significa que a determinação da medida da pena ocorra «num espaço livre de legislação e de racionalidade, em que tudo seria atribuído à «arte» e à subjectividade do julgador. Só que, como a sociologia da acção jurisdicional tem posto em evidência - e só isto, acentue-se, queremos vincar aqui -, não é possível preencher o “programa” do legislador sem o contributo dos concorrentes “programas” do julgador, dos seus *second codes* que prestam homenagem a estereótipos, ideologias e “teorias”». ⁴⁰

Escreve ENGISCH «*também* aqui não obstante todos os esforços da teoria e da prática para trazer *justiça* à graduação da pena -, por um lado, desempenha

³⁷ Cfr Karl Larenz sobre a irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz, na *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág 353.

³⁸ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 788.

³⁹ Cfr Karl Larenz sobre a irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz, na *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág 353.

⁴⁰ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia - o homem delinvente e a sociedade criminógena*, págs. 510.

um papel importante a ideia de utilidade ou conveniência prática e, por outro lado, subsiste um resíduo de apreciação pessoal que não pode ser reduzido pela análise da razão e que é, portanto, uma componente individual». Lembrando que os «fins» das penas não são unívocos, acrescenta ENGISCH: «se tanto a valoração axiologicamente estruturada da ordem da justiça como a valoração teleologicamente estruturada da ordem da conveniência prática são factores inseguros da graduação das penas, a custo o produto desses factores poderá ser alguma vez unívoco». ⁴¹

É, então, juridicamente vinculada a actividade judicial de determinação da pena. ⁴²

Na individualização da pena o juiz deve procurar não infringir o principio constitucional de igualdade, o qual exige que na individualização da pena não se façam distinções arbitrárias. ⁴³ Ora, têm sido notadas distonias significativas nesta matéria, nos tribunais recorridos, quer em condições diferentes, quer em idênticas condições de tempo e de lugar, num momento, aliás, em que a justiça penal se encontra entre nós sob o foco (e, às vezes, o fogo) dos media e da opinião pública. E mesmo o STJ encontra uma cada vez maior dificuldade em respeitar aquele mesmo princípio.

Mas esta preocupação está generalizada. O 8º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, realizado em 1987, foi dedicado ao tema «Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções». O colóquio, em que foram apresentados três relatórios sobre a desigualdade na determinação da pena, sobre o contexto das disparidades na administração da justiça penal e sobre as

⁴¹ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Gulbenkian pág. 205.

⁴² Cfr o ac. do STJ de 24.2.88, BMJ n.º 374, pág. 229.

⁴³ Por «disparidades injustificadas» entendem-se as diferenças na aplicação das penas que resultem de concepções variáveis que não fazem parte da política declarada da jurisdição em matéria de aplicação das penas - por exemplo, as variações que provêm de opiniões pessoais, de tradições locais ou regionais que se perpetuam sem justificação, ou variações influenciadas pelos "media". A gravidade daquelas decorre, não só da importância social das penas aplicadas pelos tribunais, mas também das repercussões de certas penas (sobretudo das privativas da liberdade) nos arguidos. A comissão, sem com isso o querer sobrestimar, reconheceu o papel que podem desempenhar certas penas ou certas políticas em matéria de aplicação das penas relativamente ao objectivo de prevenção geral: a aplicação das penas (com a educação, as políticas sociais, as estratégias de prevenção da criminalidade, etc.) é um dos dos factores que contribuem para isso. Importa também que as penas sejam reconhecidas como equitativas e coerentes. Os casos análogos devem ser tratados de maneira análoga, e os casos diferentes de maneira diferente, na condição das diferenças serem escrupulosamente justificadas. Isto facilitará o respeito da justiça relativamente aos arguidos e às vítimas. Isso permitirá, também, o reforço da confiança do público no sistema de justiça penal: ainda que as preocupações do público, respeitantes às disparidades na aplicação das penas, assentem, por vezes, em informações imperfeitas ou incompletas, há, decerto, casos em que tais preocupações são fundadas.

técnicas de redução das disparidades subjectivas na aplicação das penas, bem como um relatório geral ⁴⁴, fez diversas recomendações. ⁴⁵

E na sequência desse Colóquio, o Conselho da Europa aprovou a Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas. ⁴⁶

Entre nós, a prática judiciária, no domínio da medida da pena, não tem sido, tanto quanto seria desejável, objecto de estudo, diversamente do que tem sucedido em alguns outros países, e mesmo a doutrina mais recente só se deteve sobre um ponto dessa prática. ^{47 48}

⁴⁴ Cfr. «*Etudes relatives à recherche criminologique*», Volume XXVI, CDPC, Strasbourg 1989.

⁴⁵ «O colóquio recomenda ao Conselho da Europa o prosseguimento do estudo das questões ligadas à aplicação das penas. Os trabalhos nesse domínio poderiam visar nomeadamente:

- I. a elaboração de estatísticas europeias uniformes em matéria de aplicação das penas;
- II. uma difusão maior da documentação existente sobre as disparidades na matéria e as soluções propostas;
- III. a criação de um grupo de trabalho encarregado de formular recomendações concernendo as questões seguintes:
 - a formação e a pesquisa empírica em matéria de aplicação das penas, incluindo a formação jurídica inicial e a difusão e a troca de informações entre os juízes;
 - a identificação de princípios gerais aplicáveis à aplicação das penas, incluindo o exame dos factores pertinentes e dos factores sem interesse na matéria;
 - a sistematização das decisões proferidas.»

⁴⁶ «O Comité de Ministros, nos termos do artigo 15.b do Estatuto do Conselho da Europa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Recomenda aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações que figuram no anexo à presente recomendação, para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas

⁴⁷ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*, págs. 210-1, Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, págs. 142-8 e Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal* 1ª Ed., I, pág. 378 e 2ª Ed., I, pág. 556.

No entanto, reconhece-se que o estudo e o controlo da criminalidade requerem uma aproximação integrada do processo de aplicação da justiça penal. «O estudo das instâncias formais de controlo não pode bastar-se com considerá-las como agências isoladas uma das outras, auto-suficientes e auto-reguladas: uma tal consideração impediria, na verdade, o progresso na área da prevenção e do controlo do crime. Importa, diferentemente, complementar uma tal consideração isolada por um estudo compreensivo e integrado do processo de aplicação da justiça penal, que permita dar uma maior consistência e uma maior eficiência - tal como elas devem ser medidas à luz dos principais objectivos ou metas sistémicas, ao «sistema» com um todo.

O estudo da «acção» jurisdicional no contexto duma teoria geral da selecção da criminalidade - perspectiva que é, importa retê-lo, aquela em que nos situamos - há-de naturalmente almejar: em primeiro lugar, a identificação dos factores ou variáveis que determinam o conteúdo das decisões do tribunal; e, em segundo lugar, a sua ulterior integração em hipóteses e teorias explicativas com o alcance possível do ponto de vista da validade científica.

Dentre a multiplicidade e variedade de decisões que o tribunal criminal tem de tomar, sobressaem as que contendem com a fixação dos factos, a sua valoração e qualificação jurídico-criminal e, por último, a escolha e determinação da medida da pena. Com efeito, é sobretudo através destas decisões que se exprime a intervenção do tribunal no processo de criminalização secundária e, nessa medida, no processo de selecção.»⁴⁹

Espera-se que os trabalhos de informatização da gestão processual em curso no Supremo Tribunal de Justiça e o recente Observatório da Justiça, contribuam para a implementação de sistemas que permitam a análise da determinação da medida da pena em processos da competência dos tribunais colectivos.

3.3.4. Controlo por via de recurso

⁴⁸ Não se devem esquecer os trabalhos da Dr.^a Maria Rosa Crucho de Almeida (GEPMJ) e o recente inquérito *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português* de Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira.

⁴⁹ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Criminologia - o homem delincente e a sociedade criminógena*, págs. 374 e 501.

Temos que, como nota significativa da actual evolução no que se refere à medida da pena, não se apresentam dúvidas de que o procedimento de determinação da pena se traduz numa autêntica aplicação do direito, com o seu cortejo de consequências.

Entre estas destaca-se a da possibilidade de controle do procedimento de determinação da pena, por via de recurso. Não só o Código de Processo Penal regulou aquele procedimento, de algum modo autonomizando-o da determinação da culpabilidade,⁵⁰ como o n.º 3 do art. 71.º (e antes dele o n.º 3 do art. 72.º da versão originária) do Código Penal dispõe que «na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos de medida da pena», alargando a sindicabilidade, tornando possível o controlo dos tribunais superiores sobre a da decisão de determinação da pena.

Dado que o Supremo Tribunal de Justiça só conhece de direito em recurso de revista, o que aliás também sucede por vezes com os Tribunais de Relação, deve ponderar-se sobre os limites da sindicabilidade, da noção de «matéria de direito» para efeitos de possibilidade de controle.

A tendência na doutrina e na jurisprudência vai no sentido do alargamento daqueles limites. A doutrina mostra-se de acordo com a ideia de que é susceptível de revista a correcção do procedimento ou das operações de determinação, o desconhecimento pelo tribunal ou a errónea aplicação dos princípios gerais de determinação, a falta de indicação de factores relevantes para aquela, e a indicação de factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis. A questão do limite ou da moldura da culpa estaria plenamente sujeita a revista, assim como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do quantum exacto de pena, para controlo do qual o recurso de revista seria inadequado, salvo se tiverem sido violadas regras da experiência ou se a quantificação se revelar de todo desproporcionada.⁵¹

Por seu lado, o Supremo Tribunal de Justiça tem, na sua jurisprudência ido mais longe e conhecido amplamente, em recurso de revista (agora *revista alargada*), da questão da determinação da pena, conhecendo de todas as questões de que possa conhecer, de acordo com os poderes processuais de que dispõe.⁵²

⁵⁰ Cfr. arts. 369.º, 370.º e 371.º do CPP.

⁵¹ Figueiredo Dias, como na nota 1, pág. 197.

⁵² Começa agora a desenhar-se uma nova preocupação no Supremo Tribunal de Justiça com os limites dos poderes de cognição do tribunal de revista em sede de medida concreta da pena.

4. Preocupações com a medida da pena

4.1. Investigações realizadas

A análise e estudo das decisões dos tribunais tem dado, noutros países, origem a uma grande actividade de investigação traduzida numa extensa bibliografia de não fácil acesso para nós.⁵³

Sem pretensões de exaustão, podem indicar-se algumas das perspectivas de análise e métodos de investigação, de forma necessariamente esquemática, dadas as limitações deste trabalho.⁵⁴

Sistema de justiça penal. O impacto do sistema da justiça penal na determinação das sentenças foi estabelecido a dois níveis:

- a) - a dependência do juiz quanto aos processos que precedem a audiências;
- b) - a desapossação do juiz da fase de execução e aplicação das penas.⁵⁵

Tipo de tribunal. O estudo das decisões pode ser diferenciado em função dos diferentes tipos de tribunal: juiz singular, tribunal colectivo e tribunal de júri. A «acção» do juiz singular e a «interacção» do tribunal colectivo (negociação, controlo, liderança e influência recíproca, poder).⁵⁶

⁵³ O interaccionismo, ao problematizar o modo como a sociedade responde ao crime e porque o faz, e não o que o homem faz e porque o faz, converteu o estudo das instâncias de controlo, quer formais (nas quais se destaca o tribunal), quer informais, em objecto da criminologia. Cfr Costa Andrade e Figueiredo Dias, *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, pág. 365 .

⁵⁴ O que se procurou, de algum modo, compensar com indicações bibliográficas pertinentes.

⁵⁵ M. Robert, «*De l'inégalité dans la détermination de la peine*» - Relatório ao 8º Colóquio de Criminologia, Strasburgo, 1987).

Cfr, a propósito: R. Levy «*Pratiques policières et processus pénal: le flagrant délit*», CESPIP, *Déviance et contrôle social*, n.º 39, 1984; B. Aubusson de Cavarlay, «*Les filières pénales*», CESPIP, *Déviance et contrôle social*, n.º 43, 1987; Conseil de la Recherche, *Séminaire sur l'approvisionnement de la justice pénale*, Ministère de la Justice, 6-7, Março de 1985; A. Dadidovitch, «*Le Ministère Public: statistiques de l'activité des tribunaux de grande instance en 1964, essai de typologie*, Compte Générale de l'administration de la Justice por 1967, Paris, Ministério da Justiça, 1969.

⁵⁶ Cfr Harry Kalven e Hans Zeisel, *The American Jury* (1996), F. Strodtbeck, R. James e Hawkins «*social status in jury*» *Deliberations*, ASR, 1957, R. James «*status and competence of jurists*», AIS, 1959, G. Schubert, *quantitative analysis of judicial behaviour*, New York, The Freer Press, 1959.

Origem dos juízes, a sua personalidade e atitudes. Pode a análise atender à origem dos juízes e à sua personalidade. Como refere Marc Robert,⁵⁷ apesar das limitações dos estudos empíricos, os sociólogos puseram em evidência a importância, para o estudo das disparidades das penas, da atitude dos juízes.⁵⁸

⁵⁹ ⁶⁰

Plea negotiation e Guilty plea. Pode atender à *plea negotiation* e à *guilty plea*.⁶¹ Adianta Blumberg que a *guilty plea* é uma representação «durante a qual o acusado tem de exhibir uma medida adequada e aceitável de culpa, penitência e remorso. Se ele consegue com sucesso fingir de ‘pessoa culpada’ os seus ouvintes embarcarão na fantasia de que ele está arrependido e merece uma sanção mais mitigada.»⁶² ⁶³

Posição do Ministério Público e da Defesa. São importantes preditores das sentenças as recomendações do M^o P^o, as recomendações da defesa (para a

⁵⁷ *De l'inegalité dans la détermination de la peine* - Relatório ao 8^o Colóquio de Criminologia, Strasburgo, 1987.

⁵⁸ Cfr. R. Dahrendorf, *Sociedad e Libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, Tecnos, 1971; Stuart Negel, *The Legal Process from a Behaviour Perspective*, Dorsey Press, 1969; R. Hood, *Sentencing in Magistrates' Courts - a study*; J. Van Kerckvoorde, «*The myth of equity and proportionality in the application of criminal law*», *Annales Internationales de criminologie*, 184, vol 22; P.C. Van Duyne, *A psychological approach to differences in sentencing*, Research and Documents Center, Ministry of Justice, the Hague, 1981; J. Hogarth, *Sentencing as a human process*, Toronto University Press, 1971; J-Fr Gaudet, «*The sentencing behaviour of the judge, in V.C. Branham e SB Kutash Encyclopedia of Criminology*, New York, Philosophical Library, 1949; S.C. Versele, «*Une tentative d'approche psychologique de la magistrature belge de première instance*», *Revue de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles*, 1966; J. Chazal de Mauriac, «*Le processus d'élaboration de la sentence pénale. Aspects psycho-sociaux, Le fonctionnement de la justice pénale*», *Actes du 9^o Congrès Français de Criminologie. Faculdade de Direito e Ciências Económicas, Montpellier*, 1971, pág. 220; Ph. Robert, C. Fangeron, G. Kellens, «*Les attitudes des juges à propos des prises de décision*», Ministério da Justiça, SEPC, Novembro, 1972.

⁵⁹ A atitude do juiz, quer a partir de posições políticas ou ideológicas, quer de maior orientação para a ressocialização ou retribuição, autoritarismo ou posição responsabilizadora, etc. têm sido objecto de estudo e controvérsia.

⁶⁰ Cfr. Mário José Barroco de Melo, *Subjectividade e Individualização da sanção. Hábito ou monge ?*. Texto policopiado, Porto, 1994

⁶¹ C. Spohn, J. Gruhl e S. Welch, «*Does it play to plead guilty*», *Law & Society Review*, 1981-2, pág. 45.

⁶² A. Blumberg, *Criminal Justice*, Chicago: Quadrangle Books, 1967, pág. 89.

⁶³ Cfr. também CH. Pruitt/J. Wilson, (n. 31), pág. 625 e segs.; C. Spohn/J. Gruhl/S. Welch, «*Does it Pay to Plead Guilty? Differential Sentencing and the Functioning of Criminal Courts*», *Law & Society Review* 1981-82, pág. 45 e segs; A. Ashworth, «*The English criminal process: a review of the empirical research*, 1984, capítulo 9.

caução), da *probation*, (reinserção social), antecedentes criminais e gravidade do crime.⁶⁴

Posição dos peritos. A posição dos peritos pode ser também objecto de atenção. É a mesma questionável, eventualmente pela sua falta de clareza tornando inútil o seu testemunho.⁶⁵

Opinião pública. Outro tipo de pesquisas funda-se na imagem da justiça penal na sociedade, nomeadamente em relação ao princípio da equidade.⁶⁶

Investigações realizadas⁶⁷ confirmam que, curiosamente, a ideia de que a sociedade francesa faz do juiz está próxima da que tem o juiz de si próprio.⁶⁸ As pesquisas sobre a imagem da justiça mostram também que, na Inglaterra, a opinião pública pressupõe que o sistema penal é coerente e que as sanções refletem o senso comum.⁶⁹

Mass media. A imagem da justiça penal através da imprensa difere das representações da opinião pública, no que respeita ao problema da «injustiça» na produção penal é posta mais directamente por certas correntes, outras reprovam à justiça o funcionar de maneira monótona e sem discernimento, encontrando aqui a marca de falta de individualização.

Situação social e económica. Os dados disponíveis apontam também para uma relutância dos juízes em condenarem a prisão efectiva as elites e as classes médias da vida económica, da administração ou das profissões liberais e respectivos filhos, com destaque para os delinquentes *white-collar* (especialmente os autores de crimes contra a economia).^{70 71}

⁶⁴ A. Champagne, S. Nagel, *The Psychology of Judging*. In *The Psychology of the Courtroom*, N. Kerr e R. Bray Eds., London: Academic Press, e V. Konecni e E. Ebbesen, *Methodological Issues in Research an Legal Decision-Making, With Special Reference to Experimental Simulations.*, in Losel.

⁶⁵ D. Carson, *Beyond The Ultimate Issue*, in Losel; D Bendere e T. Bliesener, Eds., 1992, *Psychology and Law: International Perspectives*. Berlin: Walter de Gruyter

⁶⁶ Marc. Robert, «*De l'inégalité dans la détermination de la peine*», 8^a Relatório ao 8^o Colóquio Criminológico.

⁶⁷ Robert Laffargue e Verneuil. cfr D. Verneuil, «*L'image de la justice criminelle dans la société. Fonctions et processus du système pénal*», Ministério da Justiça, SEPC, 1980, *Déviance et contrôle social*, n^o 23, e Ph. Robert, B. Laffargue, «*L'image de la justice criminelle dans la société - Le système pénal vu par ses clients*», SEPC, 1980, *Déviance et contrôle social*, n.º 22.

⁶⁸ Cfr ainda Tremblay, P. (1994). *La Justice Sondée: Tribunaux Criminels, Décisions Sentencielles et Opinion Publique*. In *Traité de Criminologie Empirique*. Szabo, Le Blanc (Direction). Montréal: Presses de L'Univresité de Montréal.

⁶⁹ Comité d'études pour les problemes criminels, «*L'opinion publique relative à la criminalité et la justice pénale*», Conselho da Europa, Estrasburgo, 1979.

⁷⁰ Cfr Costa Andrade e Figueiredo Dias, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, pág. 536.

Raça. Tem também sido afirmada a influência da raça do arguido no tipo de pena e na medida concreta da mesma.⁷²

Hagan recorreu a uma metodologia que conceptualiza a sentença como um processo integrando diversas variáveis: (a) Características do arguido: raça, educação, ocupação, integração familiar, história laboral; (b) Características do delito: gravidade, uso de violência, condenações anteriores; (c) Variáveis relacionadas com o tribunal: *Plea*, caução; (d) Recomendações feitas por: Ministério Público, funcionário da reinserção social (*probation officer*); (e) Juiz: tendo sido analisada a predisposição para um determinado tipo de sentença, “poder residual”; (f) A severidade da sentença como variável dependente.⁷³

A decisão do tribunal tem sido objecto de diversos tipos de análise:

Audiência. A análise tem sido feita no decorrer da audiência.⁷⁴

Actor e observador. Uma perspectiva mais dependente da situação e das diferentes atribuições segundo os papéis de actor e observador é proposta por Oswald.⁷⁵

Conferência. Tem sido feita a análise no decurso da conferência.⁷⁶

Sentença no processo. E também através da análise das sentenças constantes dos processos.⁷⁷ É do maior «interesse e notória utilidade no contexto dos sistemas que admitem a regra do voto de vencido. Aqui já pode ser possível seguir, com alguma aproximação, os processos de formação e alternância das

⁷¹ Cfr também S. Box, *Deviance, Reality & Society*, New York, pág, 109 e segs.

⁷² Cfr. M. MacConville, e J. Baldwin, «*The influence of race on sentencing in England*», *The Criminal Law Review*, Outubro, 1982, pág. 652 e Ch. Pruitt e J. Wilson, «*A Longitudinal Study of the Effect of Race n Senlencing*», *Law & Society Review*, 1983, pág. 613.

⁷³ Hagan, J. (1988). *Structural Criminology*. Cambridge: Polity Press.

Este modelo foi submetido a análise estatística. Ao nível dos vários resultados registemos os seguintes: (I) A *plea bargaing* tem um significativo impacto estatístico sobre as recomendações do ministério público aumentando significativamente a probabilidade de não encarceramento, o que não acontece com as recomendações do *probation officer*; (II) Não obstante se ter introduzido esta nova figura (*probation officer*) no sistema, o principal fim do Estado é o efectuar um processamento massivo, pelo que o Ministério Público (seu agente) exerce uma influência dominante.

⁷⁴ Cfr. Nicolas Herpin, *A aplicação da lei*, Iniciativas Editoriais; M. Milewsky, «*Courtroom Encounters*», *Law & Society Review*, 1971, pág. 473 e segs; E. Green, *Judicial Attitudes in sentencing. A Study of the Factors Underlying the Sentencing Praticce of the Criminal Court of Philadelphia*, London, McMillan, 1961.

⁷⁵ M. Oswald, *Justification and goals of Punishment and the attribution of Responsibility in Judges*. In D. Losel, D. Render, T. Bliesener, Eds., 1992. *Psychology and Law: International Perspectives*. Berlin: Walter de Gruyter.

⁷⁶ Cfr Costa Andrade e Figueiredo Dias, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, pág.s. 528 e 503.

⁷⁷ Cfr. Edward Green, *Judicial Attitudes in sentencing. A Study of the Factors Underlying the Sentencing Praticce of the Criminal Court of Philadelphia*, London, McMillan, 1961

maiorias e intuir com algum acerto as linhas de força a que terá obedecido a discussão e a formação da decisão». ^{78 79}

Entrevista. Tem sido igualmente utilizada a entrevista do julgador - para tentar lançar luz sobre as motivações que relevam do sistema de valores do julgador. ⁸⁰

Julgamento simulado. Também se tem recorrido ao julgamento simulado (entrevista a um número significativo de juizes em que se pergunta como decidiriam determinados casos concretos).⁸¹

4.2. O Projecto

Como se referiu, no 8º Colóquio de Criminologia foram apresentados diversos relatórios e foram feitas diversas recomendações, sendo as seguintes as suas conclusões:

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

⁷⁸ Cfr Costa Andrade e Figueiredo Dias, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, pág. 529.

⁷⁹ Tem sido também considerada a “orientação” da sentença: (1) dando ênfase aos aspectos normativos; (2) dando ênfase aos objectivos de ressocialização; (3) dando ênfase à posição da vítima.

⁸⁰ Th. Becker, «*A Survey of Hawaiian Judges. The Effect on Decision of Judicial Role Variations*», *American Political Science Review*, 1996, pág. 677; F. Strodtbeck, R. James e Hawkins «*social status in jury*» *Deliberations*, ASR, 1957.

⁸¹ Cfr F. Strodtbeck, R. James e Hawkins «*social status in jury*» *Deliberations*, ASR, 1957; TH. Becker, «*A Survey of Hawaiian Judges. The Effect on Decision of Judicial Role Variations*», *American Political Science Review*, 1996, pág. 677.

esta uniformidade pode constituir, ela mesma, uma forma de disparidade pois que são ignoradas diferenças importantes do ponto de vista da política e os processos são resolvidos de acordo com modalidades idênticas quando o deveriam ser de acordo com modalidades diferentes.»

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

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

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

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

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

Lembrando que o Conselho da Europa visa realizar uma união mais estreita entre os seus membros, - considerando (1) que um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga; (2) que há, nos Estados membros, uma crescente tomada de consciência de disparidades injustificadas na aplicação das penas, disparidades observadas por vezes a diferentes níveis; - (3) que as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal; - (4) os artigos 3º, 5º e 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem bem como o princípio fundamental da independência judiciária; - (5) que a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor; - (6) que a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas; - (7) as conclusões do 8º Colóquio Criminológico realizado em Estrasburgo em 1987, também já mencionada Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, relativa à coerência na aplicação das penas, *recomendou* «aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações (...), para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas».

No respectivo anexo,⁸² além do mais, desenvolvem-se recomendações quanto às *estatísticas*⁸³ e *investigação*: No que se refere a esta última: «**(1.)** É conveniente que sejam regularmente conduzidas pesquisas para medir com precisão a amplitude das variações na aplicação das penas no que concerne as infracções reprimidas, as pessoas condenadas e os procedimentos empregues. Estas pesquisas devem incidir particularmente sobre o efeito das reformas em matéria de aplicação das penas; **(2.)** o processo de decisão deve constituir o objecto de pesquisas quantitativas e qualitativas para permitir estabelecer de que maneira os tribunais tomam as suas decisões e como certos factores exteriores (imprensa, atitude do público, contexto local... etc.) podem modificar este processo; **(3.)** O ideal seria que as pesquisas estudassem a aplicação das penas no quadro processual mais largo de todo o leque de decisões do sistema

⁸² Publicado nesta obra.

⁸³ «**(1.)** Devem ser estabelecidas estatísticas oficiais em matéria de aplicação das penas. Essas estatísticas devem ser compiladas e apresentadas de maneira informativa aos juízes, particularmente no que concerna a gradação das penas para os delitos relativamente quantificáveis (condução sob influência do álcool, furto em supermercado, por exemplo); **(2.)** os dados estatísticos devem ser compilados de maneira a dar detalhes suficientes para medir e verificar a incoerência da aplicação das penas, por exemplo estabelecendo correspondência entre o uso de certas penas e os tipos de delito.

de justiça penal (inquéritos, pronúncias, decisão de fundo e execução das penas, por exemplo)».

Recomendações estas que se estendem à *cooperação europeia* no que respeita à *informação sobre a aplicação das penas* ⁸⁴

Escreve-se na exposição de motivos desta Recomendação: «2. As questões que têm a ver com a aplicação das penas são tão vastas que os juízes devem dispor sobre elas de cursos, conferências e seminários. Idealmente, estes deveriam ser, regularmente, organizados por um estabelecimento público dirigido por uma comissão composta, nomeadamente, por juízes e altos funcionários. Alguns Estados membros já têm uma estrutura institucional que assegura, ao mesmo tempo, a formação inicial e a formação permanente: há, por exemplo, a *École Nationale de la Magistrature* em França, o *Centro de Estudos Judiciários* em Portugal e o *Judicial Studies Board* em Inglaterra e País de Gales. Segundo a comissão, os seminários devem ter por funções (I) reunir os juízes para facilitar o estudo dos seus problemas comuns, (II) explicar as finalidades das orientações ou pontos de partida eventualmente prescritos e (III) demonstrar os laços entre a aplicação das penas e outras decisões adoptadas no interior do sistema de justiça penal. Seminários deste tipo podem favorecer grandemente a coerência no modo de abordar a aplicação das penas. Os juízes devem, igualmente, ser encorajados a alargar os seus contactos. Uma possibilidade é fornecer-lhes a oportunidade de discutir a aplicação das penas no quadro universitário. Outra possibilidade é os juízes poderem conhecer, no terreno, o tratamento dos delinquentes e os problemas sociais em geral. Em França, os juízes estão presentes em alguns órgãos (conselhos comunais e departamentais de prevenção da delinquência), constituídos por membros eleitos, associações e representantes das administrações. Nessas instituições, o juiz pode fazer valer as necessidades dos arguidos ou condenados, por exemplo no que respeita às questões de habitação, de formação profissional, etc.»

É a essa luz que devem ser analisadas as minhas preocupações sobre a medida concreta da pena.

⁸⁴ « (1.) Os Estados devem encarar a instauração de um método de troca permanente de informações sobre as tendências e as inovações no direito, sobre a política e a prática em matéria de aplicação das penas a fim de, por um lado, difundir os conhecimentos sobre as práticas de outros Estados europeus em matéria de aplicação das penas e, por outro lado, informar os Estados sobre os métodos possíveis para melhorar a coerência na aplicação das penas; (2.) Para esse efeito, os Estados devem também examinar a oportunidade de criar um fórum para reuniões de juízes e outras pessoas que desempenham um papel nos sistemas de justiça penal dos Estados membros, de maneira a suscitar uma maior tomada de consciência dos problemas comuns e a informar sobre as soluções a considerar.»

Com efeito, o STJ é chamado, como se viu, quer a velar pela aplicação que é feita pelas instâncias das normas sobre a aplicação das penas, quer a aplicar penas concretas ou a corrigir as aplicadas.

O exercício de funções na Secção Criminal e na Comissão de Informatização da Jurisprudência do STJ permitiu a constatação empírica da existência de flutuações na aplicação das normas jurídicas interessadas na dosimetria penal e de divergências por vezes pouco justificadas na aplicação de penas concretas e fez nascer a necessidade de tentar a abordagem daquela problemática de uma outra forma mais sistemática e fundamentada

Por outro lado, o exercício de funções na Comissão de Informatização da Gestão Processual do STJ proporcionou o desenvolvimento de um trabalho nessa área.⁸⁵

Trata-se de olhar mais de perto a dosimetria penal aplicada pelo Supremo Tribunal, nos processos que a ele sobem em recurso, numa tripla perspectiva:

- a) em termos de igualdade na aplicação da lei penal;
- b) em termos de uso da moldura abstracta ⁸⁶ («mancha da sua ocupação», «penas típicas», eventuais pontos de referência para futuros julgamentos);
- c) em termos da determinação das variáveis que influem na medida concreta da pena.

Podendo fornecer elementos eventualmente úteis ao legislador e ao ensino do direito, aquela investigação permitirá ao STJ uma reflexão fundamentada sobre a sua própria prática para conhecer melhor e objectivar as motivações no domínio da medida da pena, em ordem a melhor respeitar o princípio de igualdade e cumprir o seu papel de orientação dos restantes tribunais na aplicação da lei penal.

⁸⁵ No âmbito da Informatização do Supremo Tribunal de Justiça, foi apresentado, a final, um Relatório Síntese, apresentado em anexo ao relatório.

Foi depois elaborada, a 5.5.95 uma proposta pelo Gabinete Dinamizador da Informatização (n.º 6/95) para o prosseguimento dos trabalhos de informatização do Supremo Tribunal de Justiça, de acordo com o relatório de análise funcional elaborada pelo Grupo de Trabalho, a cargo da Direcção-Geral dos Serviços de Informática do Ministério da Justiça, que mereceu a concordância do Senhor Secretário de Estado Adjunto, por despacho de 10.5.95.

Neste momento estão em fase de conclusão dos trabalhos de programação da aplicação daí resultante.

⁸⁶ Molduras penais abstractas também dignas, por si próprias de atenção. Cfr. o apontamento no nosso *Código Penal Anotado*, I, págs. 389-393.

A coincidência entre as preocupações que estiveram na base do pedido de equiparação a bolseiro, que se referiram na Introdução, as chamadas de atenção da doutrina e as recomendações do Conselho de Europa ⁸⁷ geram uma natural satisfação pela validação que é assim feita do propósito inicial.

Em contrapartida, tornou-se-me bastante clara a formidável extensão de um projecto que pretendesse abarcar todos os aspectos da questão, mesmo depois de retiradas as vertentes cuja competência pertence naturalmente ao Estado, como promotor de trocas de informação nacionais e internacionais ou legislador.

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

Este projecto mais ambicioso, já descrito, em linhas muito gerais, no pedido de equiparação a bolseiro, coaduna-se, em geral, com as recomendações do Conselho da Europa, na sua secção J (Estatísticas e investigação), embora se possa dizer que a abordagem proposta é um pouco mais abrangente, por não querer confinar-se ao campo meramente estatístico, no sentido tradicional do termo.

Deve realçar-se uma outra diferença no âmbito da recolha de dados. Este processo, por motivos já apontados no presente relatório, teria como objecto exclusivo as sentenças do STJ, não se pretendendo incluir também as duas instâncias. Esta perspectiva é diversa da que o Conselho da Europa e outras fontes citadas parecem indicar, numa visão mais «estatística» e massificante da questão, em que seriam analisadas todas as decisões (com eventual separação

⁸⁷ O que só vim a apreciar em toda a sua extensão no decorrer da minha investigação.

por nível) produzindo-se recomendações de carácter geral, para acção directa a cada juiz.⁸⁸

Aquele caminho sendo, evidentemente, um dos possíveis, não utiliza, como força aglutinadora e valor de referência, a posição do tribunal de revista (que é, entre nós, o STJ). A experiência leva-me a acreditar que será possivelmente mais efectiva esta influência, nas condições que amplamente se discutiram atrás, do que acções de carácter menos peremptório do que a fixação de jurisprudência coerente. Note-se, de qualquer modo, que não há incompatibilidade operacional entre as duas metodologias, podendo conjugar-se as respectivas aplicações. O «projecto maior» que se debuxou poderá, até, sem esquecer os seus objectivos próprios, ser, também, entendido como piloto de uma iniciativa posterior, de carácter então mais alargado, envolvendo meios materiais e humanos a uma escala muito superior.

Posta esta questão nos devidos termos, retoma-se a descrição do que se pretendeu atingir com a equiparação a bolseiro, enquadrando-o no projecto de maior dimensão cuja definição é, em si, um resultado da investigação. Os objectivos têm, evidentemente, a modéstia inerente à situação e duração do período de investigação na escala temporal necessária para a globalidade da tarefa como a descrevemos atrás, mas podem constituir um arranque, que se espera seguro, para um processo que se gostaria de ver continuado pela linha geral que se esboça.⁸⁹

Nesta fase inicial o objectivo a atingir é mais modesto. Tem-se em vista:

- a preparação dos instrumentos de análise e observação da medida concreta da pena no STJ;
- as condições de constituição de uma base de dados resultantes dessas observação e análise; e
- o estabelecimento das bases da análise dos dados, designadamente análise de agrupamentos (clustering) e tratamento estatístico.

Pretende-se contribuir para a identificação das variáveis a que, de acordo com a lei, o tribunal deve atender na determinação da medida concreta da pena, bem como aquelas outras que se pensa, em hipótese, influírem nessa mesma

⁸⁸ Embora seja possível a recolha e tratamento das decisões da 1ª instância recorridas e posteriormente o seu cruzamento com as decisões do STJ.

⁸⁹ A propósito, faz sentido lembra os chineses quando dizem que: «uma grande viagem começa por um pequeno passo» e que «nunca há bom vento para quem não sabe o seu destino».

medida. Na verdade, há coisas que não deviam influenciar mas que se suspeita que influem...

Feita esta identificação, deverá construir-se uma ficha de análise das decisões proferidas pelo STJ, onde se recolherão os elementos respeitantes a essas variáveis, bem como estabelecer as especificações respeitantes a uma base de dados destinada ao armazenamento de tais dados (Base de dados a integrar no projecto de informatização da actividade processual do STJ.)

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

O teste dos instrumentos de observação, a análise e os programas informáticos referidos, bem como a sua aplicação e tratamento no futuro, sempre se situaria para além do horizonte temporal tido em vista, como já referi acima.

Com esta problemática prende-se a questão da igualdade na aplicação da pena, a recusa das disparidades injustificadas na aplicação da pena.

No desenvolvimento do que vem dito, apresenta-se, a seguir, a especificação das tarefas necessárias e respectivo enquadramento. Em alguns casos, incluem-se resultados preliminares da reflexão efectuada durante o nosso trabalho.

Enquadramento metodológico

Tendo em conta os objectivos, gerais e específicos, a primeira fase consiste no estabelecimento das categorias a considerar para os crimes. Esta definição, indispensável para a recolha de dados, deve ter lugar tomando-se em consideração os trabalhos já realizados no âmbito do Ministério da Justiça;⁹⁰ e, deve, dentro do possível, constituir uma taxinomia em árvore⁹¹, em que, em crescentes níveis de desagregação, se consideram categorias cada vez mais especializadas, mas incluídas nas categorias dos níveis superiores.

⁹⁰ Quer para o tratamento das Estatísticas da Justiça quanto ao movimento mensal de processos de inquérito (em anexo ao relatório), quer quanto aos trabalhos de codificação das infracções, que ao que sabemos não tem tido sequência, ao menos no serviço onde teve início e cujo estado actual se desconhece.

⁹¹ Semelhante às utilizadas, por exemplo, na botânica ou na zoologia, ou ao CDU para indexação bibliográfica.

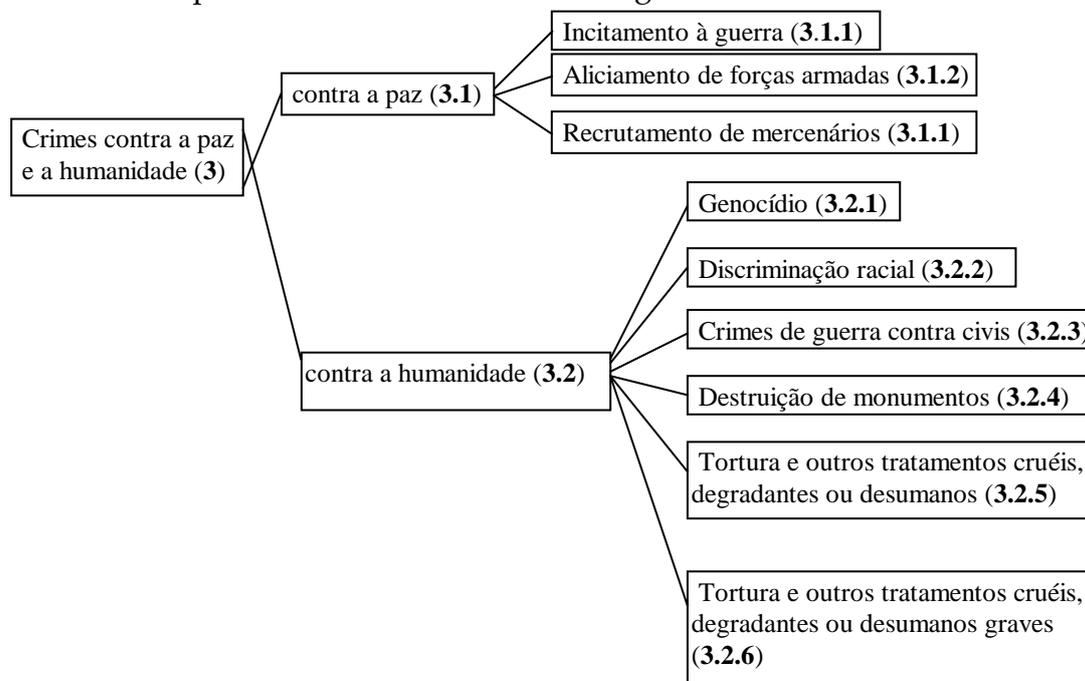
Por exemplo, o crime de incitamento à guerra seria designado por 3.1.1, dentro do esquema seguinte:

O título III do livro II do Código Penal, onde se integra, receberia o dígito 3, por ser o terceiro da Parte Especial;

O capítulo I que se integra nesse título receberia, por ser o primeiro, o dígito 1;

Finalmente, o artigo que prevê e pune tal crime, o art. 236º receberia o dígito 1, por ser o primeiro do mesmo capítulo.

Pode representar-se esse método da seguinte forma:



O uso que depois se fará dessas categorias, e o nível de desagregação a adoptar definitivamente, são um resultado da análise a efectuar sobre os dados. Trata-se, aliás, de um dos pontos em que poderão emergir conclusões de nível teórico mais abrangente, ao nível da própria consistência do conjunto das medidas abstractas da pena.⁹²

Um outro aspecto é a codificação das sentenças, de acordo com o seu tipo (privação da liberdade, etc.). Nas especificações para a aplicação de Gestão

⁹² Cfr. O nosso Código Penal, 2ª Ed., I, pág. 389-93

Processual do STJ consta uma tabela ⁹³ respeitante ao tipo de pena aplicada, cuja informação pode ser recuperada para a base a constituir; deve ter-se também em conta o trabalho já desenvolvido pelo Ministério da Justiça. ⁹⁴ O mesmo se diga da medida concreta da pena ⁹⁵, as atenuantes e agravantes consideradas, a suspensão, etc. A questão do cúmulo jurídico poderá também ser abordada dentro da recolha de dados, embora a sua análise específica não seja objecto deste estudo. ⁹⁶

Finalmente, terá lugar a definição dos factores contribuintes para a sentença, sejam os que devem ser considerados necessariamente e que abordamos acima no local próprio, sejam aqueles que, não devendo influir, são usualmente citados como podendo fazê-lo. Nesta última classe incluem-se, todos os que são indicados explicitamente em textos de prevenção da desigualdade, como as declarações universais ou as recomendações do Conselho da Europa e da Nações Unidas, e que se referem fundamentalmente às características pessoais dos arguidos. ⁹⁷

⁹³ Tabela n.º 9, em anexo ao relatório.

⁹⁴ Trabalho desenvolvido para as Estatísticas da Justiça, em forma de tabela e também acolhido no Modelo 303/GPMJ/DEJ (96 07), em anexo ao relatório.

⁹⁵ Devendo considerar-se também aqui o tipo de informação recolhida para as Estatísticas da Justiça, de acordo com os modelos em anexo ao relatório.

⁹⁶ Saliente-se, no entanto, que a ocorrência de cúmulo pode ser um factor que afecte as sentenças dos crimes que o compõem. Aliás a parte final do n.º 1 do art. 77.º do Código Penal aponta uma regra própria na determinação da medida da pena em caso de concurso de infracções, e o n.º 2 desse mesmo artigo estabelece também limites máximos da pena para aquele caso.

⁹⁷ Que variáveis analisar no que se refere à medida da pena ?

Já vimos quais as circunstâncias a que a lei manda atender na determinação da medida concreta da pena. Outras há que, por força do ordenamento jurídico que nos governa, não devem influir naquela medida da pena.

Nos termos da Constituição não podem os cidadãos ser discriminados em função da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social, (artigo 13º).

De acordo com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos nela previstos deve ser assegurado sem distinções fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento (artigo 14º).

Conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem, as liberdades nelas proclamadas são-no, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento (artigo 2.º).

Por seu turno, da Recomendação n.º R (92)7, de 19 de Outubro de 1992, do Conselho da Europa e respectivo anexo, resultam as seguintes indicações:

- Factores inerentes ao delinquente ou à vítima que não devem influir na medida concreta da pena: raça, cor, sexo, nacionalidade, religião, estatuto social, convicções políticas;
- Factores que não devem influir na medida concreta da pena em desfavor do delinquente: desemprego, condição social, condição cultural, antecedentes, criminais (se atendidos automaticamente);

Todo este processo deve ter em conta possíveis dificuldades de recolha de dados em recursos findos e devolvidas às instâncias, por poderem não constar da decisão ou do processo alguns destes dados.

Especificação da base de dados

As limitações já enunciadas não permitem que, no momento presente, se avance mais do que um primeiro esboço de folha de entrada de dados, apresentada em anexo.

Nela se identifica o processo, secção e subsecção, Relator, data da decisão do recurso e da decisão recorrida. São recolhidos os dados respeitantes a cada arguido (sem identificação deste, dados que não serão recuperados da aplicação de gestão processual ⁹⁸), como idade, raça ⁹⁹, cor, convicções políticas ¹⁰⁰, residência, situação social, situação económica, condição cultural, instrução, antecedentes criminais, reincidência, formas do crime, grau de culpa e de ilicitude, comportamento anterior e posterior, confissão, arrependimento, constituição de assistente, pedido cível, medida de coacção, medida abstracta e concreta da pena, crime cometido.

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

Implementação e preenchimento da Base de Dados

Trabalhado o esboço de folha de entrada de dados e completada a especificação, o desenvolvimento de uma aplicação que se interligue com a aplicação de gestão processual do Supremo Tribunal de Justiça, deverá ter lugar institucionalmente.

- Factores que devem influir na medida concreta: o atraso havido no processo, sem culpa do arguido ou não imputável à natureza do processo, a juventude do delinvente (relacionada com a existência de antecedentes criminais);

- Factores que podem influir na medida concreta da pena: acumulação de crimes.

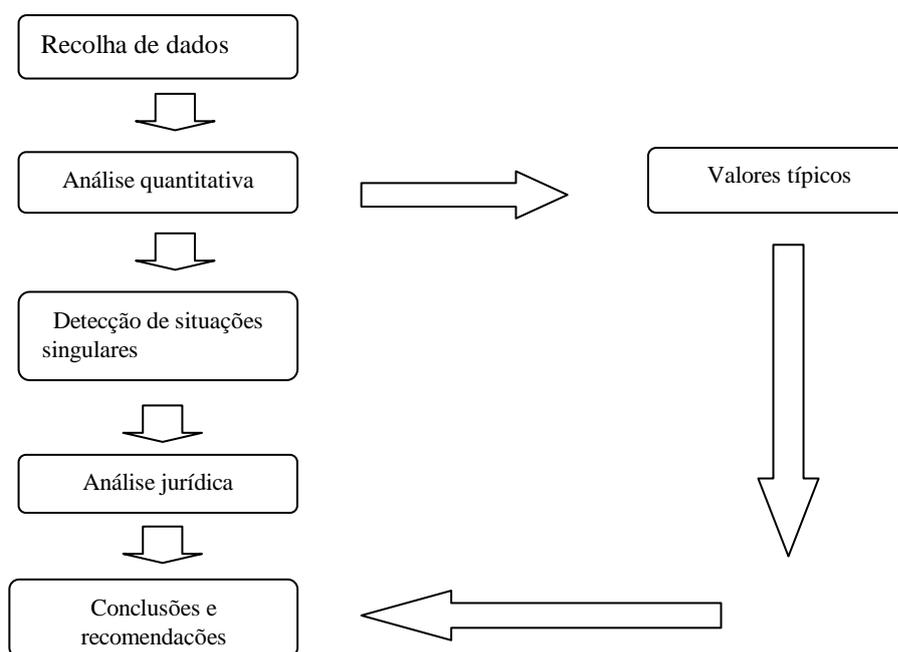
⁹⁸ Neste domínio importa lembrar que o n.º 3 do art. 35.º da Constituição dispõe que: «A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis». Importa considerar ainda a Convenção Para a Protecção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, aprovada, para ratificação, pela Resolução da AR n.º 23/93, de 9.7.93 e a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, Lei da Protecção de Dados Pessoais Face à Informática.

⁹⁹ Seguramente que indicações referentes a este tipo de dado não serão frequentes ao menos de forma expressa, embora possam resultar do contexto geral.

¹⁰⁰ Embora sejam referidas a propósito, como se viu, as convicções políticas seria talvez mais rigoroso a utilização da expressão afectação política (partidária ?).

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

O esquema seguinte pode traduzir o processo global pensado:



Análise de dados

Recolhidos os dados correspondentes a um período determinado, poderá iniciar-se a fase crucial do projecto, procedendo à respectiva análise matemático-jurídica. Como é óbvio, só perante os dados poderão tomar-se decisões definitivas sobre estudos específicos a fazer, num processo que se pretende *conduzido pelos dados*, em contraposição a uma perspectiva mais *conduzida por modelos*.

Isto não impede a definição, desde já, da linha geral da análise, em relação aos instrumentos a utilizar e ao tipo de estudos pretendidos:

- *Análise preliminar* - sendo imprevisível o número de processos que virá a surgir em cada tipo de crime, é imprescindível um estudo inicial

que permita seleccionar as áreas em que há matéria suficiente para proceder a uma análise (por exemplo estatística) com significado. Também nesta fase deverão ser filtrados os casos que, por análise jurídica, se revelem incharacterísticos, pela conhecida existência de aspectos acentuadamente individualizadores.

- *Influência dos factores* - verificação do impacto dos factores identificados na primeira fase nas medidas concretas da pena. Esta verificação usará métodos estatísticos para obter respostas à pergunta essencial:

"O factor X influenciou a fixação da medida concreta da pena do crime Y?"

Dados os objectivos do estudo, a pergunta genérica deverá ser especializada para os dois casos de interesse, ou seja, verificar, por um lado, se os factores que devem influir, influem efectivamente e, por outro lado, se os factores que não deviam influir acabam por ter influência.

Como habitualmente na estatística, a verificação é feita para um certo grau de confiança (tipicamente 95%), comparando as incidências verificadas com aquelas que eram esperadas, tendo em conta um nível aceitável de desvios devidos ao acaso, ou, mais correctamente neste caso, à natureza humana e subjectiva da tarefa de julgar. Os casos detectados como «fora da tendência» deverão ser objecto de análise jurídica individual, com o intuito de verificar a possível ocorrência de factores não considerados na lista inicial.

Em princípio, a análise é realizada para pares (factor, crime), mas os dados recolhidos e os próprios resultados poderão vir a sugerir estudos um pouco mais complexos, em que se tentará verificar a influência de conjuntos de factores em relação a alguns dos crimes.

- *Estudos alternativos* - com o mesmo intuito de análise da influência dos factores na medida concreta da pena, poderão ser realizados estudos de tipo não-estatístico, baseados em ferramentas modernas de análise de dados, como os conjuntos imprecisos (fuzzy sets), as redes neuronais e os conjuntos aproximativos (rough sets).

Tratando-se de metodologias menos convencionais, todas as suas conclusões deverão ser validadas por uma análise jurídica final.

- *Estudos complementares* - a pesquisa nos dados acerca de relações, semelhanças e compensações que a análise empírica não fez ressaltar é um dos aspectos complementares de maior potencial. As metodologias de agrupamento (clustering), por exemplo, quando aplicadas ao conjunto

que inclui factores e crimes, poderão permitir evidenciar situações desse tipo. Estes estudos podem sugerir linhas de análise estatística como as que se descreveram anteriormente, pelo que devem realizar-se logo que os dados estejam disponíveis.

Um outro tipo de estudos complementares relaciona-se com a definição de penas típicas e descrições qualitativas de factores de influência e da severidade das penas, recorrendo à já referida teoria dos conjuntos imprecisos. Esta teoria, proposta em meados dos anos 60 por Zadeh ¹⁰¹ tem tido um grande impacto na engenharia e nos sistemas de controlo, mas destaca-se, neste caso, pela sua capacidade de lidar rigorosamente com conceitos vagos, descritos de forma linguística e qualitativa, nomeadamente no âmbito da lógica e da decisão. Existindo já incipientes aplicações ao Direito ¹⁰², este projecto parece uma boa oportunidade de testar a sua adequação numa matéria onde conceitos «excessivamente rigorosos», como a média aritmética ¹⁰³, têm sido encarados com desconfiança.

Resultados do projecto

Podem apresentar-se de forma sintética os resultados esperados do projecto:

- Sistematização e categorização de crimes, factores, tipos de sentença, etc. Para além do projecto que se discute, esta formalização da informação é genericamente útil para qualquer estudo sistemático sobre o STJ e o sistema de justiça português em geral.

- Base de dados, juridicamente consistente, acerca das medidas concretas da pena no STJ, incluindo todos os parâmetros possivelmente influenciadores das decisões;

- Avaliação da efectiva influência nas decisões de factores que devem, e de outros que não deveriam, influir nelas. Esta avaliação será de índole global, de forma a fornecer uma visão geral do estado da situação, mas poderá também permitir detectar situações particulares e, sobretudo, situações típicas de

¹⁰¹ "Fuzzy Sets and Systems", Information & Control, vol 8, pp 338-353, 1965. Para além deste artigo seminal, citam-se apenas mais dois, onde é patente o carácter da teoria:

"Outline of a new approach to the analysis of complex systems and decisions processes", IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics, SMC-1, pp 28-44, 1973.

"Fuzzy systems theory: a framework for the analysis of humanistic systems". In: Systems Methodology in Social Science Research, Ed. R.E.Cavallo, Kluwer-Nijhoff, Boston, 1982.

¹⁰² Lothar Philipps, «Pequeno Exercício de Fuzzy Logic para juristas, RPCC, ano 5, pág. 487..

¹⁰³ Cfr. o nosso Código Penal, 2ª Ed., I, pág. 556

violação do princípio da igualdade, com interesse para a produção futura de recomendações;

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

Processos institucionais subsequentes

Para além das recomendações do Conselho da Europa, que, obviamente, não se repetem, poderia sugerir-se, em face da riqueza e diversidade da matéria a investigar, o apadrinhamento de acções de investigação interdisciplinares que permitam a colaboração efectiva entre juristas e especialista de outras áreas, sempre sujeitas a uma forte participação das entidades que lidam directamente com as questões.¹⁰⁴

Resultados adicionais

Sugestões para o M.º P.º. Como se viu já a posição que o M.º P.º assume quanto à pena concreta é um importantes preditor das sentenças, as suas recomendações relevam, em geral, no resultado final.¹⁰⁵ Dada a sua estrutura organizacional, o M.º P.º está em boas condições para contribuir para a dissiminação de recomendações que vierem a ser elaboradas.

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

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

¹⁰⁴ Supremo Tribunal de Justiça, Ministério da Justiça (GEP, Observatório da Justiça, CEJ), Universidades, etc.

¹⁰⁵ A. Champagne, S. Nagel, *The Psychology of Judging*. In *The Psychology of the Courtroom*, N. Kerr e R. Bray Eds., London: Academic Press, e V. Konecni e E. Ebbesen, *Methodological Issues in Research an Legal Decision-Making, With Special Reference to Experimental Simulations.*, in Losel.

Isso permitiu verificar a desadequação das molduras penais. No caso vertente, e em face dos resultados do estudo, poderão emergir dois tipos de conclusão:

- As medidas concretas são tendencialmente no sentido do máximo (ou do mínimo). Tal poderá significar que a moldura tem um valor máximo insuficiente (ou mínimo) ;
- Uma dispersão não justificada das medidas concretas poderá levar a concluir que a extensão da moldura é excessiva para as cambiantes do crime específico, aconselhando a redução da moldura.

5. Conclusão:

As limitações de tempo que me havia inicialmente imposto, ao formular o pedido de equiparação a bolseiro por um período de três meses e meio, implicaram a continuação deste trabalho em paralelo com o exercício de funções no Supremo Tribunal de Justiça, com os inevitáveis reflexos, quer na ambição inicial, quer no tempo de execução.

Penso, no entanto, ter cumprido o objectivo visado, o de estabelecer as condições mínimas para a preparação dos instrumentos de análise e observação da medida concreta da pena no STJ; as condições de constituição de uma base de dados resultantes dessas observação e análise; e o estabelecimento das bases da análise dos dados, designadamente análise de agrupamentos e tratamento estatístico.

Julgo, assim, ter dado um passo que, podendo eventualmente não vir a integrar o percurso final, reclama o método de salientar a importância da construção desse caminho que é a observação sobre a equidade do sistema judiciário.

Lisboa, 21 de Maio de 1997

Manuel Simas Santos