

Revista LEX de **Criminologia & Vitimologia**

Editora

Zilá T. Miorelli

Coordenadores da Revista

Cesar Luiz de Oliveira Janoti

Édson Luís Baldan

Oswaldo Henrique Duek Marques

Rodrigo Murad do Prado

Conselho Editorial

Aldo Botana Menezes	Gustavo Octaviano Diniz Junqueira
Alice Bianchini	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Ana Celeste Cardoso Januário (Luanda)	Javier Llobet Rodríguez (Costa Rica)
André Lamas Leite (Portugal)	João Mestieri
André Vinícius Espírito Santo de Almeida	John Zuluaga (Alemanha)
Antonio Henrique Graciano Suxberger	Juarez Cirino dos Santos
Carlos Eduardo Adriano Japiassú	Juliano de Oliveira Leonel
Carolina Alves de Souza Lima	Lean Antônio Ferreira de Araújo
Celeste Leite dos Santos	Luciano de Freitas Santoro
Cesar Barros Leal	Marcus Alan de Melo Gomes
Cícero Robson Coimbra Neves	Matías Bailone (Argentina)
Claudio Brandão	Oswaldo Giacoia Júnior
Eduardo Del Campo	Paula Ramires (Colômbia)
Elio Lo Monte (Itália)	Paulo Henrique Aranda Fuller
Ester Kosovski	Raúl Cervini
Fernando Antunes Soubhia	Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado (Espanha)
Fernando de Almeida Pedroso	Rogelio Barba Álvarez (México)
Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso	Ryanna Pala Veras
Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna	Sacha Darke (Inglaterra)
Francesco Schiaffo (Itália)	Silvio Luís Ferreira da Rocha
Gustavo Noronha de Ávila	Valerio de Oliveira Mazzuoli
	Waldir Severiano de Medeiros Júnior

v. 5 n. 14

maio/agosto 2025

LEX
E D I T O R A

© REVISTA LEX DE CRIMINOLOGIA & VITIMOLOGIA

Publicação quadrimestral da LEX Editora S/A, à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

Artigos podem ser encaminhados via site (<http://www.lex.com.br/enviar-doutrina>).

Publicação com distribuição em todo o território nacional.

Revista LEX de Criminologia & Vitimologia

n. 14 (maio/ago. 2025).- Porto Alegre: LEX, 2025

- Quadrimestral. Coordenação: Cesar Luiz de Oliveira Janoti, Édson Luís Baldan, Oswaldo Henrique Duek Marques e Rodrigo Murad do Prado

ISSN 2763-6216

1. Direito Penal – Criminologia – Periódico. 2. Direito Penal – Vitimologia – Periódico.

CDU 343.9(05)

CDU 343.988(05)

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

LEX Editora S/A

Diretora: Marlene Imhoff

Rua 18 de Novembro, 423

Porto Alegre/RS - CEP 90240-040

www.lex.com.br

sac@lex.com.br

Serviço de Atendimento: 51 3191-3033

SUMÁRIO

Apresentação	5
--------------------	---

Doutrina Nacional

Controvérsias atuais do direito de extradição

<i>Artur de Brito Gueiros Souza e Gustavo Netto Machado Frota</i>	7
---	---

Noções sobre a modificação do entendimento da exigência do exame criminológico

<i>Paulo José Freire Teotônio, Bruna Carolina Oliveira e Silva e Luís Augusto Freire Teotônio Júnior</i>	31
--	----

Populismo punitivo e o pacote antifeminicídio: considerações sobre a violência letal contra mulheres e as funções simbólicas da pena

<i>Isabelle Dianne Gibson Pereira e Matheus Borges Kauss Vellasco</i>	57
---	----

Parâmetro da criminalidade em Boa Vista-RR em função da migração venezuelana na região

<i>Andreia Freitas Vallandro</i>	75
--	----

Cifra dourada e a invisibilidade dos crimes de colarinho branco no Brasil sob a ótica de Malem Seña em *La Corrupción*

<i>Ricardo Araújo Lima, Débora Cristina da Silva Reis e Felipe Gomes da Silva Nascimento</i>	87
--	----

Atuação do policial militar no atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica

<i>Marcelo Ferreira</i>	105
-------------------------------	-----

A compelição das câmeras corporais na atividade policial e a possibilidade de seu uso como prova: a problemática do direito de imagens e o direito do policial não se autoincriminar

<i>Joaquim Leitão Júnior e Nilton César Boscaro</i>	123
---	-----

Aspectos preventivos da investigação policial e suas aplicações

<i>Roanderson Rodrigues Coró e Wagner Teixeira Lima</i>	133
---	-----

Doutrina Estrangeira

Entre a discricionariedade pura e a liberdade para a decisão: notas de
enquadramento sobre a determinação da medida concreta da pena em Portugal
André Lamas Leite..... 143

Diretrizes para submissão de artigos doutrinários 189

APRESENTAÇÃO

Temos a satisfação de apresentar o número quatorze da *Revista LEX de Criminologia & Vitimologia (RLCV)*, publicada em formato físico e eletrônico pela LEX Editora, destinada à produção científica, ao estímulo do debate técnico e à divulgação de estudos sobre Criminologia e Vitimologia.

Por englobarem estudos interdisciplinares, a Criminologia e a Vitimologia possuem vinculação com outras disciplinas, como a Psiquiatria, a Psicanálise, o Direito, a Sociologia, a Política Criminal, a Assistência Social, a Economia, a Estatística, a Ciência Política, a Antropologia etc., motivo pelo qual contamos com a publicação de artigos de autores nacionais e estrangeiros de diversas áreas do conhecimento.

A edição inicia com o artigo escrito por Artur de Brito Gueiros Souza e Gustavo Netto Machado Frota, intitulado *Controvérsias atuais do direito de extradição*. Os autores abordam as questões enfrentadas atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição passiva, examinando as mudanças nas decisões judiciais, com enfoque em temas como pedido de refúgio, a nacionalidade do extraditando, o instituto da transferência da pena e a prescrição penal.

Após, a edição traz o texto *Noções sobre a modificação do entendimento da exigência do exame criminológico*, de autoria de Paulo José Freire Teotônio, Bruna Carolina Oliveira e Silva e Luís Augusto Freire Teotônio Júnior. Os autores abordam o retorno do exame criminológico à Lei de Execução Penal e a necessidade de elaboração de normas eficazes para a real ressocialização das pessoas privadas de liberdade.

Na sequência, Isabelle Dianne Gibson Pereira e Matheus Borges Kauss Vellasco participam da edição com a pesquisa intitulada *Populismo punitivo e o pacote antifeminicídio: considerações sobre a violência letal contra mulheres e as funções simbólicas da pena*. O texto analisa a violência letal contra mulheres no Brasil, destacando como a brutalidade recorrente nesses crimes evidencia o ódio e o menosprezo contra as vítimas, bem como reflete sobre a ineficácia de política criminal que visa prevenir tais crimes por meio do recrudescimento penal, em particular a Lei 14.994/2024, conhecida como “Pacote Antifeminicídio”.

Dando continuidade, Andreia Freitas Vallandro apresenta o artigo *Parâmetro da criminalidade em Boa Vista-RR em função da migração venezuelana na região*. A pesquisa objetiva analisar se a migração venezuelana na cidade de Boa Vista-RR, entre os anos de 2015 e 2021, impactou diretamente no aumento dos índices de criminalidade na cidade.

O artigo intitulado *Cifra dourada e a invisibilidade dos crimes de colarinho branco no Brasil sob a ótica de Malem Seña em “La Corrupción”*, de autoria de Ricardo Araújo Lima, Débora Cristina da Silva Reis e Felipe Gomes da Silva Nascimento, desenvolve uma análise crítica da cifra dourada e da invisibilidade dos crimes de colarinho branco no Brasil, utilizando como base teórica a obra *La Corrupción* de Jorge Francisco Malem Seña.

A seguir, analisando a atuação do Policial Militar no atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica, investigando suas atribuições, desafios e impactos na proteção das vítimas, Marcelo Ferreira traz o estudo intitulado *Atuação do policial militar no atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica*.

Seguimos com o estudo *A compelição das câmeras corporais na atividade policial e a possibilidade de seu uso como prova, a problemática do direito de imagens e o direito do policial não se autoincriminar*, escrito por Joaquim Leitão Júnior e Nilton César Boscaro. Nele, os autores abordam a obrigatoriedade do uso das câmeras corporais na atividade policial ostensiva e preventiva, enfrentando aspectos como o seu (não) uso probatório, a problemática do direito de imagens, voz, o direito convencional do policial de não se autoincriminar.

Finalizamos a Doutrina Nacional com o artigo apresentado por Roanderson Rodrigues Coró e Wagner Teixeira Lima, intitulado *Aspectos preventivos da investigação policial e suas aplicações*. O estudo busca esclarecer que não existe intromissão e muito menos usurpação de função quando a Polícia Militar, em certos casos, lança-se à coleta de dados, a fim de bem cumprir sua missão constitucional de preservação da ordem pública.

A Doutrina Internacional finaliza a edição.

Com ela, temos a reflexão de André Lamas Leite, intitulada *Entre a discricionariedade pura e a liberdade para a decisão – notas de enquadramento sobre a determinação da medida concreta da pena em Portugal*. O jurista aborda as principais fases da pena principal, acessória ou de substituição.

Como coordenadores desta Revista, esperamos que ela seja um periódico de excelência na Criminologia e na Vitimologia para os interessados em seus temas nas diversas áreas do conhecimento.

Cesar Luiz de Oliveira Janoti

Édson Luís Baldan

Oswaldo Henrique Duek Marques

Rodrigo Murad do Prado

ENTRE A DISCRICIONARIEDADE PURA E A LIBERDADE PARA A DECISÃO: NOTAS DE ENQUADRAMENTO SOBRE A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA PENA EM PORTUGAL

André Lamas Leite

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Investigador integrado do Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Justiça (CIJ). Endereço eletrônico: aleite@direito.up.pt.

Para a Cristina Reis Cardoso, a Irmã que a Vida me trouxe,
por ter sido a minha Boa Samaritana.

Da primeira vez em que me assassinaram
Perdi um jeito de sorrir que eu tinha...
Depois, de cada vez que me mataram,
Foram levando qualquer coisa minha.
E hoje, dos meus cadáveres, eu sou
O mais desnudo, o que não tem mais nada...
Arde um toco de vela, amarelada...
Como o único bem que me ficou! [...]
Mário Quintana, *Da vez primeira em que me assassinaram*¹

RESUMO: A determinação da medida concreta da pena principal, acessória ou de substituição resulta de um processo dialógico entre o legislador e o julgador, com espaços de discricionariedade vinculada típicos da própria tarefa humana de decidir. Neste artigo, analisam-se as suas principais fases, tomando-se partido sobre os mais relevantes problemas que, especificamente, vêm ocupando a literatura especializada na matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Determinação da medida da pena. Moldura penal abstrata. Moldura penal concreta. Medida concreta da pena e fatores de medida da pena. Escolha da pena.

¹ *Melhores poemas*. São Paulo: Global Editora, 2023. p. 26. (Seleção de Fausto Cunha).

SUMÁRIO: Introdução. 1. A moldura penal abstrata: 1.1. As circunstâncias modificativas: 1.1.1. A concorrência de circunstâncias modificativas; 1.2. A moldura penal concreta; 1.3. A medida concreta da pena ou o quantum exato de pena; 1.4. O momento da escolha da pena. Referências conclusivas. Referências.

Introdução

O presente artigo encerra objetivos modestos. Por um lado, pretende-se oferecer aos juristas brasileiros um conspecto da forma como o legislador português configurou um dos grandes temas jurídico-dogmáticos, que é o processo de determinação da medida da pena, apontando as suas fases, os fundamentos de cada uma e aquilo que nelas se espera deste diálogo entre o legislador e o aplicador da Lei, por excelência, o julgador. Por outro lado, atento este desiderato, o texto foi também pensado para os nossos estudantes que, pela primeira vez, se veem confrontados com esta questão, espera-se que ao nível da graduação, embora, para nós incompreensivelmente, Faculdades existam em que se não lecionam as consequências jurídicas do facto ilícito-típico. Tal significa que os alunos saem dos bancos das escolas superiores a saberem *o que é um crime* em sentido material, mas não têm ideia de *como ele pode ser sancionado*. Em virtude deste segundo objetivo, não se deve estranhar o tom no essencial pedagógico e, sempre que julgado necessário ou útil, exemplificativo, sem grande aparato doutrinal ou jurisprudencial.

A determinação da medida da pena sempre foi uma operação jurídica envolta em alguma aura de mistério e dúvida. Tal sucede visto ser claro que os mesmos factos e a mesma legislação podem conduzir, amiúde, a resultados jurídicos díspares, porquanto a medida concreta da pena pode oscilar de um Tribunal para outro. Em boa verdade, se se fizesse a experiência da subsunção a um mesmo conjunto de factos dados como provados por vários Tribunais, a exceção seria que se aplicasse uma mesma medida concreta e, eventualmente, uma mesma pena de substituição.

Diga-se, ademais, ainda à guisa de introdução, que estudaremos a região normativa jurídico-penal oposta à das medidas de segurança, o que significa que estamos no domínio das *penas*, *i. e.*, condutas governáveis pela vontade humana às quais podemos dirigir um juízo de *culpa* que, para o efeito que aqui nos convoca – não ignorando existir grande contestação a esta noção –, se traduz num juízo de censura individual e concreto, porquanto o agente deveria ter agido de modo diferente daquele que levou a cabo, sendo capaz de o fazer (portanto, uma conceção de culpa que é constituída pela exigibilidade de conduta diversa – não existem causas de exclusão da culpa cujo fundamento se encontra

neste princípio, como o estado de necessidade desculpante do art. 35º do Código Penal² e, por analogia, aqui permitida, por ser *in bonam partem*, nos termos do art. 1º, nº 3, o conflito de deveres subjetivo e, segundo alguns autores – de quem respeitadamente discordamos –, a obediência indevida desculpante do art. 37º), de imputabilidade em razão de idade e de anomalia psíquica (artigos 19º e 20º, respetivamente) e de consciência da ilicitude (art. 17º).

As penas podem agrupar-se em *principais*, *acessórias* e de *substituição*. As primeiras são aquelas que, por si só, cumprem as finalidades punitivas que o ordenamento jurídico lhes assinala, o que, em Portugal, goza de expressa previsão normativa no art. 40º, nº 1, ao invés do que só acontecer em Estados da mesma família do *civil law*. Em Portugal, são a pena de prisão ou privativa de liberdade e a de multa ou pecuniária. As penas *acessórias*, como se retira da própria designação, são aquelas que se aplicam ao lado das principais ou das de substituição, visando reforçar o seu papel ou mesmo dar corpo a preocupações que se não acham contidas, pelo menos na totalidade, nas penas principais.

Pensem no exemplo da pena acessória mais aplicada em Portugal: a “proibição de conduzir veículos com motor e de pilotar aeronaves com ou sem motor” (art. 69º) – ela justifica-se não tanto no sentido de haver um qualquer acréscimo de culpa que importe colmatar, mas sim em virtude da *urgência do afastamento* desse agente da circulação automóvel ou aérea, por se ter revelado perigoso para tais atividades; entendemos, pois, que são sobretudo *razões especiais-preventivas* que justificam esta pena acessória. E mais: como certamente se notou, acabamos por referir razões de perigo colocadas pelo agente, uma vez que resulta para nós claro que em várias destas “penas”, malgrado a sua designação, na respetiva materialidade existem motivos que as fazem partícipes da categoria das medidas de segurança.

Todo este domínio reclama ser reequacionado. Finalmente, as penas de *substituição* são todas aquelas que se aplicam em vez das principais, considerando que é possível elaborar um juízo de prognose favorável a favor do condenado, que cumprirá as finalidades punitivas sem ingressar num estabelecimento prisional e, assim, extramuros, na comunidade, obviando-se aos conhecidos efeitos criminógenos da subcultura das prisões ou, em outros casos, assinalar-se ao condenado que não pode sair do espaço da sua residência, exceto quando legalmente autorizado para o fazer – veja-se o regime de permanência na habitação dos artigos 43º e 44º O primeiro conjunto sancionatório

² Doravante, qualquer referência a uma disposição legal deve ter-se por feita para o Código Penal português, aprovado em 1982 e, até hoje, com mais de cinquenta alterações, o que é bem sintoma do modo nacional de legislar que, infelizmente, não é monopólio de Portugal.

corresponde às penas de substituição em sentido próprio ou puro e as detentivas em sentido impróprio ou impuro. O que queremos sublinhar, então, é a circunstância de o que *infra* se disser sobre a determinação da pena vale para todas as suas modalidades: principais, acessórias ou de substituição.

Voltando às dificuldades de uma aplicação mais “científica” da medida da pena, quer isto dizer que o Direito, e em especial o Penal – aquele em que as exigências de certeza e segurança jurídicas se colocam de modo mais exposto em todo o ordenamento jurídico – é uma espécie de ciência “sentimental”, totalmente subjetiva, em que cada Tribunal faz “o que melhor entende” e, por isso, a “sorte ou azar” de um agente é que o “seu” processo seja julgado por uma dada composição de juízes?

A História do Direito Penal ensina-nos que foi com o Iluminismo que as iniciais preocupações sérias com o problema se fizeram sentir. É bem conhecido o movimento de reação contra o Estado absolutista, de despotismo esclarecido ou iluminado, como foi em vários países, com particular destaque na França (mas em que Portugal também o conheceu, no reinado de D. José, sobretudo por meio do seu Ministro Marquês de Pombal), onde inexistia separação entre os poderes do Estado e o judicial era uma *longa manus* do Executivo, em que as penas a aplicar dependiam da pertença dos agentes a um dos três estados que na altura se divisavam: nobreza, clero e povo. Era, portanto, uma justiça de classe, com privilégio para as mais favorecidas, também ao nível da concreta tramitação aplicável³.

A partir do séc. XVIII começa a combater-se este tipo de conceção, sendo de todos conhecido o diagnóstico que apontava para que uma dada pena mais severa ou moderada dependia de “uma boa ou má digestão dos juízes”, ou seja, de um puro arbítrio. Autores como Beccaria ou Locke foram aqui de enorme valia. O arguido dependia em absoluto do favor ou desfavor dos juízes, o que decorria de critérios puramente pessoais, sociais, económicos, culturais ou de mundivisão.

A partir do momento em que se coloca o ser humano no centro de toda a intervenção da Ciência e também do Direito, bom é de ver que não mais se pode compactuar com um sistema assim. Aqui poderíamos enxertar a magna questão de saber se o Direito é ou não uma verdadeira *ciência* ou uma *técnica*. Diremos o mínimo que se impõe para o objeto do presente trabalho, cientes de que uma resposta aceitável implica, pelo menos, um artigo autónomo. É nossa convicção que o Direito é sobretudo uma *técnica* e não tanto uma ciência.

³ Entre tantos, veja-se o nosso Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III, p. 77-135, 2006.

A partir do movimento do Positivismo, as ciências sociais e humanas sentiram a necessidade de provarem que o eram, sob pena de não serem reconhecidas como importantes na sociedade. Esta corrente filosófica que se espalhou por todos os domínios do conhecimento defendia que só relevava o mensurável, aquilo que era passível de prova por meio do método científico. É conhecida, neste conspecto, a resposta dos positivistas à questão da existência da alma: “acreditarei nela se a puderem colocar na ponta de um bisturi”. Coube a Auguste Comte, considerado o “Pai da Sociologia”, e a outros pensadores do séc. XIX a adaptação – ou, pelo menos, a tentativa – do método das ditas “ciências ideográficas” em “ciências nomotéticas”, capazes de estabelecer leis gerais e abstratas que se verificassem como resposta a um dado fenómeno.

Naquela época, os saberes que não se reconduzissem a estes resultados não seriam cientificamente válidos, estando votados à irrelevância. Foi o domínio do cientismo que, se é certo que contribuiu para o desenvolvimento de várias ciências, no que contende com o Direito não é temerário afirmar que as suas consequências terão sido mais nefastas que benfazejas (haja vista, depois, o choque entre a “jurisprudência dos conceitos” e a “jurisprudência dos interesses”). Destarte, o princípio da legalidade sai reforçado, em especial no que mais diretamente concerne com a obediência à segurança e à certeza jurídicas e à consideração do elemento literal da hermenêutica jurídica como ponto inicial de análise e como ponto de chegada. Por outras palavras, o elemento teleológico foi postergado, o que deixava os juristas entregues a uma interpretação meramente enunciativa. Esta visão não permitia acompanhar a vida a que o Direito tem de adequar-se, por petrificar o texto que, para além de dever ter na letra da lei o mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa (como afirma o art. 9º, nºs 1 e 2, do Código Civil português), deve ser mais um ponto de partida, visto que o essencial é fazer coincidir a letra com o espírito da lei, i. é, a finalidade com que foi pensada pelo legislador.

Que o Direito não é uma ciência exata é um truismo, tal como afirmar que a ele se não aplica o método científico. Será, destarte, uma forma de composição de litígios nascente da realidade social atuante, a qual se consegue, nos nossos dias e na família do *civil law*, fazendo apelo a princípios e normas jurídicas (escritas), as quais encerram uma solução geral e abstrata para um dado circunstancialismo, solução esta que prevê várias modalidades de ilicitude, de que a penal é somente uma delas, a par da civil, constitucional, fiscal, entre outras. Dir-se-á que as regras da Lógica têm aplicação no Direito, o que é também um facto indesmentível. Em muitas hipóteses carecidas de intervenção jurídica, existe uma premissa maior, uma premissa menor e a conclusão, resultado de uma subsunção da segunda à primeira. E existem os vários elementos de interpretação e os resultados hermenêuticos, mas tudo isso não comporta o grau de certeza que, mesmo nas ciências

sociais e humanas, estas reclamam. Não cuidaremos aqui de saber até que ponto não serão todas estas ditas “ciências”, como a nossa, verdadeiras técnicas. A impossibilidade, desde logo ética, de uma experimentação com o mínimo de valor “científico” apresenta-se, para nós, uma limitação inultrapassável a que se fale em “ciências jurídicas”.

Tudo isto, como se explicou, é resultado das *excrecências positivistas* no Direito e da concepção segundo a qual, se o nosso ramo de conhecimento não fosse uma ciência, teria menor relevo societal, o que, em si mesmo, é uma ideia sem sustentação. Não se trata de uma espécie de competição para aferir que saber é mais “ciência” que outro, pois daqui resulta a sua importância intrínseca e por relação a diversos campos de intervenção social. A expressão romana, retirada do *Digesto*, de que o Direito é “a arte do bom e do justo” (*ars boni et æqui*) continua, ao fim de todos estes séculos, para nós, a ser a definição mais perfeita daquilo a que, todos os dias, tantos de nós nos dedicamos, nas diferentes áreas de intervenção.

Uma técnica como a jurídica reclama, *ab initio* e com total honestidade intelectual, que assumamos que um processo tão complexo e grave – para quem a recebe e para a comunidade jurídica alçada em *Rechtsstaat* – comporta sempre espaços de discricionariedade, por certo vinculada. Por outras palavras, aquilo que o legislador, a doutrina e a jurisprudência podem – e devem – fazer é dotar o aplicador de um conjunto de princípios que deve seguir na extração de uma pena da norma jurídico-criminal, a par de uma grelha de análise igualmente obrigatória e com uma ordem preestabelecida, de tal forma que todos possamos compreender o processo (no sentido mais literal de *procedere*) seguido pelo julgador, o qual deverá sempre encontrar rasto na decisão – falamos na fundamentação, modo supremo de o Estado comunicar com aqueles que a ele se submetem enquanto cidadãos (art. 205º da Constituição da República Portuguesa, daqui em diante CRP, e art. 97º, em especial o seu nº 5, do Código de Processo Penal, doravante, CPP).

A expressão *arte de julgar* pretende explicitar, de forma plástica, essa mesma impossibilidade gnosiológica de que a medida da pena seja um processo que, independentemente dos autores concretos, tenha em si o gérmen de atingir o mesmo resultado. Tal leva implícita a aceitação de que cada intérprete e aplicador é um ser humano único e irrepetível, com o seu conjunto de vivências, de mundivisões, enfim, alguém imerso na realidade que é chamado a julgar ou, dizendo-o de forma descarnada, é um *concidadão do arguido*, o que lhe concede uma legitimidade fáctica inquestionável, ainda que na era da inteligência artificial⁴.

⁴ Para um bosquejo dos principais problemas de compatibilização com os fundamentos do Direito Penal, veja-se o nosso Prevenção policial e inteligência artificial no “Direito Penal da (pós-)modernidade”. In: *Revista LEX de Criminologia & Vitimologia*, Porto Alegre, LEX, n. 8, p. 167-186, 2023.

Do prisma histórico, a designação “arte de julgar” foi julgada para justificar uma quase total discricionariade no *quantum* de pena aplicada; hoje não é, por certo, este o entendimento patrocinado, mas resume essa expressão a ideia de que, balizada por critérios legais e que devem ser cumpridos e fundamentados, ainda assim subsiste sempre uma margem de apreciação vinculadamente discricionária para a qual a experiência do juiz é essencial. Na verdade, limitando-nos a conferir uma realidade pleonástica, tal como em outras funções, a experiência apura a sensibilidade e a “mão” para a fixação da medida concreta da pena. Como diria o cosmógrafo português Duarte Pacheco Pereira⁵, “a experiencia he madre das cousas, por ella soubemos rradicalmente a verdade”.

Nas linhas que se seguem, iremos abordar as várias fases em que se desdobra a fixação de um *quantum* exato de pena, deixando fora do nosso objeto este mesmo problema aplicável às medidas de segurança. De jeito reincidente, pensado que foi este artigo para as finalidades já expostas, não deve estranhar-se a quase ausência de referências doutriniais e jurisprudenciais.

1. A moldura penal abstrata

Após a subsunção dos factos dados como provados ao tipo ou tipos legais de crime, o julgador passa a trabalhar com a moldura penal abstrata, também designada por “*pena aplicável*”. Trata-se de um espaço entre um limite mínimo e um limite máximo que, em regra, no Direito Penal português, oscila entre o mínimo de um mês e o máximo de vinte anos (art. 41º, nº 1), podendo atingir o “máximo dos máximos” de vinte e cinco anos (art. 41º, nºs 1 e 2) sempre que o tipo legal de crime o preveja ou nas hipóteses em que o agente deva ser sancionado nos quadros do concurso efetivo de delitos, previsto no art. 30º, nº 1 (art. 77º, nº 2).

Na Parte Especial do Código Penal, o limite máximo de vinte e cinco anos só se encontra no art. 132º, nº 1 (homicídio qualificado). Em legislação extravagante, a Lei nº 31/2004, de 22/7 (adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do Direito Internacional Humanitário) é também a única que conhece a punição mais severa do ordenamento jurídico-penal, e mais especificamente quanto ao crime de genocídio (art. 8º, nº 1), crimes contra a Humanidade (art. 9º), crimes de guerra contra as pessoas (art. 10º), crimes de guerra por utilização de métodos de guerra proibidos (art. 11º), crimes de guerra por utilização de meios de guerra proibidos (art. 12º, nº 1), utilização indevida de insígnias ou emblemas distintivos (art. 14º, nº 1) e crime de agressão (art. 16º-A).

⁵ *Esmeraldo de situ orbis*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1892. p. 196.

A sanção pecuniária como pena principal apresenta-se no nosso ordenamento jurídico por meio de uma de três formas: como multa *alternativa*, *autónoma* ou *cumulativa*. No primeiro caso – o mais representado no Código Penal e em legislação avulsa –, o crime é punido com prisão *ou* multa, no segundo *apenas com* multa e no terceiro com prisão e multa. É há muito conhecida a falta de sentido jurídico-criminal e dogmático da última modalidade, visto importar, na prática, uma desvalorização da pena pecuniária que, logo em 1982, aquando da aprovação do Código Penal, foi erigida em pena principal – e, por isso, sanção que cumpre, *de per se*, as finalidades do art. 40º, nº 1 –, nela se depositando grandes esperanças, tanto mais quanto não comparticipa das críticas atinentes ao efeito criminógeno da privação do *ius ambulandi*.

Este cumprimento cumulativo pode gerar hipóteses em que, por via dessa mesma privação de liberdade, o condenado não seja capaz de obter os meios económico-financeiros para liquidar a multa, o que também encerra a virtualidade de se transformar numa pena criminógena. Não obstante, em alguma legislação avulsa ainda se encontra o sistema da multa cumulativa, como sucede com o Decreto-Lei nº 28/84 (infrações contra a economia e a saúde pública) – artigos 22º a 25º, 28º, 30º a 35º, 36º, nº 1, 38º, 40º e 41º⁶ – e com o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14/3 – artigos 195º a 197º. A multa autónoma é muito rara e, por isso, no Código Penal, é encontrada em certas modalidades típicas dos delitos de violação da obrigação de alimentos (art. 250º, nº 1), passagem de moeda falsa (art. 265º, nº 1, al. b) e nº 2, al. b)), contrafação de valores selados (art. 268º, nºs 3 e 4) e danos contra a natureza (art. 278º, nº 6).

A escolha da pena – saber se se aplica uma pena principal ou, com base num juízo de prognose favorável em que, em nosso juízo, como à frente melhor se escarpelizará, para além das finalidades preventivas, também se surpreendendo razões de culpa e em que a sanção substitutiva se assemelha à atenuação da “imagem global do facto”⁷ – pode

⁶ E tudo isto apesar de a última alteração ao diploma ser recente (Lei nº 4/2024, de 15/1), pelo que não existe qualquer justificação que não seja a força da inércia ou a vontade de arrecadar receita para que o legislador não tenha já alterado este estado de coisas. Mais incompreensível é o que fica dito quando verificamos que existem tipos legais de crime em que já se usa o sistema de multa alternativa – artigos 29º (açambarcamento de adquirente), 37º, nº 1 (desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado), mas já não no seu nº 3, 37º-A, nº 2 (utilização indevida de receitas da União Europeia), 41º-B (corrupção passiva no setor privado) e 41º-C (corrupção ativa no setor privado).

⁷ Veja-se a nossa dissertação de doutoramento apresentada em 2015 à Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal), orientada por Manuel da Costa Andrade, e com o título *As penas de substituição em perspetiva político-criminal e dogmática (Contributo para uma análise sistemática)*. Disponível em: https://www.academia.edu/127121855/As_penas_de_substituicao_em_perspetiva_politico-criminal_e_dogmatica_Contributo_para_uma_analise_sistemica

surgir em um primeiro momento, nos casos de multa alternativa ou no final de todo o processo, após a determinação da medida sancionatória. O ordenamento jurídico português, no art. 70º, estabelece uma preferência pela multa, desde que as finalidades do art. 40º, nº 1, não reclamem a aplicação de privação de liberdade. Não é impossível – aliás, acontece com frequência – que o juiz decida aplicar a prisão ao invés da multa, na circunstância em que ela é alternativa, por entender que essa é a melhor forma de corresponder ao que demanda a prevenção geral e especial, mas, num segundo momento, chegado ao *quantum* exato de pena privativa de liberdade, decidir que é possível elaborar o dito juízo de prognose a favor do condenado e substituir a prisão por multa (que agora é de substituição e se acha prevista no art. 45º, visto que o art. 47º regula a sanção pecuniária como principal).

Estamos em face de dois momentos diferentes e em que os critérios subjacentes também o são. Todavia, não parece curial deixar de sublinhar que este percurso não é o mais conforme com a Lógica, uma vez que, em um sistema de multa alternativa, comportaria mais sentido optar, logo ao nível da moldura abstrata, pela sanção pecuniária. A substituição no final do processo determinativo da pena é uma característica própria e inconfundível desta espécie sancionatória, assim a contradistinguindo das penas principais ou acessórias. Se o não fizer, a decisão é nula, na medida em que o julgador não se pronunciou sobre uma questão em relação à qual tal pronúncia era obrigatória – art. 379º, nº 1, al. c), do CPP. E tudo isto sem prejuízo do cumprimento do *princípio da proibição da automaticidade das penas* – não podem, *de per se*, importar a perda de direitos civis, profissionais ou políticos, tal como consta do art. 30º, nº 4, da CRP e do art. 65º, nº 1, exigindo, por isso, a formulação de um juízo autónomo sobre tal necessidade, a qual é, a par do princípio da dignidade penal e da tutela como *ultima ratio*, o tríptico sobre o qual repousa toda a intervenção criminal⁸.

C3%A1tica. Acesso em: jul. 2025. E o nosso artigo O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição. In: *Revista do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, II, p. 115-141, 2018. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/119218/2/318988.pdf>. Acesso em: jul. 2025.

⁸ Apenas damos aqui nota de um problema grave, em nosso juízo. O art. 69º prevê a pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor e de pilotar aeronaves com ou sem motor, sendo que é entendimento uniformizado do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que esta sanção tem sempre de se aplicar quando o *Tatbestand* do seu nº 1 se acha preenchido. Não existe qualquer margem de manobra para que o juiz, por exemplo, num crime de condução perigosa de veículo rodoviário (art. 291º), entenda que inexistente necessidade da sua determinação, o que viola – cremos – o princípio em texto. Não obstante, o Tribunal Constitucional já se pronunciou, em múltiplos acórdãos, no sentido da não inconstitucionalidade de tal entendimento, visto que sempre existe uma margem de apreciação entre um mínimo e um máximo de pena que não é aplicado sem uma mediação judicativa. Por outro lado, aludem ao art. 65º, nº 2, cuja redação vai no sentido da referida obrigatoriedade aplicativa, mas levanta desde logo um problema de hierarquia das normas, visto que a Lei Fundamental não contempla, no já citado art. 30º, tal

1.1. As circunstâncias modificativas

a) Operada a subsunção factual a um ou mais tipos legais de delitos, cumpre averiguar se, ainda ao nível da moldura penal abstrata, existe alguma forma de esse espaço da responsabilidade do legislador ser alterado.

As *circunstâncias modificativas* podem ser definidas como fatores ou conjuntos de fatores que, não contendo diretamente com a ilicitude, com a culpa ou com a punibilidade, interferem na imagem global do facto. Esta é uma noção “clássica” que encontramos, p. ex., em Figueiredo Dias⁹. Em outro lugar¹⁰, já discutimos sobre o assunto, pelo que, aqui, nos limitaremos a uma breve referência, remetendo o leitor para aquela publicação.

Em nosso juízo, tudo aquilo que interfira na determinação da pena (em sentido amplo) terá de contender com os elementos do conceito material de crime, pois este último não existe fora do comportamento humano, da tipicidade, da ilicitude, da culpa e da punibilidade. Daí que, qualquer que seja essa circunstância modificativa, ela deverá justificar-se por via da especial relação que mantém com um ou mais daqueles elementos. A conceção de “*imagem global do facto*” aponta para um *conceito indeterminado* que, por natureza, não fornece as melhores garantias em sede de certeza e segurança jurídicas. Esta “imagem” remete para uma conceção *impressionista* e altamente *subjetiva*, típica de uma primeira fase histórica de determinação da pena em que o julgador era mais ou menos capacitado em função da sua experiência na matéria, inexistindo ou sendo muito rudimentares as prescrições legislativas que lhe eram dirigidas em sede de determinação sancionatória. Onde, tudo o que contende com a aplicação do Direito Penal tem de pertencer, necessariamente, ao núcleo do que seja um crime, visto este em perspetiva *material* como a *negação de uma norma de determinação* que protege bens jurídicos de forma subsidiária.

Na *prática*, como identificamos uma circunstância modificativa? Por via da previsão normativa de um aumento ou de uma diminuição da moldura abstrata, apenas no seu mínimo ou máximo ou em ambos. Identificado este facto, mister é averiguar se o efeito contende com algum dos mencionados elementos do conceito de delito. A título

possibilidade. O legislador infraconstitucional pretende substituir-se ao constitucional e ditar a hermenêutica que na prática se aplica, o que temos por gravemente anómalo.

⁹ *Direito penal português*. As consequências jurídicas do crime. reimp. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 199-200.

¹⁰ A reincidência: reflexões em torno da noção de “circunstância modificativa” e propostas *de iure condendo*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022. p. 299-328.

exemplificativo, a tentativa (noção: art. 22º e forma de punição: art. 23º) é sancionada com a pena prevista para a consumação, a qual é *especialmente atenuada*. Justifica-se este modo de punição, na medida em que existe uma menor ilicitude da conduta do agente, uma vez que, logo em abstrato e em geral, pode dizer-se que a tentativa merece um juízo de censura menos elevado. Outro exemplo, agora no sentido agravante, é a reincidência, a qual se justifica, ao menos segundo a visão maioritária¹¹, em virtude de um juízo de culpa intensificada, conduzindo a um aumento da moldura penal abstrata, no caso português, segundo o art. 76º, nº 1, apenas de um terço no seu limite mínimo.

Pode também suceder que haja uma *sobreposição* entre uma circunstância modificativa e uma forma especial de determinação da pena, de novo sendo a reincidência um bom exemplo. Adiantando um pouco o que desenvolveremos *infra*, após a moldura abstrata, o julgador tem de determinar a *moldura concreta* – aquela que já é pensada para aquela facticidade típica individual – e, dentro dela, a medida concreta sancionatória, lançando mão, para tal, dos fatores de medida da pena do art. 71º, propositadamente em uma enumeração exemplificativa. Esse *quantum* exato de pena corresponde às finalidades sancionatórias que o sistema se dá a si mesmo, o que, em Portugal, decorre do art. 40º, nº 1: a proteção de bens jurídicos e a ressocialização do agente, sendo de destacar que são poucos os Códigos Penais – no nosso espaço jurídico-cultural da família romano-germânica – que contêm uma disposição sobre o tema. Ora, na reincidência, cumprindo o prescrito pelo art. 76º, depois dessa fixação, é necessário construir a moldura da reincidência entre um mínimo que é elevado de um terço, no limite mínimo da moldura abstrata comum, e um máximo que permanece inalterado.

De seguida, determina-se a medida concreta da pena já tendo em mente esta circunstância modificativa. O habitual será, logicamente, que este novo *quantum* seja superior àquele a que se chegou numa moldura abstrata sem considerar a reincidência. Não se pense que o processo determinativo fica por aqui: de modo a que essa forma especial de determinação da pena não viole o *princípio da proporcionalidade* recolhido no art. 18º, nº 2, da Constituição e não tenha um *efeito multiplicador exagerado*, estabelece-se uma comparação entre as duas medidas concretas – com e sem reincidência. Esse valor não pode ser superior à mais grave das condenações anteriores inscritas no certificado de registo criminal do agente. Se o for, a medida concreta com reincidência terá de ser diminuída até esse valor, que assim funciona como um teto. Onde, em bom rigor e na prática, bastará acrescer a medida concreta máxima anterior (sem reincidência) ao valor

¹¹ Que não é exatamente a mesma, por entendermos que a perigosidade do agente também serve de base justificativa à reincidência.

a que se chegou para sabermos o máximo até ao qual o juiz pode ir na determinação da pena com esta circunstância modificativa.

Ilustremos o que vem de dizer-se: a moldura abstrata é de um a cinco anos de prisão; a moldura concreta da pena, sem considerar que o agente é reincidente, oscila entre dois e quatro anos, devendo a medida concreta ser, p. ex., de três anos. Verificados todos os requisitos formais e o material da reincidência, figure-se que a medida concreta é de quatro anos, pelo que a diferença entre o *quantum* exato das sanções com e sem reincidência é de um ano. De entre as condenações anteriores, v. g., a mais grave é de 10 meses de prisão. Em conclusão, a medida concreta da pena com reincidência só pode ir até aos três anos e 10 meses, dado que, nesta hipótese, a comparação da sanção com e sem esta circunstância modificativa é de 10 meses, que é exatamente o valor mais elevado da condenação ou condenações anteriores. Se, p. ex., o *quantum* de pena com reincidência fosse de quatro anos, tal significava que o valor da comparação da medida concreta com e sem essa forma especial de determinação da pena seria de 1 ano, o qual teria, por via desta última operação, de ser sujeito a uma redução para uma diferença de, no máximo, 10 meses.

Outras formas especiais de determinação da medida da pena – em que, pelo menos, uma das operações diverge do processo normal ou geral – são a atenuação especial da pena (artigos 72º e 73º), a dispensa de pena (art. 74º), o concurso efetivo de crimes (artigos 30º, nº 1 e 77º) e, dentro dele, o conhecimento superveniente da existência de concurso (art. 78º), o crime continuado (artigos 30º, nºs 2 e 3 e 79º) e o desconto (artigos 80º a 82º). Ao invés da reincidência, estas outras formas especiais de fixação da medida da pena não são, ao mesmo tempo, circunstâncias modificativas, o que reforça que a primeira comporta uma possibilidade de alteração da pena que não encontra paralelo no sistema sancionatório luso.

O que existe – isso sim – é uma norma, o art. 73º, que estabelece, para a prisão e para a multa como sanção principal (artigos 47º e 48º), o modo concreto como se diminui cada uma delas porque a punição exige que se atenuie especialmente a pena (em que valores se diminui a moldura abstrata da privação da liberdade ou da sanção pecuniária). Recorrendo a outro exemplo: a cumplicidade (art. 27º) é punida com a pena prevista para a autoria, a qual é especialmente atenuada. Assim, usando a mesma moldura abstrata de um a cinco anos de prisão, o art. 73º, nº 1, al. a) impõe que o limite máximo seja reduzido de um terço, passando para 40 meses, ou seja, três anos e quatro meses, e o limite mínimo “é reduzido a um quinto se for igual ou superior a três anos e ao mínimo legal se for inferior”, pelo que, sendo o limite mínimo da moldura abstrata de um ano, dúvidas inexistem que o limite mínimo assim alterado será de um mês, por determinação do art.

41º, nº 1. Em resumo, a moldura abstrata da punição por cumplicidade passa de um a cinco anos para um mês a três anos e quatro meses.

b) É habitual classificar as circunstâncias modificativas tendo em conta dados critérios.

Assim, considerando o efeito que delas se retira ao nível da moldura penal abstrata, podem ser *atenuantes* ou *agravantes*, consoante, respetivamente, diminuam ou alarguem essa moldura, o que pode suceder apenas num dos seus limites (mínimo ou máximo) ou nos dois. Pelo que atrás deixámos defendido, tal justifica-se por uma diminuição ou aumento da ilicitude, da culpa ou da punibilidade (ou de alguns deles, ao mesmo tempo) e não de uma qualquer visão global dos factos.

Poderão, ainda, ser *gerais* ou comuns ou *específicas* ou especiais, consoante se apliquem a qualquer crime ou apenas a algum ou alguns. O regime da omissão impura do art. 10º, nº 3, o da cumplicidade do art. 27º ou o regime dos chamados “jovens adultos” (aqueles que, ao *tempus delicti*, tinham entre 16 anos e menos de 21, nos termos dos artigos 1º, nº 2 e 4º, do Decreto-Lei nº 401/82, de 23 de setembro) aplica-se a qualquer delito, ou seja, estes jovens podem praticar qualquer crime e, ainda assim, ser-lhes aplicada (de modo facultativo, a atenuação especial regulada no art. 73º). Já quanto à *tentativa*, não ignorando que se pode pensar diferente, entendemos que estamos em face de uma circunstância modificativa *específica*, visto que não existe a punição da tentativa em todos os crimes, mas somente face àqueles que, nos termos do art. 23º, nº 2, forem punidos, quando considerada a sua consumação, com prisão superior a três anos. Naturalmente que o legislador, como sucede com o art. 203º, nº 2, se entender que, mesmo sendo o delito punido com pena de prisão igual ou inferior a três anos, a tentativa deve ser sancionada, nada há que o impeça, por se tratar da manifestação de uma opção político-criminal.

A reincidência é habitualmente considerada uma circunstância geral, tanto mais quanto se defende que o sistema português é de *politropia*, ou seja, pode ocorrer esta forma especial de determinação da pena em face de qualquer crime e não apenas quando se repete aquele específico tipo legal ou outro que lhe seja próximo. No entanto, o preenchimento da parte final do nº 1 do art. 75º, que corresponde ao único requisito material que a Lei reclama para a reincidência, na prática, é preenchido pela íntima conexão ou fusão entre os tipos legais de crime, o que se traduz numa proximidade de bens jurídicos, o que nos leva a concluir, contra a demais doutrina portuguesa, que o nosso regime é de *homotropia mitigada*.

Se, p. ex., alguém é condenado por furto e no seu certificado de registo criminal tem inscrições por condução sob o efeito de bebidas alcoólicas ou por desobediência,

nunca se pode afirmar o juízo de que o agente não se deixou influenciar pela ou pelas anteriores condenações. E isto porque essa capacidade só pode ser avaliada em função de um dado tipo legal de crime, o qual protege um certo bem jurídico e que é distinto do quadro valorativo que se põe ao criminoso sempre que ele pratica um delito. A capacidade de um agente se deixar influenciar pelos efeitos que devem resultar de uma pena privativa de liberdade pela comissão de um homicídio em nada tem que ver com aquela que está na base da burla (estelionato).

Se da condenação por homicídio resulta uma total insensibilidade quanto ao bem jurídico supremo do ordenamento jurídico, sendo, por isso, o juízo de censura de ilicitude e de culpa muito elevado, demonstrando o agente uma total contrariedade face ao dever-ser jurídico-penal, da condenação por abuso de confiança já se não pode retirar um juízo tão grave. Isto dito, sendo exato que qualquer agente pode ser condenado como reincidente pela prática de um qualquer crime, também é um facto que, na prática, essa relação não se estabelece entre qualquer um dos delitos, razão pela qual a sua natureza como circunstância modificativa geral ou específica demanda, em nosso juízo, uma resposta intermédia.

Por fim, é ainda habitual a distinção entre circunstâncias modificativas *nominadas* e *inominadas*, consoante, bom é de ver, se achem ou não previstas na Lei. Apesar de, em tempos, o *Strafgesetzbuch* (StGB: Código Penal alemão) utilizar *besonders schwerer Fall* (caso especialmente grave) e *minder schwerer Fall* (caso especialmente menos grave) sem a enumeração, ainda que exemplificativa, de quais eram os particulares casos que preenchiem cada uma destas categorias, tal hoje já assim se não coloca, ou seja, continua a haver referência a ambos, mas o tipo legal descreve o que entende por cada um deles. Exemplificando: o § 94 do StGB (*Landesverrat*, ou seja, traição) prevê uma moldura penal no seu apartado 1 (de não menos de um ano de prisão) e uma outra no apartado 2, exatamente para “um caso especialmente grave” (*besonders schwerer Fall*), punindo o agente com prisão perpétua ou com privação de liberdade até cinco anos. Ora, nesse inciso há uma enumeração taxativa do que sejam tais casos: quando se “abusa de uma posição de responsabilidade que coloca o agente perante uma obrigação particular de salvaguarda de segredos de Estado” ou “se a comissão do crime for capaz de criar o risco de um prejuízo especialmente sério à segurança externa da República Federal da Alemanha”¹².

¹² Tradução nossa. No original: “(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. eine verantwortliche Stellung mißbraucht, die ihn zur Wahrung von Staatsgeheimnissen besonders verpflichtet, oder:

2. durch die Tat die Gefahr eines besonders schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt”.

No entanto, se atentarmos no crime de *Mord* do § 211 do StGB¹³, que em parte corresponde ao de homicídio qualificado do art. 132º do Código Penal português, e depois o confrontarmos com o § 212 do StGB (*Totschlag*), no seu apartado 1, percebemos que as demais motivações não insertas no § 211 levam a uma privação da liberdade de até cinco anos, sendo que o apartado 2 dispõe: “em casos particularmente graves, será aplicada a pena de prisão perpétua”. Ora, esta última categoria não se acha imediatamente descrita no Código alemão como deveria, sob pena de inconstitucionalidade material, por vulneração do princípio da determinabilidade ou da taxatividade criminal. As coisas não são ainda mais graves porque o aplicador, para além da indicação expressa de quais são as hipóteses de *Mord*, no § 213 do StGB trata dos “casos menos graves de *Totschlag*”, aqui abrangendo alguns dos que, no Direito português, seriam hipóteses de homicídio privilegiado do art. 133º (“se o homicida, sem culpa própria, tiver sido provocado à ira pela agressão ou ofensa grave infligida a ele ou a um familiar pela pessoa morta e, por isso, tiver sido levado a cometer o ato no momento”¹⁴). Ainda assim, a crítica do incumprimento do mandato de determinabilidade pelo sistema germânico continua a ter razão de existir, visto que no mesmo § 213, para além das hipóteses atrás referidas, se continua a abranger o caso menos grave (*liegt sonst ein minder schwerer Fall vor*), sem uma definição.

Em Portugal inexistem estas preocupações, uma vez que todas as circunstâncias modificativas encontram expressa previsão legal, não se devolvendo o seu preenchimento ao julgador. A única figura que existe – e que é de grande utilidade – é a da “*técnica dos exemplos-padrão*”, também de inspiração alemã (*Regelbeispieltechnik*), a seguir também referida e que, *per summa capita*, consiste na previsão de uma cláusula geral ou de um conceito indeterminado seguido de um conjunto de hipóteses da vida real que, segundo o legislador, devem ser consideradas, *em regra*, como preenchendo essa forma de *ius aequum*. Dizemos em regra, na medida em que pode existir uma situação exemplificativa que, depois de passada pelo conceito indeterminado, não atinja a relevância jurídica para o ser. Do mesmo passo, a circunstância de uma dada factualidade se não achar reco-

¹³ “É assassino aquele que, por desejo de matar, para satisfazer o instinto sexual, por ganância ou por outros motivos vis, de forma traiçoeira ou cruel, ou com meios perigosos para a sociedade, ou para possibilitar ou encobrir outro crime, mata uma pessoa”. Nossa tradução de “*Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet*”.

¹⁴ Nossa tradução de “*War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden [...] so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren*”.

berta pela exemplificação em nada impede que também o possa ser considerada, exatamente porque o mais relevante é o conceito abstrato anterior. Tudo fica mais claro com o art. 132º (homicídio qualificado): nos termos do seu nº 1 ele sê-lo-á sempre que “a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade”, sendo que o nº 2 reza: “é suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade de a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente”.

c) Na Parte Geral do Código Penal encontramos as seguintes circunstâncias modificativas: os crimes omissivos impuros ou impróprios do art. 10º, nº 3; o erro sobre a ilicitude do art. 17º, nº 2; a tentativa (artigos 22º e 23º); o excesso intensivo astênico não censurável de legítima defesa (art. 33º, nº 1); o estado de necessidade desculpante do art. 35º, nº 2; e o conflito de deveres da mesma natureza, aplicando por analogia deste último inciso – porque *in bonam partem*, nos termos do art. 1º, nº 3 –, as hipóteses de consentimento do art. 38º, nº 4, quando o agente atua convencido de que está a cometer um crime, mas, na verdade, tal não sucede, porque o titular do bem jurídico já consentira na sua afetação, facto desconhecido do agente (e isto porque o artigo remete para a punição prevista no regime da tentativa – embora não seja o mesmo instituto, note-se –, o qual, por via do art. 23º, nº 3, remete para o art. 73º; nas hipóteses aplicáveis, também o consentimento presumido do art. 39º, em virtude de este último remeter para o art. 38º).

No que contende com o sancionamento penal das pessoas coletivas, existem também hipóteses em que a Lei prevê a aplicação da atenuação especial da pena, não já a do art. 72º, por esta contender com factuaisidades que ali estão enumeradas, mas sim a que resulta da adoção de um “programa de cumprimento normativo”. Como escrevemos em outro local¹⁵, o legislador de 2021 andou muito mal ao não oferecer qualquer definição legal do que isto seja. Tratou-se, por certo, da tentativa de importar para o nosso ordenamento jurídico a *compliance* criminal, ou seja, a existência de um conjunto de medidas concretas destinadas a prevenir a prática de crimes no âmbito de pessoas coletivas ou de outras práticas ilícitas, sobretudo contraordenacionais e disciplinares, as quais terão um efeito favorável na pena a aplicar ao ente coletivo, o qual pode ir desde uma mitigação da medida concreta até a atenuação especial ou mesmo a dispensa de pena.

Alguns dos casos acima indicados que, para nós, configuram circunstâncias modificativas, necessitam de explicação, porquanto, habitualmente, não são definidas deste modo. Os artigos 33º, nº 1 e 35º, nº 2, contendem, o primeiro, com o tipo justificador da legítima defesa, e o segundo com uma causa de exclusão da culpa. O seu tratamento

¹⁵ O regime sancionatório criminal das pessoas coletivas e entes equiparados, em especial após a Lei nº 94/2021, de 22 de dezembro. In: *A Revista*, Supremo Tribunal de Justiça, 1, p. 101-131, 2022.

dogmático nestas categorias não importa, em nosso juízo, que o seu efeito prático se não compagine com uma circunstância modificativa. Em primeiro lugar, devido ao facto de conduzirem à especial atenuação da pena que, como vista, é a consequência normal de qualquer circunstância modificativa. Mas, mais importante do que isto, em qualquer um deles há uma indefetível conexão com pelo menos um dos elementos do conceito material de crime. Assim, o excesso intensivo asténico não censurável está relacionado com a ilicitude da conduta e o estado de necessidade (e o conflito de deveres) desculpantes apresentam uma ligação clara com a culpa do agente.

Se quisermos usar a expressão habitualmente utilizada para esta matéria, dúvidas se nos não antolham quanto à imagem global do facto a que se chega por via dos artigos 33º, nº 1 e 35º, nº 2. Algo de similar deve ser dito a propósito do art. 17º, nº 2, em que a existência de um erro sobre a proibição que seja censurável ao agente pode igualmente conduzir à atenuação especial da pena e está conexionado com a culpa, uma vez que a consciência valorativa do agente se não colocou como deveria na apreensão da realidade, demonstrando uma contrariedade ou indiferença face ao dever-ser jurídico-criminal. Por fim, o art. 38º, nº 4, também aplicável ao consentimento presumido do art. 39º, lidando com uma verdadeira hipótese de erro sobre a factualidade típica do art. 16º – o agente ignora que o titular do bem jurídico já havia eficazmente consentimento na lesão –, é um problema de ilicitude, por se pôr nesse elemento do conceito de crime, admitindo uma sua análise geral e abstrata.

Voltando ao “desastre” da implementação da *compliance* que vem de assinalar-se, já se passaram cerca de quatro anos de total inação do legislador criminal, o que nos deixa a única hipótese de colmatar essa lacuna por recurso ao Regime Geral da Prevenção da Corrupção (RGPC), aprovado em anexo ao Decreto-Lei nº 109-E/2021, de 9 de dezembro. Simplesmente, estas normas aplicam-se, antes do mais, ao setor público que, de modo errado, está afastado do regime geral de punição das pessoas coletivas (art. 11º, nº 2). Já no setor privado, aplica-se apenas a sociedades comerciais (são no essencial elas que se constituem arguidas nestas hipóteses) com 50 ou mais trabalhadores (art. 2º, nº 1, do RGPC), o que, na prática, significa que a maior parte delas foge a estas normas, em virtude de o tecido empresarial português ser maioritariamente constituído por micro, pequenas e médias empresas que não chegam a ter 50 trabalhadores. Para estas, é a impossibilidade total de aplicar o programa de cumprimento normativo que, de jeito tão pressuroso, o legislador pátrio entendeu criar em 2021. Logrando aplicação, determina o art. 5º do RGPC que o dito programa é composto pelos seguintes elementos: um plano de prevenção de riscos de corrupção e infrações conexas (PPR), um código de conduta, um programa de formação e um canal de denúncias (*whistleblowing*). Mas mais ainda: nos termos do art. 3º do RGPC, o regime de prevenção da corrupção aplica-se a este tipo

legal de crime e a outros descritos como “conexos”, nessa norma descritos, sendo porém de criticar que a sua maioria diga respeito ao setor público, pelo que, mais uma vez, o privado permanece fora da aplicação do programa de cumprimento normativo.

d) E a Parte Especial do Código Penal comportará circunstâncias modificativas? Certamente que sim. A elas aludiremos tendo por referência o facto da vida social ao qual o legislador atribui este efeito prático de alteração positiva para o agente da moldura abstrata e que se acham justificados pela ilicitude, culpa ou punibilidade.

O primeiro eixo em que se desenvolvem essas circunstâncias contende com as hipóteses em que “o agente renuncia voluntariamente à sua pretensão e liberta a vítima, ou se esforça seriamente por o conseguir”, tal como se prevê para o crime de rapto (art. 161º, nº 3). cremos também aqui poder referir-nos às hipóteses do art. 299º, nº 4, atinente ao crime de associação criminosa, visto que, no primeiro caso, sendo o rapto um delito permanente ou de execução continuada, a sua consumação vai-se protraindo no tempo, realizando-se em momentos iguais e sucessivos. Assim, a libertação da vítima ou o esforço sério para que isto suceda é ainda uma forma de evitar uma mais demorada consumação.

Algo de similar acontece com o dito crime de associação criminosa, sempre que “o agente se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes”. Na mesma toada de evitar a continuação da vulneração do bem jurídico ou o seu aprofundamento deve encontrar-se o crime de alteração violenta do Estado de Direito, do art. 325º, sempre que “o agente, não tendo exercido funções de comando, se render sem opor resistência, ou entregar ou abandonar as armas antes ou imediatamente depois de advertência da autoridade”. É também uma visão global diminuída em sede de ilicitude que justifica esta opção legislativa.

No capítulo dos crimes contra a segurança do Estado (artigos 308º, ss.), de acordo com o art. 345º, “se o agente voluntariamente fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta ou o afastar”, há lugar a uma atenuação especial da pena obrigatória. cremos tratar-se de um delito em que a circunstância modificativa pode ser aqui agrupada, na medida em que, como os demais, o que se visa é diminuir o perigo para bens jurídicos, assim se obviando a um aprofundamento da situação de antijuridicidade, a qual se justifica, de novo, por via de uma diminuição da ilicitude. *Mutatis mutandis* com o crime de evasão do art. 352º, nº 2, no qual, se “o agente espontaneamente se entregar às autoridades até à declaração de contumácia, a pena pode ser especialmente atenuada”. Trata-se de pôr termo a uma situação de ilicitude que se protraí no tempo,

razão pela qual existe um contra-motivo para que o agente se entregue e, com isto, possa obter algumas vantagens em sede de punição.

Um segundo eixo diz respeito às hipóteses em que, “até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância”, o agente auxilia “concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação de outros responsáveis”, o que sucede no crime de tráfico de órgãos humanos (art. 144º-B, nº 6). Na mesma toada, mas comportando algumas factuais distintas, temos os casos em que “o agente auxilia concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”, como determina o art. 368º-A, nº 11 (branqueamento). No mesmo sentido, haverá atenuação especial obrigatória se, “até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, o agente colaborar ativamente na descoberta da verdade, contribuindo de forma relevante para a prova dos factos” (ex vi do art. 374º-B, nº 5), quanto aos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem (art. 372º), corrupção passiva (art. 373º) e corrupção ativa (art. 374º), sendo de notar que, mesmo nas hipóteses em que existe agravação dos tipos matriciais, nos termos do art. 374º-A, não fica afastada esta atenuação, de acordo com o art. 374º-A, nº 6.

O que está em causa não é um mecanismo de *colaboração premiada* como existe, entre outros países, no Brasil, mas sim *manifestações do direito premial* que, desde há séculos, concede ao agente algumas vantagens para o afastar da consumação delitual, para que, mesmo havendo esta, o grau de lesão ao bem jurídico possa, de algum modo, ser minorado e favorecer o agente se e na medida em que este efetivamente contribua para a descoberta de outros autores e, de forma relevante, para a prova, o que não tem necessariamente de contender, como se percebe, com qualquer tipo de remorso ou arrependimento, podendo apenas ser uma manifestação de racionalidade do criminoso. Também se não trata, ao contrário do que sucede em outras latitudes, da celebração de verdadeiros contratos de colaboração em que se preveem todas as possíveis hipóteses de colaboração do “arrependido” e nenhuma autoridade judiciária, muito menos o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal podem licitamente “oferecer” algum tipo de vantagem ou benefício a um participante pela colaboração na recolha de prova ou na identificação dos seus comparsas.

O mesmo se diga, nos termos do art. 377º-A, para os delitos de peculato e participação económica em negócio, quando, “até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, o agente colaborar ativamente na descoberta da verdade, contribuindo de forma relevante para a prova dos factos”. Em nenhuma disposição legal se encontra uma definição do que seja esse *contributo para a descoberta da verdade*, apenas sendo ele apodado de “relevante” ou “importante”, o que significa que terá de ser uma *forma qualificada ou intensificada* de auxílio aos órgãos de administração da justiça e que

pode passar, p. ex., por carrear provas relevantes para que se descubra o que sucedeu, por indicar outros participantes, mencionando onde se encontram, se o colaborante souber, ou referindo dados que permitam localizá-los.

Essa colaboração poderá ainda, na medida em que a Lei o permitir, passar pela hipótese em que o arguido seja, ele mesmo, um *agente infiltrado*, devidamente controlado pela autoridade judiciária e pela polícia competente (em regra, nestes casos, a Polícia Judiciária) – cf. art. 1º, nº 2, da 101/2001, de 25 de agosto (ações encobertas), quanto à possibilidade de o agente encoberto ser um terceiro e art. 2º quanto ao catálogo taxativo de delitos que admitem o recurso a este meio oculto de obtenção da prova. Caberá, pois, a cada julgador, em face de cada uma das concretas hipóteses julgadas, aferir se a colaboração de um participante foi ou não essencial para a prova, sendo certo que a sua discussão configura uma *questão de facto* em eventual sede recursória.

Um terceiro grupo contende com as hipóteses de restituição ou reparação, ou seja, “quando a coisa ou o animal furtados ou ilegítimamente apropriados forem restituídos, ou tiver lugar a reparação integral do prejuízo causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância” (caso em que a atenuação especial é obrigatória), sendo que a reparação ou restituição parciais são objeto de uma atenuação especial facultativa. Estamos em face da concretização, de entre o mais, da reparação, que chegou a ser avançada como uma *dritte Spur* (terceira via) do sancionamento criminal, ao lado das penas e das medidas de segurança no AE-WGM (*Alternativentwurf Wiedergutmachung*¹⁶). A atenuação especial, nestes casos, justifica-se logo ao nível da ilicitude, por o seu juízo se achar particularmente diminuído.

Algo de similar acontece com o delito de usura (art. 226º, nº 5), embora as concretas hipóteses de atenuação especial sejam mais amplas, a saber: “o agente, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância: a) renunciar à entrega da vantagem pecuniária pretendida; b) entregar o excesso pecuniário recebido, acrescido da taxa legal desde o dia do recebimento; ou c) modificar o negócio, de acordo com a outra parte, em harmonia com as regras da boa fé”. De novo, é a sensível diminuição da ilicitude que justifica a atenuação punitiva. Do mesmo húmus constitutivo se reclama o crime de violação de regras urbanísticas do art. 278º-A, quando “o agente demolir a obra ou restituir o solo ao estado anterior à obra até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância”. Estamos em face, também aqui, de uma forma de reparação, visto que o es-

¹⁶ A matéria foi exposta pela primeira vez em *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM) – Arbeitskreis Alternativ-Entwurf (1992) e conta com uma das primeiras sistematizações por Heinz Schöch, “Empfehlen sich Änderungen... bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?” 1992. Ao invés, para uma crítica enxuta, Fritz Loos, *Zur Kritik des “Alternativentwurfs Wiedergutmachung”*. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), p. 51-56, 1993.

sencial, para o legislador – e bem –, é que, a final, as normas aplicáveis à urbanização dos espaços sejam cumpridas, ainda que havendo um inicial inadimplemento que, depois, é eliminado pelo agente. Também aqui é a diminuição da ilicitude que justifica esta atenuação especial. O mesmo se dirá para um conjunto de “crimes de perigo comum”, a saber, nos termos do art. 286º, “os previstos nos artigos 272º a 274º e 277º, nos nºs 3 e 5 do artigo 279º ou nos artigos 280º a 284º”.

Os *delitos de perigo comum* acham-se consagrados no Código Penal português sem que, aparentemente, se encontre uma lógica de união entre eles, ou seja, sem que consigamos divisar um bem jurídico comum. Foi a técnica que o legislador encontrou para enquadrar estes delitos que, sendo certo que não participam de um mesmo interesse social que importa proteger pelo Direito Penal, têm em comum a circunstância de os ofendidos serem à partida indeterminados ou indetermináveis, ou seja, no momento em que o agente atuou ou deveria ter atuado, ignora-se o conjunto de afetados por aqueles comportamentos, como sucede, p. ex., com o crime de poluição ou de energia nuclear. Nestes crimes de perigo comum, portanto, há atenuação especial obrigatória se e na medida em que “o agente remover voluntariamente o perigo antes de se ter verificado dano substancial ou considerável”. Também a este grupo pertence o art. 368º-A, nºs 9 e 10, *i. e.*, “quando tiver lugar a reparação integral [ou parcial] do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância”, determinando que, aqui, o julgador deve atenuar a pena nos termos do art. 73º.

O art. 227º, nº 2, relativo à insolvência (“falência”) dolosa, manda aplicar ao terceiro que tinha conhecimento de qualquer das formas de modelação típica delitual do nº 1 (da responsabilidade do agente) e “com o conhecimento do devedor ou em benefício deste”, uma sanção especialmente atenuada, uma vez mais se justificando este tipo de punição em virtude de uma diminuição da ilicitude da conduta. Este exemplo apresenta a particularidade de não se tratar de uma circunstância que, em face do comportamento descrito no tipo de ilícito, importar, para aqueles agentes, uma menor punição, tratando-se sim de um outro conjunto de agentes que, praticando aquelas condutas, não tiveram um papel central na lesão ou colocação em risco do bem jurídico.

O art. 249º, nº 2, atinente ao crime de subtração de menor, obriga o julgador à aplicação da especial atenuação da pena nos casos em que “de um modo repetido e injustificado, [o progenitor] não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”, sendo que “a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos”. A idade mais avançada do jovem, nestas circunstâncias, dificulta, na prática,

que este se relacione com o outro progenitor (em regra, não guardião), o que, logo em abstrato e em geral, e por isso, por via da ilicitude, conduz à obrigatoriedade de o julgador atenuar especialmente a pena.

Um outro fundamento encontra-se nos casos em que a lesão do bem jurídico é considerada pequena ou de menor relevância, o que aconselha, na senda do princípio de *minimis non curat praetor*, a que, por via dessa ilicitude diminuta, se possa aplicar o art. 73º: é o que acontece na falsidade de depoimento ou declaração (art. 359º), na falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução (art. 360º) e no suborno (art. 363º), *ex vi* do art. 364º, al. a), ou seja, quando “a falsidade disser respeito a circunstâncias que não tenham significado essencial para a prova a que o depoimento, relatório, informação ou tradução se destinar”.

Por fim, um outro quadro de valorações é compartilhado com o art. 364º, mas agora na sua al. b), uma vez que está em causa a comissão de um daqueles crimes dos artigos 359º, 360º e 363º quando “o facto tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge, um adotante ou adotado, os parentes ou afins até ao 2º grau, ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com aquele viva em condições análogas às dos cônjuges, se expusessem ao perigo de virem a ser sujeitos a pena ou a medida de segurança”. Trata-se de um mecanismo que, em termos adjetivos, tem a sua previsão no art. 137º do CPP. O ordenamento jurídico não pode fazer impender sobre ninguém o dilema ético e moral, muitas vezes excruciante, de ter de escolher entre o cumprimento das suas obrigações como cidadão e, por isso, colaborar com a administração da justiça, tudo revelando às autoridades judiciais ou aos órgãos de polícia criminal, e a proteção de pessoas que com ela se encontram em situação de cônjuges ou similares, de adotantes ou adotados, de parentes ou afins. É logo uma impressão global de menor ilicitude aquela que resulta de o agente ter feito prevalecer essas relações ao dever cidadão.

Do prisma das circunstâncias modificativas agravantes previstas na Parte Especial do Código Penal, a solução normativa é bem mais complexa. O agravamento das molduras penais abstratas decorre de um tipo qualificado, ou seja, de uma punição mais severa quando comparada com o tipo matricial, a qual se justifica por uma agravação da ilicitude, da culpa ou de ambas. Pensando no exemplo do furto qualificado do art. 204º, não temos por errada a conclusão de que, em certo sentido, podemos estar perante uma circunstância modificativa agravante, até porque as afivelamos a um ou mais dos elementos do conceito material de crime.

Sucede sim que, logo na primeira fase de subsunção dos factos ao tipo legal, verificados estes requisitos, é com o tipo qualificado que o julgador tem de trabalhar, podendo depois aplicar algumas das circunstâncias modificativas atenuantes da Parte

Especial que vimos de estudar, naturalmente na medida em que se apliquem àquele específico tipo legal. Da mesma forma, existindo circunstâncias modificativas atenuantes da Parte Geral, só depois da subsunção ao tipo qualificado é que as primeiras podem aplicar, como no caso de um homicídio qualificado na forma tentada, perpetrado por um cúmplice ou em que se atue por omissão impura. Outra forma que o legislador pátrio usa para demonstrar um *quantum* abstrato mais grave é por via de formas agravadas de comissão delituosa, como sucede com o art. 205º, nºs 4 e 5. Face aos tipos qualificados, as agravações como esta, em nosso juízo, apenas têm de diferente a circunstância de o legislador ter entendido, por motivos de política criminal, que não se justificava um novo tipo legal de crime, uma vez que, na materialidade das coisas, o problema coloca-se da mesma forma: em ambos temos uma moldura abstrata mais grave por via de uma intensificação da ilicitude, da culpa ou da punibilidade.

Assim, em resumo, as circunstâncias modificativas agravantes na Parte Especial do Código Penal revestem a forma de tipo qualificado ou de tipo agravado, devendo o julgador partir delas se as circunstâncias factuais se aplicarem – claro está – e, a partir daí observar o que diremos de seguida sobre a concorrência de circunstâncias. Podemos também já sublinhar, do que referimos, que o julgador, verificando-se ambas, deve partir da circunstância agravante da Parte Especial e só depois contemplar a atenuante da mesma região normativa do Código Penal.

1.1.1. A concorrência de circunstâncias modificativas

Ao contrário dos Códigos Penais de 1852 e de 1886, não dispõe o atual, de 1982, de qualquer norma na sua Parte Geral (na qual faria sentido), nem na Parte Especial, atinente ao funcionamento das circunstâncias modificativas, por se ter entendido, cremos, que a sua estatuição por vários artigos da Parte Geral e da Parte Especial, como demos conta, é suficiente para orientar o intérprete.

Não nos parece, em todo o caso, que tenha sido uma decisão azada. Na verdade, em uma concreta facticidade podem existir várias circunstâncias modificativas todas de um certo sentido ou de outro ou em sentidos diversos, do prisma que têm em relação à moldura penal abstrata. Daí que, à falta de critério legal, têm sido a doutrina e a jurisprudência a procurarem estabelecer esses critérios.

Rectius, existe apenas uma indicação que nos é dada pelo art. 71º, nº 2, o qual consagra os fatores de medida da pena, expressamente advertindo que se “atende a todas as circunstâncias que, *não fazendo parte do tipo de crime*, depuserem a favor do agente ou contra ele”. Antes de mais, impõe-se uma precisão quanto ao uso da palavra “*circunstâncias*” neste comando legal, dado se não tratarem das modificativas que vimos

estudando, mas sim de *factos da vida social*, historicamente localizados e que serão centrais na determinação da medida concreta da pena. Assim, p. ex., a circunstância da situação económico-financeira do condenado não provoca qualquer alteração na moldura penal abstrata, o que significa que não tem o peso suficiente para que aqueles limites que, em regra, o legislador entendeu serem adequados às finalidades do art. 40º, nº 1 sejam de alguma forma modificados, mas sim possam depor a favor ou contra o agente no *quantum exato* punitivo.

Ora, a indicação a que nos referíamos há pouco corre sob a designação de “cláusula da proibição da dupla valoração” (*Doppelverwertungsverbot*), aquela que corresponde à parte que acima assinalámos em itálico. Isto significa que na determinação da medida concreta não pode o legislador valorar duas vezes a mesma realidade, ou, dito de um modo mais claro, se, p. ex., existe uma diminuição da culpa da mulher que, por estar em profunda depressão pós-parto, acaba por matar o seu filho logo a seguir ao parto e ainda “sob a sua influência perturbadora”, não podemos valorar estas duas realidades, pois elas têm o mesmo sentido.

A *intentio* de, por via do art. 71º, se encontrar uma situação da vida real que deponha a favor da condenada esbarra com o facto de, antes disso, a subsunção dos factos ao Direito já ter determinado que ela seria condenada por infanticídio (art. 136º) e não por homicídio. Trata-se, aqui, de um interessante exemplo em que a realidade fáctica, como sempre sucede, se enquadra num tipo legal de crime que, só assim, se enche de vida, mas que, por isso mesmo, leva em si um programa político-criminal que aconselha, *in casu*, a uma punição muito menos grave da condenada, se comparada com as outras modalidades de homicídio. E ao fazê-lo, como que absorve qualquer outra circunstância (em sentido técnico, como começámos por ver, mas também no sentido de factualidade da vida social subjacente ao art. 71º).

Vejamos um outro exemplo: no caso concreto, o agente, de 20 anos de idade, comete um crime na forma tentada e como cúmplice. Estamos em face de três circunstâncias modificativas em sentido técnico, todas elas favoráveis. O relevante é, desde logo, perscrutar o sentido da intervenção de cada uma delas, ou seja, a sua *ratio*. Destarte, o regime dos “jovens adultos” justifica-se por se entender que a sua personalidade ainda não está totalmente formada e que podem beneficiar de uma atenuação especial da pena que, ademais, não é obrigatória, mas facultativa (cf. o art. 4º do Decreto-Lei nº 401/82). A razão de ser da punição menos severa da tentativa está relacionada com uma maior intensidade de ilicitude e com a circunstância, embora alheia ao agente, de se não ter lesado o bem jurídico, o que é demonstrativo de que, sendo o Penal um ramo de Direito em que o *desvalor da ação* é mais relevante que o *desvalor de resultado*, não afasta este último na totalidade, pelo que bem se pode concluir que, sendo o *ilícito pessoal* aquele

que melhor permite construir uma dogmática robusta, há aspetos do ilícito objetivo que continuam a ser relevantes.

Por fim, a cumplicidade e o seu regime de punição menos severo (art. 27º) quando comparado com a autoria deve-se também a uma diminuição da ilicitude originada por uma intervenção menos relevante na empresa criminosa. Dito com a “teoria do domínio do facto”, iniciada por Roxin e largamente maioritária em Portugal e no Brasil, o cúmplice não tem esse domínio, não controlando o *se*, o *que*, o *quando* e o *como* do delito, de novo daqui se retirando um grau mais diminuído de ilicitude por comparação com o art. 26º. Em conclusão quanto a este ponto, estamos em face de três circunstâncias modificativas atenuantes que comportam, cada uma delas, uma específica fundamentação e, por isso, logram todas aplicação, por se não valorar duas ou mais vezes a mesma materialidade que, por via de uma diminuição da ilicitude, da culpa ou da punibilidade, conduz a uma atenuação especial da pena.

Se existe *concurso de circunstâncias modificativas do mesmo sinal* – todas atenuantes ou todas agravantes –, a regra geral é a de que, antes de mais, devem funcionar as da Parte Especial e só depois as da Parte Geral, por ser esta a forma típica de relacionamento entre ambas. Se existirem várias circunstâncias atenuantes da Parte Especial, qualquer uma delas funciona sucessivamente e sem uma ordem específica, o mesmo acontecendo com a pluralidade de circunstâncias da Parte Geral. Havendo várias circunstâncias modificativas agravantes, para além de, em primeiro lugar, se fazer funcionar as recolhidas na Parte Especial e só depois as da Parte Geral, existe a regra de que a *reincidência*, se preenchidos os seus requisitos, *opera sempre no final*. E isto deve-se ao próprio método determinativo da pena reincidente. Repare-se que, quando se determina a pena sem a reincidência e com ela, teremos de atuar já com os valores das molduras penais abstratas devidamente alterados por via de outras modificativas. Se assim não for, chegaremos a medidas concretas que terão, depois, de ser alteradas, por não terem levado em conta todas as circunstâncias de que depende a correta moldura abstrata.

E, por outro lado, uma razão que surge logicamente antes desta, a medida concreta da pena sem considerar que o agente é reincidente tem de ser de, no mínimo, seis meses de prisão efetiva. De novo, se a moldura abstrata com que o julgador trabalha não é a final, no sentido em que sobre ela ainda não funcionaram todas as circunstâncias modificativas, então, mais uma vez, poderemos estar a fixar um *quantum* de pena que, depois, tenha de ser modificado. Em resumo, sendo todas as circunstâncias agravantes e pertencentes somente à Parte Geral ou à Parte Especial do Código, funcionam sucessiva e indistintamente, não violando a *Doppelverwertungsverbot*, mas tendo em conta que os artigos 75º e 76º serão sempre os últimos a operar.

E se as circunstâncias forem *umas atenuantes e outras agravantes*? A regra segundo a qual, em primeiro lugar, se aplica o previsto na Parte Especial continua a ter validade em ambos os casos. Para além dela, *deve começar-se pelas agravantes*, uma vez que, se fosse ao contrário, correr-se-ia o risco de o aplicador ficar sem moldura abstrata. Imagine-se que estamos em face de um crime de corrupção passiva do art. 373º, nº 1, com moldura abstrata de um a oito anos. Figure-se, ainda, que, nos termos do art. 374º-B, nº 5, “até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, o agente colabor[ou] ativamente na descoberta da verdade, contribuindo de forma relevante para a prova dos factos”, o que impõe ao julgador uma atenuação especial da pena (obrigatória), a calcular nos termos do art. 73º. Daqui resulta que, aplicando os critérios deste último inciso, a moldura abstrata deixa de ser de um a oito anos para ser de um mês a cinco anos e quatro meses de prisão.

Suponha-se que o crime não foi consumado, pelo que existia outra circunstância modificativa atenuante, a tentativa. A sua razão de ser não tem nada que ver com a diminuição sancionatória da Parte Especial, que já aplicámos, pelo que não se viola o princípio da proibição da dupla valoração se a aplicarmos. Partimos, agora, da moldura abstrata já modificada pela circunstância da Parte Especial, ou seja, de um mês a cinco anos e quatro meses de prisão, que agora se submete, uma vez mais, ao art. 73º, passando a 21 meses, ou seja, de um mês a três anos, seis meses e 20 dias de prisão. Se o agente tivesse atuado como cúmplice, partiríamos, de novo, da última moldura abstrata assim achada e o seu limite mínimo permanecia em um mês, ao passo que o máximo seria “reduzido de um terço” (art. 73º, nº 1, al. a)) para dois anos, quatro meses e 13 dias. Existe, pelo exposto, um risco de, operando várias circunstâncias modificativas atenuantes, a moldura abstrata se reduzir a um único ponto, que é o limiar mínimo normal da pena privativa de liberdade, ou seja, um mês (art. 41º, nº 1).

1.2. A moldura penal concreta

Terminado o processo que vem de explicar-se, entramos no terreno da *moldura penal concreta ou judicial*. Este último designativo é de assinalável importância, visto que afivela de imediato ao problema a circunstância de se tratar de uma fase da exclusiva competência do julgador.

Na verdade, achada a moldura abstrata, haverá agora que determinar o mínimo e o máximo de pena que deve ser aplicado àquela concreta factualidade, com todas as suas circunstâncias de tempo, modo e lugar, e ao específico agente, já não o ser humano médio, mas sim aquele homem ou mulher que, dotado das suas características de personalidade ou outras, exige uma dada intervenção punitiva. Baixa-se, agora, ao caso

concreto, o que pode implicar que a moldura abstrata deve manter-se a mesma, que deve ser aumentada ou diminuída em algum dos seus limites ou nos dois, quando possível.

Bom é de ver que, aqui, se torna indispensável a tradução daquilo que se entende deverem ser as finalidades das penas e medidas de segurança recolhidas no art. 40º, nº 1. Várias foram as teorias que, sobretudo na Alemanha, se debruçaram sobre a matéria. Faremos referência às mais relevantes, a saber: a *teoria do valor de posição ou emprego*, a *teoria da pena da culpa exata*, a *teoria da margem da liberdade* ou da moldura da culpa e, por fim, a mais aplicada entre nós, a *teoria da moldura da prevenção*. Não iremos devotar grande tempo às duas primeiras, pelo simples facto de responderem ao problema apenas ou muito predominantemente com a culpa, o que é impedido pelo art. 71º, nº 1, segundo o qual a determinação da pena deve levar em conta as exigências de culpa e de prevenção (geral e especial).

A *Stellenwerttheorie* organiza o processo em torno do “valor posicional” que a culpa tem no caso concreto (sendo desde logo muito criticável como determinar esse valor que é, por definição, um conceito indeterminado): a culpa delimita um *Schuldrahmen* (um intervalo já adequado à culpa”) dentro do qual o juiz fixa a pena concreta. Na Alemanha, em face de um preceito distinto do nosso para a determinação da pena – do § 46 do *StGB: Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*. (“A culpa do agente é o fundamento da determinação da pena”) –, é ainda possível, ao menos em abstrato, defender esta teoria. E é também um dado seguro, como sucede em Portugal, que o *BVerfG (Bundesverfassungsgericht: Tribunal Constitucional Federal alemão)* desde sempre defendeu que a culpa é central na determinação da pena, em virtude da sua indefetível ligação com a dignidade da pessoa humana¹⁷.

A *Punktstraftheorie* é ainda uma teoria mais facilmente afastável, uma vez que não defende sequer a construção de uma verdadeira moldura penal (neste caso, concreta), por entender que, somente com base no critério da culpa, o julgador devia ser capaz de encontrar *um único ponto específico* – e daí a sua designação – que corresponderia ao limiar ótimo de resposta às exigências de culpa¹⁸. É evidente a sua inaplicabilidade concreta, na medida em que existem sempre vários pontos em que a pena *ainda é* conforme à culpa (limite máximo) ou *já o é* (limite mínimo), assim como a sua arbitrariedade completa e, claro está, juntamente com a “teoria do valor de posição ou emprego”, a

¹⁷ Entre uma pluralidade inabarcável, vejam-se as *BVerfGE* (decisões do Tribunal Constitucional Federal) de 23 de setembro de 2014 (*BVerfG 2 BvR 2029/01*). Disponível em: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/bverfg/01/2bvr-2029-01.php3>. Acesso em: ago. 2025.

¹⁸ Entre outros, um dos seus principais ideólogos foi BINDING, Karl. *Die normen und ihre übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1872.

desconsideração dos critérios preventivos ou a sua clara menorização. Acresce que a *Strafzumessung* (determinação da pena) não é uma ciência exata e que o juiz dispõe de um *Spielraum* (margem de apreciação), controlado apenas quanto a erros manifestos ou violações a princípios constitucionais (culpa, proporcionalidade, etc.).

Passando agora para duas teorias que, em face do art. 71º logram aplicação, comecemos pela “teoria da margem da liberdade”, literalmente “margem de jogo” (*Spielraumtheorie*) ou da “moldura da culpa”, de inspiração normativista ou neoclássica, em que se entendia que os limites máximo e mínimo da moldura concreta eram dados pelas exigências de culpa (*schon Schuldangemessene*: pena já adequada à culpa, i. é, o seu limite mínimo; e *noch Schuldangemessene*: ainda adequada à culpa e, por isso, o seu limite máximo) e, dentro dessa moldura, seriam considerações de prevenção especial (de preferência positivas) que determinariam, a final, o *quantum* exato de pena.

E que papel se reservava para a prevenção geral? O de corresponder ao limite mínimo da moldura concreta, pois era aquele em que as exigências deste tipo já eram preenchidas, ou seja, estávamos em presença do ponto do *limiar mínimo de defesa do ordenamento jurídico*. Entre nós, a teoria contou com largo apoio, salientando-se Eduardo Correia e Cavaleiro de Ferreira e, ainda hoje, José de Faria Costa e Sousa e Brito. Na Alemanha, fruto do já referido § 46 do *StGB*, é a orientação claramente dominante, sendo defendida pelo *BGH: Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal alemão)¹⁹. Para aqueles que propendem para uma teoria de prevenção geral (negativa ou positiva), esta teoria é de afastar, por conceder demasiado à culpa e de menos à prevenção. Se é verdade que a medida concreta acaba por ser dada pela prevenção especial, ela é de tal modo considerada em um único ato, sem dela se analisarem todos os seus componentes, que o seu recurso como forma de fixar o *quantum* de pena acaba por se rarefazer. Acresce que o papel dado à prevenção geral é também pouco relevante, pois se é certo que ele garante o mínimo de pena, esta teoria dos fins das reações criminais desempenha várias outras finalidades que se não acham adequadamente retratadas nesta modalidade de determinação sancionatória.

Por fim, ao menos em Portugal, tem feito o seu caminho a “teoria da moldura da prevenção” (Figueiredo Dias, Anabela Miranda Ribeiro, Maria João Antunes, *inter alia*) que, partindo da *prevenção geral positiva ou de ressocialização* como forma de justificar as penas e as medidas de segurança, entende que os limites mínimo e máximo da moldura judicial devem ser dados exatamente por considerações de prevenção geral positiva. Dentro da moldura assim achada, é a prevenção especial (se possível, positiva; não o

¹⁹ Entre uma miríade de decisões, veja-se *BGHSt* 7, 28 (5 StR 476/54), de 10 de novembro de 1954. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs007028.html>. Acesso em: jul. 2025.

sendo, negativa) que determina a medida concreta da pena. A culpa desempenha o papel consignado no art. 40º, nº 2, ou seja, estipula o limite máximo da pena.

Neste ponto exige-se uma paragem para refletirmos. Dissemos que o ponto máximo da moldura judicial é, para esta teoria, dado por considerações de prevenção geral positiva, ou seja, o *quantum* máximo que ainda garante a “reafirmação contrafáctica” (Jakobs) da norma, a necessidade de, apesar do delito, a sociedade continuar a estar segura de que aquele bem jurídico segue sendo um interesse que se deve tutelar. Ora, esse ponto máximo é igualmente dado, nos termos do sobredito art. 40º, nº 2, pelas exigências de culpa, *i. e.*, no mesmo valor da pena de prisão ou de multa coincidem os dois critérios que, nos termos do art. 71º, nº 1, devem guiar o aplicador na determinação de qualquer sanção criminal. Trata-se de uma muito interessante forma de esta teoria sublinhar os seus pressupostos de base.

Aqui chegados, e concluído já que a posição que se patrocine em sede de fixação da moldura penal concreta *depende da teoria dos fins das reações criminais que se propugne*, poder-se-ia pensar que estaríamos perante um mero exercício teórico sem qualquer aplicação prática. Não podíamos estar mais enganados se assim pensássemos. Na verdade, basta imaginar uma factualidade em que o grau de culpa seja muito elevado, mas as exigências de prevenção – geral e especial – bastante diminutas, por se tratar de um crime que, em regra, não reclama grande reprovação social (pense-se, ainda, em alguns delitos fiscais), para se concluir que, seguindo a teoria da moldura da culpa, os seus limites mínimo e máximo ou apenas um deles serão elevados, mais ou menos próximos daqueles que compõem a moldura abstrata. Ao invés, patrocinando a teoria da moldura da prevenção, a moldura concreta irá conhecer limites menores. Em ambos os casos, por consequência lógica, o *quantum* exato de pena será mais elevado no primeiro caso e menos elevado no segundo. Onde, a escolha da posição que se entenda melhor articular culpa e prevenção tem consequências práticas sensíveis, por redundar numa medida concreta mais ou menos gravosa para o condenado e, com isso, também a possibilidade de, p. ex., se aplicarem penas substitutivas.

1.3. A medida concreta da pena ou o *quantum* exato de pena

Determinada a moldura concreta, é essencial fixar a sua medida específica, dado que a Constituição (art. 30º, nº 4) e o Código Penal (art. 65º, nº 1) não permitem a existência de penas ou medidas de segurança de duração indeterminada ou indeterminável.

Um pequeno parêntesis para lembrar que, em Portugal, os criminosos por tendência e os alcoólicos e equiparados (os que têm tendência de abusar de bebidas alcoólicas e os toxicodependentes) dispõem de uma sanção privativa, constante dos artigos 83º

a 90º, designada por pena relativamente indeterminada (PRI), a qual oscila entre um mínimo que é sempre de um terço da medida concreta da pena do crime ou crimes pelos quais o condenado está agora a ser julgado, e um máximo que resulta, consoante a gravidade dos factos e a idade do agente, da mera adição de dois, quatro ou seis anos a essa medida concreta da pena, sempre com o limite inultrapassável de 25 anos. Se, p. ex., pela prática de um crime de roubo do art. 210º, nº 3, o agente é condenado a nove anos de prisão, verificando-se todos os requisitos da PRI, o mínimo da sanção será de dois terços da medida concreta, ou seja, dois terços de nove anos, o que equivale a seis anos, e o máximo, nos casos mais graves do art. 83º, é de quinze anos, ou seja, nove mais seis.

A determinação do *quantum* exato de pena a cumprir é definida pelo funcionamento do instituto da liberdade condicionada (que, aqui, só pode ser concedida a dois terços da medida concreta, o que é sempre equivalente ao limite mínimo da PRI), da liberdade para prova do art. 94º, da cessação do risco de perigosidade do agente (e aqui, a partir do momento em que se acha cumprida a medida concreta da pena, pode o condenado ser libertado a todo o momento) ou em virtude de se ter atingido o limiar máximo da PRI (cf. o art. 90º). Como se vê, não há qualquer hipótese de este último valor ser ultrapassado e, em boa verdade, apesar de se designar por “pena”, a PRI é um *misto de pena de prisão e de medida de segurança detentiva* da liberdade. É pena até à medida concreta do crime pelo qual o agente está agora a ser julgado e é medida de segurança a partir desse momento e até ao limite máximo da PRI. No nosso exemplo, o regime da pena de prisão aplica-se até aos nove anos e o da medida de segurança a partir daí e até ao limite máximo, que no caso é de quinze anos. Por haver critérios seguros quanto ao modo como o tribunal de execução das penas determina a medida concreta que o específico agente irá cumprir, não restam dúvidas de constitucionalidade material do instituto, como recentemente foi afirmado pelo nosso Tribunal Constitucional²⁰.

Na determinação desse *quantum* exato de pena – de prisão ou de multa –, de acordo com o art. 71º, nº 1, o legislador refere-se a “determinação da medida da pena” e no nº 2 a “determinação concreta da pena” (nº 2 do art. 71º). A formulação legal não é feliz, uma vez que, *prima facie*, qualquer uma das expressões remete para a medida exa-

²⁰ O acórdão nº 222/2025, de 18 de março de 2025, Proc. nº 3/2025, relatado pelo Sr. Conselheiro José António Teles Pereira, foi tirado por unanimidade, tendo sido determinado “não julgar inconstitucional a norma contida no artigo 83º, nº 2, do Código Penal, na redação introduzida pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro, interpretado no sentido de que a pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena sempre acrescida de 6 anos, sem exceder 25 anos no total, independentemente da concreta dosimetria da pena de prisão aplicável ou da proporção que tal acréscimo de 6 anos tenha face à mesma”.

ta de pena que o julgador tem de fixar, o que pareceria indicar que não seria necessário construir a moldura penal concreta. Ainda que imperfeitamente expresso, em conformidade com os cânones hermenêuticos do já citado art. 9º do Código Civil, a “medida da pena” do nº 1 é definida “dentro dos limites definidos na lei”, o que só pode ser a moldura abstrata, visto a concreta ser de determinação judicial. Por isso, entendemos que esta última tem previsão legal.

Outra questão é a de saber se a moldura concreta deve ou não ser distinguida, para efeitos operativos, da determinação da medida concreta. Alguns entendem que estamos perante uma única fase com duas subfases. Outros orientam-se no sentido de que, uma vez que os objetivos de cada uma delas são díspares, deverão ser duas fases autónomas, embora, como é evidente, só se transita para a seguinte quando a anterior estiver preenchida – não há moldura concreta sem antes existir moldura abstrata e não existe medida concreta da pena sem moldura concreta. O art. 71º, nº 2, em nosso juízo, parece militar na segunda opção, uma vez que os critérios a ter em conta já não são a culpa e a prevenção, mas sim “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”, seguindo-se uma enumeração exemplificativa. No entanto, esta é, a nosso ver, uma questiúncula sem consequências práticas assinaláveis e, por isso, relativamente ociosa.

Já houve ocasião de sublinhar que estas “*circunstâncias*” são diferentes das modificativas, desde logo não importando qualquer alteração na moldura abstrata e funcionando, isso sim, como *fatores de medida da pena*, como tecnicamente são apelidados. Operam dentro da moldura concreta, a fim de permitirem ao julgador aferir a medida exata da pena de prisão ou de multa. Percebe-se que a riqueza dos factos segregados pela vida social tenha aconselhado o legislador – e bem – a uma enumeração aberta, sendo também usual agrupá-los em três conjuntos de fatores que, bem vistas as coisas, amiúde se não deixam classificar somente em um deles. Assim: fatores que contendem com a *personalidade do agente* (als. a), b), c), d) e f) do nº 2 do art. 71º), com o *modo de execução do facto* (als. a), b) e c)) e com o *comportamento anterior e posterior ao crime* (al. e)).

É também comum – e certo – apontar a *ambivalência* de qualquer destes fatores de medida da pena, uma vez que, em função dos concretos factos podem contender com exigências de culpa, de prevenção ou de ambas e porque podem depor a favor ou contra o agente. Aliás, alguns deles como, p. ex., a situação económica do agente, podem não apresentar qualquer relevância. Se pensarmos num crime de homicídio ou de ofensas à integridade física isto é claro e não se diga que se da morte se espera uma determinada vantagem (como o pagamento do valor segurado, no ramo do seguro vida), então uma parca situação económica pode depor a favor do arguido. E isto porquanto o objeto direto da ação é o ser humano e a conduta esgota-se em tirar-lhe a vida ou ofendê-lo no corpo

ou na saúde. Já assim não será na generalidade dos crimes patrimoniais ou na criminalidade reditícia, em que essa mesma difícil situação económico-financeira pode, ao menos em abstrato, depor a favor do condenado.

Passando agora em revista apressada os *fatores de medida da pena* listados no art. 71º, nº 2, na al. a), o legislador manda atender ao “*grau de ilicitude do facto*”, o que significa o juízo geral e abstrato que se dirige à ação ou omissão objetivamente controláveis pela vontade humana, ao qual pertencem, ao nível do dolo, os elementos intelectual e volitivo (conhecer e querer a execução do tipo objetivo), o qual conhece várias formas de caracterização como muito baixo, baixo, médio, elevado e muito elevado. Trata-se de um critério que contende com a personalidade do agente e com o modo como este executa o crime, por ser *expressão de uma vontade* e por, em regra, um grau mais intensificado de ilicitude conduzir a uma forma executiva mais censurável. Diremos que este fator se justifica, no essencial, pela culpa do agente. O “*modo de execução*” do facto é uma consequência de uma dada personalidade e já se justifica por razões de culpa e de prevenção, por ser particularmente perçecionado pela comunidade, gerando movimentos de medo; o “*grau de violação dos deveres impostos ao agente*” releva por via da sua personalidade e, cremos, reentra, no essencial, por meio da culpa.

Na al. b) do nº 2 do art. 71º, “*a intensidade do dolo ou da negligência*”, sendo elas modalidades de culpa (no caso do dolo, o seu elemento emocional) e, para muitos autores, também do tipo de ilícito subjetivo (o elemento volitivo do dolo), relevam por via da culpa, mas, se bem vemos, o seu maior ou menor grau demanda alarme social, o que faz entrar na equação a prevenção geral e pode ser um *indício* de que o agente necessita de intervenção em sede de prevenção especial.

A al. c) do nº 2 do art. 71º refere-se aos “*sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram*”. A principal preocupação é de culpa, por estarmos em face de uma personalidade contrária ou pelo menos indiferente ao dever-ser jurídico-penal, mas os fins ou motivos, sendo torpes, fúteis, gratuitos (enfim, sejam alguns daqueles que resultam da cláusula geral do art. 132º, nº 1, a propósito do homicídio qualificado e, de entre os exemplos-padrão, os prevenidos nas als. c), d), e), f), parte *in fine* da al. h), i) e j) do seu nº 2, já não é só a culpa que intervém, mas igualmente exigências preventivas. Os chamados “crimes de ódio”, i. é, todos aqueles cuja motivação se fica a dever a uma determinada característica do ofendido que este não domina e que, em regra, o faz pertencer a uma minoria, sendo exemplos os tipos legais dos artigos 132º, nº 1 e nº 2, al. f) (homicídio qualificado), 236º (incitamento à guerra), 240º (discriminação e incitamento ao ódio e à violência), são um bom exemplo de como não se pode valorar duas vezes este fator agravante da conduta do agente com base no sentimento manifestado, como fator de medida da pena, e a própria subsunção legal a um tipo de crime

em que exatamente um sentimento derogado pelo ordenamento jurídico já é qualificador de um tipo matricial (como no homicídio) ou contribui para o seu núcleo de ilicitude (e de culpa), o que se repercute numa mais grave moldura abstrata.

“As condições pessoais do agente e a sua situação económica”, da al. d) do n° 2 do art. 71°, pode, como visto, não representar sequer um papel na determinação da medida concreta, devendo-se aqui sublinhar que a segunda parte – a da situação económica – apresenta uma grande importância na determinação da pena de multa, dado que é ela mesma a segunda fase fixadora do *quantum* sancionatório, no âmbito de um modelo dos dias-de-multa. As “condições pessoais” serão todas as circunstâncias em que o condenado se encontra, exceto aquelas que comportam uma avaliação pecuniária. Falamos da educação formal do sujeito, do modo como se desenvolveu a sua relação com as figuras de referência, sabendo quem elas foram, antes disso, como é óbvio, que dinâmicas familiares existem ou existiram, se há um padrão de uma família desestruturada ou não, que tipo de valores são partilhados naquela família, enfim, o percurso de vida do condenado e o modo como o meio se lhe foi apresentando, de forma mais complexa ou simples, favorecendo ou não a apreensão dos valores sociais. Pela sua relação intrínseca com a personalidade do agente, esta circunstância da al. d) contende sobretudo com a culpa, a qual pode, em função do caso concreto, aproximar-se mais ou menos de um seu juízo intensificado.

Uma nota ainda para uma circunstância que, em Portugal, sobretudo a partir da década de oitenta do século passado, é uma realidade atuante – a toxicodependência. A jurisprudência foi trilhando caminhos nem sempre coincidentes. A uma primeira abordagem, houve Tribunais superiores que, com base no facto de que a toxicodependência ser uma doença, tendia a favorecer a pena aplicada, exatamente com base na ideia de uma diminuição da culpa. Depois, outros acórdãos disseram o contrário, apontando para a circunstância de que entrar e sair deste mundo é possível, para além do mais com boa-vontade do dependente, do mesmo modo que acontece com outros vícios: jogo, bebidas alcoólicas, sexo, *internet*. Na atualidade, não representa especial valor na fixação da medida concreta.

Diga-se, por fim, que somos totalmente favoráveis a que não pudesse haver julgamento que não contasse com a elaboração, pela Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), por intermédio dos seus técnicos, de um relatório social para julgamento. Estamos a falar de um documento que, não sendo uma perícia, é *prova documental qualificada*, atendendo a quem a elabora. Repare-se que o Tribunal de julgamento apenas tem contacto com o arguido no dia ou dias das sessões, pelo que, em sede de *imedição*, o juízo nunca será alicerçado em tempo suficiente para que as conclusões sejam mais acertadas.

Ora, o contrário sucede já com os relatórios sociais para julgamento, baseados em entrevistas com o condenado, com os seus familiares e amigos, com os vizinhos, o dador e os colegas de trabalho e todas aquelas pessoas que possam ter informações úteis quanto às atrás assinaladas “condições pessoais do agente”, de tal modo que a personalidade do agente e o modo de esta se manifestar é minimamente descrita. Ora, nos termos do art. 370º do CPP, só nos casos aí prevenidos existe obrigatoriedade de o Tribunal solicitar relatório social para julgamento. É nossa firme convicção que tal deveria suceder *sempre*, com a natural previsão legal de, em processos de tramitação urgente, como o especial sumário, os prazos em curso serem suspensos desde a data do requerimento do relatório e a sua entrega, devendo ainda a lei prever expressamente um prazo, ainda que indicativo.

Quando a al. e) se refere à *conduta anterior do agente*, imediatamente nos acode à lembrança a existência ou não de inscrições no registo criminal. Assim é, mas tal não se afigura suficiente para testemunhar a riqueza desta circunstância. E também é de colocar de manifesto que um agente pode contar com várias inscrições no registo e tal não importar, *por si só*, um fator agravante, sobretudo nas hipóteses em que essas inscrições contendem com bens jurídicos diferentes daquele ou daqueles que estão subjacentes ao delito ora em julgamento. Se se julga um furto qualificado do art. 204º, nº 2, al. a), a existência de quatro condenações por condução de veículo automóvel em estado de embriaguez não tem a virtualidade de que a nova pena seja mais grave quando considerada por relação com estas prévias inscrições. E isto justifica-se por razões de proporcionalidade.

Aqui entre em pauta uma discussão muito complexa e de que só podemos dar perfunctório conhecimento. O que é uma *carreira criminal*? Quantos delitos terão de ser cometidos – e usando que modo de execução – para se defender que ela existe? É impossível estabelecer um número mínimo de crimes, mas um dado certo é que eles terão de ser três ou mais. De seguida, a existência de uma carreira criminosa ocorre quando o agente se dedica habitualmente à prática delitual, de tal modo que o centro da sua vida não pessoal se desenvolve à volta da preparação e consumação (ou tentativa) de ilícitos penais. A maior parte da sua vida que não é dedicada a tarefas pessoais e familiares centra-se na prática de crimes, de tal modo ainda que podemos concluir que a maior fatia dos seus proventos advém disso mesmo. Podemos encontrar carreiras criminais homótopas, nos casos em que o agente se “especializa” em dado ou dados tipos legais, o que, em abstrato, pode significar estarmos perante um condenado mais perigoso, vista a especialização da sua conduta. Por outro lado, agentes existem que, de forma polítrópa, vão perpetrando vários ilícitos que violam distintos bens jurídicos, demonstrando não uma especialização, mas uma facilidade adaptativa que é de valorar. Um criminoso pode cometer um crime contra a vida, contra o património ou contra o Estado de um modo pelo

menos medianamente perfeito e, com isto, colocar-nos perante a dúvida de saber se deve ou não ser considerado mais perigoso que o anterior.

Não há uma única resposta válida. Se é certo que um condenado, por via do processo de especialização, pode demandar mais exigências preventivas e, antes disso, uma forma também mais técnica e diferenciada de investigação, por parte do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, também é verdade que alguém que demonstra pelo menos uma atitude de indiferença quanto a vários bens jurídicos deve ser tratado com mais cuidado pelo ordenamento jurídico. Numa palavra, e quanto a este ponto, as inscrições no registo, só por si, não devem ter um efeito automático agravante. Aliás, nenhuma delas o pode ter – agravante ou atenuantes –, uma vez que estamos em face de situações da vida social que demandam sempre a interposição judicativa que, por definição, é a mediadora entre o que sucedeu e a gravidade (maior ou menor) que lhe deve ser dada.

Um outro ponto, ainda no que contende com a “situação económica” do condenado, para nos referirmos à pena pecuniária. Neste domínio, ao menos como de jeito aproximativo já se disse, tal situação é o cerne da segunda fase determinativa do *quantum* exato da multa. Comece por se salientar que o art. 47º, nº 2 apenas fornece os critérios de “situação económica e financeira do condenado” e os seus “encargos pessoais”. É manifestamente pouco e, em nosso juízo, a norma merece, *de iure condendo*, uma profunda alteração, no sentido de concretizar o que agora é um claro défice em sede de princípio da determinabilidade, como subprincípio da legalidade. Este estado de coisas deixa à doutrina e à jurisprudência um papel de quase total preenchimento destes critérios, o que vulnera a certeza e segurança na aplicação do Direito. Mais ainda quando, na prática, o Tribunal, como regra, afere da situação económica do arguido perguntando-lha: quanto recebe fruto do seu trabalho ou de prestações sociais, se tem filhos e, em caso afirmativo, quanto despende com cada um deles, se paga pensão de alimentos, se vive em casa própria ou arrendada e qual o valor de prestação liquidada à instituição bancária ou o valor da renda.

Enfim, são fundamentalmente estas as perguntas feitas depois das alegações orais e de se ter perguntado ao arguido se pretende acrescentar mais alguma coisa ao que declarou ou não em julgamento. É, na verdade, o último ato em regra praticado antes do encerramento da audiência de discussão e julgamento. Não é difícil perceber que o arguido vai sempre ou quase sempre apresentar um estado económico-financeiro o mais deficitário possível, de modo a para si advirem vantagens em sede da determinação da medida da pena de multa e de eventual pedido de indemnização civil formulado ou resultante do art. 82º-A do CPP. Em nosso juízo, este é um estado de coisas que não tem qualquer sentido, devendo existir sempre uma *averiguação autónoma*, por entidades

oficiais, o que hoje se acha bastante facilitado por via das bases de dados às quais as secretarias judiciais têm acesso. Assim, um órgão de polícia criminal, um trabalhador do Estado ou até mesmo uma sociedade comercial à qual fosse atribuída esta competência, na sequência de concurso público, de tal forma que atuasse no processo como funcionário (cf. art. 386º), seriam formas muito mais perfeitas de determinação da situação económico-financeira do condenado do que aquela que existe hoje.

Mantendo-nos ainda na pena de multa, como visto, as referências concretizadoras são quase nenhuma. Hoje é pacífico, ao menos na jurisprudência, que o património do condenado integra a sua situação económico-financeira, o que, em 1982, não era claro e gerou posições divergentes entre o autor da Parte Geral do Código Penal, Eduardo Correia, e Gomes da Silva, defendendo este último que considerar o *património* equivaleria a um verdadeiro confisco, proibido constitucionalmente. Assim não pode ser, dado que o legislador pretendeu abranger *todas as fontes de rendimentos* do condenado e seria completamente incompreensível que um indivíduo, sem liquidez financeira, mas com várias propriedades, fosse beneficiado no momento de determinar a citada situação económico-financeira. Se não tem essa liquidez em termos de capital, é-lhe exigível que venda ou onere de alguma forma as coisas imóveis para liquidar a pena pecuniária. Também se diz que o Tribunal deve atender às despesas que, pela sua natureza, dizem respeito à satisfação de necessidades humanas básicas: alimentação, habitação, saúde, educação.

É hoje fora de dúvidas que as despesas com o desporto ou com atividades de enriquecimento curricular das crianças e jovens devem ser incluídas na determinação dessa situação económica. E o pagamento de créditos? Se se trata da aquisição de bens essenciais a todo o ser humano, como o recheio da habitação, ninguém duvida que devem ser levados à balança dos encargos. Mas se se tratar de uma despesa para comprar uma obra de arte ou um qualquer cómodo que bem podia ser substituído, sem perda da função, por outro mais barato, não nos restam dúvidas que não se devem levar em conta, o mesmo ocorrendo com o dinheiro despendido em férias. Os rendimentos de trabalho, prediais, de capitais, advenientes por processo de partilha por divórcio ou por morte, os que resultam de subsídios, pensões ou outros benefícios sociais do Estado também devem ser considerados.

No entanto, quanto a estes últimos, porque existe abundante jurisprudência no sentido de julgar impenhorável o valor até ao salário mínimo nacional, o Tribunal deve atuar com particular prudência e fixar o valor diário da pena no mínimo legal que, nos termos do art. 47º, nº 2, é de cinco euro, ao passo que na Alemanha é de um euro (§ 40, 2, do *StGB*), o que é em absoluto incompreensível se olharmos para a riqueza de cada um dos Estados. Regulamentações como esta fazem com que, p. ex., às pessoas em

situação de sem-abrigo, mesmo o limite mínimo seja demasiado elevado, sendo, na prática, impossível de liquidar em dinheiro (mesmo que em prestações ou com pagamento diferido: art. 47º, nº 3).

Donde – e bem, apesar de ser tecnicamente errado –, os Tribunais, em face destas situações limite, acabam por produzir um “desvio do sistema”, na medida em que começam por estabelecer o valor global da pena de multa e, considerando que o mínimo é de cinco euro, vão ajustando o número de dias, o que se justifica por razões de culpa e de prevenção. É quase uma intervenção “*pretoriana*”, no salutar sentido de conseguir a equidade (art. 4º do Código Civil): a justiça do caso concreto. Fomos vendo que os encargos do condenado devem ser todos quantos se mostrem imprescindíveis à vivência com um mínimo de dignidade, o que significa também que este é um conceito elástico no tempo e no espaço. Por certo que despesas como consultas de Psicologia, de acompanhamento por *personal trainer*, outras decorrentes da propriedade de veículo automóvel mediano, *inter alia*, são hoje para ter em conta na determinação da situação económico-financeira do condenado, o que, algumas décadas atrás, seria quase ficção científica.

A al. e) do nº 2 do art. 71º refere-se ainda ao *comportamento posterior do agente*, especialmente quando “esteja destinada a reparar as consequências do crime”. É fora de dúvidas que, logo numa análise do prisma da ilicitude, merece uma pena menos grave todo o agente que, conhecendo os efeitos negativos da sua conduta, procura, na medida do que ainda é possível, diminuir essas consequências. Para além dos exemplos clássicos do indivíduo que paga as despesas hospitalares e medicamentosas em que o ofendido teve de incorrer devido ao crime ou que se interessa por saber novas da saúde deste último, é cada vez mais relevante o pensamento da chamada justiça restaurativa²¹ que, em boa verdade – e agora dizendo um pouco mais do que se referiu *supra* – já tem décadas de existência, sendo o ano de 1992 o mais relevante neste movimento, visto que um conjunto de professores de língua alemã elaboraram o *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), o qual propunha a reparação (*Wiedergutmachung*: literalmente “fazer bem outra vez”; *Gut* (bem); *machung* deriva do verbo *machen* (fazer) e *wieder* é um prefixo de repetição e que significa “outra vez”)) como uma *dritte Spur* (“terceira via”) ao lado das penas e das medidas de segurança.

²¹ Trata-se de uma matéria à qual dedicamos já atenção, nomeadamente publicando *A mediação penal de adultos: um novo “paradigma” de justiça?* Coimbra: Editora, 2008, em que analisamos a Lei que trata desta questão, a nº 21/2007, de 12 de junho, condenada a ser um “nado morto” pelas razões que expusemos em *A mediação penal de adultos em Portugal: a Síndrome de Lázaro? In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: LEX, n. 117, p. 126-153, 2024.

As posições dos autores deste movimento eram, não obstante, diferentes entre si, existindo quem considerasse que, efetivamente, a reparação era uma sanção em si mesma, cumprindo todas as finalidades punitivas, e outras que nela viam uma função meramente adjuvante. O art. 206º é um exemplo acabado e uma concretização desta ideia da reparação, uma vez que, para os crimes patrimoniais aí previstos, havendo reparação total ou parcial dos danos, pode o agente ver a sua responsabilidade criminal extinta ou haver lugar a uma atenuação especial obrigatória ou facultativa.

Por fim, a al. f) do nº 2 do art. 71º refere-se à “*falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena*”. A uma primeira perspetiva, até porque este preceito legal é datado de 1982, ou seja, nunca teve qualquer alteração desde que está em vigor, tudo indica estarmos perante uma concretização da “teoria da culpa pela não formação da personalidade” de Eduardo Correia, penalista que elaborou os Projetos de Parte Geral e Especial sobre os quais se debruçou a comissão criada pelo Ministro da Justiça de então, Antunes Varela. Autor de filiação normativista, parte de um conceito indeterminista em sede da liberdade humana e, por isso, defende que cada um de nós, apesar do meio social ou familiar poder ser negativo, acabamos por ser titulares, pelo menos, de uma margem de livre-arbítrio e, assim, devemos reagir contra esses condicionamentos, sendo responsáveis por criarmos contraestímulos que nos façam respeitar o dever-ser jurídico penal. Por outras palavras: apesar de algum determinismo, *no essencial somos obra nossa* e se não fomos lutando contra aspetos de personalidade que nos podem conduzir à prática criminosa, então devemos ser sancionados por isso mesmo. Não se trata de uma teoria inovadora de Eduardo Correia, mas sim da adoção da adaptação da *Lebensführungsschuld* (“teoria da culpa na condução da vida”), com defensores como Mezger, Kohlrausch, Frank, Goldschmidt e Freudenthal.

Um outro aspeto muito importante e em que a formulação legal é particularmente impressiva consiste em afirmar que só é compatível com um Direito Penal verdadeiramente comprometido com o Estado de Direito que o juízo de censura criminal se dirija apenas e tão só à ação ou omissão do agente, e nunca a ele próprio. O Direito Criminal carece de legitimidade social para concluir que a aplicação de uma dada sanção se deve a uma determinada personalidade e, com isto, de forma direta, a um dado ser humano. Tal como a alínea em análise (f) do nº 2 do art. 71º) estipula, a “falta de preparação” é sempre “manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada por meio da aplicação da pena”. É particularmente rica a formulação, porque também assinala a punição não a um concreto sujeito, mas a uma específica ação. E isto não deriva apenas da obrigatoriedade de os condenados serem tratados como pessoas e não como objetos, salvaguardando a sua dignidade, mas da verificação prática que o processo penal não

dispõe dos meios necessários para aferir da personalidade em sentido pleno, bastando atentar no que acima dissemos sobre a não obrigatoriedade de elaboração de relatórios sociais para julgamento para todos os processos. E quem seríamos nós para censurar uma mulher ou um homem? Que legitimidade teríamos, nós que também somos humanos e praticamos crimes? É o mesmo belíssimo pensamento do Papa Francisco e do seu livro *Quem sou eu para julgar?*²²

Para rematar este ponto, é muito claro que a al. f) é bastante ambivalente, por podermos estar perante um agente que tenha tido todas as condições – familiares, de ensino – para que o seu quadro valorativo seja conforme ao Direito e, mesmo assim, violou-o, o que conduz, em regra, a uma agravação punitiva, ou outro que, nascido numa família disfuncional, com adições dos progenitores, vivendo no meio da pobreza e da prática delitual, mais dificilmente poderia ter apreendido o quadro axiológico que era suposto. Esta circunstância não significa, por si só, que o agente, nestas condições, tenha sempre de ser beneficiado na medida da pena, visto que, se assim fosse, estaríamos a proteger sem sentido aqueles que, sendo certo que nascendo em ambientes hostis, deveriam ter-se esforçado para enquadrarem os valores que o Direito lhes exige.

1.4. O momento da escolha da pena

Seja no início de todo o processo de determinação da medida da pena, nas hipóteses de multa alternativa (o tipo legal prevê a prisão ou a multa, estipulando o art. 70º que esta última deve prevalecer se e na medida em que cumpra as finalidades do art. 40º, nº 1, o que é uma clara aposta da sanção cumprida em comunidade, atentos os efeitos deletérios da prisão), seja no final, quando o Tribunal chega a uma medida concreta da pena, em Portugal, as medidas concretas de prisão até cinco anos e as de multa até 240 dias importam, para o juiz, uma última fase neste processo determinativo.

Como fomos aludindo, as penas curtas de prisão foram sendo postergadas a partir da segunda metade do séc. XIX, havendo várias reuniões de sociedades internacionais de Direito Penal que o defenderam, visto que tais sanções não comportam o tempo suficiente para reformar ninguém (e aqui mesmo sem a perspetiva do krausismo, que fez o seu percurso não só em Portugal, sobretudo com Vicente Ferrer Neto de Paiva e, até certo ponto, em Espanha, de que é exemplo Concepción Arenal²³), do mesmo passo que não são suficientes para cumprir os desideratos preventivos ou mesmo retributivos.

²² Lisboa: Nascente, 2017.

²³ Veja-se o prólogo da sua obra *O visitador do preso*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2020. p. 24, da autoria de Gumersindo Guinarte Cabada e de Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas.

É também de sublinhar que, para além deste discurso de bem fundada política criminal, não podemos ser ingênuos ao ponto de não atendermos às vantagens económicas do cumprimento das penas em liberdade, por implicar aforramento de despesas com o sistema penitenciário (para o que igualmente vem contribuindo uma certa tradição portuguesa do pós-democracia de aprovar leis de amnistia e/ou de perdão genérico de muito duvidosa oportunidade e, sobretudo, de igualdade, como sucedeu com a mais recente, por ocasião da realização, em Lisboa, em 2023, das Jornadas Mundiais da Juventude). Em particular, neste domínio, têm feito o seu curso penas como a dos nossos artigos 43º e 44º, de permanência na habitação, fiscalizada por meios de controlo à distância, e que têm ainda a vantagem de poderem permitir que o condenado saia do seu domicílio para trabalhar, estudar ou receber formação profissional, mais se evitando os naturais efeitos dessocializadores que, naturalmente em muito menor dimensão, também aqui se colocam.

Portugal, pelo menos no contexto da União Europeia, é dos países que mais penas de substituição conhece e, sobretudo, aquele que prevê que uma delas – a suspensão da execução da pena de prisão dos artigos 50º, ss. – se aplique a até um quinto da sanção mais grave que conhece e que é de 25 anos de prisão (art. 41º, nº 2). A evolução temporal nesta matéria tem sido a do seu constante alargamento, seja do âmbito aplicativo de cada uma delas, seja da criação de novas penas substitutivas. É evidente que este não é o tempo nem o espaço para analisarmos cada uma dessas específicas sanções que, pela sua natureza e pelo modo como o legislador as foi construindo individualmente, não comportam a defesa de uma espécie de “teoria geral”, embora, como já escrevemos, é possível delas retirar uma série de princípios comuns que deveriam lograr previsão expressa²⁴. Digamos apenas que, como *supra* se referiu, ao contrário do que já sucedeu com a prisão por dias livres e o regime de semidetenção, na atualidade, a única pena substitutiva que importa privação da liberdade é o regime de permanência na habitação.

Todas as demais são de cumprimento comunitário (*community sanctions*): o art. 45º prevê a possibilidade de substituição da prisão em medida até um ano, estabelecendo o princípio geral de que as penas até este *quantum* devem ser substituídas, exceto se incumprirem o art. 40º. nº 1. Com isto também se pode dar resposta à pergunta que ocupou já – e continua a ocupar, mas com menos intensidade – a doutrina e a jurisprudência e que consiste em saber o que se deve entender por pena curta de prisão. Este dado literal nacional parece apontar para a resposta de um ano, existindo outros ordenamentos

²⁴ Em direção a uma “teoria geral das penas de substituição”? In: *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 581-598, 2019.

em que se propende para um mês, três meses ou seis meses. O art. 46º prevê uma pena de substituição que podemos apelidar de “específica”, visto aplicar-se a crimes cometidos no exercício de função, profissão ou atividade públicas ou privadas e em que o Tribunal tenha concluído por uma medida concreta de até três anos, ficando o condenado inibido de exercer no âmbito de uma moldura entre dois e oito anos.

A suspensão executiva da pena de prisão é, porventura, a mais conhecida, reuando as suas origens ao *sursis* franco-belga e à ideia de que situações existem, no caso, punidas com medida concreta até cinco anos, em que é previsível que baste a ameaça da execução (a “espada de Dâmocles” de que tantas vezes falamos) para que o agente se afaste da reincidência. Conhece quatro modalidades: a suspensão simples; com deveres (art. 51º), ou seja, todas as obrigações que impendem sobre o condenado e que estão relacionadas com o passado, tendo uma clara finalidade *retrospectiva* (é o caso do pagamento de uma indemnização ao ofendido; o próprio art. 51º, nº 1 diz que os deveres visam “reparar o mal do crime”); com regras de conduta (art. 52º: destinadas a favorecer a reintegração do agente, pelo que o seu foco é, agora, *prospetivo*, como sucede com a obrigação de frequência de determinados programas) ou com regime de prova (artigos 53º e 54º: aquele que mais se aproxima, no ordenamento jurídico português da *probation*). Baseia-se na elaboração de um plano de reinserção social, da competência dos técnicos da DGRSP e que pode conter deveres e/ou regras de conduta, existindo encontros entre o condenado e os técnicos que, por via do plano, visam prevenir a reincidência, no mínimo, e dotar os agentes de um conjunto de valores essenciais para a sua convivência societal.

Sublinhe-se que não temos verdadeiramente um sistema de *probation* puro, na medida em que o Tribunal tem sempre de fixar uma pena concreta no final do processo que estivemos a estudar, ao contrário dos sistemas anglo-saxónicos em que, em sede de *probation*, apenas se averigua da culpa do agente e confere-se-lhe um período em que fica à prova, com eventuais obrigações associadas, sujeito a um controlo por um *probation officer* e em que, no final do período determinado, se o agente tudo cumprir, o processo é arquivado; nas hipóteses contrárias, de reincidência ou incumprimento das obrigações da *probation*, o Tribunal determina a medida concreta da pena, que será cumprida. Finalmente, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (artigos 58º e 59º) é aplicada em medida até dois anos de prisão e goza de todo o lastro favorável aos olhos da sociedade de alguém remir o facto do crime por meio da prestação de trabalho gratuito em instituições do Estado ou outras cuja utilidade pública tenha sido reconhecida. Por fim, a pena de multa como sanção principal conhece somente uma pena de substituição – a admoestação do art. 60º e que consiste numa “solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo Tribunal” (nº 4), aplicável às hipóteses em que a medida concreta

da multa seja, no máximo, de 240 dias. Para se aplicar, exige-se que o dano provocado pelo crime esteja reparado, no que é mais uma concretização da ideia atrás mencionada e ínsita, entre outros, no art. 206º. Pelo seu carácter em regra inócuo, defendemos, *de iure condendo*, a sua eliminação.

Num artigo com os objetivos logo tornados claros no início da exposição, quedar-nos-emos por aqui em sede de sanções substitutivas, tanto mais quanto, para nós, é uma temática em que facilmente resvalamos para um tratamento aprofundado, por ter sido o tema da nossa dissertação de doutoramento²⁵. Diremos ainda algumas coisas que, em nosso juízo, foram rotas mais ou menos originais que traçámos neste trabalho. Embora sem uma necessária sequência lógica do que vai dito, é para nós claro que, ao invés do que toda a doutrina defende, o juízo de prognose favorável elaborado pelo Tribunal em sede substitutiva não contende apenas com razões de prevenção geral e especial, mas também com a culpa²⁶.

De facto, estamos perante uma rarefação desse conceito que, para além da sua função como elemento do delito em sentido material, também impõe ao aplicador um autónomo juízo no sentido de saber se, em face da factualidade apurada nos autos, é ou não ainda possível aferir um grau de culpa que admita a substituição. É um dado da vida corrente que o julgador, em face de um crime em que a culpa é elevada ou muito elevada, não ordenará qualquer pena de substituição, e isto não somente porque a comunidade o não entenderia e poderia ficar sobressaltada (prevenção geral) e visto que o condenado se acha carecido de ressocialização, mas também porque a censura que sempre vai implícita num juízo de culpa, em muitas hipóteses desborda do tal papel desempenhado para se provar que houve crime e abrange, no sentido de vetar, qualquer outra intervenção legislativa que pudesse suceder, como esta de um sanção substitutiva.

É para nós também claro que o juízo prognóstico nestas matérias se aproxima do pensamento ínsito à atenuação especial da pena²⁷. Repare-se que não dizemos que se trata de um único e mesmo instituto, o que seria naturalmente errado, por a atenuação ser uma forma especial de determinação da pena e as penas de substituição serem uma possibilidade concedida ao Tribunal, *ab initio* ou após a determinação da medida da pena, de evitarem os efeitos dessocializadores e deletérios do ingresso num estabelecimento

²⁵ *As penas de substituição...*, defendida em provas públicas no dia 7 de março de 2016.

²⁶ O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição. In: *Revista do CEJ*, n. 2, p. 115-141, 2018.

²⁷ Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substrato da atenuação especial da pena. In: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 167-218.

prisional quando assim se cumpram, também, as finalidades sancionatórias. Aquilo para que desejamos apelar é para a *materialidade* da atenuação especial a que alude o art. 72º e que se baseia numa sensível diminuição da ilicitude, da culpa ou da necessidade da pena (nº 1), o que é o mesmo que dizer, das exigências preventivas. Conexionado com o que referimos em sede da rarefação da culpa, também nos parece de meridiana clareza que nenhum julgador, no Brasil ou em Portugal, apenas para darmos dois exemplos, substituirá a pena de prisão ou de multa se não tiver da “imagem global do facto” uma sua visão diminuída. E, assim sendo, prova-se que o critério que preside à substituição não é só preventivo, mas também contende com a culpa.

Para os leitores interessados, ainda, embora sublinhado *supra* que é impossível levar a efeito uma “teoria geral” das penas substitutivas, pelo menos como a entendemos desde a Escola Pandectística Alemã, certo é que existem princípios que, ao que cremos, logram aplicação em todas as sanções de substituição. Assim, o critério de elegibilidade da pena suspensa do art. 50º, nº 1 deveria ser aplicável a todas, bem como deveria existir um mesmo regime para as hipóteses de incumprimento, decalcado, com adaptações, do art. 55º Na nossa dissertação defendemos também alterações em cada uma das particulares penas, sempre orientados pela exigência político-criminal e dogmática de que elas sejam percecionadas pela comunidade e pelo condenado como *verdadeiras sanções*, por serem algo que se aplica *em vez* das penas principais, o que, por mera lógica, não consente que esta matéria seja – como é –, amiudadas vezes, encarada pelos *stakeholders* do sistema de justiça como um *arremedo de pena* ou uma *descriminalização encapotada*. Para além do mais, isto implica que na pena de prestação de trabalho a favor da comunidade cada dia de prisão equivalha, pelo menos, a duas horas de trabalho e que não exista o limite das 480 horas do nº 3 do art. 58º, verificando-se uma completa proporção: se a cada dia de prisão defendemos que, na pena do art. 58º, corresponderiam duas horas de trabalho, o máximo seriam 1260 horas (como dois anos – o limite máximo da medida concreta que esta pena admite – correspondem a 630 dias, multiplicado cada dia por duas horas, atingimos as 1260 horas, que seria o máximo de prestação de trabalho que poderia ocorrer).

Referências conclusivas

Aqui chegados, importa concluir que o processo de determinação da pena, em qualquer sistema jurídico, é das operações mais relevantes e complexas, apesar de não receber da doutrina a atenção que merecia. Tal pode ainda dever-se a uma ideia enraizada em alguns julgadores, segundo a qual, tal como na culinária, é necessária mão para cozinhar com qualidade, o que só se adquire com a experiência.

Estamos hoje longe desta concepção, defendendo-se sim, em Portugal e no Brasil, que o legislador estabeleça um conjunto de fases e procedimentos aptos a garantir operações lógicas e controláveis em sede de fundamentação. Assim, depois da subsunção a um ou mais tipos legais de crime, a moldura penal abstrata pode ainda ser alterada pela existência de circunstâncias modificativas, cuja noção é alvo de debate. Se essas circunstâncias forem todas em sentido atenuante ou agravante ou conhecerem os dois tipos, defendem-se neste artigo regras próprias para o efeito, no silêncio da lei.

A moldura penal concreta ou judicial, que tem de responder a exigências de culpa e de prevenção, nos termos do art. 71º, nº 1, é construída tendo por base teorias que entrecruzam estes dois aspetos, fazendo-o de um modo que importa consequências práticas não despidiendas. Fruto da norma jurídica, somente as teorias da “moldura da culpa” ou da “moldura da prevenção” são hoje aceitáveis.

Dentro dessa moldura construída pelo julgador, o *quantum* exato de pena determina-se, no essencial, por razões especiais-preventivas e pelos fatores de medida da pena, necessariamente exemplificativos, que são fortemente ambivalentes, relevando no sentido de agravar ou atenuar e por via da ilicitude, da culpa ou de ambas.

Podendo embora surgir logo numa primeira fase, nas hipóteses de multa alternativa, é sobretudo no fim deste processo que se coloca, dependendo da medida concreta da pena, a possibilidade de substituir ou não a sanção principal por uma outra cumprida na comunidade ou, excecionalmente, na própria residência do condenado, assim se obviando aos efeitos deletérios do meio prisional.

Do percurso trilhado é inevitável concluir, por fim, que o processo de determinação da pena exige sempre um diálogo entre o legislador e o aplicador, deixando-se fundamentação adequada nos autos, de tal forma que possamos concluir, como devemos, que se não está em face de um processo de pura discricionariedade, mas sim de um em que estes espaços existem, embora sempre vinculados, no que é, ao fim e ao cabo, o reflexo do que é humano no processo de concluir por um *quantum* exato de pena. A inteligência artificial e, muito antes disso, as *sentencing guidelines* que fazem o seu percurso no mundo anglo-saxónico, vêm baralhar os dados do problema, tornando-o ainda mais atual e pungente.

ABSTRACT: The determination of the specific measure of the principal, accessory, or substitute penalty results from a dialogical process between the legislator and the judge, with spaces for bound discretion typical of the human task of deciding. This paper analyzes its main phases, focusing on the most relevant problems that have specifically occupied the specialized literature on the subject.

KEYWORDS: Determination of the sentence. Abstract sentencing framework. Concrete sentencing framework. Concrete sentence and sentencing factors. Choice of sentence.

Referências

ARENAL, Concepción. *O visitador do preso*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2020.

BINDING, Karl. *Die normen und ihre übertretung*: Eine untersuchung über die rechtmäßige handlung und die arten des delikts. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1872.

DIAS, Figueiredo. *Direito penal português*: as consequências jurídicas do crime. reimp. Coimbra: Coimbra, 2005.

LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos*: um novo “paradigma” de justiça? Coimbra: Coimbra, 2008.

LEITE, André Lamas. A mediação penal de adultos em Portugal: a Síndrome de Lázaro? In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, LEX, n. 117, p. 126-153, 2024.

LEITE, André Lamas. A reincidência: reflexões em torno da noção de “circunstância modificativa” e propostas *de iure condendo*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022. p. 299-328.

LEITE, André Lamas. *As penas de substituição em perspetiva político-criminal e dogmática (Contributo para uma análise sistemática)*. Orientador: Manuel da Costa Andrade. 2015. 740 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal), Porto, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/127121855/As_penas_de_substitui%C3%A7%C3%A3o_em_perspectiva_pol%C3%ADtica_criminal_e_dogm%C3%A1tica_Contributo_para_uma_an%C3%A1lise_sistem%C3%A1tica. Acesso em: jul. 2025.

LEITE, André Lamas. Em direção a uma “teoria geral das penas de substituição”? In: *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 581-598, 2019.

LEITE, André Lamas. Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substrato da atenuação especial da pena. In: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 167-218.

LEITE, André Lamas. Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, III, p. 77-135, 2006.

LEITE, André Lamas. O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição. In: *Revista do CEJ*, n. 2, p. 115-141, 2018. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/119218/2/318988.pdf>. Acesso em: jul. 2025.

LEITE, André Lamas. O regime sancionatório criminal das pessoas coletivas e entes equiparados, em especial após a Lei nº 94/2021, de 22 de dezembro. *In: A Revista*, Supremo Tribunal de Justiça, 1, p. 101-131, 2022.

LEITE, André Lamas. Prevenção policial e inteligência artificial no “Direito Penal da (pós-)modernidade”. *In: Revista LEX de Criminologia & Vitimologia*, Porto Alegre, LEX, n. 8, p. 167-186, 2023.

LOOS, Fritz. Zur Kritik des “Alternativentwurfs Wiedergutmachung”. *In: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, p. 51-56, 1993.

PAPA FRANCISCO. *Quem sou eu para julgar?* Lisboa: Nascente, 2017.

PEREIRA, Duarte Pacheco *Esmeraldo de situ orbis*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1892.

QUINTANA, Mário. Da vez primeira em que me assassinaram. *In: QUINTANA, Mário. Melhores poemas*. São Paulo: Global Editora, 2023. (Seleção de Fausto Cunha).

Recebido em: 01.08.2025

Aprovado em: 15.08.2025