

Da pena única

*Alguns contributos legais, doutriniais e jurisprudenciais**

Paulo Ferreira da Cunha

*Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Professor Catedrático
da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
(com funções suspensas para exercício da magistratura)*

Resumo: O presente artigo procura ser uma síntese ponderadora de elementos legais, doutriniais e sobretudo jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça sobre a determinação da pena única em sede de concurso de penas em Portugal.

Palavras-chave: Crimes / Pena / Pena única / Concurso de crimes / Jurisprudência das penas

Abstract: This article seeks to be a ponderous synthesis of legal, doctrinal and, above all, jurisprudential elements of the Supreme Court of Justice on the determination of the single penalty in terms of competition / plurality of penalties (“concurso de penas”) in Portugal.

Keywords: Crimes / Punishment / Single penalty / Competition / Plurality of crimes / Jurisprudence of penalties

* Para a elaboração de vários textos da índole do presente, contribuiu o apoio das Juízas e do Juiz que integram ou integraram a Assessoria Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente as Senhoras Dr.^a Andreia Valadares Ferra, Dr.^a Carla Cardador, Dr.^a Maria Franco, Dr.^a Raquel Sousa Lima e o Senhor Dr. Tiago Milheiro. O nosso vivo agradecimento. Obviamente que as opiniões e os erros aqui expressos apenas o autor comprometem.

I. Parâmetros gerais enquadreadores

A determinação da pena única, em cúmulo jurídico, é feita todos os dias por todos os tribunais competentes criminalmente. Contudo, dado o sistema de recursos, pode vir a ser o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a ter o direito (e o dever) de por último se pronunciar sobre essa matéria. É especialmente sobre a determinação da pena única pelo STJ que falaremos nesta breve síntese.

Antes de mais, importa recordar que é universalmente aceite na *communis opinio* que a intervenção do STJ na concretização da medida da pena, ou melhor, no controlo da proporcionalidade no respeitante à fixação concreta da pena, tem de ser necessariamente parcimoniosa, e jamais ilimitada, sendo entendido de forma uniforme e reiterada que “no recurso de revista pode sindicar-se a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou do procedimento, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, à falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum* exacto da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a desproporção da quantificação efectuada”¹.

¹ Cf. Acs. de 9/11/2000, proc. n.º 2693/00 – 5.ª; de 23/11/2000, proc. n.º 2766/00 – 5.ª; de 30/11/2000, proc. n.º 2808/00 – 5.ª; de 28/6/2001, procs. n.ºs 1674/01 – 5.ª, 1169/01 – 5.ª e 1552/01 – 5.ª; de 30/8/2001, proc. n.º 2806/01 – 5.ª; de 15/11/2001, proc. n.º 2622/01 – 5.ª; de 6/12/2001, proc. n.º 3340/01 – 5.ª; de 17/1/2002, proc. n.º 2132/01 – 5.ª; de 9/5/2002, proc. n.º 628/02 – 5.ª, in *CJSTJ* 2002, tomo 2, p. 193; de 16/5/2002, proc. n.º 585/02 – 5.ª; de 23/5/2002, proc. n.º 1205/02 – 5.ª; de 26/9/2002, proc. n.º 2360/02 – 5.ª; de 14/11/2002, proc. n.º 3316/02 – 5.ª; de 30/10/2003, in *CJSTJ* 2003, tomo 3, p. 208; de 11/12/2003, proc. n.º 3399/03 – 5.ª; de 4/3/2004, proc. n.º 456/04 – 5.ª, in *CJSTJ* 2004, tomo 1, p. 220; de 11/11/2004, proc. n.º 3182/04 – 5.ª; de 23/6/2005, proc. n.º 2047/05 – 5.ª; de 12/7/2005, proc. n.º 2521/05 – 5.ª; de 3/11/2005, proc. n.º 2993/05 – 5.ª; de 7/12/2005 e de 15/12/2005, in *CJSTJ* 2005, tomo 3, pp. 229 e 235; de 29/3/2006, in *CJSTJ* 2006, tomo 1, p. 225; de 15/11/2006, proc. n.º 2555/06 – 3.ª; de 14/2/2007, proc. n.º 249/07 – 3.ª; de 8/3/2007, proc. n.º 4590/06 – 5.ª; de 12/4/2007, proc. n.º 1228/07 – 5.ª; de 19/4/2007, proc. n.º 445/07 – 5.ª; de 10/5/2007, proc. n.º 1500/07 – 5.ª; de 14/6/2007, proc. n.º 1580/07 – 5.ª, in *CJSTJ* 2007, tomo 2, p. 220; de 4/7/2007, proc. n.º 1775/07 – 3.ª; de 5/7/2007, proc. n.º 1766/07 – 5.ª, in *CJSTJ* 2007, tomo 2, p. 242; de 17/10/2007, proc. n.º 3321/07 – 3.ª; de 10/1/2008, proc. n.º 907/07 – 5.ª; de 16/1/2008, proc. n.º 4571/07 – 3.ª; de 20/2/2008, procs. n.ºs 4639/07 – 3.ª e 4832/07 – 3.ª; de 5/3/2008, proc. n.º 437/08 – 3.ª; de 2/4/2008, proc. n.º 4730/07 – 3.ª; de 3/4/2008, proc. n.º 3228/07 – 5.ª; de 9/4/2008, procs.

Assim, a jurisprudência do STJ tem reiteradamente enfatizado que, na concretização da medida da pena, deve partir-se de uma moldura de prevenção geral, definindo-a, depois, em função das exigências de prevenção especial, sem ultrapassar a culpa do arguido.

Como assinala JORGE DE FIGUEIREDO DIAS,

“(2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico”².

Atente-se ainda neste passo do referido Acórdão de 23/9/2010, proferido no proc. n.º 10/08.0GAMGL.C1.S1:

“Ou seja, devendo ter um sentido eminentemente pedagógico e ressocializador, as penas são aplicadas com a finalidade primordial de restabelecer a confiança colectiva na validade da norma violada, abalada pela prática do crime, e, em última análise, na eficácia do próprio sistema jurídico-penal”³.

Embora por vezes seja muito complexa, e quiçá um pouco formal, a distinção sobre o uso dos diversos fins das penas, não deverá custar admitir, como princípio fundamental, a primazia do fim último das penas, a proteção dos bens jurídicos, o qual, porém, crê-se que pelo menos as mais das vezes, só poderá concretamente atualizar-se, densificar-se, encarnar na realidade das coisas, através de formas que tenham em consideração os fins imediatos, ou seja, a prevenção geral e a preven-

n.ºs 1491/07 – 5.ª e 999/08 – 3.ª; de 17/4/2008, procs. n.ºs 677/08 e 1013/08, ambos da 3.ª secção; de 30/4/2008, proc. n.º 4723/07 – 3.ª; de 21/5/2008, procs. n.ºs 414/08 e 1224/08, ambos da 5.ª secção; de 29/5/2008, proc. n.º 1001/08 – 5.ª; de 3/9/2008, proc. n.º 3982/07 – 3.ª; de 10/9/2008, proc. n.º 2506/08 – 3.ª; de 8/10/2008, procs. n.ºs 2878/08, 3068/08 e 3174/08, todos da 3.ª secção; de 15/10/2008, proc. n.º 1964/08 – 3.ª; de 29/10/2008, proc. n.º 1309/08 – 3.ª; de 21/1/2009, proc. n.º 2387/08 – 3.ª; de 27/5/2009, proc. n.º 484/09 – 3.ª; de 18/6/2009, proc. n.º 8523/06.1TDLSB – 3.ª; de 1/10/2009, proc. n.º 185/06.2SULSB.L1.S1 – 3.ª; de 25/11/2009, proc. n.º 220/02.3GCSJM.P1.S1 – 3.ª; de 3/12/2009, proc. n.º 136/08.0TBG.C1.S1 – 3.ª; e de 28/4/2010, proc. n.º 126/07.0PCPRT.S1 (cf. Acórdão do STJ de 23/9/2010, proferido no proc. n.º 10/08.0GAMGL.C1.S1).

² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, vol. I, p. 84, e *Direito Penal*, vol. II, pp. 227-228, *apud* SIMAS SANTOS/LEAL-HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, 7.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, p. 192. Muito proveitoso é o diálogo destes Juízes Conselheiros com o consagrado Mestre de Coimbra.

³ Cf. ainda os acórdãos do STJ de 8/10/1997, proc. n.º 976/97, e de 17/12/1997, proc. n.º 1186/97 (in *Sumários de Acórdãos*, n.º 14, p. 132, e n.ºs 15/16, novembro/dezembro 1997, p. 214).

ção especial. Dir-se-á que uma e outra são como que o corpo, ou a corporização, da intencionalidade que anima a alma e o espírito das penas, sendo complexa (se se admitir que é mesmo possível) uma decisão penal em comunicação direta com a simples questão do bem jurídico (salvo a reputação da gravidade da sua violação, por exemplo, o que é comum e correto fazer-se, obviamente) sem passar por muito concretas considerações de prevenção, geral e especial.

Importará ainda salientar que a jurisprudência do STJ sublinha que a sua intervenção no controlo da proporcionalidade com que há que pesar os crimes e as penas não é ilimitada e que o *quantum* da pena se deve manter quando se revele, em geral, o acerto dos vários enfoques analíticos e judicatórios em questão (*v. g.*, Acórdão de 19/9/2019, proc. n.º 14/15.6SULSB.L1.S1 – 3.ª Secção).

II. Alusão aos sistemas de punição do concurso de crimes

É sabido que nos diferentes países não vigora uma mesma técnica de apuramento da punição do concurso de crimes⁴. Entre nós, não temos um sistema de pura e simples acumulação material, de adição pura e simples das penas (nem de exasperação). Entretanto, em alguns países, a comunicação social, para além da prisão perpétua (e em certos casos, até, da pena de morte), relata casos de condenados em dezenas e dezenas de anos.

Por burlas em cadeia (ou pirâmide) foi noticiado que uma arguida foi condenada a 141 078 anos de cárcere, na Tailândia, em 1989. Mas, ao mesmo tempo, também se acrescentava, passado o momento do sensacionalismo da notícia, que a respetiva legislação não permite o cumprimento de penas para além dos 20 anos de prisão.

Há, com efeito, vários países em que, sabida a existência de um limite máximo de pena a cumprir, contudo se proclama uma pena avultada, que não será efetivamente cumprida. Creem vários observadores que esta “dupla pena” (a grande pena da condenação e a pena a cumprir efetivamente, dentro do teto legal) acaba por ser uma forma de aplacar a sede de punição das massas mais punitivamente exigentes e agitadas, dando-lhes um número fictício, que não será o real, o efetivo.

⁴ Recentemente, cf. a síntese de MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *As Reações Criminais no Direito Português*, Porto, Universidade Católica Editora, 2022, pp. 187 e segs.

Por exemplo, no Brasil, em que a pena máxima suscetível de ser cumprida é hoje de 40 anos (ainda há alguns anos era de 30), um médico renomado, acusado de múltiplos estupros a pacientes, foi primeiramente condenado a 278 anos, pena que viu ulteriormente reduzida para 181, mas, dada a sua idade e estado de saúde, pelas últimas notícias que nos chegaram, cumpria prisão domiciliária, o que ocorrerá, obviamente, até ao limite legal de anos de prisão. Contudo, estes números sonantes de penas têm, ao que parece, sobretudo uma função legitimadora (ou legitimante) do próprio conjunto e coerência da ordem jurídica e suas sanções⁵, contrabalançando a ideologia, repetida em muita comunicação social, que culpa o sistema jurídico, e penal em particular, pela sua alegada brandura.

Já MONTESQUIEU advertia com diversos exemplos de direito comparado para a necessidade da proporcionalidade da pena ao crime, e de como em vários países se não alcançava um resultado de prevenção geral pela falta de critério na avaliação (dir-se-ia “diferencial”) das diferentes infrações. Começava o Senhor de La Brède por afirmar, no capítulo respetivo do *De l'Esprit des Lois*: “É essencial que as penas tenham harmonia entre si; porque é essencial que se evite antes de mais um grande crime que um menor; o que ataca mais a sociedade, que aquele que a choca menos”⁶. Não se pode deixar de ver aqui um *fumus* ao menos da preocupação diuturna do julgador em apreciar a coerência entre julgados, a medida da culpa e do dolo, e o alarme social (em sentido e grau) que um crime pode gerar. Tudo elementos a ter em consideração, hoje, no nosso sistema penal democrático.

III. Do geral ao concreto

A pena única deve determinar-se pela ponderação de fatores do critério que consta do art. 77.º, n.º 1, *in fine*, do Código Penal:

“1 – Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena. Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.”.

⁵ Cf., desde logo, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, reimp., Coimbra, Almedina, 1985.

⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, I, VI, 16 (trad. nossa, a partir da edição de Victor Goldschmitt, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, vol. I, p. 218).

Há assim que considerar as necessidades de prevenção no caso em concreto (maiores ou menores) e o respetivo grau de culpa e de ilicitude (que também têm graduação). A pena única de modo algum poderá exceder um quadro de razoabilidade e proporcionalidade e deve revelar-se como potencialmente adequada e necessária para se cumprirem as finalidades preventivas, enquadrando-se nos padrões admissíveis de justiça. A apreciação do STJ, parcimoniosa e prudente, como se disse, deve ponderar se a pena atribuída se conforma com estes parâmetros, ou se deles se aparta muito notoriamente, de forma a tornar-se irrazoável, desproporcionada (e não proporcional), pela sua severidade. Já que a indulgência ou magnanimidade não poderão ser corrigidas *in pejus*⁷.

IV. Atenuação especial da pena

Pretendem por vezes os recorrentes que seja efetuada uma *atenuação especial da pena*, alegando, nomeadamente, que se verificariam circunstâncias que diminuiriam acentuadamente a necessidade da pena.

Porém, a atenuação especial da pena só seria possível para cada pena singular (se o fosse, quando o seja). Não se aplica à pena única. Se a questão quanto às penas parcelares estiver já resolvida, porque abrangida pela dupla conforme, nada mais haverá a considerar, neste âmbito. Porque a dupla conforme inclui todas as questões atinentes às penas parcelares aplicadas e confirmadas, incluindo a da respetiva atenuação especial. É jurisprudência uniforme do STJ e entendimento da doutrina. Veja-se, por todos, a síntese deste passo de um Acórdão do STJ:

“A moldura penal abstracta do cúmulo é assim bem diversa da moldura de cada crime, pelo que não cabe em relação a ela uma atenuação especial da pena, por não proceder aqui a mesma justificação. A ser diferentemente, aliás, valorizar-se-ia duplamente (isto é, na pena parcelar e na pena única) o mesmo circunstancialismo atenuativo”⁸.

Por vezes, os recorrentes apelam não só para a proporcionalidade (e criticam a alegada falta dela), a equidade, e até invocam elementos modeladores como a bondade, a magnanimidade, etc. É já antiga a ideia de que deve haver uma magnanimidade,

⁷ PAULO FERREIRA DA CUNHA/ ANDREIA VALADARES FERRA, “Em torno do princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Entre Justiça e Segurança”, in *Revista do Ministério Público*, vol. 169, janeiro-março de 2022, pp. 203-219.

⁸ Acórdão do STJ de 11/12/2008, proferido no proc. n.º 08P3632.

desde logo do Príncipe, mas também do julgador: “Principis non decere punire semper, nec semper ignorare, punire tamen saepe accepis ignorare officium regum esse.”⁹

Quando se trata de determinar a medida da pena, não possui o nosso sistema de instrumentos de medição taxativos nem de precisão absolutos, e ao mesmo tempo formal(ista). Há aproximações, mas não imposições jurídicas¹⁰. Não prescindindo do rigor (e sem prejuízo de inspiração em contabilidades possíveis), antes se prefere, em geral, a caracterização do sistema com a metáfora de uma proporção geométrica e a velha régua de Lesbos do Estagirita, que se afeiçoa ao objeto medido¹¹. O objeto (seja o *quid* factual, seja a pessoa do agente) não é indiferente ao sujeito cognoscente e decisor, muito pelo contrário.

Temos, ademais, intramuros remissões da Justiça para outros vetores como brandura, suavidade, afabilidade, caridade, misericórdia e até amor. Todos eles se encontram, por exemplo, no século XVI, em AMADOR ARRAIS¹². E já em ANTÓNIO DE LISBOA, e mais perto de nós, *v. g.*, em Sampaio BRUNO e TEIXEIRA DE PASCOAES; no estrangeiro, entre muitos, em RAISSA MARITAIN e LUIGI LOMBARDI VALLAURI¹³.

Porém, o caminho que vai dessas altas associações ao Direito concreto e aplicável passa pela mediação da Lei, e da jurisprudência, não sendo legítimo ao jul-

⁹ *Apud* ANTÓNIO HESPAÑHA, “De la ‘Iustitia’ a la ‘Disciplina’”, in *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas*, de F. Tomás y Valiente *et al.*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 176 (“O príncipe não deve punir sempre nem ignorar sempre, o ofício do rei é punir frequentemente mas ignorar ainda mais frequentemente”).

¹⁰ Por exemplo, sintetizando uma tentativa de tendência jurisprudencial, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2022, anotação n.º 3 do artigo 77.º, refere: “Em regra, a ponderação da imagem global dos crimes imputados e da personalidade é feita nos seguintes termos: tratando-se de uma personalidade mais gravemente desconforme com o Direito, o tribunal determina a pena única somando à pena concreta mais grave metade (ou, em casos excepcionais, dois terços) de cada uma das penas concretas aplicadas aos outros crimes em concurso, tratando-se de uma personalidade menos gravemente desconforme ao Direito, o tribunal determina a pena única somando à pena concreta mais grave um terço (ou, em casos excepcionais, um quarto) de cada uma das penas concretas aplicadas aos outros crimes em concurso.”. Mas não se trata, de forma alguma, de uma imposição do Direito.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 131 a); V, 14; ANA ELISA SPAOLONZI QUEIROZ, *et al.*, *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*, São Paulo, Saraiva, 2012, *passim*; FLÁVIO DA COSTA HIGA, “A Equidade como Ferramenta Hermenêutica: Distinções Epistemológicas entre as Acepções do CPC e da CLT”, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, trimestral, vol. 80, n.º 2, Brasília, abril-junho 2014, pp. 80 e segs.

¹² FR. AMADOR ARRAIS, *Diálogos*, V, cap. I., ed. De Lisboa, Sá da Costa, 1944, pp. 137-138.

¹³ Remetendo, a este propósito, para as respetivas obras, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Mysteria Iuris*, Porto, Legis, 1999, *maxime* pp. 216 e segs.

gador, porque não comunga ou contacta diretamente com tais essências (nem possui uma *ciência infusa* medieval), julgar por aplicação direta de qualquer delas, o que seria uma forma de subjetividade, perigosíssima. Por isso, aliás, nem sequer o direito natural é recomendado ao comum dos juristas por um expoente contemporâneo do jusnaturalismo como MICHEL VILLEY¹⁴.

V. Proporcionalidade, *et alia*

1. Da proporcionalidade e da proporcionalidade penal em geral

Atentem-se, antes do mais, nos parâmetros essenciais convocados no Acórdão do STJ de 19/1/2022, proferido no proc. n.º 327/17.2T9OBR.S1:

«Sustenta-se no Acórdão de 30/11/2016, deste Supremo Tribunal [17 – Proc. 804/08.6PCCSC.L1.S1, *www.dgsi.pt/stj*.], que “a medida da pena unitária a atribuir em sede de cúmulo jurídico reveste-se de uma especificidade própria.

Por um lado, está-se perante uma nova moldura penal, mais ampla, abrangente, com maior latitude da atribuída a cada um dos crimes.

Por outro, tem lugar, porque se trata de uma nova pena, final, de síntese (...)”.

A proporcionalidade e a proibição do excesso, que deve presidir à fixação da pena conjunta, deverá obter-se através da ponderação da gravidade dos crimes do concurso (enquanto unidade de sentido jurídico), as características da personalidade do agente neles revelado (no conjunto dos factos ou na atividade delituosa) e a dimensão da medida das penas parcelares e da pena conjunta no ordenamento punitivo.

“A pena conjunta tenderá a ser uma pena voltada para ajustar a sanção – dentro da moldura formada a partir de concretas penas singulares – à unidade relacional de ilícito e de culpa, fundada na conexão *auctoris* causa própria do concurso de crimes”.

Assim, “se a pena parcelar é uma entre muitas outras semelhantes, o peso relativo do crime que traduz é diminuto em relação ao ilícito global, e portanto, só uma fracção menor dessa pena parcelar deverá contar para a pena conjunta”.

“É aqui que deve continuar a aflorar uma abordagem diferente da pequena e média criminalidade, face à grande criminalidade, para efeitos de determinação

¹⁴ MICHEL VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit*, Paris, PUF, 1985 (póstumo).

da pena conjunta, e que se traduzirá, na prática, no acrescentamento à parcelar mais grave de uma fracção menor das outras”.

Se a aplicação de qualquer pena deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade (à gravidade do crime, ao grau e intensidade da culpa e às necessidades de reintegração do agente), essa orientação deve ser especialmente ponderada quando se determina o *quantum* da pena conjunta. Tanto porque a moldura penal resultante da soma das penas aplicadas a cada um dos crimes do concurso pode assumir amplitude enorme e/ou atingir molduras com limiar superior muito elevado, não raro, iguais ao máximo de pena consentida, quanto porque os crimes englobados no concurso podem incluir-se apenas na pequena criminalidade, “uma das manifestações típicas das sociedades modernas”, tratando-se de uma realidade distinta da criminalidade grave, quanto à sua explicação criminológica, ao grau de danosidade social e ao alarme coletivo que provoca. Por isso, não poderá deixar de ser diferente, numa e na outra, não só a espécie como também a medida concreta da reação formal. O legislador deixou claramente expressa a vontade de conferir tratamento distinto àquelas fenomenologias criminais.»

Têm estas considerações plena aplicação em tela de fundo. Podendo também convocar-se, no mesmo registo, a explicitação constitucional sobre as várias dimensões ou modalidades de que se reveste a proporcionalidade (designadamente nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 634/93, 187/2001 e 632/2008).

A lição de síntese do referido Acórdão do STJ de 19/1/2022, proferido no proc. n.º 327/17.2T9OBR.S1, pela sua clareza, merecerá ser recordada, pelo menos no sumário:

“I – No vigente regime penal, a função primordial do direito penal é a de tutelar os bens jurídicos tipificados, de modo a assegurar a paz jurídica dos cidadãos.

II – A culpa na execução do facto estabelece o limiar máximo acima do qual a pena aplicada é excessiva, subalternizando à «paz» comunitária a dignidade humana do agente.

III – Entre aquele limiar mínimo e este limiar máximo, o modelo de individualização da pena judicial completa-se com a finalidade de prevenção especial de socialização^[15] (nota nossa).

¹⁵ Cf. com a teorização de AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 79 e segs., 104 e segs. Taipa de Carvalho, ao contrário de Figueiredo Dias, entende que a prevenção geral já está espelhada na moldura legal. Cf. ainda MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *As Reações Criminais no Direito Português*, cit., pp. 146 e segs.

IV – O abuso sexual de crianças e de menores dependentes, violando a autodeterminação sexual e o harmonioso desenvolvimento da personalidade global das crianças na esfera sexual, demandam assertiva reafirmação da validade do bem jurídico e da vigência da proteção penal.

V – O concurso de crimes, por opção de política criminal, é punido com uma pena única, obtida através da ponderação dos factos cometidos e da personalidade do agente.”.

Convoque-se ainda nesta sede geral, *brevitatis causa*¹⁶, JÜRGEN SCHWABE¹⁷:

“A aplicação do critério da proporcionalidade como limite dos limites não se confunde com uma ponderação de bens, interesses ou valores jurídicos, mas representa a busca ‘do’ meio necessário de intervenção, assim entendido (como) o meio adequado de intervenção (adequado ao propósito da intervenção) que seja, em face da liberdade atingida, o menos gravoso. Aplicar o critério da proporcionalidade significa, portanto, interpretar e analisar o propósito perseguido pelo Estado e o meio de intervenção em si, no que tange às suas admissibilidades e à relação entre os dois. Esta deve poder ser caracterizada como uma relação de adequação e necessidade, nos seus sentidos técnico-jurídicos.”.

É, pois, num sentido técnico-jurídico rigoroso, já seguido pela jurisprudência e acolhido pela doutrina, que se encara a proporcionalidade, e jamais como uma vaga imagem da régua de Lesbos (não a original, referida por Aristóteles nas *Éticas a Nicómaco*), quiçá entre a equidade e alguma modalidade de pensamento tópico-problemático, em que, no limite, podem entrar considerações de pura subjetividade.

2. Elementos ponderadores em concreto

A lei, ao mandar atentar nos factos e na personalidade do agente, remete para uma consideração global, em que uns e outros dialogam no seu diferente sentido e peso relativo.

¹⁶ Para maiores desenvolvimentos, PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Em torno do princípio da proporcionalidade”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 168, outubro-dezembro de 2021, pp. 95-120.

¹⁷ JÜRGEN SCHWABE (coletânea original)/LEONARDO MARTINS (organização e introdução da edição em português), *50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideo, Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 89.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (e vária jurisprudência que com ele é concorde) aponta também para um critério holístico na escolha da medida da pena única. Assim,

“(…) como se o conjunto dos factos fornecesse a gravidade do ilícito global perpetrado, sendo decisiva para a sua avaliação a conexão e o tipo de conexão que entre os factos concorrentes se verifique. (...) De grande relevo será também a análise do efeito previsível da pena sobre o comportamento futuro do agente (exigências de prevenção especial de socialização)”¹⁸.

Ainda na perspetiva holística, note-se o Acórdão do STJ de 6/2/2019, proferido no proc. n.º 71/15.5JDLBS.S1:

“(…) impõe-se uma apreciação global dos factos, tomados como conjunto, e não enquanto mero somatório de factos desligados, na sua relação com a personalidade do agente. Essa apreciação deverá indagar se a pluralidade de factos delituosos corresponde a uma tendência da personalidade do agente, ou antes a uma mera pluriocasionalidade, de carácter fortuito ou accidental, não imputável a essa personalidade, para tanto devendo considerar múltiplos factores, entre os quais a amplitude temporal da actividade criminosa, a diversidade dos tipos legais praticados, a gravidade dos ilícitos cometidos, a intensidade da actuação criminosa, o número de vítimas, o grau de adesão ao crime como modo de vida, as motivações do agente, as expectativas quanto ao futuro comportamento do mesmo”.

A questão de saber se se trata da expressão de uma tendência criminosa (uma parafilia) ou uma simples pluriocorrência (ou pluriocasionalidade) de factos criminosos é deveras relevante. Deve ponderar-se que o número elevadíssimo de crimes e o longo tempo em que foram praticados não pode deixar de ser fator a considerar, de um lado, ou, de banda contrária, a situação de crimes escassos e ocasionalmente praticados apenas.

Parece útil e relevante que o acórdão recorrido tenha uma argumentação consistente, com dados e referências significativas. Nomeadamente invocando pertinentes referências doutrinárias e jurisprudenciais (não meramente adjacentes ou eruditas, mas com interesse prático e objetivo para a decisão da causa), explicitando convincentemente as razões da pena atribuída, com clareza, e evidenciando equilíbrio e prudência. A sentença proferida deve ser justa, adequada, proporcional e necessária.

¹⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, p. 291.

Importa analisar o “facto global” a partir muitas vezes de factos singulares plúrimos, vendo-se o tipo de ilicitude e de culpa.

Por exemplo, na reiteração criminosa não se encontrará sistematicamente uma espécie de “meia desculpa” – mas, pelo contrário, existem casos em que ocorreram muitas ocasiões de refletir e de perseverar (*perseverare diabolicum*, como diria a formulação de Bernardo de Claraval) na grave atitude criminosa.

Um dos casos relativamente frequentes é a invocação da existência de crime continuado, procurando-se essa requalificação.

Por vezes, não há sequer ensejo a apreciar essa questão. Mas, quando haja de fazer-se, importa antes do mais ler bem a lei, porque são requisitos do crime (cf. n.ºs 2 e 3 do art. 30.º do Código Penal):

a) A realização plúrima de violações típicas do mesmo bem jurídico, *desde que este não proteja bens eminentemente pessoais* (itálico nosso).

b) Estando em causa uma execução essencialmente homogênea das referidas violações.

c) No quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que lhe diminua consideravelmente a culpa.

Parece poder considerar-se ainda, para além do simples texto da lei, na sua literalidade, um elemento subjetivo que se há de estender a toda a relação de continuação, abrangendo as hipóteses de um dolo conjunto (planeamento prévio pelo agente das diversas resoluções típicas), ou de um dolo continuado (o plano do agente de que repetiria a realização típica sempre que a ocasião se proporcionasse). Porém, não é uma questão pacífica.

O caráter eminentemente pessoal dos bens desde logo afasta a hipótese de crime continuado.

De entre vasta jurisprudência do STJ, cf., desde logo, este trecho do sumário do Acórdão de 13/5/2020, proferido no proc. n.º 396/18.8PBLRS.L1.S1:

“II. O crime continuado reconduz-se à punição como um só, de vários crimes que preenchem o mesmo ou idêntico tipo de ilícito, cometidos pelo agente em circunstâncias tais que diminuem de forma acentuada a culpa – art. 30.º, n.º 2, do Cód. Penal.

III. A Lei n.º 40/2010, de 2/09, suprimiu o trecho final do até aí vigente n.º 3 do artigo 30.º citado, pelo que, a repetida ofensa de bens eminentemente pessoais criminalmente protegidos, ainda que a vítima seja a mesma, independentemente das circunstâncias, consubstancia concurso efetivo de crimes.

IV. Nos crimes sexuais, em cada um dos repetidos e temporalmente separados atos sexuais de relevo praticados pelo agente na mesma vítima, consoma-se uma decisão, uma opção de vontade, perfeitamente delimitada na sua autonomia em relação a todas as outras, a sustentar uma renovação da formulação de igual juízo de culpa.

V. Consequentemente, nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes não tem cabimento legal unificar através da categoria normativa do crime continuado as várias condutas que, cada uma, em si mesma, isoladamente preenche todos os elementos constitutivos do tipo de ilícito.”.

Há vários recorrentes, em diversos processos, que partilham um conjunto de traços. Sem entrar numa indagação psicossociológica profunda, apenas empiricamente se podem traçar alguns elementos várias vezes comuns, como uma infância difícil, com famílias desestruturadas e violência doméstica, escolaridade que não deixou marcas de normatividade, pautada por retenções, abandonos e desinteresse, entrada precoce no mercado de trabalho, em atividades pouco remuneradas e com mudança de empregos, consumo de álcool e droga, relacionamentos afetivos conflituosos e sucessivas ruturas, etc.

Ressaltam casos de não arrependimento, de personalidade transtornada num sentido parafílico, egoísta e insensível, culpabilizando os outros, até, ou então de mera verbalização formal de arrependimento.

Não é infrequente que a gravidade dos factos (agora tratados em cúmulo, considerando o “facto global” e a respetiva “culpa global”) e a personalidade do arguido necessitem, em prevenção especial, de uma censura não laxista, que o desmotive de voltar a delinquir no futuro, e de molde ainda a que a comunidade se não sinta ameaçada e descrente nas capacidades reconstitutivas da paz social do sistema jurídico (agora em prevenção geral).

Evidentemente que se entrelaçam as duas prevenções e apontam ambas para uma punição que não contribua para a trivialização destas condutas. Crimes de abuso sexual e de violação de crianças, *por exemplo*, não só causam repulsa e alarme sociais profundos na comunidade circundante, como, sendo mediaticamente noticiados, criam no conjunto da sociedade (que é também o destinatário se não mesmo partícipe da ordem jurídica) sentimentos de anomia. Além disso, não se trata apenas de um sentimento subjetivo ou de comoção de massas de algum modo superficial, mas, pelo contrário, estão em causa bens jurídicos valiosos, que constituem insofismavelmente pilares da ordem social e da consciência jurídica geral, tendo, assim, uma componente ético-social. São alguns dos míni-

mos do ordenamento jurídico de que fala JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (que também nos recorda a importância da culpa, outro relevante elemento ético-penal), neste passo, aliás, sempre habitualmente citado, mas que de novo se deve recordar:

“(2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico” (*Direito Penal*, vol. I, p. 84, e *Direito Penal*, vol. II, pp. 227-228).

Mas importa matizar as questões. Como tem assinalado CLAUS ROXIN, entre outros, o que não deixa de ser recordado, entre nós, por FIGUEIREDO DIAS, há também uma compreensão social de situações de diminuição da culpa, e a aceitabilidade comunitária de que possa existir uma menor exigibilidade, em certos casos, da tutela de bens jurídicos¹⁹. Mas nunca poderá estar em causa (em nenhum crime grave, ou, pelo menos de uma certa gravidade, a ponderar com bem calibrada balança) cogitar-se a aplicação de uma pena única que pudesse vir a ser tão baixa que colocasse em risco os limites mínimos de prevenção. Como seria o caso de uma pena que consentisse a suspensão da sua execução, como tantas vezes pretendido pelos recorrentes.

VI. Vetores de apreciação factual

Mandando a lei atender aos factos e à personalidade do agente, há que ter em conta, na consideração dos factos, várias vertentes ou vetores, avultando a *condição pessoal e económica do arguido*.

O arguido pode ter ou não antecedentes criminais.

Cedendo a alguma sociologia empírica (se tal se pode consentir), fica-se com a sensação, pela repetição das circunstâncias pessoais, que os arguidos não poucas vezes provêm de agregado familiar não infrequentemente numeroso, mas sobretudo de humilde condição socioeconómica, com uma dinâmica familiar disfuncional, com ocorrência de maus-tratos físicos e psicológicos infligidos à mãe e aos irmãos pelo pai. Muitas vezes se tratando, nos crescentes crimes de violência do-

¹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, vol. I, *cit.*, p. 83, e *Direito Penal*, vol. II, *cit.*, p. 230, e ainda SIMAS SANTOS/LEAL-HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, *cit.*, p. 188.

méstica e até de abusos sexuais a menores, de reprodução de um padrão de origem familiar: o agressor que fora já agredido...

No mesmo contexto, em geral, a escolaridade dos recorrentes costuma ser escassa e eventualmente com retenções. No plano profissional, em geral também, uma atividade que muitas vezes é irregular. Assinala-se ainda a recorrência de casos de consumo de bebidas alcoólicas em excesso, eventualmente também de drogas, e conflitos e violência contra a esposa ou companheira.

VII. Final

Em alguns casos, no que toca às exigências de prevenção especial, se é certo que os elementos positivos, favoráveis ao arguido (conquanto por vezes matizados – e alguns ambivalentes, em certas situações), algo atenuariam o alarme perante a possibilidade de reincidência, a verdade é que os hábitos, por vezes já antigos, de adição às drogas e/ou de alcoolismo, entre outros, poderão ser um fator potenciador de novos ilícitos. Por outro lado, avulta a própria personalidade do arguido, que, em geral, como que “exala” dos próprios factos criminosos cometidos, em apreciação nos autos. Por exemplo, circunstâncias, *modus operandi*, serão elementos que parecem modular um vulto da personalidade que se vai tornando mais clara, mais nítida, com a junção de elementos que se vão conhecendo com a familiaridade do julgador com o processo em mãos.

Há evidentemente situações em que pode ter havido mão mais pesada das Instâncias, e não tenha sido suficientemente ponderada a dinâmica “factos e personalidade do arguido”. É, aliás, pensando nessa possibilidade que se instituíram os recursos. Mas o mais frequente (em casos de condenações mais severas que sobem em recurso ao Supremo Tribunal de Justiça) é que a culpa do arguido seja muito elevada, pelo desvalor das ações que quis empreender e concretizou e do desvalor dos resultados que procurou e conseguiu efetivar. A personalidade dos arguidos (pesem todas as invocações e alguns elementos que podem algo atenuar a culpa) não é, muitas vezes, de molde a tranquilizar a comunidade quanto ao seu comportamento futuro (que, obviamente, se deseja venha a ser normativo, aproveitando da possibilidade de “repensar a sua vida”, em reclusão, normalmente), reclamando-se quer em prevenção especial quer em prevenção geral, e não ultrapassando a sua culpa, uma pena não abaixo do razoável para manter as expectativas sociais de defesa da legalidade. É um ponto de ponderação relativamente frequente. Em que se acredita nas

virtualidades do sistema, nomeadamente prisional. Pelo menos, no esforço social para a regeneração e ressocialização, que, porém, pode ser aproveitado ou não.

Enfim, tendo em atenção a moldura penal em concreto, a pena aplicada não se deve revelar desproporcional nem contrária às regras da experiência, nem às exigências de prevenção e não pode exceder a culpa do arguido.

Assim, não podendo afirmar-se existir desproporcionalidade no *quantum* da pena do cúmulo jurídico operado, será a mesma de manter, confirmando-se o acórdão recorrido. Caso contrário, o Supremo Tribunal de Justiça pode baixar a pena, e tem-no feito, nos casos em que tal se tem mostrado legal e justificável, para que Justiça seja feita.