

Pena, juiz, legislador e jurisprudência – alguns problemas^[*]

Manuel Simas Santos

Investigador integrado do JUSCRIM

[*] Texto apresentado no II Congresso JUSCRIM, da JUSGOV, Centro de Investigação da Universidade do Minho realizado em 9, 11 e 14 de dezembro de 2020, subordinado ao tema *Pena + Humana, o sentido e a aplicação da pena*. As ligações online foram atualizadas para esta publicação.

SUMÁRIO: I. APLICAÇÃO DA PENA E DIREITOS HUMANOS. II. DETERMINAÇÃO E APLICAÇÃO DAS PENAS. DESENVOLVIMENTO. 1. Culpabilidade e determinação da pena. 2. O legislador penal e as molduras penais abstratas. 3. Fatores a atender e critérios da determinação da pena. 4. Pontos de partida. 5. Penas habituais e pena única no concurso de infrações. 6. *Sentencing guidelines*. III. CONCLUSÕES.

I. APLICAÇÃO DA PENA E DIREITOS HUMANOS

Com este tema proponho-me abordar a questão da determinação e aplicação das penas, designadamente de prisão, de um ponto de vista global, tal como o tenho vindo a encarar, faz já bastante tempo.

Procurarei, pois, com as limitações de tempo naturais num evento com estas características, situar a questão do *sentencing*, ao longo do tempo, notando, porém, que a mesma se coloca em termos próximos noutros países europeus tributários da *civil law*.

O tema, apesar do seu título, enquadra-se bem, segundo creio, no tema geral deste II Congresso do JUSCRIM – *Pena + Humana, o sentido e a aplicação da pena*, e, apropriando-se do título de um artigo do Professor grego NESTOR E. KOURAKIS^[1], poderia mesmo chamar-se *Aplicação das Penas e Direitos Humanos*^[2], dada a abordagem que ensaiarei.

[1] Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Atenas e Professor Emérito de Criminologia e Penologia da Universidade de Nicósia.

[2] Primeira publicação no volume de homenagem a M^{me} Arma Psarouda-Benaki, professora. Uma primeira versão deste estudo foi apresentada e discutida em 20 de novembro de 2006 no curso internacional de criminologia

organizado em Atenas pela Sociedade Internacional de Criminologia, a Fundação Marangopoulos para os Direitos do Homem e a Sociedade Helénica de Criminologia.

Embora a *imposição e a determinação da pena (sentencing)* estejam entre as fases mais importantes do processo penal, pois é então que se determina a natureza e o valor ou duração da pena que será imposta ao condenado e, em particular, o seu julgamento e finalmente a sua prisão para cumprir a sua pena; deve notar-se, em primeiro lugar, que, na prática, esta fase ocupa uma parte muito pequena de todo o processo, por vezes alguns minutos, com pouco ou nenhuma produção de prova testemunhal ou sem exame de outro material probatório, salvo ocasionalmente o relatório social^[3], e sem fundamentar plenamente as decisões do tribunal sobre a pena, com referência aos factos.

Com efeito, com uma grande frequência é apresentada a fundamentação de facto, feito um discurso sobre os fins das penas, citada a lei ou doutrina sobre os critérios legais de determinação da pena, sem uma ancoragem nos factos do caso e apontado um número correspondente à pena aplicada, sem que verdadeiramente se compreenda como surge a mesma.

O que contribui para uma grande heterogeneidade das decisões proferidas pelos tribunais criminais, variando de acordo com a

[3] CPP, artigo 1.º, alínea g): «Relatório social» a informação sobre a inserção familiar e sócio-profissional do arguido e, eventualmente, da vítima, elaborada por serviços de reinserção social, com o objectivo de auxiliar o tribunal ou o juiz no conhecimento da personalidade do arguido, para os efeitos e nos casos previstos nesta lei. Pode ser ordenado (n.º 4 do artigo 213.º do CPP) a fim de fundamentar as decisões sobre a manutenção, substituição ou revogação da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação. A acusação do Ministério Público deve conter sob pena de nulidade (artigo 283.º, n.º

3, alínea g), do CPP), a indicação do relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, quando o arguido seja menor, salvo quando não se mostre ainda junto e seja prescindível em função do superior interesse do menor. É fundamento de adiamento de audiência de julgamento, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 328.º do CPP, se for necessário proceder à elaboração de relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, nos termos do n.º 1 do artigo 370.º. Na determinação da sanção, o presidente lê ou manda ler toda a documentação existente nos autos relativa aos antecedentes crimi-

nais do arguido, à perícia sobre a sua personalidade e ao relatório social (n.º 1 do artigo 369.º). O tribunal pode em qualquer altura do julgamento, se o considerar necessário à correta determinação da sanção que eventualmente possa vir a ser aplicada, solicitar a elaboração de relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, ou a respectiva actualização quando aqueles já constarem do processo, o que é em princípio obrigatório para o arguido menor (n.ºs 1 e 2 do artigo 370.º).

mentalidade e a personalidade do juiz e, sobretudo, de acordo com a ideia que ele tem da finalidade e da eficácia da sentença^[4].

Mas, desta forma, são violados, numa área crucial, os direitos dos arguidos, uma vez que são violados princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da igualdade, da equidade do processo, mas também da segurança jurídica, ou seja, a possibilidade de todos saberem com relativa exatidão e antecipação as prováveis consequências de seus atos puníveis.

II. DETERMINAÇÃO E APLICAÇÃO DAS PENAS. DESENVOLVIMENTO

1. CULPABILIDADE E DETERMINAÇÃO DA PENA

Para lidar com este problema, tem sido proposta^[5], do ponto de vista da política criminal, a consagração direta no Código de Processo Penal da aplicação de uma pena como uma fase distinta do processo penal, após a decisão de reconhecimento da culpa do autor do ato, de modo que resulte já da ata desta parte do julgamento uma primeira conclusão tendo em vista a decisão do tribunal sobre a natureza e o montante da pena aplicada.

[4] Como refere NESTOR KOURAKIS, no texto identificado, que cita igualmente sobre as razões mais específicas desta disparidade, segundo as conclusões das pesquisas científicas levadas a cabo nos últimos anos, nomeadamente IAK FARSEDAKIS, «La prise de décisions dans le procès pénal et les droits de l'homme. Légalité face à la loi pénale», em Agl. Tsitsoura (dir.), *Politique anticriminelle et droits de l'homme*, Athènes-Komotini: ed. A. N. Sakkoulas, 1997, p. 135-146. Também tem interesse o estudo de FR. STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechti-*

gkeit, Heidelberg: Decker, 1984, p. 277, que, tendo submetido a juízes questionários apresentando casos imaginários que pareciam do ponto de vista da aplicação das penas levar à conclusão de que a disparidade nas respostas se devia, antes de tudo, às prioridades concedidas pelas pessoas interrogadas aos fins das penas. Ver também W. HEINZ, «Strafzumessungspraxis im Spiegel der empirischen Strafzumessungsforschung», em Jörg-Martin Jehle (dir.), *Individualpräventiend und Strafzumessung*, Kriminologische Zeitschrift, Wiesbaden, 1992, p. 85-149, e sobretudo

p. 117. Encontram-se conclusões análogas na investigação conduzida por KELVIN CLANCY, JOHN BARTOLOMEO, DAVID RICHARDSON e CHARLES WELLFORD, cujos resultados foram publicados na revista americana *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 72 (1981), p. 524-554 (título do estudo: «Sentence Decisionmaking: The Logic of Sentence Decisions and the Extent of Sources of Sentence Disparity»).

[5] Ver, por todos, o Prof. NESTOR KOURAKIS, no citado artigo.