

José António Rodrigues da Cunha

A COLABORAÇÃO DO ARGUIDO COM A JUSTIÇA
A SUA RELEVÂNCIA NO ÂMBITO DA ESCOLHA E DETERMINAÇÃO DA
MEDIDA DA PENA

Dissertação de Mestrado em Direito
Especialização em Ciências Jurídico-Processuais
Orientação do Professor Doutor Manuel da Costa Andrade



Porto, Fevereiro de 2017

Nota prévia

As traduções efetuadas no presente trabalho são da autoria e responsabilidade do seu autor

RESUMO

A presente dissertação de mestrado trata da relevância da colaboração do arguido com a justiça no momento da escolha e da determinação da medida da pena.

Constituindo a declaração confessória e o arrependimento as duas formas de colaboração mais importantes, quer pelo seu interesse doutrinário, quer pelas suas implicações práticas, vamos dar-lhe o merecido destaque. Começaremos por fazer a sua definição, enquanto comportamentos positivos pós delito, abordaremos, depois, o seu relevo jurídico e, finalmente, entraremos na discussão de algumas questões que se têm suscitado na dogmática penal e na jurisprudência.

Porém, porque é ao nível das consequências jurídicas do crime que tais questões se colocam, iremos, previamente, definir a pena e explicar o seu processo de determinação, considerando os princípios a que deve obedecer e o fim ou os fins que deve prosseguir.

Finalmente, porque a colaboração do arguido, nas suas possíveis manifestações, é hoje indissociável do chamado *direito penal premial*, presente, de forma expressa ou pelo menos implícita, na generalidade dos sistemas penais modernos, concluiremos este trabalho fazendo uma rápida abordagem à atribuição de benefícios em troca da colaboração, quer em termos históricos, quer em termos de direito comparado, e entrando na apaixonada discussão doutrinária que o tema suscita (concretamente quando a colaboração do arguido determina a responsabilização de outros participantes), sopesando as suas inquestionáveis virtualidades, mas, também, as suas inegáveis fragilidades.

ABSTRACT

The present Master's essay concerns the particular importance of the defendant's cooperation in defining the terms for the sentence imposition.

Representing the confessional statement and repentance as the two major forms of cooperation, we'll give due emphasis to its scholar value and practical grounds. We will begin by its definition, as positive conduct after the offense. Then, we will tackle its legal importance and, finally, we will get in the debate of some issues raised by scholars and judges.

Since such issues have previously been raised in terms of criminal legal implications, we will define the criminal sentence, followed by the description of its judicial proceedings, having regard to the fundamental legal principles to which it should conform and the purposes it must pursue.

At last, given that the defendant's cooperation, in all its possible expressions, is at the present time explicitly or, at least, in an implied manner, of the so called *criminal law bonus*, present, explicitly or, at least, in an implied manner, on the whole of the modern legal systems, we will conclude this study by making a swift approach to the allocation of benefits gained from the defendant's cooperation. We will consider the benefits in terms of historical standards, comparative law, and by also, getting into the passionate debate posed by this subject (particularly when the defendant's cooperation determines the prosecution of fellow defendants), taking into account both its unquestionable virtues, and undeniable weaknesses.

INDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	4
INTRODUÇÃO	5
1. ENQUADRAMENTO GERAL	6
1.1. O conceito de pena.....	6
1.2. Espécies de penas.....	7
1.3. Os fins das penas.....	8
1.3.1. <i>As teorias da retribuição</i>	10
1.3.2. <i>As teorias preventivas</i>	13
1.3.3. <i>As teorias mistas</i>	15
2. O PROCESSO DE DETERMINAÇÃO DA PENA	18
2.1. Definição.....	18
2.1.1. <i>Determinação da moldura penal (ou medida abstrata da pena)</i>	19
2.1.2. <i>Determinação da medida concreta da pena (ou medida individual ou judicial da pena)</i> 22	
2.1.3. <i>Escolha da espécie ou do tipo de pena a aplicar</i>	25
2.2. Evolução histórica	26
2.3. A importância do processo de determinação concreta da pena.....	28
2.4. Os modelos de determinação da pena.....	29
2.5. Princípios estruturantes da determinação da pena	30
2.5.1. <i>O princípio da dignidade da pessoa humana</i>	31
2.5.2. <i>O princípio da legalidade penal</i>	32
2.5.3. <i>O princípio da culpa</i>	35
2.5.4. <i>O princípio da proporcionalidade</i>	36
2.5.5. <i>O princípio da igualdade penal</i>	38
2.5.6. <i>O princípio da necessidade ou utilidade da intervenção penal</i>	39
2.5.7. <i>O princípio da publicidade</i>	40
2.5.8. <i>O princípio da proibição de dupla valoração</i>	41
3. O COMPORTAMENTO (POSITIVO) POSTERIOR AO CRIME EM GERAL	42
3.1. Enquadramento da questão.....	42
3.1.1. A exteriorização e a utilidade enquanto requisitos do comportamento positivo posterior ao crime	43
3.1.1.1. <i>O requisito da exteriorização</i>	43

3.1.1.2.	<i>O requisito da utilidade</i>	44
3.2.	O comportamento positivo posterior ao crime enquanto circunstância ou fator extra-tipo	45
3.3.	O relevo jurídico do comportamento pós-delito positivo	47
3.3.1.	<i>Enquanto circunstância modificativa atenuante</i>	47
3.3.2.	<i>Enquanto fator da medida concreta da pena</i>	51
3.3.3.	<i>Enquanto pressuposto de dispensa e de exclusão da pena</i>	52
3.3.4.	<i>Enquanto pressuposto da escolha da pena</i>	54
4.	A CONFISSÃO E O ARREPENDIMENTO ENQUANTO FORMAS CONCRETAS DE COLABORAÇÃO PÓS DELITO	56
4.1.	Enquadramento geral	56
4.2.	A CONFISSÃO	57
4.2.1.	Definição geral.....	57
4.2.1.1.	<i>A confissão como meio de prova</i>	59
4.2.1.2.	<i>A confissão como manifestação da personalidade do arguido</i>	60
4.2.2.	Pressupostos de validade da confissão	60
4.2.3.	O chamado “direito à mentira”	63
4.2.4.	O relevo jurídico da confissão enquanto meio de prova	64
4.2.5.	Situações particulares	66
4.2.5.1.	<i>A confissão e o flagrante delito</i>	66
4.2.5.2.	<i>Confissão e suspensão da execução da pena no crime de tráfico de estupefacientes</i>	69
4.3.	O ARREPENDIMENTO	69
4.3.1.	Definição geral.....	69
4.3.1.1.	<i>Pressupostos do arrependimento</i>	73
4.3.2.	A relevância jurídica do arrependimento	76
4.3.3.	Situações particulares	77
4.3.3.1.	<i>O arrependimento nos crimes de tráfico de estupefacientes e infrações conexas</i> 77	
4.3.3.2.	<i>O arrependimento no regime especial para jovens</i>	77
5.	A COLABORAÇÃO PREMIADA	78
5.1.	O direito penal premial	78
5.1.1.	O direito premial como solução legal polémica	81
5.1.2.	Os excessos	83
5.2.	O direito premial em alguns países europeus	84

5.2.1. <i>Itália</i>	85
5.2.2. <i>Alemanha</i>	86
5.2.3. <i>Espanha</i>	87
6. CONCLUSÕES	88
BIBLIOGRAFIA	90

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão.

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça.

CC – Código Civil.

CJ – Coletânea de Jurisprudência.

CJ STJ – Coletânea de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça.

CJM – Código de Justiça Militar.

CPP – Código de Processo Penal.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

CRPC – Comissão de Revisão do Código Penal, que reuniu entre 9 de Janeiro de 1989 e 22 de Janeiro de 1991.

DL – Decreto-Lei.

ONU - Organização das Nações Unidas.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

TC – Tribunal Constitucional.

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra.

TRE – Tribunal da Relação de Évora.

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães.

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa.

TRP – Tribunal da Relação do Porto.

INTRODUÇÃO

A influência do Iluminismo e do pensamento liberal no direito penal e processual penal levou, a partir de finais do século XVIII, não apenas ao abandono de uma concepção estritamente retributiva da sanção criminal, própria da justiça senhorial e eclesiástica, mas, também, a uma nova forma de encarar a pessoa do arguido.

Inspirados nos princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada logo em 1789, e nos Códigos Penais Franceses de 1791 e 1810¹, os ordenamentos penais modernos, norteados pelo princípio estruturante do respeito pela dignidade da pessoa humana, deixaram, desde logo, de considerar o arguido como um mero objeto do procedimento e da investigação criminal (como sucedia no âmbito do processo de estrutura inquisitória do absolutismo), passando a reconhecê-lo como verdadeiro sujeito processual, dotado de efetivos direitos e garantias constitucionais.

Uma das consequências dessa valorização foi a possibilidade concedida ao arguido pela generalidade dos sistemas penais contemporâneos de, querendo, em função da sua maior ou menor colaboração com as autoridades judiciárias, participar ativamente na definição do seu próprio destino em termos sancionatórios, em particular no momento fulcral da escolha e da determinação concreta da pena subsequente à discussão da causa.

Nesse contexto, pelas suas implicações práticas e pelo indiscutível interesse científico que reveste no âmbito do estudo da doutrina das consequências jurídicas do crime, a colaboração do arguido com as autoridades judiciárias assume atualmente enorme importância.

A presente dissertação, analisando as suas significativas implicações, propõe-se, precisamente, realçar essa importância, enquadrando a questão na atribuição de vantagens e benefícios ao arguido, que podem ir até à isenção da pena, a troco da sua colaboração, quer se manifeste através da confissão, quer se manifeste através do arrependimento, as duas formas de colaboração pós-delito mais relevantes, seja em termos dogmáticos, seja em termos práticos.

¹ Conhecido por Código Napoleónico, que substituiu o Código dos Delitos e das Penas de 1795.

1. ENQUADRAMENTO GERAL

1.1. O conceito de pena

Pode definir-se «pena», que deriva do termo latim *poena*², como a sanção legalmente prevista na lei e imposta por um tribunal, em conformidade com um determinado conjunto de regras processuais, a um indivíduo que, com dolo ou negligência, praticou uma conduta tipificada como crime. Nesse sentido, constituindo necessariamente um castigo³, a pena não pode deixar de ser considerada, como sempre foi, aliás, desde os primórdios da humanidade, um mal imposto para garantir a ordem social⁴.

Por muito que se tenha tentado afastar essa sua conotação negativa, não se alcançou, e, seguramente, nunca se alcançará, tal objetivo. Com efeito, como recorda Hans-Heinrich Jescheck⁵, *até agora nenhum Estado conseguiu renunciar à pena enquanto causa consciente de um mal para garantir a ordem jurídica*. A título de exemplo, indica o *Código Criminal sueco de 1962, que regressou à pena após o Projeto de 1956 ter pretendido substituir essa expressão pelo vocábulo neutral de «consequência jurídica»*. Indica, também, a Lei Unificadora da URSS de 1958, que de forma expressa atribuiu à pena uma função repressiva, contrariamente ao que acontecia com o Código Penal da República Soviética Russa de 1926, *que apenas continha medidas de defesa social sem carácter de pena*. Conclui que *se observa um regresso desde a ideologia do tratamento para a pena, inclusivamente em países com uma política criminal particularmente avançada, designadamente a Suécia*.

² Que significa castigo, sofrimento, tormento, padecimento. LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, cap. I, p. 19, aponta a sua origem etimológica no termo grego “poiné”, ou “poiná” no dialeto dórico, de onde terá derivado o termo latino “poena”.

³ COBO DEL ROSAL, Manuel, e VIVES ANTON, Tomás Salvador, in *Derecho Penal, Parte General*, p. 616, qualificam efetivamente a pena como *um castigo que se traduz na privação de um bem jurídico por uma autoridade legalmente determinada a quem, na sequência do devido processo, aparece como responsável de uma infração do direito e por causa desta*.

⁴ Já assim era na definição de GROCIO, *De iure belli ac pacis, liber II, caput XX, De Poenis*: «Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis», in JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 9. Já assim era, também, na definição de LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, *loc. cit.*, cap. I, p. 20, que dizia não ser outra coisa que não um mal que alguém padece contra a sua vontade e por imposição de uma *potestad* superior. Assim continua a ser na atualidade (Cfr. QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Teoría de la Pena*, p. 15, anotando MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, Parte General*, p. 379, que constitui um mal não apenas para quem a sofre mas, também, para quem a impõe e para quem a faz cumprir. Como anota JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, § 8, 1., b), p. 57, *a pena tem sempre uma conotação negativa e é, por isso, caracterizada como um mal, ainda que em última instância deva beneficiar o condenado. O mal que a pena comporta consiste na intervenção voluntária na esfera jurídica do condenado (liberdade, património, tempo livre e prestígio social), pois a censura pública expressa-se, precisamente, na circunstância de a pena incidir sobre a situação jurídica do culpado. Negar que a pena tenha carácter de mal seria como negar o próprio conceito de pena*. Já para JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, embora aceitando que a pena se traduz efetivamente num mal, considera, no entanto, que deverá ser definida de forma positiva e não no sentido comum, isto é como *uma mostra da vigência da norma à custa do responsável. Daí surge um mal, mas a pena ainda não cumpriu o seu objetivo com esse efeito, o que sucederá apenas com a estabilização da norma violada*.

⁵ *Tratado de Derecho Penal*, § 8, 1., b), p. 57.

Constituindo, enquanto mal necessário, ou *indispensável* segundo Edmund Mezger⁶, uma forma de negação de direitos fundamentais, como sejam a liberdade e o património, a sanção penal, cuja relevância social é indiscutível, não poderia deixar de ter fundamento e enquadramento constitucional⁷.

Importa anotar que a pena não tem como objetivo a reparação do dano⁸, visando tão só sancionar uma conduta tipificada como ilícito criminal. Aliás, aquele pode nem sequer existir, como sucede, geralmente, em situações de mera tentativa. Eventuais danos sofridos em virtude da prática de um crime serão ressarcidos com base na lei civil, seja através da dedução do competente pedido de indemnização no processo penal respetivo, seja através da sua dedução em separado, nos casos excecionalmente contemplados na lei⁹.

1.2. Espécies de penas

As penas podem ser divididas em penas principais e em penas acessórias.

Na definição de Jorge de Figueiredo Dias¹⁰, *são penas principais as que, encontrando-se expressamente previstas para sancionamento dos tipos de crime, podem ser fixadas pelo juiz na sentença independentemente de quaisquer outras*. Por sua vez, são penas acessórias *aquelas cuja aplicação pressupõe a fixação na sentença de uma pena principal*. Por outras palavras, segundo Germano Marques da Silva, as primeiras são as que são diretamente aplicáveis e são as únicas que podem por si só constar das normas incriminadoras. Por sua vez, as segundas são aquelas que só podem ser aplicadas se for também aplicada uma pena principal, ou seja, conjuntamente com uma pena principal¹¹. A diferença entre umas e outras consiste, pois, como anota Claus Roxin¹², em que as primeiras *podem impor-se por si só*, enquanto as segundas *apenas podem impor-se juntamente com uma pena principal*. Socorrendo-nos do exemplo apresentado por este autor, quem tiver praticado um crime estradal nunca poderá ser castigado apenas com a sanção de inibição de conduzir se não for condenado simultaneamente com uma pena privativa da liberdade ou com uma pena de multa¹³. Estas são as penas principais. Aquela é a pena acessória.

⁶ *Derecho Penal, Parte General*, p. 379, que apresenta como evidência da indispensabilidade da pena a *experiência histórica*.

⁷ Entre nós, o art.º 30.º da Constituição da República cuida de o fazer, estabelecendo os seus limites.

⁸ JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 12.

⁹ Cfr. art.ºs 71.º e 72.º do CPP.

¹⁰ *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 89 e 90.

¹¹ *Direito Penal Português, Parte Geral III*, p. 77. Também FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições*, II, pp. 54 e 55.

¹² *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, § 1., I. 2, p. 41.

¹³ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 1., 2, pp. 41 e 42.

Considerando a distinção apresentada, o nosso sistema penal, à semelhança do alemão e da generalidade dos sistemas penais continentais, consagra somente como penas principais a pena de multa e a pena de prisão, previstas na Secção I, Capítulo II do Título III da Parte Geral do Código Penal¹⁴.

Quanto às penas acessórias, para além das reguladas no art.º 66.º e seguintes do Código Penal, outras se encontram previstas em legislação avulsa¹⁵.

No que diz respeito à suspensão da execução da pena, ao regime de prova, à admoestação e à prestação do trabalho a favor da comunidade, muito embora não possam deixar de ser consideradas *verdadeiras penas*¹⁶, não são, todavia, nem penas principais, nem aliás, penas acessórias. Integram, antes, como salienta Jorge de Figueiredo Dias¹⁷, *uma categoria nova de penas, denominadas penas de substituição, que, podendo substituir qualquer uma das penas principais concretamente determinadas, radicam, todavia, tanto histórica como teleologicamente no movimento politico-criminal de luta contra a aplicação de penas privativas da liberdade, nomeadamente de penas curtas de prisão.*

1.3. Os fins das penas

Difícilmente se pode compreender corretamente o procedimento de determinação da pena, em particular a sua individualização, sem ter em consideração os respetivos fins, que esclarecem como cumpre a sua função de tutela jurídica. Não poderia ser de outra forma, na medida em que, como lembra Hans-Heinrich Jescheck¹⁸, o processo de individualização da pena se decompõe, precisamente, na determinação dos respetivos fins, na constatação dos factos relativos à individualização e na discussão sobre as considerações respeitantes a essa mesma individualização. A determinação dos fins da pena constitui, aliás, recorda o referido autor, o ponto de partida daquela individualização, dado que apenas partindo de fins claramente definidos se poderá aferir da importância de determinados factos para a concreta individualização da pena¹⁹, tanto

¹⁴ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 1., 2, pp. 41 e 42. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral III*, p. 77.

¹⁵ Sobre as penas acessórias existentes no sistema penal português (no Código Penal e em diplomas avulsos), cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 163.

¹⁶ *Dotadas, como tal, de um conteúdo autónomo de censura medido à luz dos critérios gerais de determinação da pena*, previstos no art.º 72.º, do Código Penal, como salienta DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 90.

¹⁷ *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 91.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 82, III., p. 790.

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 82, III., 1., p. 790. Idem SANTOS, Manuel Simas, RIBEIRO, Marcelo Correia, *Medida Concreta da Pena*, p. 34, 3.3.2., anotando que na primeira fase da determinação da pena *escolhem-se os fins das penas, pois só a partir deles se podem ajuizar os factos do caso concreto relevantes para a determinação da pena e a valoração que lhes deve ser dada*. A Jurisprudência do STJ vai nesse mesmo sentido. O Ac. STJ de 15.05.2013 (proc. 154/12.3JDLSB.L1.S1), in www.dgsi.pt, refere expressamente que *o ponto de partida da individualização penal é a determinação dos fins das penas pois que só arrancando*

mais, recorda ainda, *que os elementos fáticos da individualização penal poderão ter diferente significado em função do fim da pena a que se refiram*²⁰. Desde logo, como salienta Eduardo Correia²¹, porque, *conforme se atribua às penas um sentido retributivo, preventivo geral ou preventivo especial, diferentes parece que haverão de ser os critérios decisivos de determinação concreta da pena*. O estudo do fim das penas, ou seja o seu sentido, é, pois, essencial nesse contexto²².

Não deve, porém, confundir-se a questão do sentido da pena, onde se trata do fim que o ato punitivo possa e deva ter para o arguido e para a sociedade, com a questão relativa à sua justificação e natureza²³.

A justificação da pena reside na sua própria necessidade. Em primeiro lugar porque se trata de um meio imprescindível para garantir a convivência, nem sempre pacífica, das pessoas em sociedade. Constitui, pois, um instrumento legal destinado a garantir a paz social, impedindo a violação de regras reputadas como essenciais e satisfazendo as exigências de justiça da comunidade²⁴. Em segundo lugar, porque permite ao agente libertar-se da culpa através da expiação em que se traduz o cumprimento da pena²⁵.

Quanto à natureza da pena, já vimos que se trata de um mal que recai sobre o agente. Seria mera utopia dizer que assim não é. Com efeito, a sanção penal constituiu, como anota Manuel Cavaleiro de Ferreira²⁶, *uma reação jurídica ao crime, e como tal, repressão*. Todavia, embora na *sua natureza seja retribuição ou repressão*, esclarece,

de fins claramente definidos é possível determinar os factos que relevam na respectiva ponderação. O mesmo faz o Ac. STJ de 15.02.2012 (proc. 85/09.4PPST.L1.S1), também in www.dgsi.pt.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 82, III, 2., p. 792.

²¹ *Direito Criminal II*, § 18.º, 57, p. 317.

²² O que igualmente é recordado por RODRIGUES, Anabela Miranda, in *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 579, nota de rodapé. Com efeito, parafrazeando BRUNS, diz que *existe uma ligação entre os fins das penas e os fatores da medida da pena*, salientando que *a relevância dos fatores da medida da pena deve ser valorada a partir dos diferentes fins das penas*. Sobre a importância dos fins das penas para a individualização da sanção penal, ver também CRESPI, Alberto, ZUCALÁ, Giuseppe e STELLA, Frederico, in *Commentario Breve al Codice Penale*, p. 87. O legislador português tomou, aliás, posição expressa quanto às finalidades da pena no art.º 40.º do CP, seguramente para orientar o julgador na aplicação da sanção, como refere PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa*, p. 23, nota (3). Seguindo esta autora, *loc. cit.*, p. 31, efetivamente a partir de 1995 o legislador penal avocou para si a definição dessas finalidades, não mais as delegando na doutrina e na jurisprudência, o que, aliás, não faria sentido atento o princípio da legalidade a que se encontra vinculado todo o processo de aplicação da pena.

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, II., p. 57.

²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, I., 2., a), p. 56, salienta que *a convivência pacífica das pessoas resultaria impossível se o Estado se limitasse à mera prevenção dos delitos do futuro imediato e pretendesse que a vítima e a coletividade se conformassem com o delito já cometido, aceitando viver com o seu autor como se não tivesse praticado a infração*. Inevitavelmente, iria voltar-se à pena privada.

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, I., 2., a), pp. 56 e 57, enquadra a possibilidade de expiação, enquanto prestação moral autónoma, como justificação ético-individual da pena, sustentando tratar-se de tarefa legítima do Estado.

²⁶ Cfr. *Lições de Direito Penal*, p. 45. Vai até mais longe Manuel Cavaleiro de Ferreira, dizendo, *loc. cit.*, p. 46, sem afastar os fins de prevenção, quer geral, quer especial, que *realiza naturalmente, a pena é repressão porque, originada no crime, e dirige não somente para o futuro – «ne peccetur» –, mas para o passado – «quia peccatum»*.

que a pena não é, porém, *um mal em si mesmo que deve seguir-se ao mal cometido e a ele se equiparar*²⁷.

Voltando ao tema dos fins das penas, que tem alimentado uma acesa e apaixonada discussão no seio da dogmática penal, são três as teorias em confronto: as teorias da retribuição, as teorias preventivas e as teorias mistas.

1.3.1. As teorias da retribuição

Para as teorias da retribuição, da expiação²⁸ ou absolutas, como, igualmente, são conhecidas, a pena tem como único e exclusivo fim a imposição de um mal através do qual, merecidamente, *se retribui, equilibra e expia a culpa do autor pelo facto cometido*²⁹.

Aí se esgota a sua finalidade, não tendo qualquer outro objetivo, designadamente de natureza social.

Esta ideia da pena como *retribuição compensatória*³⁰, que existe desde a antiguidade³¹ e tem na sua base o milenar princípio do Talião («olho por olho, dente por dente»), mostra-se amplamente justificada em termos filosóficos pelo idealismo alemão, em particular por Immanuel Kant (1724-1804) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), as suas figuras mais representativas e com grande influência histórica.

Como refere Claus Roxin³², o primeiro *procurou na «Metafísica dos Costumes» (1798) fundamentar as ideias de retribuição e justiça como leis inviolavelmente válidas e fazê-las prevalecer contra todas as interpretações utilitaristas.*

Considerando a lei penal um «imperativo categórico», isto é, *um mandato da justiça, livre de qualquer consideração final*³³, Kant defende que a pena terá de ser sempre aplicada, ainda que o Estado e a sociedade já não existam. Recusando expressamente qualquer perspectiva preventiva da pena³⁴, chega ao ponto de sustentar que, mesmo em caso de dissolução do Estado e da sociedade, *deveria ser previamente*

²⁷ Concretiza o referido autor, *loc. cit.*, p. 46, que *a justiça não exige (...) a retribuição do mal causado com mal quantitativamente igual, nem mesmo, verdadeiramente, a retribuição do mal com outro mal, até mesmo decididamente se lhe opõe.*

²⁸ JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 25, embora sem deixar de enquadrar a teoria da expiação dentro das teorias absolutas, autonomiza-a como sub-categoria à semelhança do que faz, também, relativamente às teorias retributivas.

²⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, § 3., 2, pp. 81 e 82. Idem JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, III., 1., p. 61.

³⁰ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 2, p. 82.

³¹ Como anota MEZGER, Edmund, *loc. cit.*, p. 381, em Platão a pena aparece como purificação da alma manchada pelo delito, isto é, de forma «absoluta». Por sua vez, Aristóteles estrutura a sua teoria tendo por base o conceito de justiça compensatória e distributiva, embora sem refutar o reconhecimento dos fins práticos da pena.

³² ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 3, p. 82.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, III., 1., p. 61.

³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, III., 1., p. 61; MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, p. 26.

*executado o último assassino que se encontre preso, para que cada qual sofra o que os seus atos merecem e a culpa do sangue não pese sobre o povo que não exigiu esse castigo*³⁵.

Por sua vez, Hegel, baseando-se na dialética, estruturou a sua teoria penal concebendo o delito como a «negação do direito», isto é como algo negativo³⁶, e a pena como a «negação dessa negação», ou seja, como «anulação do delito»³⁷.

Por outras palavras, representando o ordenamento jurídico a «vontade geral» e a infração jurídica a «vontade particular» do delincente, esta é negada através da pena, ficando anulada pela superioridade moral da comunidade³⁸.

Materialmente, e muito embora as bases comuns, sustenta Claus Roxin que Hegel se distingue de Kant sobretudo por substituir o princípio do Talião, praticamente irrealizável, pela ideia da equivalência do delito e da pena. De todo o modo, concluindo como aquele autor, *Hegel está totalmente de acordo com Kant ao não reconhecer também metas preventivas como intimidação e correção como fins da pena*³⁹.

Apesar da sua inegável influência, as teorias da retribuição mostram-se hoje ultrapassadas, não sendo, pelo menos na sua pureza e consideradas isoladamente, sustentáveis em termos científicos, como refere Claus Roxin⁴⁰.

Com efeito, tendo o direito penal como missão a proteção subsidiária dos bens jurídicos⁴¹, não pode, desde logo, servir-se de uma pena destituída de finalidades sociais, o que, aliás, esbarraria com princípios estruturantes do Estado de Direito.

Por outro lado, para além da referida contradição, são evidentes as suas consequências negativas do ponto de vista da política social, na medida em que a execução da pena estritamente retributiva, para além de não trazer qualquer mais-valia em termos de socialização, também não constitui *um meio adequado de luta contra a delinquência*.

Finalmente, elevando a vingança a fundamento e fim único da pena, visto assentar na ideia da retribuição de um mal com outro mal, as teorias retributivas parecem, à primeira vista, esbarrar com o princípio da culpa, sobre o qual se encontra

³⁵ Citado por ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 3, pp. 82 e 83. Também JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 21.

³⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 23.

³⁷ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 4, p. 83.

³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, III, 2., p. 61.

³⁹ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 4, p. 83.

⁴⁰ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 8, p. 84. Segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, devem, aliás, ser rejeitadas liminarmente, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 72 e 73. No mesmo sentido se pronuncia RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, pp. 152 a 235, salientando, por exemplo, a falta de racionalidade das teorias retributivas e a sua impraticabilidade em sede de determinação da medida da pena (pp. 207 e 208).

⁴¹ Cfr. art.º 40.º, n.º 1, do Código Penal Português.

edificado o direito penal moderno e, conseqüentemente, os modelos de determinação da pena. É que, como recorda Claus Roxin⁴², toda a pena pressupõe a culpa do sujeito quando cometeu o crime no passado e esta constituiu a base da medida da pena.

Porém, assim não é⁴³. Como acaba por afirmar o mesmo autor, *a legislação deixa espaço ao princípio da retribuição*⁴⁴, aliás nunca inteiramente abandonado pela doutrina penal⁴⁵. Com efeito, a circunstância de a culpa ser a base para a determinação da pena, como resulta entre nós do n.º 1 do art.º 71.º do Código Penal, se não deve interpretar-se necessariamente no sentido da teoria da retribuição, tão pouco exclui uma interpretação nesse sentido.

Em todo o caso, a ideia da pena como retribuição, apesar da evolução conceptual registada a partir do iluminismo⁴⁶, continua socialmente enraizada, em parte fruto da influência religiosa⁴⁷, na medida em que perante os delitos mais graves a reação social, pelo menos num primeiro momento, é tendencialmente no sentido de exigir que o seu autor seja castigado. Por essa razão alguns sistemas penais, como o espanhol, por exemplo, até têm evoluído no sentido de elevar as finalidades retributivas a uma posição privilegiada face aos fins preventivos, em particular os especiais, como anota Mirentxu Corcoy Bidasolo⁴⁸. É que, importa não esquecer, embora seja inequívoco que as teorias absolutas não são, na sua conceção clássica, conciliáveis com alguns dos princípios estruturantes do moderno direito penal, nem todas as ideias retributivas podem ser descartadas. Algumas mantêm-se perfeitamente atuais, tendo sido, aliás, acolhidas no seio das teorias mistas. Desde logo, e a título meramente exemplificativo, ressalta a

⁴² *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, § 1., 3, p. 42.

⁴³ Pelo contrário, o princípio da culpa tem a sua origem nas teorias absolutas, devendo hoje a retribuição ser interpretada não no seu sentido clássico, de todo ultrapassado por carência de base racional, mas sim no sentido moderno de que a pena deve ser proporcional à culpa, que constitui o seu limite. Por ser assim, como sustenta MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, p. 541, *é imposto ao juiz averiguar a medida da culpa base da pena retributiva – que a diferencia do simples talão – de modo a apresentar o ato como obra própria do autor pela qual deve responder com uma pena ajustada à sua culpa.*

⁴⁴ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 6, pp. 83 e 84.

⁴⁵ Por exemplo, MEZGER, Edmund, *loc. cit.*, pp. 379 e 380, já dobrada a metade do século XX, continuando a encarar a pena, enquanto *“negação da negação do direito”* (HEGEL), e embora considerando a prevenção geral e especial também fins justificados da pena, entende que *sem uma justa retribuição do mal cometido numa comunidade ordenada, a própria comunidade e o seu ordenamento jurídico se desmoronam*. Considera, por isso, que a pena em sentido estrito apenas pode ser retributiva. *Tal exigência rege «absolutamente» e a ele devem submeter-se «em termos de direito» todas as demais exigências. «A pena não deve deixar de ser uma expiação justa; de contrário, não seria fiel ao que é a sua verdadeira essência e não seria idónea para a realização das suas funções».*

⁴⁶ Recorda CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, p. 84, que foi Cesare Beccaria, o mais legítimo representante do Iluminismo Judiciário, que encabeçou a reação contra as concepções retributivas da pena, partindo do *«contrato social» como fundamento do direito de punir*.

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, III, 3., p. 62, recorda como em 1953, no 6.º Congresso Internacional de Direito Penal realizado em Roma, o Papa Pio XII, referia: *Mais le Juge Supreme, dans son jugement final, applique uniquement le principe de la rétribution. Celui-ci doit donc certes posséder une valeur qui n'est pas négligeable*. Presentemente, a retribuição secularizou-se, não sendo hoje entendida no sentido originário e absoluto das teorias penais clássicas, apesar de a pena continuar a ser encarada como um mal. Como anota VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, pp. 212 e 213, *converteu-se num princípio proporcional no sentido de que o delito cometido é causa e medida da pena, que constitui a resposta ao delito («quia peccatum est») e deve adaptar-se ao grau da ilicitude e da culpa, isto é, adequar-se à sua natureza e gravidade (princípio da culpa).*

⁴⁸ *Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003*, p. 249. No mesmo sentido CORDOBA RODA, Juan, em nota 3*, p. 537, do *Tratado de Derecho Penal* por Reinart Maurach.

ideia hegeliana de que a pena, sendo absoluta em termos conceptuais, na sua concreta configuração é relativa ao concreto estado em que se encontra a sociedade⁴⁹, o que explica, em parte, a recente introdução de inovadores mecanismos de natureza premial na legislação penal de diversos países, entre os quais a portuguesa.

1.3.2. As teorias preventivas

Para as teorias preventivas, igualmente conhecidas como relativas, a pena não constitui um fim em si mesma. É assumida como meio de prevenção necessário para a proteção da sociedade através da dissuasão da prática de crimes⁵⁰. Sendo esse o seu objetivo, a pena olha necessariamente para o futuro, não se centrando no passado, como sucede com as teorias retributivas.

Embora remontem aos inícios da história do direito e à antiguidade⁵¹, as teorias relativas, nos termos em que hoje são conhecidas, assentam nos fundamentos ideológicos do iluminismo, na crença de que todo o comportamento humano tem uma *explicação científico-causal*, na ideia de que as pessoas podem ser educadas através de uma *adequada atuação pedagógico-social e na recusa de qualquer interpretação metafísica dos problemas da vida social. São, pois, razões humanitárias, sociais, racionais e utilitárias que convergem nas teorias relativas da pena*⁵².

As teorias preventivas subdividem-se em teorias da prevenção geral e em teorias da prevenção especial⁵³.

As primeiras, cujo principal representante foi Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833)⁵⁴, encaram a pena como instrumento de intimidação da generalidade dos cidadãos de modo afastá-los da prática de crimes. A finalidade da pena reside, assim, na ameaça, concretizada através da sua execução, sem a qual, aliás,

⁴⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 23.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, p. 39, evidencia que quer a prevenção geral, quer a prevenção especial, prosseguem o mesmo objectivo: *evitar delitos como forma de proteger a sociedade*.

⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, IV., 1., p. 63, refere que o “sed ne peccetur” de Hugo Grotius remonta à seguinte frase que Platão coloca na boca de Protágoras: *Quem aspira a castigar de modo razoável não deve fazê-lo pelo injusto já realizado..., mas antes em atenção ao futuro, para que mais à frente nem o mesmo delinquentes volte a cometê-lo, nem os demais, que veem como é castigado*. Também referindo-se a Platão, Seneca, afirmava: *Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...* (Pois, como diz Platão: nenhum homem prudente pune porque se pecou mas antes para que não se volte a pecar...). Cfr. ainda ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 11, p. 85, e MEZGER, Edmund, *loc. cit.*, p. 381.

⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, IV., p. 62.

⁵³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, § 3.º, 10, II, p. 41, contrapondo-as às teorias retributivas, sintetiza as duas de forma irrepreensível num único parágrafo: *Para outros, a aplicação da sanção ou a sua ameaça são simplesmente um modo de prevenir as violações futuras (teorias utilitárias) – e isto quer na medida em que a ameaça ou a execução desse mal agem sobre a generalidade das pessoas, intimidando-as e desviando-as da prática do crime («prevenção geral»); quer na medida em que atuam sobre o agente num sentido segregador – afastando-o ou eliminando-o da sociedade –, reeducativo ou corretivo – adaptando-o à vida social – ou intimidativo – dando-lhe consciência da seriedade da ameaça penal («prevenção especial»).*

⁵⁴ Colocando-a no centro do sistema, como refere JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, IV., 2., p. 63.

perderia toda efetividade. Em suma, a pena traduz-se numa “coação psicológica”⁵⁵ exercida sobre todos os cidadãos de modo a dissuadi-los ou fazê-los desistir⁵⁶ de praticar crimes no futuro⁵⁷.

Por sua vez, as teorias da prevenção especial já não se centram nos cidadãos em geral, enquanto potenciais autores de ilícitos penais, mas antes no delinquente em particular⁵⁸. Veem, pois, a pena como meio para evitar que este volte a delinquir, seja através da sua correção ou intimidação, seja através do seu afastamento da sociedade.

O principal representante da prevenção especial como fim da pena foi Franz von Liszt (1851-1919)⁵⁹, para quem o delinquente constitui o objeto central do direito penal e a pena o instrumento da sua intimidação e correção. As linhas fundamentais do seu pensamento são sintetizadas por Hans-Heinrich Jescheck através das seguintes transcrições de frases suas⁶⁰: «*A pena correta, ou seja, a pena justa é a pena necessária. Justiça no Direito penal é o respeito à medida da pena conforme as exigências da ideia do fim*». Considerando o referido, a missão da pena consiste em sacudir, através de «*uma advertência (“Denkzettel”), ao delinquente ocasional, que não necessita de correção, para o dissuadir da prática de novos delitos, em ressocializar com a educação durante a execução da pena o delinquente susceptível de correção, e em inocuizar por tempo indeterminado, através da “servidão penal” (“Strafknechtschaft”), o delinquente penal incorrigível*».

Em suma, como escreve Javier de Vicente Remesal⁶¹, *a ideia de prevenção especial em von Liszt emana da consideração dos efeitos da pena sobre o sujeito, efeitos esses que consistem, por um lado, na adaptação ou acomodação do sujeito à sociedade, o que pode ser alcançado por duas vias: ou através da correção, isto é,*

⁵⁵ Daí que a doutrina de Feuerbach assente na teoria psicológica da coação, como recorda ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3, 22, pp. 89 e 90. Recorrendo à citação feita por este autor do § 13 do manual de Feuerbach, podemos sintetizar a referida teoria da seguinte forma: tendo todas as infrações como fundamento psicológico o prazer que o delinquente retira da prática do crime, o impulso para cometer a infração pode suprimir-se se ele souber, com toda a certeza, que os seus atos serão seguidos de um mal inevitável, bem maior que a frustração decorrente da não satisfação daquele impulso. Em suma, recorrendo, também, às citações de Feuerbach feitas por JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, IV., 3., pp. 63 e 64, (...) *se se quer evitar verdadeiramente as infrações jurídicas, junto à coação física deve haver outra que se adiante à vulneração (...) Uma coação assim apenas pode ser psicológica.*

⁵⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 26.

⁵⁷ A isso se reconduz a prevenção geral negativa ou da intimidação, alicerçada precisamente na perspectiva dogmática de Feuerbach e que já muito antes havia sido defendida por Cesare Beccaria no seu tratado *Dos delitos e das penas* (1764). A pena tem um objetivo intimidatório. A ameaça do castigo que comporta destina-se a assustar a comunidade em geral, inibindo os seus membros de delinquir. Esse objetivo é alcançado de duas formas: em primeira linha, através da ameaça da sanção e, em segunda linha, através da sua execução, caso a primeira não tenha logrado alcançar o seu objetivo. Não se confunde, pois, com a prevenção geral positiva ou da integração. Esta tem na sua base não a intimidação que constitui a pena, mas antes a ideia de que o reforço da confiança da comunidade no ordenamento jurídico evita a prática de crimes. Esse objetivo é conseguido através da garantia de que haverá reação à violação da ordem jurídica, o que, igualmente, constitui um elemento pacificador da comunidade.

⁵⁸ Como refere ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 511, a prevenção especial luta contra o delito mediante a actuação sobre o delinquente para que não volte a delinquir, seja através da *advertência ou intimidação individual*, seja através da *reeducação*, seja através da *inocuização*.

⁵⁹ MEZGER, Edmund, *loc. cit.*, p. 382, indica, também, *Grolman, amigo pessoal e simultaneamente opositor de Feuerbach*, e Stübel.

⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 8, IV., 3., p. 64.

⁶¹ *El comportamiento postdelictivo*, p. 371.

mediante o que hoje conhecemos com o nome de ressocialização, ou através da intimidação preventiva especial, isto é, a intimidação orientada para o autor em concreto.

Importa anotar que a concepção de prevenção especial de von Liszt evoluiu até ao presente, sobretudo em virtude da humanização do direito penal e da sua influência na forma de encarar a pena e a respectiva execução. A este propósito, observa Javier de Vicente Remesal⁶² que face à defesa da sociedade, ideia predominante em von Liszt, passou a assumir peso crescente e predominante a ideia da ressocialização, com o consequente retrocesso da intimidação e da inocuização⁶³.

Apesar das suas virtualidades, nenhuma das teorias da prevenção se mostra, por si só, satisfatória, apresentando qualquer uma delas fragilidades a nível teórico e prático⁶⁴. A principal será, seguramente, a circunstância de não preverem nenhum mecanismo que permita limitar a duração da pena⁶⁵, o que não se coaduna com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nem com o princípio da culpa.

1.3.3. As teorias mistas

As teorias mistas, também conhecidas como ecléticas ou da união, constituem uma solução de compromisso entre as teorias retributivas e as teorias preventivas, que isoladamente não lograram dar resposta às atuais exigências do direito penal, sendo, pois, insatisfatórias, quer em termos dogmáticos, quer em termos práticos.

Apesar da inconciliável circunstância de as primeiras apenas olharem para o passado (o delito cometido), cujo autor importa castigar a todo o custo⁶⁶, e de as segundas se limitarem a olhar para o futuro (procurando evitar a prática de novos crimes), as teorias mistas tiveram o mérito de ultrapassar a visão unilateral de cada uma delas, o que, por si só, assume enorme relevância.

⁶² *Loc. cit.*, p. 374.

⁶³ O que se mostra mais de acordo com os princípios do Estado de Direito. Com efeito, como escreve MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, p. 31, um direito penal democrático deve prevenir não apenas com o medo do castigo, mas colocando, também, a pena ao serviço do sentimento jurídico do povo. Dois são, pois, os «aspectos» que deve adotar a prevenção geral num Estado Democrático de Direito: junto ao aspeto da prevenção «intimidatória» (também chamada prevenção geral «especial» ou «negativa»), deve funcionar uma prevenção «geral estabilizadora» ou de «integração» (também denominada prevenção «geral ou positiva».

⁶⁴ Por exemplo, JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 30, sustenta, quanto à prevenção especial, que esta apenas funciona se acompanhada de efeitos secundários de natureza preventivo-geral. Por outro lado, aponta-lhe ainda um outro reparo (p. 31): a vulneração do princípio do facto. Com efeito, refere ser impossível, salvo quanto aos delinquentes ocasionais, desmotivar o agente da prática de crimes como os que já cometeu apenas com a punição, deixando-o sem tratamento. Acrescenta que o facto é, desde logo, uma má ocasião para a prevenção especial, porque – de novo com exceção dos autores ocasionais – comete-se ou descobre-se num momento em que o desvio já não é reversível.

⁶⁵ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 31, p. 93.

⁶⁶ *Necessidade ético-jurídica de não deixar sem resposta, sem «retribuição», a infração da ordem jurídica*, segundo as palavras de MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, p. 40.

Por essa razão, assentando na ideia nuclear de que a pena é um fenómeno complexo e procurando recolher o melhor de cada uma delas, consideram a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral como fins simultâneos da pena⁶⁷.

Embora existam diferenças entre as duas principais formulações em que se dividem as teorias mistas, toda elas têm como objetivo comum assegurar a proteção da sociedade⁶⁸.

Uma dessas formulações, apontada como sendo a mais conservadora, considera a retribuição da culpa como o fim fundamental da pena e somente, por via excepcional e dentro daquele marco retributivo, admite os seus fins preventivos⁶⁹. Salienta Claus Roxin⁷⁰ que mais não é do que uma mera modificação da teoria da retribuição, de cujas críticas e objeções não se libertou.

Tendo em vista ultrapassar essas críticas e objeções, nasceu no seio das teorias mistas uma nova formulação que, desta vez, coloca a retribuição, a prevenção especial e

⁶⁷ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 32, p. 93. JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, pp. 34 e 35, referindo que as teorias mistas ou da união constituem uma *combinação* das teorias retributivas e das teorias preventivas, anota que combinar não significa *suprir a deficiência de uma teoria, que impede a sua aplicação prática, por outra*. Nesse caso, *a teoria defeituosa não é apta em absoluto*. Anota, igualmente, que combinar também não significa *que se acumulem as várias teorias, já que a acumulação, no âmbito de fins divergentes dos modelos combinados, conduz à indeterminabilidade da pena*.

⁶⁸ Tais diferenças decorrem da forma como é feito o equilíbrio entre os fins das penas, isto é o diferente peso atribuído a cada um deles.

⁶⁹ Nesse sentido, MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, pp. 536 a 539, anotando que *a medição da pena é a realização da justa retribuição no caso particular. Dentro das fronteiras traçadas pela retribuição, devem prosseguir-se aqueles fins preventivos que no caso concreto podem e devem ser alcançados*. Em suma, acrescenta, *a pena deve ser medida de tal modo que represente uma «expiatória compensação» do facto culposo cometido pelo autor*, constituindo a pena assim fixada pelo tribunal *uma justa retribuição desde que se mantenha entre o mínimo e o máximo da culpa (...)*. Quanto ao funcionamento dos fins preventivos, que não rejeita, o autor entende que não devem funcionar ao nível da retribuição mas dentro dela, sendo que *uma pena rigorosamente fixada em conformidade com o princípio da proporção da culpa, conterà um máximo de propriedades preventivas*. No mesmo sentido de que o primeiro objetivo da determinação da pena deve ser a expiação e a compensação, o referido autor indica Welzel, H. Mayer, Jagusch, Koffka, Edmund Mezger e aponta Dreher e Heinitz como recomendando uma expiação particularmente «ativa». MEZGER, Edmund, *loc. cit.*, p. 384, é, de facto, claro nesse sentido, quando, para efeitos de individualização judicial da sanção penal, considerando a imposição de um *mal proporcionado ao facto cometido a essência da pena*, eleva a retribuição a critério principal e relega os fins preventivos destinados somente a cumprir as funções acessórias da pena. Essa pareceria, à primeira vista, ser também a formulação defendida por MARTINS, António Lourenço, *Medida da pena – Finalidades – Escolha*, pp. 490 a 492. Não será, porém, assim. Com efeito, fazendo uma estreita e *inseparável ligação* entre a retribuição e a culpa, dado que o agente foi *contra o direito, podendo não o fazer*, e acolhendo um *conceito de retribuição que, no seu sentido moderno, será assim o de reprovabilidade pelo facto criminoso e de «merecimento» da pena, num quadro de proporcionalidade e responsabilidade*, limita-se, apenas, a reforçar a ideia de que a retribuição assume um *papel de primeira importância*, sem nunca relegar as finalidades preventivas para uma intervenção meramente excepcional. Também JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, p. 791, advoga que na individualização da pena funciona em primeira linha a *função compensatória da pena*. Todavia, é claro no sentido de que a *prevenção especial* se situa ao mesmo nível da *retribuição justa*, de modo a garantir que a pena seja medida também de forma a contribuir para a reinserção social do arguido e não o prejudique na sua posição social para além do indispensável. Diferente é a posição de PINTO, Inês Horta, *loc. cit.*, p. 31, segundo a qual, baseando-se na redação do art.º 40.º do CP, introduzida através da reforma de 1995, *as penas não se fundam em exigências de retribuição ou de expiação do mal causado*, prosseguindo antes *finalidades de prevenção do crime*. Quanto a esta questão, a jurisprudência mostra-se dividida. Por exemplo, no Ac. STJ de 20.10.2010 (proc. 651/09.8PBFAR.E1.S1), in www.dgsi.pt, decidiu-se que a pena é *determinada em função de razões de prevenção, geral e de socialização, cabendo à culpa o papel, não de seu fundamento, por razões retributivas, mas antes o de seu limite inultrapassável, moderador de eventuais excessos preventivos atentatórios da dignidade humana do arguido. O modelo é, assim, um modelo de prevenção (e não de retribuição), razão por que os critérios da determinação da medida concreta da pena do art. 71.º terão de ser interpretados nessa perspectiva*. Socorre-se o referido aresto no programa político criminal sobre os fins das penas do art.º 40.º do Código Penal (*a aplicação de uma pena visa primordialmente a protecção de bens jurídicos e, na medida do possível, a reinserção do agente na sociedade*). No mesmo sentido decidiu, também, o Ac. STJ de 25.11.2009 (proc. 220/02.3GCSJM.P1.S1) in www.dgsi.pt, que é taxativo ao afirmar que *com a alteração ao CP operada pelo DL 48/95, de 15-03, a pena passou a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a culpa um papel meramente limitador da pena, tendo-se também proclamado a necessidade, proporcionalidade e adequação como princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental, introduzindo a inovação, com feição pragmática e utilitária, constante do art. 40.º*.

⁷⁰ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 32, p. 94.

a prevenção geral ao mesmo nível, partindo do princípio que nenhuma delas se sobrepõe às demais.

Na sua base encontra-se a ideia de que a pena cumpre mais que uma função e, conseqüentemente, também mais que um único e exclusivo fim.

Os fins cometidos à pena fazem-se sentir, de forma diferente, ao longo das várias fases da aplicação do direito. Assim, na fase da cominação legal, porque a criação da norma é anterior à prática do crime, a prevenção geral (negativa) constitui o fim exclusivo da pena, pois esta traduz-se numa ameaça dirigida à generalidade dos membros da comunidade para não praticarem a conduta tipificada como crime. Porém, se a ameaça contida na norma não surtir efeito e alguém a violar, praticando o crime, entra-se na fase de aplicação da pena, onde são considerados quer o fim retributivo da pena, quer, também, o seu fim preventivo (prevenção geral positiva e, também, prevenção especial).

Por último, na fase da execução da pena, em particular se for privativa da liberdade, prevalece a prevenção especial. Com efeito, encontrando-se o arguido preso, deve receber na prisão a necessária educação ressocializadora para regressar à comunidade e não voltar a delinquir.

Claus Roxin, defensor de uma terceira via no âmbito das teorias mistas, aponta ao funcionamento diferenciado dos fins das penas nas várias fases da sua determinação, entre outras objeções, a dificuldade de compaginar do ponto de vista teleológico uma «distribuição» da culpa e da prevenção naquelas. Argumenta que *se a determinação da pena se rege pelos seus fins, não existe nenhum critério valorativo evidente que possa justificar que tais fins se determinem de modo completamente distinto*, em função de a decisão dizer respeito à escolha da sanção ou à sua individualização, dado tratar-se sempre da determinação da pena⁷¹.

Aponta-lhes também como crítica o facto de considerarem a retribuição como fim da sanção penal, o que, na sua perspetiva, não é defensável. Considera que apenas a prevenção especial e a prevenção geral são de atender, devendo funcionar em simultâneo e de forma equilibrada⁷².

⁷¹ *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, p. 125.

⁷² Refere que quando ambos fins entrem em contradição, o que é possível acontecer quando cada um deles exija uma medida da pena diferente, o fim preventivo especial de ressocialização deve prevalecer. Aponta como exemplo a morte de uma pessoa decorrente de lesões físicas provocadas por um jovem durante uma rixa. Na base da prevenção geral, pareceria adequada a pena concreta de 3 anos de prisão. Todavia, em virtude das exigências da prevenção a pena não deveria ultrapassar 1 ano de prisão, suspensa na sua execução, dado que uma pena mais severa seria contrária à ressocialização do arguido e poderia abrir a porta para o início de uma carreira criminal e a conseqüente prática de novos crimes. A pena adequada, seria, pois, a de um ano de prisão suspensa na sua execução. ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., 40, pp. 96 e 97.

Recorrendo ao resumo que ele próprio faz da sua teoria, a mesma traduz-se, pois, no seguinte: *a pena serve os fins de prevenção especial e geral. É limitada no seu máximo pela medida da culpa, mas pode ficar abaixo desse limite quando seja necessário em função das exigências preventivas especiais e a tal não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais*⁷³. Não consegue, pois, prescindir do princípio da culpa como limite da pena, princípio esse que ele próprio considera ser um elemento decisivo da teoria da retribuição⁷⁴, o que, de alguma forma, fragiliza a sua posição.

2. O PROCESSO DE DETERMINAÇÃO DA PENA

2.1. Definição

Determinar a pena mais não é do que *«a fixação por um juiz das consequências jurídicas de um delito», segundo a classe, gravidade e forma de execução (...), escolhendo entre uma pluralidade de possibilidades previstas legalmente*⁷⁵. Essa fixação da pena que corresponde ao crime inclui a decisão relativa à concreta pena abstrata a aplicar, a graduação da sua medida e, ainda, a decisão quanto à sua eventual suspensão ou substituição por outras penas.

Este sentido amplo de determinação da pena, que *abrange as operações de escolha e de medida (legal ou abstrata e judicial ou concreta) da pena*⁷⁶, aceite pela generalidade da doutrina, concretamente a alemã, é, também, com diferenças de mero pormenor, o adotado na maioria dos Códigos Penais europeus. Pela sua marcada influência, destaca-se o StGB alemão, cujo modelo é detalhadamente explicado por Hans-Heinrich Jescheck⁷⁷.

A *fixação* da pena nos termos enunciados é feita, segundo a particular clareza que caracteriza Jorge de Figueiredo Dias⁷⁸, *através de um procedimento que decorre em três fases distintas: na primeira o juiz investiga e determina a moldura penal (dita também medida legal abstrata da pena) aplicável ao caso; na segunda o juiz investiga e determina, dentro daquela moldura legal, a medida concreta (dita também individual*

⁷³ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., d), 53, p. 103. Em sentido contrário JAKOBS, Günther, *loc. cit.*, p. 36, nota de rodapé, e p. 589, sustentando que a redução da pena abaixo do limite da culpa por razões de prevenção especial implicaria que fosse atenuada a culpa. Justificando, refere que *dado que a pena adequada à culpa é por definição a pena necessária para a estabilização da norma, renunciar à pena adequada à culpa significaria renunciar ao juridicamente necessário*.

⁷⁴ ROXIN, Claus, *loc. cit.*, § 3., c), 46, p. 99. ANTUNES, Maria João, *loc. cit.*, pp. 24 e 28, igualmente partidária da ideia de que as penas se justificam *de um ponto de vista preventivo*, confronta-se com a mesma dificuldade.

⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, p. 785.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 43 e 186. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, p. 758, remetendo para JESCHECK, Hans-Heinrich, anota que, na linguagem internacional especializada, esse sentido amplo de determinação da pena é conhecida pela expressão inglesa *sentencing*.

⁷⁷ *Loc. cit.*, pp. 783 a 795, muito embora resuma o processo a duas etapas, que no fundo englobam as três referidas por DIAS, Jorge de Figueiredo. Importa, porém, anotar que quando se refere a *individualização da pena* este autor está a utilizar esse termo em sentido amplo, englobando a *determinação legal (Strafbemessung)* e a *individualização judicial (Strafzumessung)*.

⁷⁸ *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 198.

ou judicial) da pena que vai aplicar; na terceira – como veremos, não necessariamente posterior, de um ponto de vista cronológico à segunda⁷⁹ –, o juiz escolhe (dentre as penas postas à sua disposição no caso, através dos mecanismos das «penas alternativas» ou das «penas de substituição») a espécie de pena que efetivamente deve ser cumprida. Em resumo, como já havia referido previamente⁸⁰, na determinação da pena cabe ao juiz uma dupla (ou tripla) tarefa, dentro do quadro que lhe é oferecido pelo legislador⁸¹. Na primeira, determinar a moldura penal abstrata cabida aos factos dados como provados. Na segunda, que se lhe segue, encontrar, dentro desta moldura penal, o «quantum» concreto da pena em que o arguido deve ser condenado. Finalmente, ao lado daquelas duas operações – ou em seguida a elas –, escolher a espécie ou o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais que uma à disposição do juiz⁸².

2.1.1. Determinação da moldura penal (ou medida abstrata da pena)

Determinada a responsabilidade penal do agente, cabe ao julgador proceder à determinação da moldura legal da pena, isto é, fazer a correspondência entre o crime praticado e a pena abstrata⁸³ que lhe corresponde⁸⁴.

Encontrando-se a moldura penal abstrata aplicável, como é a situação normal, prevista no tipo legal de crime preenchido, seja um tipo fundamental, seja um tipo qualificado, seja um privilegiado⁸⁵, nenhuma dúvida suscita a operação⁸⁶.

⁷⁹ Desde logo porque essa escolha pode ocorrer logo na primeira das referidas fases do procedimento de determinação da pena, onde o juiz pode ter que decidir se aplica uma pena detentiva ou não ou se deve haver dispensa da pena ou não, como recorda CORDEIRO, Adelino Robalo, *A determinação da pena*, p. 47.

⁸⁰ *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 193.

⁸¹ Funcionando, pois, em pleno o princípio da legalidade, que, como veremos, constitui um dos princípios vinculantes para o juiz no processo de determinação da pena. Temos, assim, como refere RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 123, nota (64), recorrendo ao Ac. STJ de 24.12.1988, in BMJ n.º 374, pp. 229 e ss., que a atividade judicial de determinação da pena é vista como uma atividade juridicamente «vinculativa», susceptível de apreciação em via de recurso: começando por afirmar-se que o juiz penal, na determinação da medida concreta da pena, deve orientar-se «não por critérios pessoais ou emocionais, mas por critérios valorativos objetivos», que a própria lei fixa (...).

⁸² Considerando o sentido de determinação da pena apresentado, fica de fora a última componente da trilogia proposta por Saleilles, referida por MIR PUIG, Santiago (*loc. cit.*, p. 759): «individualização legal», «individualização judicial» e «individualização administrativa ou penitenciária». Com efeito, a pena é determinada durante a fase do julgamento, ou, em casos excepcionais, ainda antes dessa fase. Nunca após a mesma. Na fase da execução não se individualiza a pena. Cumpre-se a sanção já fixada anteriormente.

⁸³ Denominada pela doutrina espanhola *marco penal genérico*. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, p. 464.

⁸⁴ Exatamente porque, como escreve CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 141, a lei penal faz corresponder à realização de cada crime uma certa pena fixa ou variável (entre um máximo e um mínimo). Daí que, como anota DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas do Crime*, § 257, p. 198, determinado pelo juiz o tipo de crime que a conduta do agente preenche, a moldura penal prevista pelo tipo legal respetivo entra automaticamente em aplicação. O tipo legal de crime tipificado na parte especial do Código Penal ou em legislação penal extravagante, constitui, assim, como nota ANTUNES, Maria João, *Consequências jurídicas do Crime*, p. 25, o ponto de partida da investigação da moldura penal, cabendo ao juiz subsumir os factos dados como provados no processo em determinado tipo legal de crime.

⁸⁵ «Tipos fundamentais» são aqueles que estão na base da parte especial de todos os sistemas criminais (...) isto é, os delitos que constituem por assim dizer a espinha-medula de determinado sistema (v.g., homicídio simples; furto simples; burla simples...). Os tipos qualificados ou privilegiados são os que partindo daqueles e acrescentando-lhes certos elementos como «circunstâncias modificativas» (atenuantes ou agravantes), que alteram a moldura penal abstrata, resultam dessa alteração. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, §20, 68, d), pp. 308 e 309.

Todavia, aquela moldura pode vir a sofrer modificações ou ser mesmo substituída por outra em virtude do funcionamento das chamadas circunstâncias modificativas, *agravantes* e *atenuantes*⁸⁷. As primeiras determinam a elevação da moldura abstrata da pena (só no seu limite máximo, só no seu limite mínimo ou simultaneamente nos dois). As segundas determinam uma diminuição dessa mesma moldura da pena, baixando-a (seja, também, só no seu limite máximo, só no seu limite mínimo ou simultaneamente em ambos)⁸⁸. Em qualquer dos casos, a alteração da pena aplicável encontra-se predeterminada na lei⁸⁹.

Seguindo a classificação apresentada por Eduardo Correia⁹⁰, as circunstâncias modificativas podem ser *comuns ou gerais* e *especiais ou específicas*. As primeiras, como resulta do próprio nome, *verificam-se relativamente a todo e qualquer crime*, encontrando-se, por isso e em princípio, na Parte Geral do Código Penal⁹¹. As segundas, pelo contrário, apenas se verificam *relativamente a um grupo de crimes ou só a certos crimes*, sendo, por isso mesmo, como anota Maria João Antunes, *reguladas na parte especial do Código Penal*⁹². Como circunstâncias modificativas agravantes *comuns ou gerais*, Eduardo Correia indica a reincidência e a sucessão de crimes⁹³. Como circunstâncias modificativas atenuantes comuns indica a tentativa e frustração, a cumplicidade, a menoridade e a negligência e a imputabilidade diminuída⁹⁴. Quanto às

⁸⁶ Desde logo porque se trata de *uma tarefa de pendor eminentemente vinculado*, como nota MARTINS, António Lourenço, in *Medida da Pena*, p. 485.

⁸⁷ Isto é, segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 199 e 200, *pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo diretamente respeito nem ao tipo-de-ilícito (objetivo ou subjetivo), nem ao tipo-de-culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, todavia contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo e relevam por isso diretamente para a doutrina da determinação da pena*. Sobre o conceito de “circunstâncias”, vide, também, HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Vol. V., 1958, pp. 463 e 464.

⁸⁸ ANTUNES, Maria João, *Consequências jurídicas do Crime*, p. 26.

⁸⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições*, II, p. 77.

⁹⁰ *Direito Criminal*, II, p. 142. Vide, também, DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 201, e ANTUNES, Maria João, *loc. cit.*, p. 26.

⁹¹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 201. Também FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições* II, p. 79, que a propósito das circunstâncias de carácter geral, recorda que o Código Penal as *indica embrionariamente no art.º 72.º, n.º 2*.

⁹² *Loc. cit.*, p. 26. O seu estudo pertence, pois, à parte especial do Código Penal, *a propósito dos crimes que especialmente qualificam*, como nota CORDEIRO, Adelino Robalo, *Escolha e medida da pena*, p. 241.

⁹³ *Direito Criminal*, II, pp. 143 a 197. Para DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, p. 206, *a reincidência é, porém, verdadeiramente a única agravante modificativa comum que o CP conhece*. Referindo-se expressamente ao concurso de crimes, art.º 78.º do Código Penal, e à pena relativamente indeterminada, art.º 83.º do Código Penal (*loc. cit.*, § 262, pág. 201), que, *em definitivo*, entende não serem de qualificar como circunstâncias agravantes comuns ou gerais. Não concorda, todavia, com CORDEIRO, Adelino Robalo (*Escolha e medida da pena*, p. 240), embora referindo ser exato, que tal se deva ao facto de já suporem a determinação concreta da pena. Com efeito, tal sucede, também, com a reincidência, *e nem por isso ela deixa de ser agravante modificativa*. Para FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições* II, p. 78, pelo contrário, e contrariamente ao que sucedia no CP de 1886, a reincidência *não é no código atual uma circunstância modificativa legal, porque a alteração da penalidade ordinária não é obrigatória por lei; depende de apreciação judicial, considerando as «circunstâncias do caso»*.

⁹⁴ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, pp. 225 a 266. Diferentemente, CORDEIRO, Adelino Robalo, *Escolha e medida da pena*, p. 247, faz a qualificação das circunstâncias modificativas atenuantes comuns por referência aos *casos de atenuação especial da pena*, fazendo a distinção entre *circunstâncias previstas expressamente na lei (parte geral do Código)* (v. g. a comissão por omissão; o erro censurável sobre a ilicitude; o excesso de legítima defesa; e o estado de necessidade desculpante, *todos de atenuação «ope iudicis»*, e a tentativa; a cumplicidade e o consentimento do titular do interesse não conhecido do agente, *em que a atenuação é «ope legis»*) e *circunstâncias não previstas expressamente, que são as anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente. A diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente, esclarece, constitui, portanto, a pedra-de-toque ou critério de aferição das circunstâncias*

circunstâncias atenuantes modificativas especiais ou específicas, que também podemos chamar de particulares, integram *todos aqueles elementos que, na medida em que têm particulares efeitos sobre a culpa ou a própria tipicidade, se projetam na atenuação da moldura abstrata da pena relativamente a certos delitos*⁹⁵. Como exemplo de circunstância agravante modificativa particular indica a premeditação, seguramente uma das mais importantes⁹⁶.

Seguindo a classificação apresentada, o comportamento do agente após a prática do crime, como é o caso, por exemplo, do *arrependimento sincero*, tanto pode integrar a categoria de circunstância atenuante modificativa comum ou geral da al. c) do n.º 2 do art.º 72.º do Código Penal, se revestir, obviamente, a necessária relevância para o efeito⁹⁷, como integrar a categoria de circunstância atenuante modificativa especial ou específica, como é o caso da *restituição ou reparação* do art.º 206.º do Código Penal nalguns crimes contra o património, que abordaremos mais à frente⁹⁸.

No que diz respeito ao funcionamento das circunstâncias modificativas, em particular quando exista uma situação de concurso das mesmas, face ao silêncio legislativo, Jorge de Figueiredo Dias⁹⁹ refere que *o princípio-regra não poderá ser outro senão o de que o juiz deverá – até onde for possível e salvo indício razoável de que, no caso, é outra a intenção da lei – fazer funcionar todas as circunstâncias modificativas que no caso concorram*¹⁰⁰.

não previstas expressamente, com valor atenuante especial ou efeito modificativo da pena. Esclarece que algumas dessas circunstâncias são as enunciadas exemplificativamente no n.º 2 do art.º 72.º do CP. Importa, todavia, ter em conta que qualquer das referidas circunstâncias, enumerada ou não nos art.ºs 72.º n.º 2, ou mesmo no art.º 71.º, pode funcionar como circunstância atenuante modificativa ou como atenuante geral, *consoante os seus efeitos sobre a ilicitude ou a culpa.* Se a diminuição da ilicitude do facto ou da culpa do agente for *essencial ou acentuada*, não assumindo a *gravidade pressuposta pelo legislador no tipo legal de crime*, o juiz pode atribuir-lhe valor atenuante especial, nos termos do art.º 72.º, n.º 1, 2.º parte e para efeitos do art.º 73.º, funcionando como circunstância atenuante modificativa. Se, pelo contrário, a diminuição não atingir aquele grau, isto é, for *tão-só geral – não afectando essencialmente a ilicitude ou a culpa, tal como previstas na norma incriminadora – a circunstância valerá para efeito de medida concreta da pena, face ao art.º 71.º.*

⁹⁵ Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 294.

⁹⁶ Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 295.

⁹⁷ Não revestindo, funcionará como mero, mas também importante, fator “comum” de individualização judicial da pena, integrando a previsão da al. e), parte final, do n.º 2 do art.º 71.º do Código Penal. Importa anotar que reveste a relevância necessária para funcionar como atenuante modificativa comum ou geral, como resulta do n.º 1 do art.º 71.º do Código Penal, a circunstância que diminua de forma *acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.* Quando tal ocorrer, o tribunal terá que atenuar especialmente a pena, como impõe aquela norma.

⁹⁸ Assim, como sublinha RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 133, fala-se de «circunstâncias» com um duplo significado: *quer atribuindo-lhes o sentido de verdadeiros factores de medida da pena; quer vendo-as como elementos que modificam a moldura penal abstrata.*

⁹⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 199, quanto ao funcionamento das referidas circunstâncias. *Idem*, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II*, pp. 306 a 313 e ss..

¹⁰⁰ Quanto ao procedimento a seguir, DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 206 a 208, defende que: a) perante uma situação de concorrência de circunstâncias modificativas agravantes, *deve hoje o juiz não exatamente «somar» ou «cumular» o valor agravante de cada uma delas, mas fazê-las funcionar sucessivamente até encontrar a moldura penal legalmente prescrita;* b) perante uma situação de concorrência de circunstâncias modificativas atenuantes, não é exata a ideia do seu funcionamento sucessivo por uma ordem qualquer. Com efeito, o mesmo apenas se justifica *se e (na medida em que) a razão da atenuação seja «diferente» em cada uma*, ou seja, *quando cada uma possua um «autónomo fundamento material»* (v. g., *tentativa e menoridade imputável*). Não se justificará, porém, *se a razão da atenuação for «a mesma»* (v. g., *o grau diminuto do ilícito e da culpa não poderá servir para, ao mesmo tempo, qualificar uma falsificação como de «pequena gravidade» para efeitos do art.º 228.º-4, e também para fundamentar uma atenuação especial da pena nos termos do art.º 73.º*). Nestes casos *deve fazer-se*

2.1.2. Determinação da medida concreta da pena (ou medida individual ou judicial da pena)

Esgotado o primeiro momento da determinação definitiva da pena, isto é, fixada a moldura penal abstrata aplicável ao caso, cabe, de seguida, ao juiz proceder à fixação da respetiva medida concreta, operação que alguns autores denominam *individualização judicial*¹⁰¹. Esta fase da determinação da sanção penal, cujo grau de dificuldade e de complexidade é incomparavelmente superior à anterior, obedece aos princípios norteadores do n.º 1 do art.º 71.º do Código Penal¹⁰²: a pena é determinada em função da culpa do agente, que constitui limite inultrapassável¹⁰³ (traduzindo-se, assim, num princípio fundamental do Estado de Direito¹⁰⁴), e das exigências de prevenção de futuros crimes. «Culpa e prevenção» são assim os dois termos do binómio com o auxílio do qual há-de ser construído o **modelo de medida da pena**¹⁰⁵.

Segundo Maria João Antunes¹⁰⁶, a referida norma, por si só, não responde, todavia, às seguintes questões: *qual o conceito de culpa e de prevenção para efeitos de medida da pena? Como se relacionam entre si culpa e prevenção? Como se relacionam entre si a prevenção geral e a prevenção especial? Para a referida autora a resposta é dada pelos n.ºs 1 e 2 do art.º 40.º do Código Penal, onde se encontra expressa a posição do ordenamento jurídico-penal em matéria de sentido, limites e finalidades da aplicação das penas.*

No que diz respeito à culpa a que se refere o n.º 1 do art.º 71.º do Código Penal, isto é, a que releva para a medida da pena, consideramos, seguindo Jorge Figueiredo

funcionar **apenas uma** circunstância modificativa – aquela cujo efeito atenuante seja mais forte –, de modo a salvaguardar o princípio segundo o qual cada circunstância com eficácia atenuante deve ser considerada «uma única vez»: aqui poder ver-se já uma primeira manifestação do princípio da «proibição da dupla valoração» em matéria de determinação da pena (art.º 72.º-2 e infra § 314 ss.); c) perante uma situação de concurso ou concorrência de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, o procedimento mais justo e correto parece estar em fazer funcionar **primeiro as agravantes e depois**, relativamente à moldura penal assim provisoriamente determinada, **as atenuantes**. Cfr., também, ANTUNES, Maria João, *loc. cit.*, p. 27.

¹⁰¹ Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 316.

¹⁰² Que mais não são do que os próprios fins das penas. Cfr. MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 497.

¹⁰³ Lembra CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 318, que arrancando o nosso sistema legal de um pensamento ético-jurídico da pena, daí derivará por certo a consequência de que há-de ser essencialmente o grau de culpa a determinar o quanto da punição (...) Precisando a ideia, anota que a culpa valerá tão-só para fixar o limite máximo da punição. Poderá, no entanto, ficar abaixo desse limite se a desnecessidade jurídica da pena atingir o quanto que à culpa corresponde o impuser. Seguindo esse pensamento, decidiu o Ac. STJ de 24.05.2011 (proc. 329/08.0TAEVR.S1), in www.dgsi.pt, que em caso algum pode haver pena sem culpa ou acima da culpa, pois que o princípio da culpa, como salienta o Professor Figueiredo Dias, “não vai buscar o seu fundamento axiológico a uma qualquer concepção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal. A culpa é condição necessária, mas não suficiente, da aplicação da pena; e é precisamente esta circunstância que permite uma correcta incidência da ideia de prevenção especial positiva ou de socialização”. A verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpa não é fundamento de pena, mas constitui o seu limite inultrapassável: o limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas - sejam de prevenção geral positiva de integração ou antes negativa de intimidação, sejam de prevenção especial positiva de socialização ou antes negativa de segurança ou de neutralização. A função da culpa, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de direito democrático.

¹⁰⁴ BRITO, José Sousa, *A Medida da Pena no Novo Código Penal*, p. 560.

¹⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 214.

¹⁰⁶ *Loc. cit.*, p. 28.

Dias¹⁰⁷, que *haverá de ser exactamente aquela mesma culpa que releva na determinação do sentido, dos limites e dos fins da pena e da sua aplicação e, portanto, em toda a sua compreensão, aquela culpa de que se trata quando se invoca o princípio da culpa ou quando se estuda a culpa como elemento constitutivo do conceito de crime* (quer dizer, como o juízo de censura que é possível dirigir ao agente por não se ter comportado, como podia, de acordo com a norma)¹⁰⁸.

Importa anotar que, como limite que é, a medida da culpa serve para determinar o máximo da pena - que não poderá ser ultrapassado - e não para fornecer, em última análise, a medida da pena. Esta dependerá, dentro do limite consentido pela culpa, de considerações de prevenção, seja geral, seja especial.

Com efeito, a pena não pode deixar de ponderar *a forma de contribuir para a reinserção social do arguido e de não prejudicar a sua posição social para além do estritamente inevitável*. Como não pode deixar de *neutralizar os efeitos do delito como exemplo negativo para a comunidade*, devendo também *contribuir, simultaneamente, para fortalecer a sua consciência jurídica, assim como satisfazer o pedido de justiça por parte do círculo de pessoas afetadas pelo delito e pelas suas consequências (confirmação da ordem jurídica)*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ As *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 217. Anota, todavia, DIAS, Jorge de Figueiredo, *que uma doutrina generalizada, sobretudo na Alemanha, quer distinguir entre uma culpa que fundamenta a pena ("Strafbegründungsschuld") e uma culpa para efeito de medida da pena ("Strafzumessungsschuld")*, distinção que, não possui, porém, como esclarece, fundamento bastante, radicando ou numa deficiente determinação do conceito de culpa válido na doutrina geral do crime; ou numa incorrecta compreensão da forma como se relacionam a culpa e a prevenção no processo de medida da pena; ou ainda numa inexacta apreensão do tipo de relacionamento que deve interceder entre os princípios regulativos e os concretos factores da medida da pena e da forma como estes se devem imputar àqueles.

¹⁰⁸ No que diz respeito à culpa, continua a discutir-se na doutrina se a culpa referida no art.º 71.º n.º 1 do Código Penal é a «culpa do agente pelo facto e pela sua personalidade» que figurava na versão do Projecto de 1963 e foi posteriormente suprimida. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação ao art.º 71.º, p. 243, diz que essa supressão visou certamente evitar a consagração expressa na lei da doutrina da culpa na formação da personalidade em moldes gerais, por se entender que a questão tem sede doutrinária mais adequada. Entendemos, porém, que, para efeitos de determinação da pena, a culpa não pode ser pelo carácter ou pela personalidade, que, aliás, é passível confundir com o conceito de perigosidade, que nada tem a ver com a culpa. E não pode ser, desde logo, porque, à semelhança do que sucede no § 46 II 2 do StGB, os factores da determinação da pena do n.º 2 art.º 71.º do Código Penal se referem ao facto, tanto na sua vertente interna como externa. Como anota VICENTE REMESAL, Javier de, *El Comportamiento Postdelictivo*, p. 260, *os primeiros, os factores psíquicos do facto, concretizam-se nos fins e motivos do autor, na atitude interna que se depreende do facto e da vontade nele empregue, enquanto os segundos, os objetivos, se refletem no modo de execução e nos efeitos culposos do delito. Pois bem, se o conceito de culpa fosse o da «culpa pela condução da vida», o facto não constituiria – contrariamente ao disposto no § 46 – o factor fundamental da determinação da pena*. Acrescenta o referido Autor em abono da tese defendida [referindo-se agora expressamente ao comportamento posterior ao delito enquanto factor de medida da pena e socorrendo-se das posições manifestadas por Lange, Mezger e Lackner relativamente ao que veio a ser o § 46 do StGB] que *deve estar em conexão com o facto para poder ser abrangido por um juízo de culpa, querendo isto dizer que com o conceito de culpa («Schuld») não se estava a pensar na culpa pela condução da vida («Lebensführungsschuld»), visto que aqui a conexão não é necessária*.

¹⁰⁹ Ac. STJ de 15.02.2012 (proc. 85/09.4BPST.L1.S1), in www.dgsi.pt. Cfr., ainda, o referido Ac. STJ de 24.05.2011 [O ponto de partida das finalidades das penas com referência à tutela necessária dos bens jurídicos reclamada pelo caso concreto e com significado prospectivo, encontra-se nas exigências da prevenção geral positiva ou de integração, em que a finalidade primária da pena é o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo comportamento criminal. Mas, em termos jurídico-constitucionais, é a ideia de prevenção geral positiva ou de integração que dá corpo ao princípio da necessidade de pena. A moldura de prevenção, comporta ainda abaixo do ponto óptimo ideal outros em que a pressuposta tutela dos bens jurídicos “é ainda efectiva e consistente e onde portanto a pena pode ainda situar-se sem que perca a sua função primordial de tutela de bens jurídicos. Até se alcançar um limiar mínimo – chamado de defesa do ordenamento jurídico – abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar de bens jurídicos.” As circunstâncias e critérios do art. 71.º do CP devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham

Tendo em conta a vinculação do julgador a tais princípios, e à consequente prossecução dos fins das penas que indiscutivelmente corporizam, impõe-se que apure as necessárias circunstâncias gerais que lhe permitam estabelecer a gravidade da culpa e as exigências preventivas com vista a determinar a pena concreta aplicável ao caso¹¹⁰. Tais circunstâncias, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis, extraem-se dos factos apurados em sede de julgamento¹¹¹. O n.º 2 do referido art.º 71.º do Código Penal, fazendo uma enumeração meramente exemplificativa, que não esgota as circunstâncias passíveis de serem consideradas pelo julgador na operação de individualização judicial, enuncia, porém, as mais importantes¹¹²: *o grau da ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; a intensidade do dolo ou da negligência; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; as condições pessoais do agente e a sua situação económica; a conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime, bem como a falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena*¹¹³.

Destacamos, pela sua nuclear importância neste trabalho, o comportamento ou, utilizando a terminologia legal, *a conduta do arguido posterior ao facto*, concretamente

provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (as circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento), ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente. As imposições de prevenção geral devem, pois, ser determinantes na fixação da medida das penas, em função de reafirmação da validade das normas e dos valores que protegem, para fortalecer as bases da coesão comunitária e para aquietação dos sentimentos afectados na perturbação difusa dos pressupostos em que assenta a normalidade da vivência do quotidiano. Porém tais valores determinantes têm de ser coordenados, em concordância prática, com outras exigências, quer de prevenção especial de reincidência, quer para confrontar alguma responsabilidade comunitária no reencaminhamento para o direito do agente do facto, reintroduzindo o sentimento de pertença na vivência social e no respeito pela essencialidade dos valores afectados].

¹¹⁰ Considerando os fins das penas traçados pelo n.º 1 do art.º 71.º do Código Penal, as circunstâncias a considerar deverão ser relativas à culpabilidade e à prevenção, geral e especial. Por isso, e em termos metodológicos, MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 499, refere que, tendo as finalidades da pena como pano de fundo mas agora projetadas no caso concreto, o tribunal deverá começar por seleccionar os factos respeitantes à culpabilidade do agente na sua relação com a gravidade do crime ou crimes praticados, a necessidade ou não de reintegração, o quadro de prevenção geral em que actuou.

¹¹¹ Quando falamos em factos apurados, referimo-nos obviamente aos factos provados. Muito embora MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 496, refira que *os não provados, por vezes aditam elementos de contraluz com préstimo*, temos sérias reservas que possam ser considerados na determinação da medida da pena. Desde logo, porque não tendo sido provados, deverão ser considerados como não fazendo parte da realidade, como inexistentes, o que tornaria praticamente impossível qualquer fundamentação com base nos mesmos.

¹¹² Embora não se afigurasse necessário, o legislador cuidou de lembrar que tais circunstâncias não podem fazer parte do tipo de crime, de modo a respeitar o princípio da *proibição da dupla valoração*, como já sucedia no art.º 40.º, n.º 1, do CP de 1886. Em suma, como anota ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 71.º, p. 360, *não pode ser valorada na determinação da pena uma mesma circunstância já valorada para efeito do apuramento dos pressupostos da responsabilidade criminal*. Porque a proibição é especificamente reportada à tarefa da determinação da medida da pena, distinguindo a lei claramente esta tarefa e a prévia tarefa da escolha da pena (...), *não pode ser valorada na determinação da pena uma mesma circunstância já valorada para efeitos de escolha da pena*. Todavia, o tribunal pode e deve atender às circunstâncias que fazem parte do tipo cuja *intensidade concreta* ultrapasse aquela que foi considerada pelo legislador para efeitos de determinação da moldura penal.

¹¹³ Os referidos fatores de medida da pena elencados a título exemplificativo no n.º 2 do art.º 71.º do CP, como refere ANTUNES, Maria João, *loc. cit.*, p. 32, *podem ser agrupados em factores relativos à execução do facto (als. a), b), c) e e), parte final; factores relativos à personalidade do agente (als. d) e f); e factores relativos à conduta do agente anterior e posterior ao facto (al. e))*.

quando consista em colaboração com a justiça, nas suas formas mais relevantes, a confissão dos factos e o arrependimento. Tem-se discutido na doutrina se este elemento, como aliás a conduta do arguido anterior à prática do crime, releva do ponto de vista da prevenção especial ou do ponto de vista da culpa. Sendo um fator pós-delitivo, consideramos que não poderá dizer respeito à culpa, devendo, pois, relevar exclusivamente em termos preventivos¹¹⁴.

2.1.3. Escolha da espécie ou do tipo de pena a aplicar

Concluída a primeira das referidas operações que compõem a determinação da pena em sentido amplo, isto é, investigada e determinada a moldura penal aplicável, pode, logo de seguida, tornar-se necessário que o juiz proceda à escolha da espécie de pena a aplicar. É o que sucede quando a própria moldura aplicável admite, em alternativa, a aplicação das penas principais de prisão *ou* de multa¹¹⁵. Nesses casos, feita a correspondência entre o crime praticado e a pena abstrata prevista, compete ao juiz optar por uma dessas duas penas colocadas à sua disposição¹¹⁶.

Por sua vez, concluída a segunda das referidas operações que compõem a determinação da pena em sentido amplo, isto é, investigada e determinada a medida concreta da pena, pode, também, tornar-se necessário que o juiz tenha de escolher uma das possíveis penas legalmente previstas. É o que sucede quando decidir aplicar uma pena de prisão não superior a cinco anos, situação em que se verá confrontado com a possibilidade de a suspender (art.º 50.º, n.º 1, do Código Penal). É o que sucede quando decidir aplicar uma pena de prisão não superior a um ano, situação em que se verá confrontado com a possibilidade de a substituir por *multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável* (art.º 43.º, n.º 1, do Código Penal); com a possibilidade de ser cumprida em dias livres, *caso não deva ser substituída por pena de outra espécie* (art.º 45.º, n.º 1, Código Penal); com a possibilidade de ser executada em regime de semidetenção, *caso não deva ser substituída por pena de outra espécie, nem cumprida em dias livres* (art.º 46.º, n.º 1, do Código Penal). É o que sucede, igualmente, quando decidir aplicar uma pena de prisão não superior a dois anos, situação em que se verá confrontado com a possibilidade de a substituir *por trabalho a favor da comunidade* (art.º 58.º, n.º 1, do Código Penal) e quando decidir fixar a pena de multa em medida

¹¹⁴ ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, p. 123, aponta Stratenwerth como um dos autores *a favor da inclusão exclusiva* da conduta do arguido anterior e posterior ao facto nos fins preventivos da pena.

¹¹⁵ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 211.

¹¹⁶ V.g., art.ºs 137.º, n.º 1; 143.º, n.º 1; 148.º, n.ºs 1 e 3; 151.º, n.º 1; 153.º, n.º 1; 154.º, n.º 1; 156.º, n.ºs 1 e 3, todos do Código Penal.

não superior a 240 dias, situação em que existe a possibilidade de apenas ser proferida uma *admoestação*. Finalmente, é o que sucede, também, quando decidir fixar uma pena de multa, situação em que se verá confrontado com a possibilidade de a substituir total ou parcialmente¹¹⁷.

2.2. Evolução histórica

A determinação da pena tem contrabalançado ao longo da história recente entre o legalismo extremo, que atribui em exclusivo à lei a definição da sanção para cada crime, cujo paradigma pode ser encontrado no Código Penal Francês de 1791, e o livre arbítrio judicial, que, pelo contrário, coloca nas mãos dos juízes, com mais ou menos limites, quer a escolha do tipo de pena, quer a sua medição concreta, cujo paradigma pode ser encontrado no sistema penal do *Antigo Regime*¹¹⁸, que se desmorou com a Revolução Francesa.

Fazendo o paralelismo entre um e outro, Santiago Mir Puig¹¹⁹ lembra como no *Antigo Regime* os juízes podiam não apenas aumentar ou diminuir as penas previstas na lei, como, inclusivamente, impor penas distintas. A situação inverteu-se completamente após a Revolução Francesa, com o vingar e concretização das ideias iluministas e liberais. Em nome do princípio da legalidade, que, para além de procurar garantir a igualdade, simultaneamente visava também sujeitar o juiz à vontade popular, o Código

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 211, entende que em qualquer dessas operações de *escolha da pena*, o juiz deve guiar-se pelo critério geral legalmente instituído na matéria e constante do n.º 1 do art.º 71.º do CP e pelos critérios especiais previstos quanto a cada uma delas. A jurisprudência dos tribunais portugueses é no sentido de que somente as necessidades de prevenção são de atender no momento em que o julgador escolhe a pena. Cfr. Ac. TRP de 25.09.2013 (proc. 237/11.7PEGDM.P1), in www.dgsi.pt [I. No momento da decisão em que o julgador escolhe a pena, isto é, pondera se a pena de prisão aplicada (no caso 3 anos de prisão) deve ou não ser substituída por outra pena prevista na lei (no caso colocou-se a possibilidade de suspensão da execução da pena de prisão...), apenas pode atender a critérios de prevenção. II. Na operação de escolha da pena, a aplicação da pena de substituição impõe-se quando se verificam os seus pressupostos materiais, o que exige que se ponderem as razões de prevenção especial (carência de socialização do arguido) e que simultaneamente fique salvaguardado o «limiar mínimo de prevenção geral de defesa da ordem jurídica». Ou seja, quando se está na fase da escolha da pena (momento posterior ao da determinação da medida concreta da pena), o tribunal pondera as exigências de prevenção especial que se fazem sentir no caso concreto e, caso estas sejam satisfeitas através da aplicação de uma pena de substituição, não pode deixar de aplicar a pena de substituição se esta igualmente realizar as exigências mínimas (que são irrenunciáveis) de prevenção geral positiva]; - Ac. TRC de 17.12.2014 (proc. 872/09.3PAMGR.C1), in www.dgsi.pt [São as necessidades de prevenção – geral positiva [tutela das expectativas da comunidade na manutenção e reforço da norma violada] e especial de socialização – que vão justificar e impor a opção pela pena não privativa da liberdade – pena alternativa ou pena de substituição – como resulta dos critérios estabelecidos nos arts. 40º, nº 1 e 70º do C. Penal, não existindo aqui qualquer finalidade de compensação da culpa, uma vez que esta, constituindo o limite da pena (art. 40º, nº 2 do C. Penal), apenas funciona ao nível da determinação da sua medida concreta]; Ac. de 28.01.2015 (proc. 94/14.1GATBU.C1), in www.dgsi.pt [II. São razões de prevenção geral, de defesa do ordenamento jurídico, e razões de prevenção especial que impedem a substituição da pena de prisão imposta pela pena de PTFC, mostrando-se esta incapaz de realizar, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição. (...) IV. São também razões de prevenção geral, de defesa do ordenamento jurídico, e razões de prevenção especial, que impedem a substituição da pena de prisão imposta, mostrando-se o regime de permanência na habitação incapaz de realizar, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição. V. A personalidade do arguido e a sua completa indiferença face ao sistema de justiça, de que são reflexo os seus vastos antecedentes criminais, elevam, e muito, a fasquia das necessidades de prevenção especial positiva, na medida em que a socialização do arguido se revela meta muito difícil de alcançar, e não permitem ignorar as de prevenção especial negativa, pela necessária advertência individual. VI. São as exigências de prevenção especial que in casu se fazem sentir que impedem, em nosso entender, a substituição da pena de prisão imposta por prisão por dias livres].

¹¹⁸ E entre nós nas Ordenações, asperamente criticadas, na esteira do pensamento iluminista, como anota FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, in *Direito Penal Português*, vol. II, p. 412.

¹¹⁹ *Derecho Penal. Parte General*, p. 759.

Penal Francês de 1791 impôs um rígido sistema de penas fixas, *insusceptíveis de serem modificadas pelo julgador*¹²⁰.

Criado como *reação provocada pelos abusos a que conduziu o sistema de penas arbitrárias*, o objetivo era *abolir qualquer espécie de discricionariedade na apreciação, pelos juízes, da maior ou menor gravidade do facto e, correlativamente, na medida da punição que lhe devia corresponder*¹²¹. Por essa razão, *a sanção criminal devia ser «certa» em nome das funções de prevenção geral de intimidação e de retribuição factual que primariamente teria de cumprir*¹²².

Levado ao seu extremo pelo Código Penal Francês de 1791, o legalismo puro depressa fracassou¹²³. Como anota Santiago Mir Puig¹²⁴, a sua rigidez, que impedia qualquer ponderação das situações particulares do caso concreto, por tratar situações desiguais de forma idêntica, potenciou, contrariamente ao pretendido, as desigualdades. Perante essa realidade, o Código Penal de 1810, conhecido como Código Napoleónico, alterando substancialmente o paradigma anterior, embora sem abandonar a sua componente marcadamente legalista, concedeu aos juízes alguma margem de *arbítrio*¹²⁵ na determinação da pena, sempre entre um limite máximo e um limite mínimo legalmente fixados, que, restringindo a margem de manobra dos juízes, funcionavam precisamente como garantia contra indesejáveis abusos judiciais¹²⁶.

Deu-se, assim, um passo decisivo para a *individualização judiciária da pena*¹²⁷ e, conseqüentemente, para o moderno processo de determinação da pena, que assenta inequivocamente no sistema de *penas variáveis*, consagrado no Código Penal de 1810, que depressa influenciou outros códigos criminais¹²⁸.

¹²⁰ Como esclarece DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 186, a *atividade do juiz devia limitar-se a um puro ato de «subsunção» formal, imposto pelo entendimento que então se fazia dos princípios do contrato social e da divisão dos poderes*. Inexistia, pois, *qualquer verdadeiro «procedimento» de determinação da pena: estabelecido pelo juiz que o agente havia cometido um facto criminoso e era por ele responsável, a determinação da pena operava-se automaticamente, por força da lei*. Cfr., também, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, in *Direito Penal Português*, vol. II, p. 412.

¹²¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 315.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 186.

¹²³ Como refere SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral III*, p. 120, no referido *Código Francês de 1791, em razão da hostilidade reinante perante o poder dos juízes, não se encontra qualquer poder de individualização judiciária da pena, que apenas veio a ser consagrada no Código de 1810*.

¹²⁴ *Derecho Penal. Parte General*, p. 759.

¹²⁵ Embora seja o termo utilizado por MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 760 e 761, quando mostra a evolução dos Códigos penais espanhóis desde o século XIX até à atualidade, consideramos que seria mais adequado falar em discricionariedade e não em arbitrariedade.

¹²⁶ Esclarece, porém, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral III*, p. 120, que a individualização judiciária da pena consagrada no Código Penal Francês de 1810, embora muito limitada, estava inteiramente confiada à íntima convicção do julgador, sem necessidade de motivação e conseqüentemente de revisão em recurso.

¹²⁷ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 316.

¹²⁸ Entre nós, como refere FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, in *Direito Penal Português*, vol. II, p. 412, o CP de 1852 e o CP de 1886, embora mantendo as penas fixas, *insusceptíveis de individualização*, previam, igualmente, *penas variáveis, que pressupunham precisamente a individualização judicial na sua aplicação*. Anote-se, porém, que mesmo as penas fixas, *pela admissão do sistema de atenuação e agravação em função das circunstâncias do crime, não tiveram nunca uma estrutura totalmente rígida*. Só com a Reforma de 1954, através do Decreto n.º 39 688, de 5 de Junho, desapareceram, em geral, do Código Penal as penas fixas, na sua

Com o sistema de «*penas variáveis*»¹²⁹, por vezes, também, chamadas «*penas temporárias*»¹³⁰, o juiz, seguindo regras legalmente estabelecidas, passou não apenas a decidir o tipo de pena a aplicar mas, também, a fazer, de seguida, a sua graduação em função de determinadas circunstâncias que lhe é imposto considerar e valorar.

Com efeito, como ensina Manuel Cavaleiro de Ferreira¹³¹, contrariamente às penas fixas, que, por não admitirem graduação, apenas eram, em função das circunstâncias, *susceptíveis de agravação e atenuação*¹³², o que era feito *pela admissão de graus superiores e inferior da mesma pena*, as *penas variáveis* ou *temporárias*, que *poderiam ser aplicadas entre um mínimo e um máximo de duração, já admitiam a graduação, em razão da gravidade do crime, e a agravação ou atenuação em função das suas circunstâncias*¹³³. Quanto ao critério a seguir na graduação da pena, que mandava atender à gravidade do crime, mostrava-se previsto no artigo 88.º do Código Penal de 1886¹³⁴.

2.3. A importância do processo de determinação concreta da pena

O procedimento de determinação concreta da pena ou individualização judicial, constitui atualmente uma das tarefas tecnicamente mais complexas, exigentes e de maior responsabilidade atribuídas aos juízes dos tribunais criminais, assumindo enorme relevo prático¹³⁵. Não é pois exagerado dizer, como Edmund Mezger¹³⁶, que a

espécie, embora fossem mantidas a pena fixa de suspensão dos direitos políticos e a penas de repreensão e demissão, como esclareceu o próprio autor da reforma (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *loc. cit.*, p. 416).

¹²⁹ Com as referidas penas, o juiz passou a “fixar” o «*quantum*» da pena no caso concreto, independentemente da verificação de circunstâncias (agravantes e atenuantes). Em suma, *passou a fazer-se, assim, na generalidade das penas, a distinção entre a graduação e a agravação ou atenuação das penas. A graduação pode dar lugar à elevação ou majoração da penalidade, aproximando a sua fixação no caso concreto do limite legal máximo; ou à sua mitigação ou minoração, aproximando-a do limite legal mínimo. A agravação judicial, porém, ainda que conceptualmente distinta, coincide, em regra, com a graduação no sentido da elevação da pena, pois que não permite também em geral que se exceda a medida legal ordinária da pena. A atenuação judicial reveste duas modalidades, atenuação ordinária e atenuação extraordinária. A atenuação ordinária na maior parte das penas maiores, implica a faculdade de baixar a pena aquém do limite mínimo da medida legal da pena; nas penas correcionais em geral, a atenuação ordinária contém-se dentro dos limites da medida legal ordinária da pena, coincidindo assim com o âmbito da graduação. A atenuação judicial extraordinária implica sempre uma nova medida legal da pena, isto é a redução dos limites da pena ou a sua substituição* (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, in *Direito Penal Português*, vol. II, pp. 416 e 417).

¹³⁰ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 315. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, II, p. 53, fazendo uma classificação das penas quanto à sua duração e quanto à sua graduabilidade, contrapõe-nas às penas perpétuas.

¹³¹ *Direito Penal Português*, vol. II, p. 415.

¹³² A atenuação, como salienta FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português*, vol. II, p. 415, *revestia duas modalidades: atenuação ordinária, em função da qual se aplicaria o grau inferior da penalidade, e atenuação extraordinária que fundamentava a substituição da pena por outra mais grave.*

¹³³ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral III*, p. 121. Ver, também, MARTINS, António Lourenço, *Medida da pena – Finalidades – Escolha*, p. 16

¹³⁴ Art. 88.º *Quando for aplicada qualquer pena temporária (de duração variável entre o máximo e o mínimo fixados por lei), o juiz fixará na sentença condenatória a duração dessa pena dentro do máximo e do mínimo legais, tendo em atenção a gravidade do crime* (<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>).

¹³⁵ Esse relevo, como recorda MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, p. 539, é, porém, relativamente recente, tendo a determinação da pena, durante muito tempo, sido a enteada do direito penal. Referindo-se ao antigo Código Penal alemão, anotava que *as poucas disposições dispersas que continha sobre a matéria referiam-se unicamente a setores limitados. A situação inverteu-se completamente. O Projeto de 1957, no seu parágrafo 62, já previa causas gerais de medição da pena.*

¹³⁶ *Loc. cit.*, p. 384.

graduação judicial da pena seja, «em certo sentido, o coroamento» do sistema do direito penal.

Em termos científicos a sua relevância é tão grande que Claus Roxin¹³⁷ não hesita em afirmar que o estudo do direito da medição da pena se desenvolveu de tal modo nas últimas décadas que se converteu numa disciplina jurídica autónoma¹³⁸, embora pertencente ao direito penal material, visto determinar com mais precisão as consequências da conduta punível¹³⁹. Precisamente por isso, as regras de determinação da pena encontram-se previstas na parte geral do Código Penal.

2.4. Os modelos de determinação da pena

São quatro modelos de determinação da pena consagrados na generalidade dos Códigos Penais contemporâneos¹⁴⁰.

Os que concedem ao juiz total liberdade na valoração das circunstâncias fáticas e pessoais do arguido a considerar para a fixação da medida concreta da pena, como sucedia com o Código Penal Português de 1852, que atribuía ao juiz *um poder inteiramente discricionário*¹⁴¹.

Os que assentam em sistemas métricos, compostos por graus e circunstâncias, cabendo apenas ao juiz a realização de *uma espécie de operação aritmética*, como sucedia no Código Penal espanhol até à reforma de 1995.

¹³⁷ *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, § 1., 8 e 10, pp. 44 e 45.

¹³⁸ Cujo objeto de estudo é a doutrina das consequências jurídicas do crime (que diz respeito “fundamentalmente às reacções ou sanções que ao crime se encontram juridicamente ligadas”, isto é, as penas e as medidas de segurança), onde se enquadra a problemática da determinação da pena. Assume atualmente um papel de tal modo relevante em termos científicos que podemos situá-la ao mesmo nível da doutrina geral do crime ou teoria do delito (que diz respeito ao “conjunto de pressupostos de que depende a verificação de uma consequência ou de um efeito jurídico”), que durante muito tempo, e até muito recentemente, ocupou de forma destacada a atenção da dogmática penal. Completamente ultrapassada se encontra, pois, a concepção, herdada do pensamento de von Liszt e expressamente repudiada, entre outros, por DIAS, Jorge de Figueiredo, de uma doutrina das consequências jurídicas do crime apenas com *relevo derivado, acessório ou instrumental relativamente à doutrina geral do crime*. Para isso contribuiu, como salienta este autor, a sua enorme “importância prática”, que suplanta, aliás, a da doutrina do crime, quer para o delinquentes, quer para a vítima, quer para a própria sociedade. Papel relevante teve, também, seguramente, a generalização do sistema de «*penas variáveis ou temporárias*» nos ordenamentos penais contemporâneos e a consequente necessidade de graduação da pena concreta, entre os limites mínimo e máximo previstos, em função de determinadas circunstâncias gerais agravantes ou atenuantes, como, por exemplo, além de outras, o comportamento do delinquentes após a prática do crime, que constitui o tema central deste trabalho. Tal necessidade aumentou necessariamente a relevância da doutrina das consequências jurídicas do crime, como, aliás, salienta Eduardo Correia, dos fins das penas e dos ensinamentos da criminologia e da política criminal. A crescente importância da doutrina das consequências jurídicas do crime ou das sanções criminais, não apenas em termos substantivos, mas igualmente em termos adjetivos, resulta, segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, precisamente da *sua projeção no moderno processo penal*, designadamente no Código de Processo Penal Português, que autonomizou *as operações de determinação da sanção – sem contudo constituir com elas uma particular «fase» do julgamento – no contexto da deliberação e votação da decisão; e permite mesmo a reabertura da audiência para produção de prova suplementar sobre a determinação da espécie e da medida da sanção a aplicar (CPP, art. 371.º)*. Crf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 39, 40 e 42; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p. 677; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, pp. 315 e 317.

¹³⁹ Longe vão, pois, os tempos, embora tenha passado pouco mais de meio século, em que Spindel, como refere RODRIGUES, Anabela Miranda (*A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 11), *terminava a sua obra sobre a «doutrina da medida da pena» (Zur Lehre vom Strafmass) com a conclusão desoladora de que a «teoria da determinação judicial da pena» se encontrava, ao tempo, aproximadamente no estágio de desenvolvimento da doutrina geral da infração penal na época de Feuerbach.*

¹⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonçalo, MORALES PRATS, Firmin, e PRATS CANUT, Josep Miguel, *Manual de derecho penal: parte general*, pp. 706 e 707.

¹⁴¹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. II, 1992, § 18, 61., II, p. 335.

Os que facultam ao juiz critérios orientadores não vinculativos, como é o do Código Penal Alemão.

Por último, os que, como é o consagrado no Código Penal Português atual, embora estabelecendo regras de medição da pena, deixam, no entanto, ao juiz uma razoável margem de discricionariedade, sempre vinculada, para sopesar os elementos a atender¹⁴².

Importa anotar que discricionariedade não significa processo arbitrário¹⁴³, dependente, *apenas ou predominantemente da «arte» e subjectividade do julgador*¹⁴⁴.

Está, desde logo, condicionado, entre outros, pelos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da culpa, que baliza o próprio limite máximo da pena concreta. Está, igualmente, condicionado pelo funcionamento dos fins da pena.

Constituindo, por outro lado, «estruturalmente aplicação de direito», susceptível de apreciação em sede de recurso, o processo de determinação da pena deve ser devidamente fundamentado, por exigência legal e da própria natureza da função jurisdicional¹⁴⁵.

2.5. Princípios estruturantes da determinação da pena

Incidindo sobre direitos, liberdades e garantias do arguido, o processo de determinação da pena obedece em qualquer Estado de Direito Democrático a um conjunto de valores e princípios que, herdados do iluminismo e hoje reconhecidos universalmente, se mostram consagrados não apenas na lei ordinária mas, também, em sede constitucional¹⁴⁶.

¹⁴² Como referido no Ac. STJ de 15.09.2010 (proc. 1977/09.6JAPRT.S1) in www.dgsi.pt, recorrendo à doutrina de Jescheck, essa margem de discricionariedade ou de liberdade individual de que goza o juiz na operação de fixação da medida concreta da pena apenas é admissível relativamente ao que não se mostra positivado na lei, não, sendo, por isso, *plenamente controlável de um modo racional. Colhe justificação, já que se trata de converter a quantidade de culpabilidade e demais múltiplas vertentes da formação da pena em “magnitudes penais”*. Porém, sendo aquela operação, como todo o processo de determinação da pena, *estruturalmente aplicação do direito, deve ter sempre em apreço a culpabilidade do agente e os efeitos da pena sobre a sociedade e na vida do delinvente, por força do que dispõe o art. 40.º, n.º 1, do CP*.

¹⁴³ Como recorda JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 82, II., 1., p. 788, o ato de individualização da pena não é livre, sendo a discricionariedade de que beneficia o juiz juridicamente vinculada. Em primeiro lugar, depende de *«princípios individualizadores» que em parte não estão escritos. Esses princípios inferem-se dos fins da pena*, que se devem relacionar com os elementos individualizadores. Por outro lado, o direito penal oferece-lhe *duas regras centrais para a individualização, ambas escritas: a culpa, enquanto fundamento da individualização da pena; e os efeitos da pena para a vida futura do arguido na sociedade*.

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 40 e 41; CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 317; RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 13.

¹⁴⁵ Como anota SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral III*, pp. 121 e 122, é, precisamente, *para obviar ao possível «arbitrium judicis» que as legislações modernas exigem a fundamentação da decisão, possibilitando a sua sindicabilidade externa e obrigando à racionalização das operações de determinação da pena concreta. Não basta, pois, enumerar os critérios legais, é necessário indicar os motivos da opção por este ou aquele fator determinante da quantidade da pena, justificando ainda as razões de ter chegado àquele resultado*.

¹⁴⁶ Como nota SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa*, p. 205, a própria compreensão do que é reagir ao crime com justiça está, ainda hoje, decisivamente influenciada, na senda do racionalismo iluminista e do racionalismo liberal, pela pedra de toque do «contrato social».

Moldando todo o direito penal moderno, visto funcionarem como importantes limites do poder punitivo do Estado no momento da aplicação da pena, esses valores e princípios, ou pelo menos parte significativa dos mesmos, encontram-se congregados na própria ideia do que, segundo Cesare Beccaria, deveria ser a pena: «*pública, de rápida atuação, necessária, tão suave quanto as circunstâncias o permitam, proporcionada ao crime e determinada através da lei*»¹⁴⁷.

2.5.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

Enquanto conjunto de valores absolutos e intrínsecos do ser humano em torno dos quais se alicerçam e moldam todos os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁸ constitui um dos principais pilares de qualquer Estado de Direito. Proibindo penas excessivas e cruéis, como pacificamente hoje são consideradas as sanções que envolvam qualquer tipo de tortura física ou psíquica¹⁴⁹, humanizou o direito penal moderno.

Em termos internos, mostra-se consagrado constitucionalmente logo no art.º 1.º da Constituição da República Portuguesa¹⁵⁰, que expressamente o concretiza depois em diversas das suas normas, concretamente nos art.ºs 24.º e 25.º, n.º 2¹⁵¹.

A nível transnacional, consta, entre outros diplomas¹⁵², expressamente no art.º 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que *ninguém será submetido a torturas nem a penas ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes*, norma incorporada na legislação portuguesa por força do disposto no art.º 8.º da Constituição da República.

¹⁴⁷ Segundo a síntese feliz de v. Hippel, reproduzida por CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, p. 85.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 62) descreve a dignidade da pessoa humana como a *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*. A dignidade assume tal importância que, segundo Kant, não tem preço. Trata-se, pois, como nota DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, p. 275, do *princípio mais absoluto*, no sentido de que *não consente nenhuma violação*.

¹⁴⁹ Não enquadráveis na ideia de pena justa defendida por Cesare Beccaria. Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, pp. 84 e 85.

¹⁵⁰ Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁵¹ A vida humana é inviolável e em caso algum haverá pena de morte; não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade de carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida; ninguém pode ser submetido a (...) penas cruéis, degradantes ou desumanas.

¹⁵² Por exemplo, na Convenção Americana dos Direitos Humanos (artigo 5 ap. 2); no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 7). A dignidade humana constitui, também, um dos valores fundamentais da União Europeia, como resulta do artigo 1-2º do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (*A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo dos direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens*).

Importa salientar que este princípio está na base do abandono da pena de morte¹⁵³, das penas corporais¹⁵⁴, da pena de prisão perpétua¹⁵⁵ e das penas imprescritíveis a que se tem assistido em alguns ordenamentos penais, na gradual substituição das penas privativas da liberdade de curta duração por outras¹⁵⁶, designadamente a pena de multa, e na própria descriminalização de algumas condutas. É também este mesmo princípio que se encontra na base da melhoria das condições do cumprimento da pena em meio prisional, onde se tem feito sentir com particular incidência.

2.5.2. O princípio da legalidade penal

Surgido, à semelhança dos demais princípios estruturantes aqui abordados, como meio de reação contra as arbitrariedades do “Antigo Regime”, o princípio da legalidade penal constitui outro dos postulados do ideário iluminista e da conceção liberal do Estado de Direito Democrático¹⁵⁷. Sintetizado no aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que corporiza o pensamento de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833)¹⁵⁸, tem, em primeira linha, como objetivo garantir a segurança jurídica, impedindo que alguém seja sancionado penalmente sem que o seu comportamento se mostre previamente tipificado como crime¹⁵⁹. Traduz-se, pois, numa limitação do poder punitivo do Estado através da lei, sujeitando-o a critérios de estrita legalidade.

¹⁵³ Em termos europeus, o Protocolo 6 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção de Roma de 1950), dispõe expressamente que *a pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena ou executado*. Como lembram ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marin, RAMOS TAPIA, M^a Inmaculada e ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)* p. 53, aplicando-se a referida convenção a todos os membros do Conselho da Europa, diz-se que um dos elementos caracterizadores da Europa é precisamente de ser um *território onde não existe a pena de morte*.

¹⁵⁴ Como a mutilação de parte do corpo, concretamente a amputação de membros e a castração.

¹⁵⁵ Que vem sendo substituída por penas de prisão cujo limite máximo se encontra fixado legalmente e tem, aliás, tendencialmente, diminuído.

¹⁵⁶ A este propósito, importa começar a discutir abertamente se as penas curtas de prisão não constituem uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que está demonstrado que a sua execução causa mais danos do que benefícios. Por essa razão alguns países, como é o caso de Espanha com o Código Penal de 1995, deixaram de prever penas de prisão inferiores a seis meses. Por sua vez, na Alemanha, muito embora se continue a prever as penas de prisão inferiores a seis meses, as mesmas apenas podem ser aplicadas excepcionalmente e quando se afigure imprescindível, como resulta do parágrafo 47 I do StGB. Sobre as consequências nocivas das penas curtas de prisão e sobre a proposta da sua eliminação no Projeto Alternativo da Parte Geral do Código Penal Alemão de 1966, ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, pp. 129 e 130.

¹⁵⁷ Manifestações do princípio da legalidade podem, no entanto, encontrar-se muito antes. OSLE, Rafael Domingo, *Principios de Derecho Global*, num. 692, aponta a título de exemplo a *Magna Charta Libertatum* (1215) de João Sem Terra e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) de Carlos V. Porém, como anota PUIG, Santiago Mir, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 114 e 115, nenhum deles consagra o princípio da legalidade no seu sentido moderno e atual. Por exemplo, a *Magna Charta* não excluía os costumes e teria, segundo parece, o significado de garantia processual e a *Constitutio Criminalis* não proibía a analogia contra o réu. (...) Citando o referido autor, *só a partir da ideologia liberal, impulsionada por esta e consagrada politicamente sobretudo a partir da Revolução Francesa, aquele princípio se concebe como limitação do poder punitivo do Estado (...) Apenas a partir daí o princípio «nullum crimen, nulla poena sine lege» é, como disse Mezger, «um paladino da liberdade cidadã».*

¹⁵⁸ Cfr. NEVES, António Castanheira, *O Princípio da Legalidade Criminal*, p. 350.

¹⁵⁹ Anota, porém, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, nota 2., p. 114, que *literalmente Feuerbach não se referiu à componente «nullum crimen sine lege», por muito que se incluía no seu pensamento.*

Constituindo uma das conquistas da Revolução Francesa¹⁶⁰, integrou os princípios proclamados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁶¹. Atualmente, mostra-se consagrado, entre outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, no n.º 2 do art.º 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶², no art.º 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁶³, no art.º 15.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁶⁴, no art.º 25.º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹⁶⁵ e no art.º 9.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶⁶.

Ao nível das legislações internas dos diversos países, e na sequência da influência da Constituição Francesa de 1791, passou a figurar na generalidade dos ordenamentos modernos, quer ao nível das leis fundamentais¹⁶⁷, quer ao nível da legislação penal ordinária. Entre nós, consta no art.º 29.º da CRP e expressamente no art.º 1.º do Código Penal. O n.º 1¹⁶⁸ de cada um destes preceitos enuncia apenas o que Santiago Mir Puig intitula como sendo a sua *garantia criminal*¹⁶⁹. O princípio da legalidade não se esgota, porém, nessa garantia. Comporta, também, *uma garantia penal, uma garantia jurisdicional ou judicial e uma garantia de execução*. Como escreve o referido autor¹⁷⁰, *a garantia criminal* traduz-se na exigência de que o crime seja determinado e definido por lei («*nullum crimen sine lege*»). A *garantia penal*

¹⁶⁰ Tem na sua base a teoria do contrato social e da divisão de poderes, nos termos do qual a lei apenas pode emanar do poder legislativo enquanto representante da vontade popular. Como escrevia BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, p. 66, (...) *somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social*.

¹⁶¹ Art. 7.º - *Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas (...). Art. 8.º - (...) ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada* (http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html).

¹⁶² *Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido*.

¹⁶³ 1. *Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Iguamente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida*.

2. *O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*.

¹⁶⁴ 1. *Ninguém será condenado por atos ou omissões que não constituam um ato delituoso, segundo o direito nacional ou internacional, no momento em que forem cometidos. Do mesmo modo não será aplicada nenhuma pena mais forte do que aquela que era aplicável no momento em que a infração foi cometida. Se posteriormente a esta infração a lei prevê a aplicação de uma pena mais ligeira, o delinquente deve beneficiar da alteração*.

2. *Nada no presente artigo se opõe ao julgamento ou à condenação de qualquer indivíduo por motivo de atos ou omissões que no momento em que foram cometidos eram tidos por criminosos, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações*.

¹⁶⁵ *Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes* (http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm).

¹⁶⁶ *Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se* (<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>).

¹⁶⁷ Por exemplo, na Constituição espanhola de 1876 (art.º 16.º); na Constituição de Weimar de 1919 (art.º 116.º); na Constituição Italiana de 1947 (art.º 25.º).

¹⁶⁸ *Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática*.

¹⁶⁹ *Derecho Penal. Parte General*, pp. 116 e 118.

¹⁷⁰ *Derecho Penal. Parte General*, p. 116.

traduz-se na exigência de que a lei estabeleça a pena que corresponde ao facto criminoso, fixando o seu alcance e a sua duração («*nulla poena sine lege*»). A *garantia jurisdiccional* traduz-se na exigência de que a confirmação da existência do delito e a imposição da pena se façam por sentença judicial e através de um procedimento legalmente estabelecido¹⁷¹. Por sua vez, a *garantia da execução* impõe que também a execução da pena seja regulada por lei.

Sinaliza o mesmo autor que para se conseguirem tais garantias a norma jurídica deve obedecer a determinados requisitos, que qualifica em torno das seguintes três exigências: «*lex praevia*», «*lex scripta*» e «*lex stricta*»¹⁷². Com a exigência de uma «*lex praevia*», cujo objetivo é a salvaguarda da segurança jurídica, *proíbe-se a retroatividade das leis que punam novos delitos ou agravem a sua punição*¹⁷³. No momento em que atua o agente deve, pois, saber se vai praticar algum delito e se vai incorrer em alguma nova pena mais grave. Com a exigência de uma «*lex scripta*», que se repercute em termos políticos, *fica, desse logo, excluído o costume como possível fonte de delitos e de penas*. Não basta, todavia, *uma qualquer norma escrita*. Deverá ser uma lei emanada do Poder Legislativo, enquanto representante da vontade popular¹⁷⁴. Finalmente, com a exigência de uma «*lex stricta*», que constitui uma exigência estritamente material do princípio da legalidade, impõe-se que a lei penal seja suficientemente clara e precisa ao tipificar as condutas criminais e ao cominar as respetivas sanções. É nesta garantia que se enquadra a proibição do recurso à analogia em desfavor do arguido, expressamente prevista no n.º 3 do art.º 1.º do Código Penal. Como esclarece Santiago Mir Puig importa distinguir a analogia da interpretação. Esta, sempre admissível desde que não contrarie princípios constitucionais, não extravasa o *sentido literal possível* da lei. A analogia, sempre proibida se for *contra reo* ou *in malam partem*, implica, pelo contrário, a aplicação da lei penal a situações não compreendidas *em nenhum dos sentidos possíveis da sua letra*, mas apenas análogas a outras contempladas no texto legal¹⁷⁵.

¹⁷¹ Dai dizer-se que se trata de *matéria hoje jurificada*, como anota PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa*, pp. 23 e 24, pois *existem princípios constitucionais que a enquadram; é a lei que determina as espécies, limites e pressupostos de aplicação das sanções; o legislador toma posição sobre a finalidade das penas e das medidas de segurança; os próprios critérios de escolha e de determinação da medida das sanções já não estão entregues à arte e sensibilidade de quem julga, antes obedecem as regras legais, densificadas pela doutrina*.

¹⁷² *Derecho Penal. Parte General*, pp. 116 e 117.

¹⁷³ Cfr. n.ºs 1, 3 e 4 do art.º 29.º da CRP e nos 1 dos art.ºs 1.º e 2.º do CP. A retroatividade da lei mais favorável é, porém, admitida na generalidade dos ordenamentos penais modernos, estando entre nós expressamente consagrada na parte final do n.º 4 do art.º 29.º da CRP. Cfr., também, n.ºs 2 e 4 do art.º 2.º do CP.

¹⁷⁴ Como já defendia BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, p. 66, *somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social*.

¹⁷⁵ *Derecho Penal. Parte General*, p. 125.

2.5.3. O princípio da culpa

Constituindo *uma máxima fundamental*¹⁷⁶ do moderno direito penal, dada a sua função limitadora do intervencionismo do Estado¹⁷⁷, o princípio da culpa¹⁷⁸ (*não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa*) assume uma dupla dimensão ao nível da pena. Por um lado, constitui um dos seus pressupostos. Por outro, funciona como seu limite¹⁷⁹.

No primeiro caso, garante que ninguém será sancionado penalmente se não possuir as necessárias condições psíquicas que lhe permitam compreender o alcance da norma penal, em particular a ilicitude do facto, e lhe permitam agir de acordo com essa compreensão. A pena pressupõe, pois, que o agente atue sempre com dolo ou culpa.

Garante ainda, porque a responsabilidade é sempre subjetiva, que ninguém será responsabilizado por atos de terceiros¹⁸⁰. A sanção deve, pois, ser aplicada exclusivamente ao autor do delito. Com efeito, como lembra Günther Jakobs, *considera-se hoje evidente que apenas pode ser responsabilizado por uma infração quem por si mesmo participou nela (...)*¹⁸¹. Nesses termos se pronunciava já Manuel Lardizábal y Uribe (1739-1829) no século XVIII¹⁸², ao escrever que *a ninguém pode ser imposta pena por delito cometido por outrem, por grave que seja*, sendo da natureza da pena, segundo a sua definição, que a mesma tenha de ser imposta a quem causou o mal.

No segundo caso, o que mais releva para o tema que nos ocupa, enquanto circunstância de determinação da pena, a culpa funciona como ponto de referência e limite para a sua medida¹⁸³. Essa função limitadora faz do princípio da culpa um

¹⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, p. 510, ao ponto de dever *constituir um princípio de direito constitucional próprio de todos os ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos* (Cfr. *loc. cit.* p. 275). A importância da culpa é salientada por CORREIA, Eduardo, «As grandes linhas da reforma penal», in *Jornadas de Direito Criminal – O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, p. 20, ao referir que a sua abolição *na fundamentação do direito penal tiraria aos aparelhos do Estado toda a legitimidade para punir*. Para ele *a culpa, partindo da dignidade humana, terá, antes, que ser sempre fundamento, ou, pelo menos, limite da pena*. No mesmo sentido se pronuncia PINTO, Inês Horta, *loc. cit.*, p. 27, que igualmente considera a culpa como derivando directamente do princípio estrutural que é o da dignidade da pessoa humana, que implica a sua adoção.

¹⁷⁷ (...) *visando defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado*. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, p. 274.

¹⁷⁸ Como ensina CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, p. 316, a culpa é um juízo de *censura ético-jurídica dirigida a um sujeito por não ter agido de modo diverso*, quando poderia tê-lo feito. Em termos práticos, a conduta é, pois, culposa quando *o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever sócio-comunitário*. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, p. 274.

¹⁷⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, p. 82.

¹⁸⁰ O que era comum suceder antes da consagração legal do ideário iluminista, pelo menos relativamente a crimes reputados de maior gravidade. Por exemplo, entre nós, as Ordenações Filipinas previam automaticamente sanções para os filhos dos autores dos crimes de *lesa majestade*, pela *maldade que seu pai commetteo*, o que era aplicável também aos netos (*Quinto Livro, Título VI, ponto 13*). In, <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1155.htm>.

¹⁸¹ *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 9.

¹⁸² *Discurso sobre las penas*, cap. I, ponto 3..

¹⁸³ JAEN VALLEJO, Manuel, *Los Principios Superiores del Derecho Penal*, p. 72, é particularmente claro ao afirmar que *o princípio da culpa deve ser tomado em conta no momento da individualização da pena, traduzindo-se aqui na proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade da culpa*. A culpa pelo facto *há-de ser a base da individualização da pena*. No direito

insubstituível pilar da própria dignidade da pessoa humana e *uma autêntica máxima de civilização e de humanidade*¹⁸⁴.

2.5.4. O princípio da proporcionalidade

Juntamente com os princípios da culpa e da igualdade, o princípio da proporcionalidade constitui seguramente um dos pilares em que assenta a determinação da pena nos modernos sistemas penais, mais que não seja pela sua estreita ligação ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana¹⁸⁵.

As suas origens remontam à época do Iluminismo no séc. XVIII¹⁸⁶, em particular às teorias defendidas por autores como Cesare Beccaria (1738-1794), John Howart (1726-1790) e Jeremias Bentham (1748-1832), contrárias a qualquer forma de punição desnecessária, inadequada ou exagerada. Necessidade e adequação constituem, pois, duas ideias mestras do princípio da proporcionalidade¹⁸⁷, cuja medida deve, segundo Santiago Mir Puig¹⁸⁸, ser estabelecida com base na importância social do facto¹⁸⁹.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁹⁰, logo em 1789, consagrou expressamente o princípio da proporcionalidade no seu art.º 8., dispondo que *a Lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*. Seguiu-se a Constituição Francesa de 1793, no seu artigo 15.¹⁹¹, e dois anos depois, a Constituição Francesa de 1795, no seu artigo 12.¹⁹².

Apesar da influência que tais diplomas exerceram nas leis fundamentais da generalidade dos países europeus, o princípio da proporcionalidade continua, todavia,

comparado europeu esta fórmula recolhe-se em distintos códigos, como o StGB alemão (§ 46), o OStGB austríaco (§ 32), no art 132 (implicitamente) do CP Italiano e no art.º 71.º do CP português.

¹⁸⁴ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, p. 277.

¹⁸⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *El principio de la proporcionalidad*, pp.1356 a 1382. O preâmbulo do DL n.º 48/95, de 15/03, que procedeu à revisão do Código Penal, recorda-o expressamente ao referir que *necessidade, proporcionalidade e adequação são os princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental*.

¹⁸⁶ Todavia, o seu desenvolvimento deve-se em grande parte à doutrina e jurisprudência alemãs pós segunda guerra mundial, que incluíram no mesmo três subprincípios: o da *idoneidade* da intervenção estadual para conseguir o seu fim; o da *necessidade* da referida intervenção com vista a alcançar tal fim; e o da *proporcionalidade em sentido estrito*, detalhadamente explicados por MIR PUIG, Santiago, *El principio de la proporcionalidad*, pp. 1358 e ss.

¹⁸⁷ Como escrevia BECCARIA, Cesare, *loc. cit.*, p. 116, referindo-se à eficácia da pena, *tudo o que é demais é, portanto, supérfluo, e por isso tirânico*. Mais à frente, referindo-se à desnecessidade da pena de morte, escrevia ainda que *para que uma pena seja justa não deve haver senão aquele grau de intensidade que basta para afastar os homens dos delitos*.

¹⁸⁸ *Derecho Penal. Parte General*, p. 139.

¹⁸⁹ Podemos, pois, dizer, como LLORCA ORTEGA, José, *Manual de la determinacion de la pena*, pp. 32 e 33, que o princípio da proporcionalidade se mostra infringido sempre que a pena, seja a legal ou abstracta, seja a concreta, se mostre desproporcionada por excessiva, ainda que aplicada adequadamente e com respeito das regras a que deve obedecer a sua determinação.

¹⁹⁰ *Inspirada na declaração da independência americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 marca o fim do Antigo Regime e o início de uma nova era*, como se sublinha no portal do Senado Francês (http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html).

¹⁹¹ *Article 15. - La loi ne doit décerner que des peines strictement et évidemment nécessaires: les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>).

¹⁹² *Article 12. - La loi ne doit décerner que des peines strictement nécessaires et proportionnées au délit* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>).

sem expressa consagração na maioria delas, entre as quais a Constituição da República Portuguesa¹⁹³. Não foi, porém, esquecido ao nível da União Europeia. A sua Carta dos Direitos Fundamentais, aprovada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão a 7 de dezembro de 2000¹⁹⁴, consagra-o no seu art.º 49.º, cuja epígrafe *Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas*, não deixa, aliás, margem para dúvidas, ao prever no seu parágrafo 3. que *as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração*.

De todo o modo, a natureza constitucional do princípio da proporcionalidade é pacificamente aceite. Desde logo, porque se mostra contemplado pelos valores da justiça e da liberdade, que constituem uma das bases do Estado de Direito Democrático¹⁹⁵ e se encontram consagrados no n.º 2 do art.º 18.º da Constituição da República Portuguesa¹⁹⁶. Com efeito, pressupondo o valor da justiça a moderação e o equilíbrio, qualquer abuso ao nível da escolha e da medida da pena, designadamente eventuais excessos relativamente aos seus limites, fica proibido. Quanto ao valor da liberdade, que apenas pode ser restringido em situações excecionais, contempla o princípio de proporcionalidade em virtude do funcionamento do *favor libertatis*.

O próprio princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa, e a obrigação de que todos os preceitos legais relativos aos direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevista no art.º 16.º do mesmo diploma, em particular no seu n.º 2, levariam, igualmente, à conclusão de que o princípio da proporcionalidade se mostra consagrado constitucionalmente, ainda que de forma implícita.

Não se questiona, pois, o seu carácter imperativo para os tribunais¹⁹⁷, o que resulta inequívoco da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e dos diversos Tribunais Constitucionais europeus¹⁹⁸. Entre nós, por exemplo, o Tribunal

¹⁹³ Muito embora seja possível extraí-lo - *nas suas dimensões de necessidade, proibição de excesso e proporcionalidade em sentido estrito* - do art.º 18.º, n.º 2, da CRP, como anota PINTO, Inês Horta, *loc. cit.*, p. 29.

¹⁹⁴ Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 364/1, de 18.12.2000.

¹⁹⁵ Cfr. art.º 2.º da Constituição da República Portuguesa, em particular a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais.

¹⁹⁶ *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

¹⁹⁷ Mas não apenas para os tribunais, enquanto intérpretes e aplicadores das normas jurídicas. Como resulta do n.º 1 do art.º 18.º da CRP, estando inequivocamente em causa direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, vincula também o legislador, enquanto autor das leis, impondo que estas se limitem ao necessário quando se trate de restringir aqueles ou aquelas. Quando dirigida ao legislador, na medida em que impõe que a pena para determinado crime seja fixada em função da sua gravidade, podemos falar em proporcionalidade *abstrata*. Quando, pelo contrário, é dirigida ao juiz no momento da escolha e graduação da pena aplicável ao arguido, podemos falar em proporcionalidade *concreta*.

¹⁹⁸ Em Espanha, por exemplo, como salienta MIR PUIG, Santiago, *El principio de la proporcionalidade*, p. 1374, o Tribunal Constitucional, nas suas primeiras sentenças, começou a considerá-lo implícito na proclamação do Reino de Espanha como um

Constitucional tem considerado contrária à Constituição qualquer sanção desproporcional ou violadora do princípio da igualdade¹⁹⁹.

2.5.5. O princípio da igualdade penal

Aplicável a todo o ordenamento jurídico, o princípio da igualdade constitui uma das bases em que assenta o Estado de Direito Democrático²⁰⁰. Consagrado expressamente no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa²⁰¹ e em diversos instrumentos de direito internacional a que Portugal se encontra vinculado²⁰², impõe que todos os cidadãos, que nascem livres e iguais em termos de dignidade social e enquanto titulares de direitos, sejam tratados da mesma forma por parte dos diversos Poderes do Estado, entre os quais o judicial²⁰³. Consistindo a igualdade em *tratar igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais*²⁰⁴, proíbe, pois, qualquer tipo de discriminação, designadamente ao nível da aplicação do direito²⁰⁵. No que diz respeito à lei penal, em particular ao concreto momento da escolha e da determinação da pena por parte dos juízes dos tribunais criminais, veda, desde logo, qualquer tratamento diferenciado ou arbitrário²⁰⁶. Diferentes arguidos, perante uma mesma situação, devem

Estado de Direito Social e Democrático, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no princípio da culpa. Posteriormente, passou a reconhecê-lo como critério de interpretação.

¹⁹⁹ Assim decidiu no Ac. T.C. n.º 370/94, pronunciando-se quanto ao art.º 203.º, al. a), do CJM anterior, por prever uma pena superior à cominada no Código Penal para o mesmo crime. Assim decidiu, também, no Ac. T.C. n.º 958/96, no Ac. T.C. n.º 334/98 e no Ac. T.C. n.º 118/99, todos eles referidos por ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 40, 12., pp. 175 e 176

²⁰⁰ À semelhança dos demais princípios estruturantes do moderno Estado de Direito, a sua origem remonta ao Iluminismo e à Revolução Francesa que o consagrou. Surgiu como reação às desigualdades sociais, privilégios e discriminações do “Antigo Regime”, sistema político, socioeconómico e religioso que vigorou em França até finais do século XVIII. Tratava-se inicialmente de uma igualdade essencialmente formal (a lei deve ser igual para todos, como preceituava o art.º 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), que a partir da República de Weimar evoluiu para uma ideia de igualdade também material (concretizada através da igual satisfação das necessidades básicas através da distribuição da riqueza nacional pelo maior número de pessoas possível), passando após a Segunda Guerra Mundial a assumir o atual estatuto de princípio fundamental consagrado constitucionalmente.

²⁰¹ 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

²⁰² Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art.º 1.º: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (...); art.º 7.º: Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.*); e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.º 14.º: *O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação*).

²⁰³ De modo a reafirmar o princípio relativamente aos órgãos e agentes administrativos, o n.º 2 do art.º 266.º da CRP, subordinando-os à Constituição e à lei, impõe que atuem, no exercício das suas funções, com respeito, entre outros, também pelo princípio da igualdade.

²⁰⁴ MARTINS, António Lourenço, *Medida da pena – Finalidades – Escolha*, p. 465. Cfr., também, MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, anotação ao art.º 13.º, p. 121, quanto ao sentido positivo do princípio da igualdade, que exige *tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante se situações semelhantes) e tratamento desigual de situações desiguais*.

²⁰⁵ Esclareça-se, porém, que o princípio da igualdade funciona, também, a montante, isto é, no momento da criação da lei. Como é referido no Ac. TC n.º 216/2010, de 1.06.2010, in DR II serie, de 7.07.2010, *o funcionamento do princípio da igualdade impõe que o legislador trate de forma igual as situações que possam qualificar-se de essencialmente idênticas, não podendo aí introduzir diferenciações sem um fundamento material bastante*.

²⁰⁶ Como refere MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 466, exigindo, desde logo, que na individualização da pena não se façam distinções arbitrárias.

beneficiar do mesmo tratamento, das mesmas condições e da mesma pena²⁰⁷. Se assim não for, mostra-se violado o princípio da igualdade²⁰⁸.

2.5.6. O princípio da necessidade ou utilidade da intervenção penal

A legitimidade da intervenção penal num Estado de Direito Democrático resulta da sua própria necessidade²⁰⁹. Se não se mostrar necessária para evitar a prática de delitos criminais, e desse modo proteger a sociedade, torna-se inútil. Deixa de se justificar precisamente por carecer de utilidade²¹⁰.

O artigo 8.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já consagrava essa ideia, estabelecendo que as penas deveriam ser necessárias. Por sua vez, a Constituição francesa de 1793, indo mais longe, proclamou em seu art.º 15.º que, além de necessárias, as penas deveriam ser *úteis* à sociedade.

A reação penal não pode, pois, ser destituída de qualquer utilidade, como, aliás, já se extrairia da abordagem feita das teorias do fim das penas, devendo ter na sua base um *fim utilitário*²¹¹. No caso português, para além de ser recordado no preâmbulo do Decreto Lei n.º 48/95, de 15/03, que procedeu à revisão do Código Penal, tal resulta inequívoco do disposto no n.º 1 do art.º 40.º do Código Penal, que estabelece como finalidades da punição a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na

²⁰⁷ A propósito da igualdade da aplicação do direito, diz MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 465, que *tem a ver com a «vinculação jurídico-material do juiz ao princípio da igualdade»*. As manifestações mais relevantes são a aplicação de igual direito a casos idênticos e a utilização de um critério de igualdade na utilização dos «poderes discricionários».

²⁰⁸ Embora sejam frequentes as decisões do STJ relativas ao princípio da igualdade em sede intra-processual, algumas existem, também, mais raras, em sede extra-processual. MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, pp. 337 e 338, logrou selecionar umas quantas. Destacamos as seguintes, por dizerem diretamente respeito à escolha e determinação da pena:

Ac. STJ de 17.12.1997 (proc. 97P1156), in www.dgsi.pt: [I - O princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei (artigo 13 da CRP) também abrange a igualdade de aplicação do direito e relaciona-se estreitamente com a vinculação jurídico-material do juiz a tal princípio. II - Assim, verificando-se idêntico circunstancialismo relativamente a dois arguidos do mesmo processo, autores do mesmo crime de tráfico de estupefacientes, impõe aquele princípio da igualdade que a pena a aplicar a ambos seja idêntica]. Ac. STJ de 16.02.2006 (proc. 06P124), in www.dgsi.pt: [Um dos princípios fundamentais do direito penal é o da igualdade nas decisões de justiça, preocupando quase todas as sociedades democráticas o problema conexo das disparidades na aplicação das penas. Com efeito, a desigualdade no sistema de justiça penal é uma questão fundamental pois que, mal é notada, perturba não só a paz social mas também as infrações a que pretende responder, problema a abordar de maneira operacional, pois seria uma operação vã confrontar os sistemas de justiça penal com um ideal absoluto e mítico – por essência, inacessível. Na individualização da pena o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que, na individualização da pena, não se façam distinções arbitrárias. Sem deixar de reconhecer que considerações de justiça relativa impõem que se considerem na fixação de penas em caso de comparticipação as penas dos restantes co-autores, importa notar que a questão das disparidades injustificadas nas penas deve gerar essencialmente uma resposta sistémica, tendente a, em geral, compreender e reduzir o fenómeno. Se é patente, no quadro de facto, o diferente posicionamento dos dois arguidos, e de muito maior responsabilidade, para o arguido, que se situa num patamar acima no tráfico de droga, de que a co-arguida é mero correio, colaborando esta com a Polícia e aceitando a materialidade dos factos apurados e negando-os o arguido, procurando debalde construir uma versão que o inocentasse, justifica-se a imposição de uma pena mais grave para este último].

²⁰⁹ Relativamente à necessidade da pena, já escrevia BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, p. 64, que *toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica (...)* embora as penas produzam um bem, elas nem sempre são justas, porque, para isso, devem ser necessárias, e uma injustiça útil não pode ser tolerada pelo legislador que quer fechar todas as portas à vigilante tirania. No mesmo sentido se pronunciava mais tarde Franz v. Liszt, ao proclamar que *só a pena necessária é justa* (cfr. MARINUCCI, Giorgio, no ensaio introdutório à referida obra de Beccaria, p. 39).

²¹⁰ A questão que aqui se coloca é, como refere PUIG, Santiago Mir, *Derecho Penal. Parte General*, p. 127, a de saber se o direito penal serve de facto para evitar a prática de crimes, o que nos remete para a problemática da eficácia da pena. Sem entrar na discussão, seguindo o referido autor, importa anotar que a eficácia ou não da pena não deve aferir-se com base no fracasso que representa a repetição da prática criminosa por quem já havia delinqüido, mas antes com base nas pessoas que não o fizeram e que o teriam feito não fora a ameaça da pena.

²¹¹ MOURA, Souto de, *A Jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha da medida da pena*, in http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf.

sociedade. E resulta, também, do n.º 1 do art.º 72.º do Código Penal, que, expressamente, se refere à diminuição da *necessidade da pena* como uma das situações que podem levar à atenuação especial. Por sua vez, quanto ao instituto da dispensa da pena previsto no art.º 74.º do Código Penal, refere Jorge de Figueiredo Dias que *manda a lei que não se aplique uma pena, pura e simplesmente, porque ela não surge, perante as finalidades que deveria cumprir, como «necessária»*²¹². O mesmo autor socorre-se igualmente do princípio da necessidade para justificar a suspensão da execução da pena de prisão, anotando que *a execução efetiva da pena privativa da liberdade ocorre somente quando tal se revelar necessário do ponto de vista das necessidades preventivas assinaladas na punição*²¹³. Tudo nos leva a concluir que a pena necessária ou útil, enquanto pena “justa”, não poderá passar apenas pela escolha do tipo de pena a aplicar em determinado caso concreto mas, também, pelo seu modo de execução. Por exemplo, considerando o leque de penas previstas na lei penal e colocadas à disposição do julgador, deverá este optar por aquela que sendo menos gravosa para o arguido se mostra suficiente para satisfazer os fins de proteção e de reintegração. Qualquer outra mais grave será injustificada por inútil e desnecessária.

2.5.7. O princípio da publicidade

As consequências jurídicas impostas ao agente do crime pelo tribunal devem ser conhecidas não apenas por ele mas por todos os cidadãos. À semelhança da própria audiência de julgamento, a pena, tem, pois carácter público, o que, aliás, se enquadra no seu fim preventivo geral. Com efeito, seria de todo impossível a sanção penal funcionar como dissuasora da prática de crimes pela generalidade da população sem esta a entender.

Indissociável do princípio da publicidade é o dever de fundamentação ou motivação. Impõe, como escreve António Lourenço Martins²¹⁴, que o juiz, para além de discriminar *de forma clara e precisa o dispositivo da sanção*, exponha *os fundamentos da decisão a que chegou, descrevendo de forma suficientemente precisa e compreensível as operações levadas a cabo até ao resultado final, incluindo a justificação da escolha e extensão da pena*. Em suma, deverá explicar porque escolheu determinada pena e não outra, porque a graduou de determinada forma e não de outra e porque optou, por exemplo, pela sua dispensa, pela sua atenuação ou pela suspensão da

²¹² *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 315.

²¹³ *Loc. cit.*, p. 612.

²¹⁴ *Loc. cit.*, p. 473.

sua execução²¹⁵. Em primeira linha, o objetivo é permitir ao arguido compreender a razão da decisão e poder reagir em via de recurso²¹⁶ perante qualquer eventuais arbitrariedades ou injustiças decorrentes, por exemplo da violação dos demais princípios vinculantes atrás referidos²¹⁷. Em segunda linha, o objetivo é permitir que a própria comunidade fique devidamente esclarecida quanto à justeza da pena, e, por outro, que a sanção desempenhe cabalmente a sua função preventiva geral.

2.5.8. O princípio da proibição de dupla valoração

Nos termos do n.º 2 do art.º 71.º do Código Penal *não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que façam já parte do tipo de crime*. Nisso se traduz, como escreve Jorge Figueiredo Dias, *o essencial do princípio da proibição de dupla valoração*²¹⁸.

Consiste, pois, como resulta particularmente claro da letra da lei, na proibição de o juiz recorrer em sede de determinação da pena a circunstâncias que o legislador já teve em consideração no momento em que fixou a sua medida legal²¹⁹. Mas consiste, também, na proibição de uma mesma circunstância ser valorada pelo juiz nas diversas

²¹⁵ Como decidido no Ac. STJ de 19.02.2015 (proc. 617/11.8JABRG.G2.S1), in www.dgsi.pt, *a especificação dos fundamentos que presidiram à escolha e à medida da pena integra-se no dever de fundamentação das razões de direito da decisão, a que se refere o n.º 2 do art. 374.º do CPP, e a omissão de tal especificação determina a nulidade da sentença (cf. art. 379.º, n.º 1, al. a) do CPP*. A operação complexa de determinação da medida concreta da pena deve ser esclarecida na sentença por forma a tornar compreensíveis as razões da medida da pena, e, quando for caso disso, de não opção por uma pena de substituição.

²¹⁶ Fala aqui DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 196, em *controlabilidade em via de recurso do procedimento de determinação da pena*. Por essa razão, o art.º 71.º, n.º 3, impõe ao juiz o *dever jurídico-substantivo* de referir expressamente na sentença os fundamentos da medida da pena. Por isso, também, como anota o referido autor (*idem*), o legislador, em consonância com a estatuição prevista naquela norma, regulou no CPP *minuciosamente o processo respetivo, autonomizando-o em certa medida relativamente ao processo de determinação da culpabilidade*.

²¹⁷ Daí que a *motivação deva ser compreensível e controlável*, como bem anota MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 484, tanto mais que, como lembra PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa*, p. 24, é admissível *recurso baseado apenas na sanção aplicada*. A propósito do recurso de revista, esclarece o Ac. STJ de 12.03.2009 (proc. 08P3781), in www.dgsi.pt, que *pode sindicar-se a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou do procedimento, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, à falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção*.

²¹⁸ *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 234. Sobre a proibição da dupla valoração dos elementos factuais da individualização da pena, vide JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, § 82, V, pp. 796 e 797. *Idem*, MAURACH, Reinhart, *loc. cit.*, p. 543. Este autor, noutro contexto e centrando a questão na importância da distribuição de funções entre o legislador e o juiz, que não se pode substituir àquele, apresenta alguns exemplos de circunstâncias que não podem ser consideradas pelo julgador na individualização da pena por já o terem sido pelo legislador quando tipificou o crime (v.g. não pode agravar a pena nos crimes contra a vida por se ter destruído uma vida humana). Também a jurisprudência se tem pronunciado sobre o seu funcionamento, sublinhando a necessidade da sua observância na determinação da medida da pena. V.g. Ac. STJ de 15.12.2011 (proc. 706/10.6PHLSB.S1), in www.dgsi.pt: [*Os factores a que a lei manda atender para a determinação concreta da pena são os que vêm indicados no n.º 2 do art. 71.º do CP e (visto que tal enumeração não é exaustiva) outros que sejam relevantes do ponto de vista da prevenção e da culpa, mas que não façam parte do tipo legal de crime, sob pena de infracção do princípio da proibição da dupla valoração*].

²¹⁹ A doutrina tem, no entanto, admitido essa possibilidade em determinados casos (v.g. MAURACH, Reinhart, *loc. cit.*, p. 543) e a jurisprudência decidido nesse sentido. Por exemplo, o Ac. STJ de 20.10.2011 (proc. 1909/10.9JAPRT.S1), in www.dgsi.pt, decidiu que o art.º 71.º, n.º 2, do CP, ao determinar *que o tribunal, ao fixar a pena concreta, não deve atender às circunstâncias que façam parte do tipo, pretendendo excluir a dupla valoração na determinação da pena concreta, impedindo, pois, que um facto que foi determinante para a subsunção típica funcione também, após essa operação, como circunstância relevante para a fixação da pena, quer em sentido agravativo, quer em sentido atenuativo*, não impede, porém, *que os factos típicos não possam de todo relevar como circunstâncias agravantes ou atenuantes, na fixação da pena concreta. Na verdade, quando as circunstâncias que integram elementos típicos do crime ultrapassarem, ou ficarem aquém, em termos de intensidade ou consequências, de um "grau médio" de ilicitude pressuposto pelo legislador na fixação da moldura abstracta, essas circunstâncias deverão ser atendidas na determinação da pena concreta, como agravantes ou atenuantes, conforme o caso*].

etapas que compõem a determinação da pena em sentido amplo, isto é, mais que uma vez²²⁰.

3. O COMPORTAMENTO (POSITIVO) POSTERIOR AO CRIME EM GERAL

3.1. Enquadramento da questão

Como refere Javier de Vicente Remesal²²¹, o direito penal reconhece consequências jurídicas não apenas ao comportamento do arguido no decurso do *iter criminis* mas, também, ao seu comportamento anterior e posterior ao cometimento do crime. No que diz respeito ao último, concretiza António Lourenço Martins²²² que é o produzido de «*imediatamente*» à sua prática ou no «*decurso do tempo*» até ao julgamento.

Cingindo-nos ao comportamento positivo, onde se enquadra a colaboração com a justiça, nas suas possíveis formas, o mesmo assume atualmente enorme relevo jurídico na generalidade dos sistemas penais europeus²²³.

²²⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 237. Sobre o funcionamento do princípio da proibição de dupla valoração na determinação da pena única em caso de concurso de crimes, vide Ac. STJ de 14.05.2014 (proc. 31/13.0JA.AVR.C1.S1), in www.dgsi.pt: [Na determinação da medida das penas parcelar e única não é admissível, em princípio, uma dupla valoração do mesmo factor com o mesmo sentido: se a decisão faz apelo à gravidade objectiva dos crimes está a referir-se a factores de medida da pena que já foram devidamente equacionados na formação das penas parcelares].

²²¹ *El comportamiento postdelictivo*, p. 53.

²²² *Medida da Pena*, p. 513.

²²³ A relevância jurídica do comportamento positivo posterior ao delito não é, porém, recente. O direito penal germânico, que inspirou algumas das soluções legais adotadas em diversos países europeus, entre os quais Portugal, valora-o pelo menos desde o século XIX, com a sua inclusão entre as circunstâncias passíveis de levar à atenuação da pena nos art.ºs 93 e 94 do Código Penal do Reino da Baviera (1813), cuja parte geral foi da autoria de Feuerbach [o primeiro previa a atenuação da pena quando da vida anterior ou da conduta durante e após o delito do autor do crime pudesse resultar *um menor grau de malícia e de perversidade*. O segundo previa a atenuação da pena quando o agente se tivesse *esforçado ativamente, pelo seu livre impulso interior, a reparar os danos causados*; quando se tivesse denunciado *a si próprio perante o tribunal*; quando no seu primeiro e segundo interrogatório tivesse confessado *veraz e detalhadamente o seu delito*; quando tivesse denunciado *outros autores desconhecidos ou tivesse facilitado por impulso próprio os meios e a oportunidade para serem detidos*]. O Código Penal do Ducado de Oldenburgo (1814) e o Código Criminal do Reino de Hannover (1840) seguiram o mesmo caminho, respectivamente nos art.s 100 VI e 94 [assinala VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, p. 182, que a *confissão do próprio delito, a delação e a reparação dos danos eram as modalidades de comportamento posterior ao delito recolhidas nesses códigos, orientados para a prevenção geral*]. O comportamento positivo posterior ao crime deixa, no entanto, de aparecer expressamente nos códigos mais importantes do século XIX que se lhes seguiram, designadamente no Código Penal do Reich de 1871, onde primava o fim retributivo da pena. Isso não significava, todavia, como esclarece VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 182 e 183, a sua exclusão, pelo contrário. Com efeito, *conferia-se ao Juiz o poder de valorar todos aqueles factos que considerasse relevantes para a determinação da pena*, ainda que não se mostrassem expressamente enumerados. Aliás, segundo o referido autor, a sua não consagração expressa tinha como objectivo permitir ao juiz recorrer aos mais usuais, cuja existência era admitida de forma unânime e sem discussão. Porém, o comportamento positivo posterior ao crime aparece de novo como circunstância atenuante nos primeiros projectos do séc. XX. Aconteceu no Anteprojecto de 1909, concretamente no seu § 81, relativo às circunstâncias de atenuação e de agravamento da pena, que consagrou como circunstância atenuante *o comportamento do autor após o facto, particularmente o provado arrependimento e o esforço para reparar as suas consequências*. Surge então com autonomia própria, influenciando diretamente na pena e não através de conclusões sobre a perigosidade ou perversidade do agente, dado ter passado a figurar entre as suas circunstâncias ou fatores mais relevantes, como sejam, entre outros, a gravidade das consequências do facto; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; e as condições pessoais do agente e a sua condição económica. A partir daí, salienta o autor [*loc. cit.*, p. 183], *materializa-se a ideia de converter o sujeito e não o facto como centro fundamental de referência. A adaptação da pena à personalidade do agente converte o comportamento positivo posterior ao facto em causa de valoração direta e autónoma. A atitude interna («Gesinnung») manifestada após a consumação do delito pode afectar diretamente a pena aplicável ao dito delito, ao considerar-se aquele comportamento como autónoma fonte de conhecimento para a determinação da personalidade*. Posteriormente, foi incluído no § 69 do projecto do Código Penal de 1930 e, depois, no § 62 do projecto do Código Penal de 1957 entre as circunstâncias não pertencentes ao tipo legal a considerar pelo juiz na individualização judicial da pena. Porém, como anota Anabela Miranda Rodrigues [*A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 613, nota (12)], *só depois da entrada em vigor da Primeira Lei para a Reforma do Direito Penal (25 de Junho de 1969) é que não há dúvida que o comportamento posterior ao facto, que se inclui no § 13 – parágrafo que passa a ser o § 46 com a Segunda Lei (4 de Julho de 1969) – é um factor da medida da pena*. Atualmente, o § 46 II do StGB, relativo aos princípios da determinação da pena, prevê-o expressamente como circunstância atenuante comum ou geral, especialmente quando se traduza em esforço para

Funciona, desde logo, como circunstância modificativa atenuante, seja de *carácter comum ou geral*, seja de *carácter específico ou especial*²²⁴, e como fator da individualização judicial da pena²²⁵, mas, igualmente, para além de elemento a considerar no momento da sua escolha²²⁶, como fator decisivo para a não aplicação de qualquer sanção criminal, através da respetiva dispensa, eliminados ou atenuados que se mostrem os efeitos negativos do crime, ou através da respetiva exclusão, quando o facto careça de dignidade punitiva.

Funciona, também, como pressuposto para a adoção de medidas premiais, ditadas por razões de natureza político-criminal, particularmente a diminuição, a isenção e a dispensa da pena, em benefício de delinquentes arrependidos quando colaborem de forma relevante com a justiça.

3.1.1. A exteriorização e a utilidade enquanto requisitos do comportamento positivo posterior ao crime

3.1.1.1. O requisito da exteriorização

À semelhança do que sucede com o comportamento delitivo, ou seja com a acção típica enquanto primeiro elemento do conceito de crime, também o comportamento do agente subsequente à prática do ilícito criminal carece de ser exteriorizado através de atos concretos.

Só assim produzirá efeitos em termos jurídico-penais.

reparar. Por seu turno, o § 49 do StGB, desde que verificados determinados pressupostos, permite a atenuação da pena até ao mínimo legal ou a substituição da pena privativa da liberdade por pena de multa. Finalmente, mostra-se igualmente previsto na parte especial do StGB e em legislação penal avulsa, como é, por exemplo, o caso da lei tributária alemã, cujo § 371 prevê a dispensa da pena quando o agente adote determinados comportamentos positivos posteriores ao delito antes de qualquer atuação da autoridade fiscal. Em Espanha, por sua vez, o comportamento positivo posterior ao delito era já considerado em diversos artigos da parte especial do CP de 1848, tendo, todavia, a sua relevância sido consideravelmente restringida a partir de 1850, como refere VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 73. Posteriormente, é admitido como circunstância atenuante geral no art.º 64 do Código Penal de 1928 e ainda como circunstância atenuante específica em várias normas da parte especial.

²²⁴ Sobre a classificação/distinção entre circunstâncias modificativas comuns ou gerais e as circunstâncias específicas ou especiais, infra **1.1. Determinação da moldura penal (ou medida abstrata da pena)**, do Cap. **II. O PROCESSO DE DETERMINAÇÃO DA PENA**.

²²⁵ Recorda-o RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 613, referindo-se genericamente ao *comportamento posterior ao facto*. Recorda-o, também, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Loc. cit.*, § 83, III, 3., p. 806, ao anotar o seu relevo no momento de *retirar conclusões* relativamente ao grau de culpa ou à *perigosidade* do agente, designadamente para se encontrar a reacção penal justa (mas, também, para se prevenir novos delitos). A sua particular importância foi salientada na Comissão Revisora do Projeto pelo Prof. Eduardo Correia (*Actas da Comissão Revisora*, II, p. 125), anotando, porém, que apenas será de tomar em conta desde que relacionado com o crime, não valendo, pois, *autonomamente*, mas *só na medida em que revele uma maior ou menor adequação do facto à personalidade do delincente*.

²²⁶ O que se extrai entre nós da redação do n.º 1 do art.º 43.º do CP, dado que a escolha entre a pena de prisão e a pena alternativa depende unicamente de considerações de prevenção geral e especial e *não de finalidades de compensação da culpa*, como sustenta, acompanhando a generalidade da doutrina alemã, DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 331 e 332. Esclarece o autor que *a função exercida pela culpa, em todo o processo de determinação da pena, é a de limite inultrapassável do quanto daquela, acrescentando que essa função se exerce no momento da determinação quer da medida da pena de prisão (necessária como pressuposto da substituição), quer da medida da pena alternativa ou de substituição*. Todavia, anota que a jurisprudência dos tribunais portugueses foi até determinada altura *largamente dominante* no sentido de *conferir a considerações de culpa papel de relevo (quando não, as mais das vezes, papel «decisivo») na negação a substituição*, situação que começou a inverter-se com o Ac. STJ, de 21 de Março de 1990, relatado pelo Conselheiro Manso Preto (proc. n.º 040639, disponível em www.dgsi.pt, com comentário de RODRIGUES, Anabela Miranda, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1991, pp. 243 e ss.).

Ficam, pois, fora da órbita do direito penal todos os processos meramente psíquicos do agente do crime ocorridos após o preenchimento do tipo, como sejam pensamentos, sentimentos e intenções, ainda que comprováveis em termos científicos, exactamente por lhes faltar a necessária exteriorização ou materialização física que toda a acção humana comporta e que o direito penal exige²²⁷.

Por exemplo, e antecipando o que se irá desenvolver mais à frente, o simples sentimento de arrependimento do arguido não traduzido em atos que o demonstrem carece por si só de relevância jurídica²²⁸.

O mesmo sucede relativamente à intenção de assumir a prática dos factos quando o arguido não verbaliza a confissão.

No que diz respeito àquele primeiro sentimento, Javier de Vicente Remesal²²⁹ apresenta duas razões para que assim seja, razões que, com as devidas adaptações, se aplicam igualmente à mera intenção de confessar. Por um lado, porque a sua comprovação científica não passa de pura ficção. Por outro lado, porque, ainda que tal fosse possível, a sua constatação *escaparia ao sentido e fim da pena*. Com efeito, seria muito difícil justificar perante a generalidade dos cidadãos qualquer benefício concedido ao arguido em termos de pena com base na valoração de uma mera «atitude interna». Acresce que a comunidade sempre pensaria que se o agente está efectivamente arrependido, deverá demonstrá-lo. Essa seria, remata, *a autêntica prova de verdade perante os demais (maior que a narcoanálise ou a simples declaração do agente) de que este tinha realmente esses sentimentos*.

3.1.1.2. O requisito da utilidade

Para poder ser considerado pelo tribunal, o comportamento positivo do agente após a prática do crime deve servir os fins prosseguidos pelo direito penal, seja adjetivo, seja substantivo. Em suma, deve, de alguma forma, mostrar-se útil para o sistema de justiça²³⁰.

Se assim não for, será neutro em termos jurídicos.

Importa, todavia, anotar que essa utilidade não se restringe ao campo probatório, dado que a conduta colaborativa do agente subsequente à prática do crime não se esgota a esse nível. Vai além dele. Com efeito, refletindo a maior ou menor

²²⁷ Nesse sentido, VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, pp. 49 e 50.

²²⁸ VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 50.

²²⁹ *Loc. cit.*, p. 50.

²³⁰ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379, referindo-se concretamente ao comportamento pós delito positivo arrependimento, entende que será útil quando se traduza *em certos atos em benefício da vítima ou da justiça*.

conformidade da personalidade do arguido com o facto praticado e, conseqüentemente, com o direito, torna-se essencial no momento da escolha e individualização da pena, considerando o fim preventivo especial que qualquer sanção penal imperativamente deve prosseguir.

Uma ideia importa reter ao nível da exigência da utilidade do comportamento pós delito positivo do agente do crime, concretamente da *confissão* e do *arrependimento*: o seu valor variará em função da sua utilidade²³¹. Acompanhando Javier de Vicente Remesal²³², podemos afirmar que as conseqüências jurídicas que a lei lhes reconhece são diversas em função do seu conteúdo e do momento em que ocorrem. A *justiça* e a *conveniência* constituem, segundo o mesmo autor²³³, fatores importantes a considerar na ponderação dos interesses aquando da valoração, concretamente se devem ou não ser levados em linha de conta e em que medida.

3.2. O comportamento positivo posterior ao crime enquanto circunstância ou fator extra-tipo

Discute-se na doutrina se a valoração do comportamento positivo do agente subsequente ao delito releva ao nível da ilicitude e da culpa ou se, pelo contrário, releva antes ao nível da prevenção, particularmente a especial²³⁴.

Jorge de Figueiredo Dias²³⁵ entende que não diz respeito à culpa. Referindo-se concretamente à reparação do dano a propósito da dispensa da pena, diz que *nada tem a ver com a culpa, que tem de ser definida por referência ao momento da prática do facto e sobre o seu “se” não devem circunstâncias posteriores exercer qualquer influência.*

²³¹ Embora fora do âmbito do direito penal, podemos apontar como exemplo paradigmático de diferente valoração da colaboração do agente em função da respetiva utilidade os art.ºs 77.º (Dispensa da coima) e 78.º (Redução da coima), da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (novo regime jurídico da concorrência). O primeiro “premeia” a empresa que revele a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, desde que seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade da Concorrência, lhe permitam alcançar os resultados referidos nas suas als. a) e b). O segundo “premeia” com a redução da coima as empresas que, não reunindo as condições estabelecidas no n.º 1 do artigo anterior, forneçam informações e provas sobre uma infração referida no artigo 75.º, que apresentem valor adicional significativo por referência às informações e provas já na posse da Autoridade da Concorrência. O nível da redução mostra-se previsto no n.º 2, beneficiando com uma redução de 30 % a 50 % a empresa que primeiro forneça as informações e provas, com uma redução de 20 % a 30 % a segunda empresa e com uma redução até 20 % as empresas seguintes.

²³² *Loc. cit.*, p. 69.

²³³ *Loc. cit.*, p. 74.

²³⁴ Sobre esta questão, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da pena privativa de liberdade*, p. 614, nota (13), recorda que ponto especialmente discutido é o de saber se a valoração do comportamento posterior ao facto apenas é possível sob pontos de vista preventivos, designadamente de prevenção especial, como é, por exemplo, a posição de ROXIN («Prevenición y determinación», p. 115 s.) - de acordo, de resto, com STRATENWERTH (*Tatschuld*, p. 5 s) e HORN (SK, § 46, nm. 75) - quando diz que é muito duvidoso que daquele comportamento possam extrair-se conclusões sobre a culpa no momento do cometimento do facto e acrescenta que formas de comportamento deste tipo, tais como a confissão ou a reparação voluntária do dano, são relevantes para a efetivação de um juízo preventivo especial que – contra a opinião de Horn (*op. cit.*, *loc. cit.*) – pode tomar-se em conta para a determinação da medida da pena.

²³⁵ *As conseqüências Jurídicas do Crime*, p. 319.

Por sua vez, Anabela Miranda Rodrigues, considera tratar-se de uma circunstância alheia ao facto, isto é, estranha ao *ilícito típico e à culpa e/ou tipo-de-culpa*, sustenta ser *difícil dizer que um comportamento posterior ao facto cometido pode fazer aparecer este como mais ou menos grave do ponto de vista da culpa*²³⁶.

No mesmo sentido Paulo Pinto de Albuquerque²³⁷, para quem *a conduta do agente anterior e posterior ao facto releva apenas ao nível da prevenção*, tratando-se de *circunstância estranha à culpa contemporânea do momento da prática do facto reveladora das necessidades de socialização ou, em casos extremos, da inocuidade do agente*.

Diferente é o entendimento de Manuel Cavaleiro de Ferreira²³⁸, que, pronunciando-se sobre a conduta anterior e posterior ao facto, especialmente quando este seja destinado a reparar as consequências do crime, prevista na al. e) do n.º 2 do art.º 71.º do Código Penal, diz tratar-se de uma circunstância relativa à culpa, que pode *revelar a adequação da personalidade ao facto*. Essa é, igualmente, a posição de Germano Marques da Silva²³⁹.

Concordamos com a posição de que o comportamento pós-delitivo não permite que se retirem conclusões sobre a ilicitude do facto e a culpa do agente no momento da prática do crime, desde logo porque tanto uma como outra se fixam definitivamente com a consumação. Por essa razão, sustenta Javier de Vicente Remesal que não pode ser enquadrado na estrutura tripartida do crime, fundamentando-se antes *em atenção a considerações preventivas alheias àquelas categorias*²⁴⁰. Concretizando a ideia, e referindo-se concretamente ao comportamento positivo posterior ao delito no momento

²³⁶ *A determinação da pena privativa de liberdade*, pp. 670 e 672. Efetivamente, diz a autora (*loc. cit.*, p. 613) que *nem todos os factores que relevam para a medida da pena se podem reconduzir ao ilícito e à culpa do facto cometido. Tal é o caso, por exemplo, do comportamento anterior e posterior ao facto que, também, segundo a alínea e), do art.º 71.º, n.º 2, do nosso Código Penal, são factores da medida da pena*.

²³⁷ *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 71.º, p. 362.

²³⁸ *Lições de Direito Penal*, II, p. 127.

²³⁹ *Direito Penal Português*, p. 141. No mesmo sentido, também, CORDEIRO, Adelino Robalo, *Escolha e medida da pena*, p. 273, visto considerar ser elemento da culpa o comportamento do arguido *posterior ao crime* (v.g. *o arrependimento, a confissão relevante e, particularmente, a reparação do dano ou o propósito de o reparar*).

²⁴⁰ *El comportamiento postdelictivo*, pp. 191, 213 e 237. A doutrina espanhola é maioritária no sentido de que o comportamento positivo do agente posterior ao delito não afeta nem a ilicitude nem a culpa. Referindo-se concretamente ao arrependimento espontâneo da circunstância 9ª do art.º 9.º do CP espanhol de 1973, diz MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, p. 420, que não é passível de modificar nem a ilicitude nem a culpa, por surgir posteriormente ao facto. Referindo-se, também, ao arrependimento espontâneo diz RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho Penal. Parte General*, p. 683, que o que é valorado *como atenuante é uma circunstância posterior à consumação do delito, não constituindo nem podendo constituir, portanto, em boa técnica seu elemento, nem essencial, nem accidental*. O mesmo faz MIR PUIG, Santiago, *Lecciones*, p. 351, referindo que nada tem a ver nem com a ilicitude do facto nem com a culpa do agente, *dado que se trata de circunstâncias posteriores ao cometimento do facto. Daí que essa atenuante não possa diminuir nem a ilicitude nem a culpa, mas apenas a punibilidade do facto – categoria dogmática esta que se refere àqueles factores político-criminais da pena que não afetam nem a ilicitude nem a culpa*. Posição idêntica é a de LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena*, p. 83, para quem a atenuante do arrependimento não diminui nem a ilicitude nem a culpa existentes no momento da prática do crime, limitando-se a indicar uma menor necessidade de prevenção especial quanto ao autor, sendo, se não exclusivamente, pelo menos primordialmente, esse o seu fundamento. Em sentido divergente ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379, que considera o arrependimento uma circunstância de onde se extrai menor culpa do agente, por dele resultar uma vontade criminosa menos intensa.

determinação concreta da pena, designadamente a confissão e a reparação voluntária do dano, considera que o único argumento que permite defender a sua valoração é concluir-se que, desde o ponto de vista das exigências da prevenção geral e especial alheias ao tipo, não faz sentido impor «tanta» pena, isto é, pena tão elevada.

3.3. O relevo jurídico do comportamento pós-delito positivo

3.3.1. Enquanto circunstância modificativa atenuante

Prenchidos os elementos típicos de um crime, matricial, qualificado ou privilegiado, a moldura penal ou abstrata aplicável ao agente é, em princípio, a prevista no próprio tipo legal²⁴¹.

Porém, tendo em vista a salvaguarda de situações particulares de significativa ou acentuada diminuição das exigências punitivas, o legislador criou como *válvula de segurança* o instituto da atenuação especial da pena, que permite a *substituição da moldura penal prevista para o facto por outra menos severa*²⁴². Como assinala Germano Marques da Silva²⁴³, *independentemente da gravidade do facto e da culpa do agente, pode suceder - e sucede frequentemente - que em razão das circunstâncias não se mostre necessária a pena ou uma determinada pena, em razão da própria finalidade das penas*.

Prenchidos os respectivos pressupostos legais, a atenuação especial da pena é de funcionamento obrigatório ou potestativo, recaindo sobre o juiz o poder vinculado, isto é, o poder-dever, de a conceder. Se dúvidas houvesse nesse sentido, ficaram definitivamente dissipadas com a revisão de 1995²⁴⁴, que introduziu no n.º 1 do art.º 72.º a expressão *o tribunal atenua*, substituindo a expressão *o tribunal pode atenuar*²⁴⁵.

No que diz respeito ao funcionamento do instituto, ficou igualmente claro a partir da revisão de 1995 que não depende apenas da diminuição excepcional da ilicitude do facto ou da culpa do agente mas também da acentuada diminuição da

²⁴¹ Isto é, a pena fixa ou variável que a lei penal faz corresponder à realização de cada crime, como refere CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 141. Crf., também, DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 199.

²⁴² Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 302. Também Ac. STJ de 06.06.2007 (07P1603) in www.dgsi.pt, que é expresso nesse sentido [*O art. 72.º do C. Penal ao prever a atenuação especial da pena criou uma válvula de segurança para situações particulares em que se verificam circunstâncias que, relativamente aos casos previstos pelo legislador quando fixou os limites da moldura penal respectiva, diminuem por forma acentuada as exigências de punição do facto, por traduzirem uma imagem global especialmente atenuada, que conduz à substituição da moldura penal prevista para o facto por outra menos severa*]. Importa anotar que à semelhança do que sucede no StGB, cujo § 49 fixa os termos da atenuação especial da pena, também o Código Penal português o faz no art.º 73.º. Num e noutro caso, a intenção do legislador foi possibilitar a atenuação apenas num âmbito estritamente delimitado, não deixando o respetivo *quantum* ao critério do juiz (Assim, VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, p. 91, seguindo LACKNER, HORN e STREE), ressaltando, todavia, a situação do ponto II do § 49 do StGB. Aí, contrariamente ao que sucede no ponto I, ficam ao critério do juiz os termos da atenuação da pena abaixo do mínimo legal.

²⁴³ *Direito Penal Português*, p. 137.

²⁴⁴ Dec-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

²⁴⁵ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação ao art.º 72º, p. 251.

necessidade da pena, e consequentemente das exigências de prevenção, como, aliás, já devia ser entendido no domínio da versão originária do Código Penal²⁴⁶.

São inúmeras as circunstâncias suscetíveis de levar à atenuação especial da pena.

O n.º 2 do art.º 72.º do Código Penal indica, a título meramente exemplificativa e de forma «embrionária»²⁴⁷, algumas de *caráter comum ou geral*, abrindo, desse modo, a porta a um amplo leque de outras possíveis, desde *que diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena*²⁴⁸.

Uma delas é *ter havido atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados*, prevista na al. c) do n.º 2, do referido art.º 72.º, do Código Penal.

Trata-se de um caso manifesto de comportamento pós-delito positivo, que não esgota todas as possíveis situações de arrependimento nem sequer de todos os possíveis atos suscetíveis de o demonstrar. Nesta parte, o Código Penal seguiu o modelo do StGB, indicando como exemplo a *reparação*, seguramente por constituir a *forma mais significativa de comportamento positivo posterior ao delito*²⁴⁹.

Assim, também a confissão poderá funcionar não apenas como mero ato de arrependimento mas, inclusivamente, como circunstância atenuante genérica autónoma²⁵⁰, desde que, obviamente, assuma um grau ou uma intensidade

²⁴⁶ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 305. Embora não se questione que já assim devia ser efetivamente, algumas decisões dos tribunais superiores apenas se referiam à acentuada diminuição da ilicitude do facto ou da culpa do agente (v.g. Ac. STJ de 21.06.1983, proc. 37087; Ac. STJ de 24.10.1984, BMJ 340, p. 243). Certo é, porém, que a jurisprudência maioritária já considerava, de facto, também as exigências de prevenção, por exemplo, valorando a modificação para muito melhor da personalidade do arguido (v.g. Ac. STJ de 18.06.1984, BMJ 338, p. 297; Ac. STJ de 08.05.1991, AJ, n.º 19 e proc. 41652/3ª; Ac. STJ de 20.04.1995, proc. 46181/3ª, selecionados, tal como aqueles, por GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *loc. cit.*, pp. 253 a 255).

²⁴⁷ À semelhança do que sucede, aliás, com a do n.º 2 do art.º 71.º do CP e com o § 46 do StGB, cujos fatores não constituem um catálogo cerrado e podem também funcionar a favor ou contra o agente. Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, p. 79.

²⁴⁸ Ac. STJ de 16.12.1998 (Proc. 99P176, in www.dgsi.pt): [*O artigo 72, n. 2, do Código Penal de 95, enuncia várias circunstâncias que, em princípio, indiciam uma acentuada diminuição da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena e, como flui do n. 1 do mesmo preceito, é nessa acentuada diminuição da ilicitude e/ou da culpa e/ou das exigências da prevenção que radica a autêntica "ratio" da atenuação especial da pena. Daí que as circunstâncias enumeradas no n. 2 do aludido dispositivo, não sejam as únicas susceptíveis de desencadear tal efeito, nem que este seja consequência necessária ou automática da presença de uma ou mais daquelas circunstâncias*]; Ac. STJ de 21.05.1998 (proc. 98P162, in www.dgsi.pt): [*O princípio regulador da apreciação do regime de atenuação especial é a diminuição acentuada não apenas da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena*]; Ac. STJ de 05.12.2007 (proc. 07P3266, in www.dgsi.pt): [*A atenuação especial da pena – cujo princípio basilar é o da diminuição acentuada não só da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena, e consequentemente das exigências de prevenção – corresponde a uma válvula de segurança do sistema, que só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais, em que a imagem global do facto resultante da actuação da(s) atenuante(s) se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo*].

²⁴⁹ Anota VICENTE REMESAL, Javier de, *El Comportamiento Postdelictivo*, p. 92, que esse foi efectivamente o modelo do StGB, que no § 46 II *recolhe, a título de exemplo e como forma mais significativa de comportamento positivo posterior ao delito, o esforço do agente do crime para reparar o dano causado*. A reparação constitui, pois, segundo ONECA, Jose Anton, *Derecho Penal*, p. 380, um dos possíveis atos que podem constituir o elemento objetivo do arrependimento.

²⁵⁰ O Ac. do STJ de 7.01.2010 (proc. 14/08.2PBOLH.E1.S1), in www.dgsi.pt, valorou, entre outras, como circunstância modificativa atenuante a confissão feita pela arguida da sua actividade de tráfico tal como ficou provada.

particularmente acentuados ao nível da necessidade da pena (*e, por consequência, das exigências de prevenção*)²⁵¹.

O comportamento positivo posterior ao delito não esgota, porém, a sua relevância apenas como circunstância de carácter comum ou geral.

Enquanto circunstância atenuante modificativa de carácter específico ou especial, encontra-se igualmente previsto em vários tipos do Código Penal e em ilícitos tipificados em legislação extravagante, designadamente no Regime Geral das Infrações Tributárias, na Legislação de Combate à Droga e na Lei de Combate ao Terrorismo²⁵².

Na Parte Especial do Código Penal destaca-se a *restituição ou reparação* do art.º 206.º para os crimes de furto e de abuso de confiança, igualmente aplicável aos crimes de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada, de dano, de alteração de marcos, de burla, de infidelidade, de abuso de cartão de garantia ou de crédito, de receptação e de auxílio material²⁵³.

Destaca-se o *impedir* ou o esforço sério com vista a *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* do n.º 4 do art.º 299.º para o crime de associação criminosa²⁵⁴.

Destaca-se a *rendição sem opor resistência* e a entrega ou o abandono das armas *antes ou imediatamente depois da advertência da autoridade*, prevista no n.º 3 do art.º 325.º para o crime de alteração violenta do Estado de direito, bem como a acção

²⁵¹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, pp. 304 e 305. Quando assim não for, poderá funcionar como mero factor *de determinação concreta ou de medida da pena* do art.º 71.º, n.º 2. Terá, pois, apenas *valor como atenuante geral*, segundo LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, e SANTOS, Manuel José Carrilho Simas, *Código Penal Anotado*, anotação ao art.º 72.º, p. 856.

²⁵² Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (cfr. art.º 22.º, n.º 2); Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (cfr. art.º 31.º); e Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (cfr. art.ºs 2.º, n.º 5; 3.º, n.º 2; 4.º, n.º 13; 5.º, n.º 2; e 5.º-A, n.º 2), respetivamente.

²⁵³ Art.ºs 209.º, n.º 3; 212.º, n.º 4, e 213.º, n.º 3; 216.º, n.º 3; 217.º, n.º 4, 218.º, n.º 3, 219.º, n.º 5, 220.º, n.º 3, 221.º, n.º 6, e 222.º, n.º 3; 224.º, n.º 4; 225.º, n.ºs 4 e 6; 231.º, n.º 3, al. a); e 232.º, n.º 2, do Código Penal.

²⁵⁴ Em virtude da atenuante específica prevista no n.º 4 do art.º 299.º do Código Penal, cujo campo de aplicação foi alargado na sequência da discussão travada na 33ª sessão da CRCP, como lembra GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação àquele artigo, p. 883. A referida norma prevê a possibilidade de atenuação especial da pena ou a isenção da punição em dois casos: a) quando *o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações;* b) ou quando *comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes*. Quanto ao primeiro, entende DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário*, Tomo II, p. 1171, não ser necessário que o impedimento seja efectivamente alcançado, bastando o esforço sério nesse sentido. Exige-se, porém, que a atuação do agente seja «voluntária», em termos análogos aos que ocorrem na autêntica desistência da tentativa (arts. 24º e 25º). Quanto ao segundo caso, diz que, ao contrário do que sucede naquele, parece tornar-se aqui necessário – apesar de o legislador ter usado a expressão «poder evitar» e não apenas a de «evitar» que – que a comunicação tenha «efectivamente evitado» a prática de pelo menos um crime pela organização, tomando deste modo o agente inteiramente sobre si o risco de que a actividade persecutória e/ou preventiva das autoridades não tenha logrado êxito. O privilegiamento parece todavia ainda dever subsistir quando o agente comunica à autoridade factos que, sem que o agente o soubesse, já eram daquela conhecidos; ponto é que o agente tenha comunicado tudo o que sabia e que aquele conhecimento acabe por evitar a prática de crimes pela organização. No que diz respeito à decisão de atenuar especialmente a pena ou de isentar o agente da punição, considera aquele autor que *dependerá fundamentalmente de, com a actuação do agente, o perigo derivado da existência da associação* (ou da organização terrorista) *ter diminuído sensivelmente ou ter chegado no essencial a ser eliminado*. Quanto à prevista isenção da punição, importa não a confundir com a dispensa da pena do art.º 74.º do Código Penal. Com efeito, como anota aquele ilustre professor, *loc. cit.*, p. 1172, preenchida a previsão do n.º 4 do art.º 299.º do Código Penal passível de isentar o agente da pena, a mesma terá lugar sem necessidade de se mostrarem verificados os pressupostos do n.º 1 do art.º 74.º.

voluntária do agente que diminua ou afaste *de forma considerável o perigo produzido pela sua conduta* do art.º 345.º do Código Penal para os crimes contra a segurança do Estado do Capítulo I do Título V do Código Penal que suponham a produção de um perigo.

Destaca-se o concreto auxílio do agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, *na obtenção ou produção de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis* prevista na al. a) do n.º 2 do art.º 374.º-B do Código Penal para os crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e de corrupção passiva dos art.ºs 372.º, 373.º e 374.º²⁵⁵. Aquela norma, ao utilizar a expressão *a pena é especialmente atenuada*, não deixa dúvidas no sentido de que a atenuação especial é de funcionamento obrigatório²⁵⁶.

Destaca-se a *demolição da obra ou da restituição do solo ao estado anterior à obra* do art.º 278.º-B para o crime de violação de regras urbanísticas do art.º 278.º-A; a *remoção voluntária do perigo antes de se ter verificado dano substancial ou considerável* do art.º 286.º²⁵⁷ para os tipos dos artigos 272.º, 273.º, 274.º, 277.º, 279.º, nºs 3 e 5, ou 280.º a 284.º e 287.º a 291.º²⁵⁸; a espontânea auto-entrega *às autoridades até à declaração de contumácia* para o crime de evasão do art.º 352.º; a reparação integral ou parcial e do concreto auxílio *na recolha de provas decisivas para a*

²⁵⁵ Quando o crime de corrupção for praticado por um titular de cargo político no exercício das suas funções, o privilegiamento da conduta do agente posterior ao delito é o previsto no art.º 19.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2015, de 22/04, privilegiamento que tanto pode consistir na dispensa da pena como na sua atenuação especial. Importa anotar que a dispensa da pena não é automática, ficando, em nosso entender, dependente da verificação dos pressupostos do n.º 1 do art.º 74.º do Código Penal. O mesmo não sucede quando à atenuação especial da pena, que será de funcionamento automático desde que a conduta do agente seja uma das previstas no n.º 2 daquele art.º 19.º-A. Assim, se até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância o agente auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou se tiver praticado o ato a solicitação do titular de cargo político ou de alto cargo público, diretamente ou por interposta pessoa, com exceção do caso previsto no n.º 3 do art.º 18.º, o juiz está vinculado a aplicar o instituto da atenuação especial da pena.

²⁵⁶ O mesmo não sucede quanto à dispensa da pena prevista no n.º 1 do mesmo art.º 374.º-B do Código Penal. Com efeito, contrariamente à atenuação especial do n.º 2, o legislador optou pela expressão *o agente pode ser dispensado da pena* sempre que se verifique algum dos comportamentos previstos nas suas três alíneas (*o agente tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração do procedimento criminal, desde que voluntariamente restitua a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor; ou, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou tratando-se de coisa fungível, o seu valor; ou, antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição*).

²⁵⁷ A referida norma não prevê apenas a atenuação especial mas, também, a dispensa da pena, se o comportamento do arguido merecer recompensa (*prémio*) maior. Escreve GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação respetiva, p. 863, que o seu objectivo se insere, à semelhança de outras *de sentido idêntico, na orientação geral do Código, de privilegiar a desistência, sendo um meio eficaz de realizar a defesa da comunidade, na medida em que constitui um incentivo forte ao arrependimento activo, como foi salientado pelo autor do Projecto, Prof. Eduardo Correia, no seio da Comissão Revisora*.

²⁵⁸ Incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas; Energia nuclear; Incêndio florestal; Infração de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços; Poluição; Poluição com perigo comum; Perigo relativo a animais ou vegetais; propagação de doença, alteração de análise ou de receituário; e recusa de médico; Captura ou desvio de aeronave, navio, comboio ou veículo de transporte coletivo de passageiros; atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho de ferro; condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho de ferro; atentado à segurança de transporte rodoviário; e condução perigosa de veículo rodoviário. Relativamente a estes crimes previstos nos art.ºs 287.º a 291.º, *vide* remissão do n.º 3 do art.º 294.

*identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens para o crime de branqueamento do art.º 368.º-A*²⁵⁹.

Particularmente relevante no funcionamento das circunstâncias atenuantes é o afloramento do princípio *ne bis in idem* do n.º 3 do art.º 72.º do Código Penal. Com a sua introdução na revisão de 1995, teve a Comissão de Revisão a preocupação de afastar a dupla valoração, na medida em que para além da atenuação prevista naquela norma, passível de *poder ser concebida como uma cláusula geral a que o legislador pode lançar mão em qualquer caso*, outras atenuações se mostram, como vimos, previstas na lei²⁶⁰.

3.3.2. Enquanto fator da medida concreta da pena

O «*quantum*» final da pena é determinado pelo juiz em função dos critérios da culpa e da prevenção, a partir de factores que, por essa via, são relevantes para a averiguação daquela medida da pena²⁶¹.

É o que resulta do disposto no n.º 1 do art.º 71.º do Código Penal.

Aqueles fatores, que podem funcionar a favor do agente ou contra ele, encontram-se enumerados com carácter exemplificativo no n.º 2 daquele artigo²⁶². Tal como sucede quanto às circunstâncias atenuantes modificativas de carácter comum ou geral, relativamente às quais o legislador seguiu o mesmo método, o objectivo foi, não esgotando os possíveis, indicar, recorrendo a exemplos padrão, os que se afiguram mais importantes. Necessariamente, de modo a salvaguardar o princípio *ne bis in idem*, são excluídos os que já fazem parte do tipo de crime²⁶³. Necessariamente também, por força do disposto no n.º 1 do art.º 71.º, deverão ter ligação com a culpa e as exigências de prevenção.

Um desses fatores ou circunstâncias é a *conduta anterior ao facto e a posterior a este*, prevista no n.º 2, al. e), do art.º 71.º. Trata-se de um fator ou circunstância de *caracter geral*, dado *poder ser tomado em consideração relativamente a qualquer*

²⁵⁹ Havendo lugar à reparação integral 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 primeira instância, a pena é especialmente atenuada, como estabelece o n.º 7 do art.º 368.º-A do CP. Verificados os referidos requisitos mas havendo apenas reparação parcial, a pena poderá ser especialmente atenuada, não sendo a atenuação imperativa, como resulta do n.º 8 daquele artigo. Igual possibilidade é facultada ao tribunal pelo n.º 8 do mesmo artigo quando o agente prestar o concreto auxílio ali previsto.

²⁶⁰ *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Acta n.º 8, p. 79.

²⁶¹ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da pena privativa de liberdade*, p. 584.

²⁶² A expressão *nomeadamente* do n.º 2 do art.º 71.º do Código Penal não oferece dúvidas nesse sentido.

²⁶³ Por já terem sido levadas em linha de conta pelo legislador quando estabeleceu a moldura penal. Assim, como anota SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, p. 136, apenas terá *relevo jurídico* o fator que *não for elemento do próprio crime, porque se o for já é considerado como tal e voltar a considerá-lo (...) representaria uma dupla valoração*.

*crime*²⁶⁴. Encontrando-se o art.º 71.º na parte geral do Código Penal, não poderia, aliás, ser de outro modo.

Esclarece Manuel Lopes Maia Gonçalves²⁶⁵ que a referida conduta, quer seja anterior, quer seja posterior ao facto, é apenas a relacionada com ele e, quanto à última, especialmente aquela que seja destinada a reparar as consequências do crime. Todavia, não se esgotam na referida finalidade as possíveis condutas pós-delitivas. Com efeito, como diz, aliás, aquele autor, pode ser levada em conta a conduta posterior ao facto que revele maior ou menor adequação daquele ao agente²⁶⁶.

3.3.3. Enquanto pressuposto de dispensa e de exclusão da pena

A relevância do comportamento pós-delitivo positivo não se restringe, todavia, ao processo de escolha e determinação da pena. Assume particular importância em termos de política criminal, visto permitir, em determinados casos de eliminação ou mesmo de atenuação dos efeitos negativos da prática do crime, a própria dispensa da pena e até a respetiva extinção, no todo ou em parte, quando ainda não cumprida²⁶⁷.

Dispensa de pena e isenção de pena constituem institutos distintos, muito embora facilmente confundíveis, como se extrai da questão colocada pelo Professor Jorge de Figueiredo Dias na Comissão de Revisão²⁶⁸.

A dispensa de pena, que é recente no ordenamento jurídico português²⁶⁹, mais não é do que uma «declaração de culpa sem declaração de pena»²⁷⁰. Em suma, preenchidos todos os pressupostos da punibilidade, designadamente a ilicitude e a culpa

²⁶⁴ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da pena privativa de liberdade*, p. 580, nota (4).

²⁶⁵ *Código Penal Português*, anotação ao art.º 71.º, p. 244. No mesmo sentido, VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, p. 260, socorrendo-se do § 46 II do StGB, o que, face ao art.º 71.º n.º 2 do CP, se aplica entre nós. Diz este autor que o comportamento do agente após o delito, enquanto factor de determinação da pena, diz respeito ao facto, não podendo ser valorado isoladamente e de forma autónoma, o que a acontecer seria incompatível com o § 46 StGB.

²⁶⁶ *Código Penal Português*, anotação ao art.º 71.º, p. 244.

²⁶⁷ É o que sucede no crime de violação da obrigação de alimentos, se a obrigação vier a ser cumprida, como estabelece o n.º 3 do art.º 250.º do Código Penal. O mesmo sucede relativamente à isenção de pena prevista no n.º 3 do art.º 271.º do Código Penal para o agente que adote os comportamentos referidos nas suas als. a) e b), desistindo, designadamente, dos atos destinados a preparar a execução dos atos referidos nos art.ºs 256.º, 262.º, 263.º, 268.º, n.º 1, 269.º, n.º 1, ou 270.º do Código Penal. No que diz respeito a esta situação, anota GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação ao art.º 271.º, p. 830, que *na CRCP, 27.ª sessão, foi notada a imperfeição do art. 251.º da versão originária, segundo a qual a desistência, e consequente isenção de pena, pareciam valer para todos os artigos anteriores, o que era ir longe de mais, bastando para o efeito as regras da Parte Geral. Ponderou a CRPC que a ideia a reter aqui é a desistência referida aos «actos preparatórios» e não já aos «actos de execução». Essa ideia está perfeitamente concretizada no n.º 3 do art.º 271.º, quando se refere expressamente à não punição pelos números anteriores.*

²⁶⁸ *Actas e Projecto da Comissão Revisora*, Acta n.º 9, p. 81-2. Sobre a distinção dos dois institutos, cfr. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Justificação, não punibilidade e dispensa da pena na revisão do Código Penal*, pp. 77 e ss..

²⁶⁹ Refere DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 315, que o instituto da **dispensa de pena** não constava do ProjPG 63 e só foi introduzido na revisão que teve lugar em 1977 e deu origem à proposta de lei n.º 117/I. Isso ficou a dever-se quer ao precedente do modelo francês de 1975, quer sobretudo à Resolução 76 (10) do Comité de Ministros do Conselho da Europa, em cujo ponto 3 se recomendava aos países membros: «a. considerar a possibilidade de aplicação de medidas penais que assinalem a verificação da culpa sem impor uma sanção substancial ao delincente; b. considerar a oportunidade do adiamento da sentença, com vista a permitir a declaração de uma sanção tendo em conta a evolução do delincente depois do julgamento (Cfr, também, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, p. 148; GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *loc. cit.*, anotação ao art.º 74.º, p. 259).

²⁷⁰ Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, recorrendo a v. Weber, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 314.

no momento da consumação, não é aplicada qualquer pena, por não se afigurar necessária face aos respetivos fins preventivos, sendo, tão só, declarado que o agente é culpado.

Enquanto medida alternativa à prisão e à multa, aplica-se sempre que no momento da sentença se mostrem verificados os necessários pressupostos formais do art.º 74.º, n.º 1, do Código Penal, entre os quais a reparação do dano, que apenas pode ocorrer após a consumação. Todavia, e muito embora tenha a criminalidade bagatelar como campo de aplicação privilegiado, o instituto da dispensa da pena também se aplica a situações ali não enquadráveis, que se mostram previstas na Parte Especial do Código Penal e não se encontram subordinadas aos limites da pena do n.º 1 do art.º 74.º.

Em todo o caso, quer na situação geral do art.º 74.º, quer nas situações específicas da Parte Especial, o poder de dispensar a pena conferido ao tribunal é *um poder-dever, um poder vinculado* e não uma medida de clemência²⁷¹. Verificados os necessários requisitos, mostrando-se desnecessária a aplicação da sanção, não é aplicada a pena. Assim o exigem os fins das penas, mesmo nas situações de dispensa facultativa a que se refere o n.º 3 do art.º 74.º²⁷², que as pretende cobrir²⁷³.

Diferentemente da dispensa, a isenção de pena, funciona «ao nível processual», ao nível das «condições de punibilidade» e não no momento da punição, que não chega a ocorrer. Na primeira, *o facto é punível, só que no caso concreto a censura fica dispensada*. Na segunda, *nem sequer há lugar à punição*²⁷⁴.

Em síntese, a isenção da pena *corresponde à declaração da impunidade do crime e, portanto, em que não pode haver condenação*²⁷⁵. Constitui, pois, uma clara *manifestação do princípio da oportunidade*, na medida em que a pena não é aplicada

²⁷¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação ao art.º 74.º, p. 259; LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, e SANTOS, Manuel José Carrilho Simas, *Código Penal Anotado*, p. 889.

²⁷² Constituem exemplos de dispensa facultativa da pena (como resulta claro tendo em conta as expressões *pode* e *podendo* usadas pelo legislador), para além do previsto no art.º 35.º, n.º 2, parte final, da Parte Geral do Código Penal, os casos dos art.ºs 143.º, n.º 3, 148.º, n.º 2, 250.º, n.º 6, 364.º e 374-B.º, n.º 1, da Parte Especial. Não será o caso dos art.ºs 186.º, 278.º-B, 286.º e 294.º. Nestes, a dispensa da pena é automática, verificados que se mostrem os respetivos pressupostos específicos e independentemente da verificação dos requisitos contidos nas alíneas do n.º 1 do art.º 74.º.

²⁷³ Tal foi expressamente esclarecido pelo Prof. Jorge de Figueiredo Dias na Comissão de Revisão (*Actas e Projecto*, Acta n.º 42, p. 479), dizendo que se pretende *cobrir aquelas previsões da Parte Especial, em que se prevê a «dispensa da pena facultativa»: não se trata de uma remissão para esta norma (em termos de limite da pena), mas devem-se respeitar os requisitos do artigo da parte geral*.

²⁷⁴ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, e SANTOS, Manuel José Carrilho Simas, *Código Penal Anotado*, p. 890. São situações de isenção de pena ou de impunidade, para além da desistência voluntária da tentativa do art.º 24.º n.º 1, entre outras, as situações dos art.ºs 185.º, n.º 3 (ofensa a memória de pessoa falecida); 226.º, n.º 5 (usura); 299.º, n.º 4 (associação criminosa); 359.º e 360.º (falsidade de depoimento ou declaração e falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução), por força do art.º 362.º; e 367.º, n.º 5 (favorecimento pessoal).

²⁷⁵ Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, II*, p. 142.

porque *não existem razões para a punibilidade do facto* (por lhe faltar a necessária dignidade penal)²⁷⁶.

Porém, apesar de dispensa de pena e isenção de pena não serem a mesma coisa, como vimos, Jorge de Figueiredo Dias²⁷⁷ anota que muitos, senão a larga maioria, dos casos da Parte Especial do Código Penal onde se prevê *a possibilidade de o tribunal isentar o agente de pena são hipóteses de dispensa de pena, todavia não subordinadas à exigência de que o crime seja em abstracto punível com pena de prisão não superior a 6 meses, mesmo que com multa até ao mesmo limite. Noutras casos, porém, tratar-se-á da possibilidade de existência de causas de exclusão da pena, do tipo da desistência na tentativa ou de situações análogas; e portanto de hipóteses fundadas na falta de dignidade punitiva do facto, que actuam ao nível das condições de punibilidade, não ao da determinação da pena.*

Importa referir que a circunstância de o Código Penal evitar *agora meticulosamente usar a expressão isenção de pena, preferindo usar outras como «o agente não é punível», «o facto deixa de ser punível», «não é punível quem», e outras de idêntico conteúdo* não resolveu o problema, mantendo-se a necessidade de, norma a norma, apurar se se trata de uma situação de dispensa ou de exclusão de pena²⁷⁸.

3.3.4. Enquanto pressuposto da escolha da pena

A relevância do comportamento pós-criminoso positivo não se verifica apenas no momento da determinação da pena em sentido estrito. Verifica-se, igualmente, no momento da escolha do tipo de pena a aplicar em concreto (privativa da liberdade ou multa/efetiva ou suspensa na sua execução).

À semelhança do que sucede no § 47 do StGB, o art.º 70.º do Código Penal privilegia a pena de multa em detrimento da pena de prisão, dando-lhe preferência, sempre que esta *realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição*.

Também à semelhança do que sucede com o § 56 I do StGB, o art.º 50.º do Código Penal impõe²⁷⁹ ao tribunal que suspenda a execução da pena de prisão²⁸⁰ se,

²⁷⁶ Cfr. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação ao art.º 74.º, p. 260.

²⁷⁷ *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 322. No mesmo sentido, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, II*, p. 142.

²⁷⁸ Cfr. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, anotação ao art.º 74.º, p. 260.

²⁷⁹ Impõe porque se trata inequivocamente de um *poder-dever* ou *poder vinculado*, como esclareceu o Prof. Jorge de Figueiredo Dias na Comissão de Revisão (*Actas e Projecto*, Acta n.º 6, p. 45).

²⁸⁰ O instituto da suspensão da execução da pena, regulado nos art.ºs 50.º a 57.º do Código Penal, consiste em *suspender durante um certo lapso de tempo a execução* de uma pena e dar a mesma *sem efeito* se o agente não praticar nenhum crime durante aquele período. Mais não, pois, do que uma condenação condicional. Conhecido por «*sursis*» nos sistemas de língua francesa e inicialmente pensado para as penas curtas de prisão e para os delinquentes primários, *foi traçado no projecto francês de Berenguer de 1884* e adotado pela primeira vez na Bélgica e em França, respetivamente em 31 de Maio de 1888 e em 26 de Março de 1891, e depois

atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida e à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Em qualquer dos casos, torna-se imprescindível fazer um juízo de prognose favorável sobre o comportamento futuro do arguido, recorrendo a elementos que permitam apurar a sua personalidade, como sejam, entre outros, o seu comportamento anterior e posterior ao facto²⁸¹. A esse nível, o último pode ser decisivo enquanto *fonte de conhecimento para a constatação da perigosidade do sujeito. Quer dizer, como ponto de referência para o juízo sobre o seu futuro detivo*²⁸².

Na decisão de substituir a pena de prisão, suspendendo-a na sua execução ou substituindo-a por pena de multa, o julgador somente pode atender a critérios de prevenção, geral e especial, como é posição maioritária da jurisprudência nacional²⁸³. No mesmo sentido se pronuncia a generalidade da doutrina, entre nós e no

noutros países europeus, entre os quais o Luxemburgo, em 1892, e logo de seguida Portugal, em 1893. Tendo desde então e até ao presente beneficiado de sucessivos aperfeiçoamentos, destacam-se a imposição do cumprimento de condições durante o período da suspensão e a introdução de sistemas de acompanhamento e vigilância, inicialmente adotados na Dinamarca e nos países escandinavos e depois desenvolvidos através da «probation» em Inglaterra e nos EUA. Em virtude dessa evolução, na generalidade dos sistemas penais modernos, entre os quais o nosso, existe a possibilidade de aplicação simples do instituto concebido por Berenguer, mas também, caso se afigure necessário, a possibilidade da sua subordinação ao cumprimento de deveres impostos ao condenado e destinados a reparar o mal do crime (art.º 51.º do CP), ao cumprimento, pelo tempo de duração da suspensão, de regras de conduta de conteúdo positivo, susceptíveis de fiscalização e destinadas a promover a sua reintegração na sociedade (art.º 52.º do CP) e à sua sujeição a regime de prova, se este for considerado conveniente e adequado a promover a reintegração do condenado na sociedade (art.º 53.º do CP), o que, pela sua componente pedagógica, a aproxima da «probation» (cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, pp. 395, 396 e 399).

²⁸¹ Neste sentido HORN (1982 § 47 nm. 25 e ss) e TENCKOFF (DRiZ 1982 95), referidos por VICENTE REMESAL, Javier de, *El Comportamiento Postdelictivo*, pp. 206 e 207. Quanto ao momento do juízo de prognose, é o da sentença e não o da prática do crime, como esclarece ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 50, p. 305. Daí que a decisão de suspender a execução da pena de prisão ou de proceder à sua substituição por pena multa tenha como ponto de referência o momento do julgamento, *último momento processualmente possível antes do trânsito em julgado da condenação*, segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 249

²⁸² VICENTE REMESAL, Javier de, *El Comportamiento Postdelictivo*, p. 186.

²⁸³ Cfr. Ac. TRP de 25.09.2013 (proc. 237/11.7PEGDM.P1), in www.dgsi.pt: [I - No momento da decisão em que o julgador escolhe a pena, isto é, pondera se a pena de prisão aplicada (no caso 3 anos de prisão) deve ou não ser substituída por outra pena prevista na lei (no caso colocou-se a possibilidade de suspensão da execução da pena de prisão nos termos do art. 50º do CP, sujeita ou não a deveres, regras de conduta e/ou acompanhada de regime de prova, tal como previsto respectivamente nos arts. 51º, 52º e 53º do CP), apenas pode atender a critérios de prevenção. II. Na operação de escolha da pena, a aplicação da pena de substituição impõe-se quando se verificam os seus pressupostos materiais, o que exige que se ponderem as razões de prevenção especial (carência de socialização do arguido) e que simultaneamente fique salvaguardado o «limiar mínimo de prevenção geral de defesa da ordem jurídica». Ou seja, quando se está na fase da escolha da pena (momento posterior ao da determinação da medida concreta da pena), o tribunal pondera as exigências de prevenção especial que se fazem sentir no caso concreto e, caso estas sejam satisfeitas através da aplicação de uma pena de substituição, não pode deixar de aplicar a pena de substituição se esta igualmente realizar as exigências mínimas (que são irrenunciáveis) de prevenção geral positiva]; Ac. TRC de 17.12.2014 (proc. 872/09.3PAMGR.C1), in www.dgsi.pt: [(...) IV - São as necessidades de prevenção – geral positiva [tutela das expectativas da comunidade na manutenção e reforço da norma violada] e especial de socialização – que vão justificar e impor a opção pela pena não privativa da liberdade – pena alternativa ou pena de substituição – como resulta dos critérios estabelecidos nos arts. 40º, nº 1 e 70º do C. Penal, não existindo aqui qualquer finalidade de compensação da culpa, uma vez que esta, constituindo o limite da pena (art. 40º, nº 2 do C. Penal), apenas funciona ao nível da determinação da sua medida concreta. (...) VII - O juízo de prognose a realizar pelo tribunal parte da análise conjugada das circunstâncias do caso concreto, das condições de vida e conduta anterior e posterior do agente e da sua revelada personalidade, análise da qual resultará como provável, ou não, que o agente irá sentir a condenação como uma solene advertência, ficando a sua eventual reincidência prevenida com a simples ameaça da prisão (com ou sem imposição de deveres, regras de conduta ou regime de prova), para concluir ou não, pela viabilidade da sua socialização em liberdade].

estrangeiro²⁸⁴.

4. A CONFISSÃO E O ARREPENDIMENTO ENQUANTO FORMAS CONCRETAS DE COLABORAÇÃO PÓS DELITO

4.1. Enquadramento geral

A colaboração com a justiça, enquanto comportamento positivo posterior ao delito, assume enorme relevo jurídico, quer se manifeste sob a forma de *confissão*, quer se manifeste sob a forma de *arrependimento*, as duas condutas pós-delitivas que mais interesse doutrinário despertam e que maior importância prática revestem²⁸⁵.

Ao nível do processo de escolha e individualização da sanção penal, a relevância de tais institutos resulta particularmente evidente, não apenas por constituírem, enquanto condutas posteriores ao preenchimento dos elementos típicos de um crime, circunstâncias a considerar obrigatoriamente pelo tribunal²⁸⁶, mas também pela sua sistemática abordagem por parte dos nossos tribunais. Raras são as sentenças que não o fazem, seja para os considerar e valorar, seja para os afastar, seja, simplesmente, para constatar a sua inexistência²⁸⁷. Não poderia ser de outra forma, dado constituírem, isoladamente, mas sobretudo em conjunto, uma *atenuante valiosa*, como é recordado por Reinhart Maurach²⁸⁸ e é salientado de modo particularmente elucidativo no Ac. STJ de 9.07.1986²⁸⁹.

A importância da *confissão* e do *arrependimento*, enquanto formas de comportamento pós-delito de natureza positiva, não se esgota, porém, no campo do

²⁸⁴ Assim, VICENTE REMESAL, Javier de (*loc. cit.*, pp. 206 e 207, nota 53), recorrendo à doutrina de Muñoz Conde (*Adiciones*, 1981, pp. 1182 a 1185). Diz o autor que a suspensão da execução da pena responde ao princípio da não necessidade da execução da pena e a sua justificação teórica obedece unicamente a necessidades preventivas: - A execução da pena não é necessária desde o ponto de vista da prevenção especial quando pode conseguir-se também com a sua suspensão que o sujeito não volte a delinquir; - e desde a prevenção geral quando «nos casos de suspensão da execução da pena não muito graves», o efeito intimidatório se consiga também com a simples ameaça de execução da pena imposta se o sujeito voltar a delinquir durante o período da suspensão. Para eles é decisiva a exigência de uma prognose favorável do réu, que consiste na suposição fundada de que o condenado não voltará a cometer no futuro nenhum delito, por sentir a sua própria condenação como uma séria advertência.

²⁸⁵ Sobre o comportamento processual do arguido no âmbito da determinação da pena, em que se traduzem a confissão e o arrependimento, ver DIAS, Jorge de Figueiredo, *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 255; e JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, p. 807.

²⁸⁶ Desde logo porque, como decidido no Ac. TRL de 04.10.2011 (proc. 1484/10.4PFLRS.L1-5), in www.dgsi.pt, a determinação da medida da pena em função da satisfação das exigências de prevenção obriga à valoração da conduta do agente anterior e posterior ao facto.

²⁸⁷ Por exemplo, para justificar a pena concreta imposta ao arguido, como faz o Ac. STJ de 07.12.2006 (proc. 06P4057), in www.dgsi.pt, ao salientar para o efeito a não demonstração de arrependimento e a não assunção dos factos, ou para justificar a aplicação ou não de determinados institutos, designadamente o da suspensão da execução da pena, onde podem assumir relevância decisiva, como fazem os Acs. STJ de 04.05.1993 (proc. 046183), de 11.05.1995 (proc. n.º 046750) e de 15.04.1998 (proc. 97P1476). Importa referir que, embora dispensando a necessidade de os dois comportamentos ocorrerem em simultâneo, muito embora seja evidente que o peso de ambos em conjunto será obviamente maior do que o peso de cada um deles isoladamente considerado, parte significativa da jurisprudência entende que pelo menos um deles terá de verificar-se para se suspender a execução da pena, afastando o instituto quando isso não ocorra.

²⁸⁸ *Loc. cit.*, p. 550 - a confissão espontânea e o honrado esforço dirigido à reparação da lesão podem constituir indícios favoráveis.

²⁸⁹ Proc. 038510, in www.dgsi.pt [a confissão dos factos, acompanhada de contrição, é uma atenuante valiosa]. Cfr., também, Ac. STJ de 12.03.1999 (proc. 98P1057), in www.dgsi.pt [A confissão dos factos, relevante para a descoberta da verdade e acompanhada de arrependimento, tem importante efeito atenuativo e foi como tal devidamente considerada na diminuição das penas].

processo da determinação da pena que se segue à produção da prova em sede de julgamento.

Podem, também, desempenhar papel decisivo na antecipação das consequências jurídicas do crime para as fases processuais anteriores, através do funcionamento de soluções jurídico-processuais prévias à discussão da causa assentes no consenso e na co-responsabilização do arguido. Destacamos o arquivamento em caso de dispensa da pena e a suspensão provisória do processo, previstos, respectivamente, nos art.ºs 280.º e 281.º do Código de Processo Penal²⁹⁰.

4.2. A CONFISSÃO

4.2.1. Definição geral

A confissão é uma conduta processual colaborativa que consiste na declaração do agente perante a autoridade judiciária competente a reconhecer que cometeu um crime²⁹¹. Esse reconhecimento da própria responsabilidade penal pode abarcar a totalidade do circunstancialismo factual, nos precisos termos descritos na acusação ou na pronúncia, ou somente parte desse circunstancialismo ou de alguns dos elementos do tipo de crime. No primeiro caso a confissão é integral²⁹². No segundo caso é apenas parcial, por referência à primeira situação²⁹³. A confissão pode, também, ser feita com ou sem reservas. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, tem reservas aquela em que *o arguido admite os factos imputados sob condição de um acontecimento futuro ou na dependência do reconhecimento de outros factos não incluídos na acusação* (ou na pronúncia), *que afastam ou diminuem a sua responsabilidade*²⁹⁴. Não tem reservas aquela em que isso não acontece.

Como se extrai da definição apresentada, a confissão apenas diz respeito a factos. Excluído da mesma fica todo e qualquer aspeto jurídico, designadamente o

²⁹⁰ Quer num quer noutro dos referidos institutos, a decisão deve assentar, além do mais, num prognóstico favorável relativamente ao futuro do agente, que dificilmente pode ser feito sem a assunção dos factos ou outros atos de arrependimento. Também aqui, os objetivos de prevenção especial assumem papel nuclear. Cfr., quanto à suspensão provisória do processo, BRANCO, Isabel, *Considerações sobre a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo*, p. 39.

²⁹¹ Cfr. CLIMENT DURAN, Carlos, *La Prueba penal*, p. 377.

²⁹² A confissão é integral quando abrange todos os “factos imputados”, ou seja, *todos os factos relevantes para a imputação criminal*. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344.º, p. 889. Cfr., também, MENDES, António Jorge de Oliveira, *Código de Processo Penal Comentado*, comentário ao art.º 344.º, p. 1098, e Ac. TRC de 07.09.2011 (proc. 424/08.5JACBR.C1), in www.dgsi.pt [A confissão integral e sem reservas implica a aceitação pela arguida de todos os factos que lhe são imputados na acusação].

²⁹³ A confissão é parcial, precisamente, como refere ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344.º, p. 889, *porque não abrange todos os “factos imputados”, isto é, se não inclui todos os factos relevantes para a imputação criminal*. É o caso daquela em que *o arguido nas suas declarações, embora reconhecendo os factos objectivos, invoca para a sua prática uma causa de exclusão da ilicitude e da culpa e, por conseguinte não confessa o facto subjectivo imputado* [Ac. TRC de 18.04.2012 (proc. 54/11.4PTLRA.C1), in www.dgsi.pt].

²⁹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344.º, p. 890. Por exemplo, como decidido no Ac. TRG de 07.12.2009, in CJ, 2009, Tomo V, p. 270, não será «sem reservas» a confissão em que *o arguido, embora reconhecendo os factos que integram os chamados elementos objectivos do crime, lhes contrapõe ou acrescenta outros com vista a eximir-se da responsabilidade*.

enquadramento legal da conduta confessada²⁹⁵. A título de exemplo, a confissão, ainda que integral e sem reservas, de factos por hipótese erradamente qualificados na acusação como tráfico de estupefacientes simples quando somente integram um tráfico de menor gravidade, não implica a aceitação da qualificação efetuada pelo Ministério Público. O tribunal, apesar da admissão dos factos, deve absolver o arguido da prática do primeiro e condená-lo pela prática do segundo. Tal sucede não apenas quando os factos confessados integram um crime menos grave, mas, igualmente, quando se verifica a situação inversa. Imagine-se que o arguido confessa, também de forma integral e sem reservas, os factos que na acusação o Ministério Público considerou preencherem os elementos típicos de um crime de homicídio simples, previsto e punido pelo art.º 131.º do Código Penal, quando na verdade um dos factos confessados constitui uma circunstância qualificativa, reveladora de especial censurabilidade ou perversidade prevista no n.º 2 do art.º 132.º. O tribunal não poderá condenar o arguido pelo crime de homicídio simples. Verificando-se uma situação de alteração substancial dos factos, em virtude a agravação do limite máximo da sanção aplicável²⁹⁶, que passa dos dezasseis para os vinte quatro anos de prisão, deverá proceder em conformidade com o disposto no art.º 359.º do Código de Processo Penal²⁹⁷.

Ainda quanto ao conteúdo da confissão, entende-se que não basta o arguido assumir a responsabilidade criminal de forma genérica. O reconhecimento dos factos deve ser pormenorizado. Em suma, deve concretizar todo o circunstancialismo do ilícito penal praticado, seja em termos da sua realização, seja em termos de localização espaço-temporal. Isto não significa, porém, que tenha de repetir a descrição factual da acusação ou da pronúncia. Considera-se suficiente a sua expressa confirmação depois de previamente lida pelo tribunal no início da audiência de julgamento.

²⁹⁵ Portanto, como refere ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344.º, p. 888, *a aceitação dos factos não importa a aceitação da imputação*.

²⁹⁶ Cfr. art.º 1.º, al. f), do CPP.

²⁹⁷ **Alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia**

1 - Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância.

2 - A comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo.

3 - Ressalvam-se do disposto nos números anteriores os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

4 - Nos casos referidos no número anterior, o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o conseqüente adiamento da audiência, se necessário.

4.2.1.1. A confissão como meio de prova

Enquanto reconhecimento da prática de um crime, a declaração confessória constitui um meio de prova²⁹⁸. Recusar-lhe essa natureza seria, como já afirmava Carl Mittermaier no Sec. XIX, negar uma evidência²⁹⁹. Trata-se, aliás, de um meio de prova de extrema relevância, na medida em o arguido participou diretamente nos factos. Ninguém melhor que ele, pois, para os confirmar ou, se necessário, esclarecer, o que faz da confissão um modo particularmente privilegiado para a demonstração dos factos³⁰⁰ *juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena*, que nos termos do n.º 1 do art.º 124.º do Código de Processo Penal constituem o objecto da prova.

Apesar da inquestionável importância que continua a ter em termos probatórios, a confissão perdeu, no entanto, o estatuto de *rainha das provas* que lhe era reconhecido no passado. Seguindo Carl Mittermaier³⁰¹, recuando ao período do Império Romano, era geralmente considerada como *prova bastante*, admitindo-se o recurso ao *tormento* para a conseguir. Posteriormente, na Idade Média, com as leis canónicas, onde passou a ser encarada como manifestação de arrependimento, exigia-se que fosse obtida a todo o custo. Para o efeito, generalizou-se o recurso ao tormento físico e psicológico, ganhando a doutrina da confissão uma enorme *autoridade*.

Vista como um *excelente* meio de prova na *Constitutio Criminalis Carolina*, esta impunha ao juiz que se esforçasse para a alcançar, muito embora não a considerasse *como prova única*. Representou, porém, uma enorme evolução, na medida em que não abdicou de exigir ao juiz *o escrupuloso exame da sua sinceridade*.

A importância da confissão enquanto meio de prova manteve-se nos modelos de processo penal inquisitório característicos dos estados absolutistas. Considerada um meio de prova essencial, continuou a admitir-se o uso da tortura, da ameaça e de qualquer outra forma de violência, física ou psicológica, para a conseguir, à semelhança do que acontecia na Idade Média, em particular com a inquisição. Tudo se alterou com o advento do iluminismo e do respeito pelos direitos, liberdades e garantias e pela dignidade da pessoa humana próprio da concepção liberal do Estado. Pode dizer-se que

²⁹⁸ Como tal, encontra-se prevista no art.º 344.º (capítulo III do Título II do livro VII do CPP - *da produção da prova*), ocupando em termos de ordem de produção a declaração do arguido o primeiro lugar (cfr. art.º 341.º). Anote-se que as regras gerais relativas às declarações do arguido, enquanto meio de prova expressamente previsto na lei, se mostram fixadas no art.º 140.º do CPP (capítulo II do Título II do livro III, relativo à *prova*).

²⁹⁹ *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, p. 201.

³⁰⁰ Cfr. art.º 341.º do CC, que atribui às provas a *função de demonstração da realidade dos factos*.

³⁰¹ *Loc. cit.*, pp. 207 e 208.

foi a partir daí que o arguido deixou de ser considerado como um mero objeto do procedimento e passou a ser reconhecido como verdadeiro sujeito processual, dotado de efetivos direitos e garantias constitucionais.

4.2.1.2. A confissão como manifestação da personalidade do arguido

Para além de ser um meio de prova, em certos casos, enquanto reação contrária do arguido ao crime cometido, enquanto ato expiatório e de auto-reprovação, e portanto, enquanto ato concreto de arrependimento, a confissão constitui, também, um elemento essencial para o tribunal aferir da personalidade do arguido e, conseqüentemente, para fazer funcionar o fim preventivo especial da pena³⁰².

Por essa razão, ainda que o seu contributo para a descoberta da verdade seja pouco ou inclusivamente nenhum, por exemplo nos casos de flagrante delito, onde a sua valia como meio de prova pode ser nula, deve ser sempre considerada, pois, independentemente da sua utilidade em termos probatórios, *constitui um sinal poderoso no sentido da inexistência de necessidades preventivas*³⁰³.

Trataremos dessa temática mais à frente.

4.2.2. Pressupostos de validade da confissão

Para produzir efeitos em termos jurídico-processuais e, conseqüentemente, poder ser levada em linha de conta na escolha e determinação da medida da pena, a confissão deve obedecer a vários pressupostos de validade.

Em primeiro lugar, tratando-se de um ato eminentemente pessoal, a declaração confessória tem de ser prestada em audiência pelo próprio arguido perante o juiz do julgamento³⁰⁴.

Carece, pois, de base legal, sendo inválida, a confissão feita através do defensor sem a presença do arguido³⁰⁵, como inválida é, também, a confissão feita na

³⁰² CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal, II*, pp. 329 e 330, refere que *as conseqüências da confissão ou negação do facto de que alguém é acusado têm, por outro lado, que se conxionar sempre com a possibilidade de serem referidas à personalidade do criminoso e com a natureza do próprio processo penal. Assim, a confissão corresponde muitas vezes a um arrependimento que mostra o carácter estranho do facto relativamente à personalidade.* Por sua vez, MAURACH, Reinhart, *loc. cit.*, pp. 541 e 542, anota que *a investigação da personalidade do agente representa a base decisiva para a «efectividade penal»*, não apenas ao nível dos fins preventivos, como também ao nível do fim retributivo da pena. Concretizando, refere que *a maior ou menor «sensibilidade penal» do autor é um fator que pode influir também ao nível da medida da compensação justa; «ceteris paribus», uma menor pena produzirá o mesmo efeito retributivo num autor impressionável e sensível à punição do que uma pena muito mais grave num sujeito menos acessível.* Por ser assim, a medida da pena deverá ser diferente, como sucede, aliás, na fixação da pena de multa, sem que se mostre violado o princípio da igualdade.

³⁰³ Cfr. Ac. TRL de 04.10.2011 (proc. 1484/10.4PFLRS.L1-5), in www.dgsi.pt. Também ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 71º, p. 363. Em sentido contrário era praticamente unânime a jurisprudência espanhola na vigência do CP de 1928, que negava valor atenuativo à confissão em caso de irrelevância ou ineficácia para a acção da justiça, com a agravante de presumir a inexistência do arrependimento nessas situações, o que é veementemente criticado por REMESAL, Javier de Vicente, *loc. cit.*, p. 180

³⁰⁴ Cfr. CLIMENT DURAN, Carlos, *La prueba penal*, pp. 378 e ss.

contestação, se não for confirmada em audiência³⁰⁶. É certo que atualmente a al. b) do n.º 1 do art.º 357.º do Código de Processo Penal, após a importante inovação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21/02, permite a utilização das declarações prestadas pelo arguido antes da fase de julgamento, desde que *tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor* e este *tenha sido devidamente informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º do mesmo diploma*³⁰⁷. Importa, porém, ter em conta o disposto no n.º 2 do daquele mesmo artigo, que é claro no sentido de que *as declarações anteriormente prestadas pelo arguido reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344.º do Código de Processo Penal*³⁰⁸. Uma das consequências de tal exceção é a retratabilidade da confissão.

Em segundo lugar, a confissão deve ser livre.

Significa, desde logo, que o arguido não pode, em circunstância alguma, ser obrigado a confessar os factos, designadamente através de tortura, física ou psíquica, coação, ofensa à integridade física ou moral, falsas promessas ou artifícios enganosos. Significa, também, que não pode estar, por qualquer forma, limitado nas suas faculdades psíquicas e mentais, circunstância que, obviamente, excluiria qualquer liberdade em termos de declaração, fosse em que sentido fosse³⁰⁹.

Essa liberdade de declaração em termos declaratórios no que aos factos diz respeito mostra-se salvaguardada no Código de Processo Penal através de um conjunto de regras, umas de carácter geral, outras especificamente orientadas para a concreta situação do arguido enquanto sujeito processual. Destaca-se a regra geral sobre os meios proibidos de prova do n.º 1 do art.º 126.^{o310}. Destacam-se, igualmente, a regra relativa à

³⁰⁵ Situação tratada no referido Ac. TRC de 04.02.2015, onde foi decidido que *carece de base legal, e como tal é nula e de nenhum efeito, a confissão, através de defensor, ainda que invocando a confirmação do arguido através do telefone.*

³⁰⁶ Ac. do STJ de 20.03.96, BMJ n.º 455, p. 372 [(...) *A confissão efetuada na contestação não tem força probatória plena, sendo uma simples declaração a confirmar ou não em audiência.*]

³⁰⁷ Isto é, *que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.*

³⁰⁸ Não é, pois, de aceitar a jurisprudência do Ac. TRC de 04.02.2015 (proc. 96/12.2GBMIR.CI), in www.dgsi.pt, segundo a qual a confissão do arguido ausente é relevante *se constar de declarações validamente produzidas e que possam ser lidas em audiência, nos termos do art. 357º do CPP.*

³⁰⁹ Requisito completamente menosprezado no passado, em particular, como vimos, nos modelos de processo penal inquisitório, característicos dos estados absolutistas.

³¹⁰ Qualquer confissão obtida *mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas* será, pois, nula, atenta a regra geral sobre os meios proibidos de prova do n.º 1 do art.º 126.º do CPP. O n.º 2 do mesmo artigo elenca como ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas mesmo que com o consentimento delas, mediante: *a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.*

prestação de declarações pelo arguido, prevista no art.º 140.^{o311}, e a regra de que os interrogatórios de arguido preso sejam *sempre feitos com a assistência do defensor*, prevista no n.º 3 do art.º 144.^{o312}.

Para além das referidas regras, a consagração do direito ao silêncio e à não autoincriminação no âmbito do processo penal, que decorre diretamente do respeito pela dignidade da pessoa humana e é indissociável das regras próprias de um Estado de Direito, constitui outra importante garantia da liberdade confessional³¹³, que, em primeira linha, impede qualquer interpretação do silêncio do arguido como aceitação dos factos³¹⁴. Sendo, porém, inquestionável que em caso algum o uso do direito ao silêncio poderá prejudicar o arguido, certo é, também, que não o deverá beneficiar³¹⁵.

De modo a reforçar a sua salvaguarda, o juiz deverá sempre informar o arguido desse seu direito³¹⁶, devendo, igualmente, caso declare pretender confessar os factos,

³¹¹ O n.º 1 do art.º 140.º do CPP, ao impor, como regra, que o arguido preste declarações *livre na sua pessoa*, pretende afastar qualquer tipo de pressão sobre o mesmo, o que, igualmente, sucede com a não prestação de juramento quanto às declarações que queira prestar sobre os factos, consagrada no n.º 3 da mesma norma. Anote-se que, por razões óbvias, a não sujeição do arguido ao dever de verdade não se aplica quanto à sua identificação, como resulta dos art.ºs 141.º, n.º 3, e 342.º do CPP.

³¹² A presença do defensor, como tem sido entendido pelo Supremo Tribunal Federal dos EUA, salvaguarda a liberdade de declaração do arguido, em particular a liberdade de se remeter ao silêncio, consagrada na V Emenda da Constituição Norte Americana (Cfr. *Miranda v. Arizona, Facts and Case Summary*, in <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>).

³¹³ Tendo surgido inicialmente em Inglaterra em virtude dos abusos cometidos desde o Séc. XVII pela *Star Chamber*, que recorria usualmente à tortura quando o imputado recusava prestar declarações ou mesmo juramento prévio às mesmas, o direito ao silêncio e à não autoincriminação integra o elenco de direitos processuais do arguido previsto no art.º 61.º do CPP, traduzindo-se, genericamente, na possibilidade de se poder recusar a prestar declarações quanto aos factos que lhe são imputados [direito a *não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar* (al. c) do n.º 1 do art.º 61.º e al. a) do n.º 4 do art.º 141.º do CPP]; direito a *prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo* (n.º 1 do art.º 343.º do CPP)]. Sendo um dos pilares do processo penal português, como salienta o auto, tem, entre nós, como é pacificamente aceite, natureza constitucional, muito embora não se mostre expressamente consagrado no texto da Constituição da República Portuguesa. Como refere MENDES, Paulo de Sousa, *O dever de colaboração e as garantias de defesa*, p. 15, *há quem o beseie muito simplesmente nas garantias processuais consagradas genericamente nos art.ºs 20.º, n.º 4, in fine, e 32.º, n.º 1, da CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento direto e imediato do “nemo tenetur”, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art.º 1.º CRP. Mostra-se reconhecido em múltiplos instrumentos de direito internacional, designadamente, no art.º 14.º, 3, al. g), da terceira parte do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, e assinado em Nova York em 7 de Outubro de 1976. [que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 15 de Setembro de 1978]; no art.º 15.º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1984 [que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 11 de março de 1989]; de forma implícita, no art.º 6.º, n.º 2, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), ao estabelecer que *qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*; e no art.º 8.º, n.º 2, al g), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).*

³¹⁴ Alguns sistemas penais não prescindem de consagrar expressamente essa regra, como é o caso do Brasileiro, no parágrafo único do art.º 186.º do CPP, incluído pela Lei n.º 10.792, de 1.12.2003 [*O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*].

³¹⁵ Cfr. Ac. TRC de 13.01.2010 (proc. 546/06.7GTLRA.C1), in www.dgsi.pt, que recorda, ainda, que *a génese do direito ao silêncio não assenta num intuito de beneficiar o arguido, antes decorrendo do princípio do acusatório, que impõe à acusação o dever de provar os factos que lhe são imputados, facultando ao arguido um comportamento que, em última análise, poderá obstar a que se auto-incrimine*. O princípio «*nemo tenetur se ipsum accusare*», seguindo ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 122, pode, pois, *figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório*.

³¹⁶ *Direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo* (n.º 1 do art.º 343.º do CPP).

perguntar-lhe, sob pena de nulidade, *se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas*³¹⁷.

Contrariamente ao que acontece noutros sistemas penais, o português não exige que a confissão tenha de ser corroborada por outros meios de prova³¹⁸. Basta que convença o tribunal, isto é, que seja verdadeira³¹⁹. Se assim for, valerá, por si só, no que aos factos confessados diz respeito, sejam eles todos os imputados ao arguido, sejam apenas uma parte dos mesmos. Importa, porém, fazer a seguinte ressalva: a declaração confessória de um arguido apenas releva relativamente a ele. Implicando outros co-arguidos, funcionará a regra prevista no n.º 4 do art.º 345.º do Código de Processo Penal.

4.2.3. O chamado “direito à mentira”

Intimamente ligado ao direito ao silêncio encontra-se o que muitos denominam direito à mentira. Defendem-no com base na inviolabilidade da personalidade e da pessoa humana, do direito de defesa e da liberdade.

Em bom rigor, trata-se mais propriamente de uma estratégia de defesa, umas vezes acertada, outras nem tanto, do que de um direito.

A sua existência mostra-se, desde logo, contraditória com o próprio direito ao silêncio na medida em que pressupõe a sua quebra, visto implicar a prestação de declarações, embora não verdadeiras.

Acresce que, podendo exercer o direito ao silêncio de forma seletiva, respondendo a umas perguntas e recusando responder a outras, em função dos seus interesses de defesa, o arguido não necessita mentir. Basta-lhe dizer que não pretende responder às perguntas que o podem incriminar e continuar a responder apenas às perguntas que o favorecem.

³¹⁷ Tratando da questão, o Ac. TRG de 07.12.2009, *CJ*, 2009, Tomo 5, p. 270, ordenou a repetição do julgamento por o juiz não ter feito as perguntas indicadas no art.º 344.º, n.º 1, do CPP, isto é, por não ter perguntado *se a confissão era “livre de qualquer coacção” e se era “integral e sem reservas”*. Relativamente à omissão das perguntas do n.º 1 do art.º 344.º do CPP, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344.º, p. 889, diz constituir *uma nulidade sanável, que deve ser arguida durante a audiência*.

³¹⁸ Como sucede, por exemplo, no Peru, cujo Código de Processo Penal, no seu art.º 160.º, n.º 2, exige, para valer como prova, que seja, devidamente corroborada por outro ou outros meios de prova, para além de prestada livremente e com o arguido no estado normal das suas faculdades psíquicas perante o juiz ou o fiscal (magistrado do Ministério Público) na presença do seu advogado. É o que sucede, também, embora de forma menos incisiva, no Brasil, onde o art.º 197.º do CPP estabelece que *o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância*.

³¹⁹ “Veraz”, na expressão de MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, p. 640. Havendo, aliás, dúvidas do tribunal relativamente à veracidade da confissão, seja integral e sem reservas, seja parcial ou com reservas, tal como sucede quando duvidar da imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados, não poderão estes ser dados como provados. Nesse sentido é inequívoca a al. b) do n.º 3 do art.º 344.º do CPP, que, muito embora se refira expressamente à confissão integral e sem reservas, não pode, por uma questão de coerência do sistema, deixar de abranger a confissão parcial ou com reservas.

Por maioria de razão, poderá, também, sem necessidade de mentir, esquivar-se às perguntas, respondendo de forma ambígua e genérica.

A sua existência afronta, por outro lado, a própria coerência do sistema, que assegura ao arguido os meios e garantias processuais suficientes para uma ampla defesa, o que não sucedia no passado. Destaca-se o direito à presunção de inocência, que por si só dispensa do arguido da obrigação de falar e, conseqüentemente, de mentir.

Por outro lado, se é legítimo ao arguido exigir, como se impõe, que a administração da justiça atue com respeito pelo princípio da boa-fé, o mínimo que dele se espera é que, igualmente, faça o mesmo.

Seguramente, não o fará mentindo.

Finalmente, sempre será de questionar se um suposto direito à mentira, não consagrado expressamente, não violaria o princípio da igualdade. Com efeito, importa ter em conta que a vítima, também muitas vezes colocada numa posição de extrema fragilidade, e cujos direitos o sistema penal não pode ignorar, sempre teria que falar a verdade, contrariamente ao arguido, que se encontra inclusivamente dispensado de prestar juramento. No mínimo, para além de contrariar os próprios fins da justiça e os objetivos do processo penal, seria moralmente incompreensível.

4.2.4. O relevo jurídico da confissão enquanto meio de prova

A confissão que se mostre útil para a administração da justiça, designadamente ao nível da descoberta da verdade, não pode deixar de ser valorada em sede de determinação da pena. Com efeito, como refere Paulo Pinto de Albuquerque³²⁰, *de um modo genérico, toda a colaboração prática com as autoridades na descoberta da verdade deve ser creditada a favor do agente no balanço das necessidades preventivas do caso*. Por isso, os tribunais se *inclinam frequentemente a recompensar com a clemência o autor confesso*³²¹.

Quanto maior for essa utilidade em termos probatórios, maior será, também, o seu peso a favor do arguido. A este nível existe um relativo consenso no seio da doutrina e da jurisprudência³²².

³²⁰ *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 71º, p. 363.

³²¹ Cfr. MAURACH, Reinhart, *loc. cit.*, p. 547, referindo-se aos tribunais alemães.

³²² Nesse sentido Ac. TRP de 05.06.2015 (proc. 8/13.6PSPRT.P1), in www.dgsi.pt: [I - A confissão integral e sem reserva do arguido dos factos de que é acusado, tem um valor que varia segundo o contributo que fornece para a descoberta da verdade. II - Essa confissão fundamenta uma atenuação especial da pena se se traduzir numa verdadeira e imprescindível colaboração para a descoberta da verdade, sem a qual não se sustentaria a condenação e constituir uma inequívoca manifestação de culpabilidade] Assim se justificou, como resulta desenvolvido no texto do referido acórdão, o acerto da decisão da primeira instância que atenuou especialmente a pena a um arguido nos termos do art.º 72.º do CP (uma confissão que não constituiu “mera estratégia de defesa”, mas verdadeira e imprescindível colaboração na descoberta da verdade, sem a qual seria certamente absolvido, em obediência ao

Desde logo, é indiscutível que a confissão feita logo no início do julgamento, antes de produzida qualquer prova, e a confissão feita no final do julgamento, quando os factos já estão demonstrados, não podem ter o mesmo valor³²³. Terá mais peso a primeira, seja como atenuante geral, seja como fator de medida concreta da pena.

Com efeito, enquanto declaração do arguido, sendo pela ordem normal o primeiro meio de prova a ser produzido, poderá tornar desnecessários os demais. É o que sucede nos casos de confissão integral e sem reservas, que pode implicar, nos termos da al. a), do n.º 2, do art.º 344.º do Código de Processo Penal, a *renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados*, e, nos termos da al. b), da mesma norma, a *passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável*, com a inerente poupança de tempo e meios, atualmente uma preocupação transversal a todos os setores da atividade pública e estadual³²⁴.

princípio “in dubio pro reo”); Ac. TRC de 15.02.2012 (proc. 363/10.OPBCBR.C1), in www.dgsi.pt: [Não é toda e qualquer confissão que releva positivamente para a determinação da medida da pena. A confissão, enquanto atitude colaborante do arguido, pode traduzir-se ou não numa circunstância atenuante de carácter geral, influenciando directamente na determinação da medida concreta da pena, ou relevando indirectamente, ao nível da valoração das exigências de prevenção especial, se no contexto em que for feita transmitir indicações positivas relativamente à atitude/personalidade do agente. O seu valor processual, em termos práticos, acaba por variar na razão directa da sua relevância, podendo assumir um vasto leque de graduações que vão da confissão extremamente relevante (a que permite ultrapassar acentuadas dúvidas ou ter como assentes factos para os quais não existe outra prova) à confissão absolutamente irrelevante (a título de exemplo, a confissão feita após concluída a produção da prova, quando todos os factos confessados se oferecem já como manifestamente provados; a confissão do óbvio, quando tiver havido prisão em flagrante delito), podendo ainda ser subjectivamente valorada na determinação da atitude interna do agente relativamente aos factos praticados e à interiorização da gravidade da sua conduta. À luz destes princípios há que convir que a limitadíssima confissão do arguido não se reveste do relevo que este pretende ver-lhe atribuída, se este se limita à confissão do óbvio, que foi precisamente aquilo que o arguido, na sua estratégia de defesa, optou por assumir, certamente por ser difícil de negar por forma credível em função das circunstâncias concretas do caso, resultando manifestamente, não de um sentido e sincero arrependimento, mas da expectativa de minorar as consequências penais da sua actuação, revestindo-se, por essa razão, de nulo valor atenuativo]; Ac. TRC de 14.07.2010 (proc. 108/09.7JA AVR.C1), in www.dgsi.pt: [(...) A confissão do crime não assume particular relevância para medida da pena nos casos em que não contribui de forma relevante para a descoberta da verdade, face à restante prova produzida contra o agente]; Ac. STJ de 26.11.1985 (proc. 038043), in www.dgsi.pt: [(...) A confissão tem um valor que varia segundo o contributo que fornece para a descoberta da verdade].

³²³ Lembre-se que, no julgamento, a confissão pode ocorrer durante as primeiras declarações do arguido subsequentes à sua identificação, durante a produção da prova e mesmo após as alegações finais, aquando das últimas declarações nos termos do art.º 361.º do CPP, altura em que dispõe da derradeira oportunidade para o poder fazer.

³²⁴ Diz ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344º, p. 891, que a confissão livre, verdadeira, integral e sem reservas feita no início da audiência *deve implicar, em regra, a atenuação especial da pena, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos*. Com efeito, o direito processual penal português não dá qualquer protecção à expectativa do arguido que confesse em relação à sua pena, mas a benesse da atenuação especial da pena justifica-se politicamente por o arguido revelar espírito de colaboração com a justiça e poupar as vítimas a uma vitimização secundária e o Estado a gastos acrescidos de tempo e dinheiro. Justifica-se que assim seja porque, como se anota no Ac. STJ de 09.10.1991 (proc. 042083), in www.dgsi.pt, tal confissão potencia a economia processual numa óptica de celeridade e eficiência na medida em que, dispondo-se o arguido a confessar integralmente os factos que lhe são atribuídos, sem quaisquer reservas não haveria que proceder a quaisquer outras diligências tendentes a demonstrar a sua prática pelo arguido, passando-se, assim e desde logo, à fase imediata. Importa, todavia, não olvidar, como sumariado no referido Acórdão, que quer na hipótese de confissão integral e sem reservas, quer no caso de confissão parcial ou com reservas, o tribunal mantém intacta a sua liberdade de apreciação e, consequentemente, pode admitir ou não a confissão (...). Assim, a confissão do arguido, mesmo no caso de ser admitida, não impede, necessariamente, a produção de prova em audiência, mormente no que respeita à prova da defesa, para o efeito da escolha e da medida da reacção criminal a aplicar, em tal sentido devendo interpretar-se o citado artigo 344. Não se encontra, pois, vinculado à confissão, ainda que integral e sem reservas, cabendo-lhe decidir, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida produção da prova quanto aos factos confessados, como resulta do n.º 4 do art.º 344.º do CPP. A propósito desta norma, consideramos não ser de seguir o entendimento de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao art.º 344º, p. 890, no sentido de que a confissão de crime punível com pena superior a cinco anos de prisão está subtraída ao regime do artigo. Com efeito, o referido n.º 4 do artigo em causa aponta precisamente em sentido contrário, ao referir-se expressamente aos casos do número anterior, um dos quais é precisamente o crime ser punível com pena de prisão superior a 5 anos. Neste e nos demais casos

Indiscutível é, também, que a confissão de um crime onde o arguido foi surpreendido no momento da sua prática e detido em situação de flagrante delito e a confissão de um crime onde tal não aconteceu, deverão, do mesmo modo, ser valoradas diferentemente. Com efeito, e muito embora não deixe de funcionar o princípio constitucional da presunção de inocência, no primeiro caso dificilmente ficará por provar a autoria do crime. Por essa razão, porque mais não é do que a admissão do óbvio, o peso da confissão terá, necessariamente, de ser inferior. Isso não significa, porém, que seja nulo, como tem sido entendimento maioritário da jurisprudência.

Igualmente indiscutível é a enorme relevância da confissão nos casos em que a infração não é ainda conhecida das autoridades. Nessas situações, pela sua decisiva importância como meio de prova, o seu valor, designadamente como atenuante geral ou como factor de medida da pena concreta, não pode deixar de ser particularmente elevado, o que igualmente se justifica do ponto de vista da prevenção geral e especial³²⁵.

Podemos, pois, assentar na ideia de que o peso da confissão no momento da determinação da sanção varia na proporção da sua utilidade para o sistema da administração da justiça, designadamente enquanto meio de prova e da sua maior ou menor dificuldade. Em jeito de síntese, acompanhando António Lourenço Martins, *quanto mais espontânea, desinteressada e atempada se apresentar, maior será o seu valor atenuativo*³²⁶.

4.2.5. Situações particulares

4.2.5.1. A confissão e o flagrante delito

Nos casos de detenção em *flagrante delito*³²⁷ e, de uma maneira geral, em todos os casos em que se torna claro que a prova está feita por outros meios, alguns

ali previstos, cabe ao tribunal decidir, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida produção da prova quanto aos factos confessados.

³²⁵ Dá nota VICENTE REMESAL, Javier de, *El Comportamiento postdelictivo*, pp. 178 e 180, que na vigência do CP de 1928 a jurisprudência espanhola apenas admitia a confissão como circunstância atenuante desde que ocorresse antes de o agente conhecer a abertura do procedimento criminal. Justificava-o com base na decisiva relevância que a declaração confessória assumia para a acção da justiça nessas situações, entendida como manifestação de um certo arrependimento, na medida em que o agente se denuncia a si próprio. Em contraposição, a confissão, ainda que sincera, que ocorresse após o agente ter conhecimento da abertura do procedimento criminal não valia como atenuante, por não facilitar desde o primeiro momento a acção da justiça.

³²⁶ *Loc. cit.*, p. 513.

³²⁷ O art.º 256.º do Código de Processo Penal define flagrante delito como sendo *todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer* (n.º 1) e ainda *o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar* (n.º 2). No que diz respeito aos crimes permanentes, esclarece o n.º 3 do referido artigo que *o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar*. Resulta, pois, do referido artigo que constituem requisitos do flagrante delito a imediatez temporal (o crime está a ser cometido ou acabou de ser cometido, que abrange não apenas o momento em que o agente se encontra a cometer o crime, isto é a praticar os respetivos actos de execução, como ainda todos os actos já abrangidos pela tentativa, mas, também, o momento subsequente à própria execução do ilícito criminal. Quanto aos actos já abrangidos pela tentativa, a conclusão é óbvia na medida em que, contrariamente aos atos preparatórios, já podem ser puníveis nos termos do disposto no art.º 23.º do Código Penal) e a imediatez pessoal (o agente encontra-se no lugar dos factos ou

penalistas entendem que a confissão não deve ter *nenhum significado*. É essa a posição de Eduardo Correia³²⁸, cuja doutrina continua a ser seguida pela maioria dos tribunais portugueses³²⁹.

Discordamos frontalmente.

Com efeito, e desde logo porque, contrariamente ao que acontece em alguns ordenamentos estrangeiros, como, por exemplo, o peruano³³⁰, que afastam expressamente os benefícios da confissão havendo flagrante delito ou quando os elementos probatórios que constam do processo sejam de tal modo abundantes ou claros que não deixam dúvidas quanto à prática dos factos pelo arguido, a lei portuguesa em lado algum exclui o benefício da declaração confessória nessas situações. Não o faz para efeitos da determinação da pena, como não o faz, também, para efeitos de redução da taxa de justiça, prevista na al. c) do n.º 2 do art.º 344.º do Código de Processo Penal³³¹.

Acresce, socorrendo-nos, aliás, das próprias lições de Eduardo Correia, que a atenuante da confissão não assenta apenas em razões de política criminal (traduzidas *em conseguir através dela facilitar a acção da justiça e a reparação do crime*³³²). Deve, como, igualmente, afirma o ilustre professor, ser também conexcionada com a possibilidade de se referir à *personalidade do criminoso*³³³. A ser assim, impõe-se aferir essa personalidade e apurar se a confissão, muito embora relativa a uma situação de prova clara, como sucede nas situações de flagrante delito, não será de levar em linha de conta na medida em que confirma, por exemplo, uma situação delitativa ocasional e de todo contrária à vida exemplar que o agente teve até ao dia do facto.

com objetos ou sinais, por exemplos instrumentos, relacionados com o crime e que constituem prova clara no sentido de que participou no mesmo).

³²⁸ *Direito Criminal, II*, p. 387.

³²⁹ É maioritária a jurisprudência no sentido de que a confissão em caso de flagrante delito, por nada trazer de relevante em termos da participação do arguido e do esclarecimento dos factos, que são evidentes, não deverá relevar positivamente em termos de determinação da pena. Nesse sentido Ac. STJ de 18.06.1997 (proc. 97P533), in www.dgsi.pt [*Tendo o arguido sido detido em flagrante delito na posse de produto estupefaciente na sua viatura, e bem assim de heroína, cocaína e haxixe, na busca domiciliária efectuada numa casa desabitada por si utilizada, tem diminuto valor atenuativo a sua confissão integral e sem reservas e o seu arrependimento*]; Ac. STJ de 18.10.2006 (proc. 06P2813), in www.dgsi.pt [*(...) confessou integralmente e sem reservas os factos criminosos, o que não assume valor significativo, posto que detido em flagrante delito*]; Ac. STJ de 09.12.2010 (proc. 100/10.9JELSB.S1), in www.dgsi.pt [*(...) A confissão dos factos pelo arguido, em caso de flagrante delito com subsequente detenção pela polícia, para assistência em hospital, a fim de assegurar sua sobrevivência física, tem valor nulo*].

³³⁰ Cfr. art.º 161.º do Código de Processo Penal Peruano de 2004 (*Efecto de la confesión sincera*): - *Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el Juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal*.

³³¹ A nossa legislação penal, impondo que o comportamento do arguido posterior ao crime seja levado em linha de conta para efeitos de determinação da pena, também não faz nenhuma distinção a esse nível. Por outro lado, a nossa legislação processual penal consagra desde a fase inicial do processo benefícios em troca do comportamento processual do arguido, não excluindo situações particulares, por se alcançar uma conclusão célere do processo. Não faz, pois, nenhum sentido que esse princípio não se aplique à fase do julgamento.

³³² *Direito Criminal, II*, p. 387.

³³³ *Direito Criminal, II*, p. 329.

Valem, pois, nesta sede, também, razões de prevenção especial, que importa considerar sempre, tanto mais que, como lembra Jorge de Figueiredo Dias³³⁴, a conduta do arguido posterior ao facto criminoso releva *por via da prevenção, nomeadamente quando ligada à categoria da necessidade de pena*.

Alguns argumentos suplementares podem, ainda, ser apresentados em abono da nossa posição.

Desde logo, não pode sem mais aceitar-se como dado adquirido inexistir para o arguido surpreendido em flagrante delito outra alternativa que não seja a confissão dos factos dada a evidência dos mesmos.

A própria realidade trata de o desmentir.

Com efeito, verifica-se com alguma frequência não haver confissão mesmo em situações que não oferecem dúvidas, ou porque o arguido se remete legitimamente ao silêncio, ou porque, optando por declarar, o faz negando factos que a todos os títulos se mostram evidentes.

Não valorar a confissão em casos de flagrante delito suporia, por outro lado, atribuir-lhe relevância meramente probatória, interpretação que não se mostra minimamente suportada na lei. Aliás, a circunstância de o arguido ainda poder prestar declarações após as alegações finais, quando já foi produzida toda a prova, impõe precisamente conclusão contrária. Com efeito, tendo essas últimas declarações como objetivo facultar-lhe a possibilidade de alegar derradeiras circunstâncias em sua defesa, a assunção dos factos não poderá deixar de ser uma delas.

Finalmente, importa anotar que a confissão, seja integral e sem reservas, seja parcial ou com reservas, pode ser decisiva para uma menor duração do processo, já que permite ou prescindir da produção da demais prova ou, eventualmente, de parte dela.

Desmistifica-se, assim, o argumento da sua desnecessidade.

Com efeito, abreviando o processo, permite o funcionamento mais eficiente, eficaz e célere da justiça, o que não pode deixar de pesar favoravelmente em benefício do arguido. A diminuição da taxa de justiça prevista no art.º 344.º, n.º 2, al. c), do Código de Processo Penal, para os casos de confissão integral e sem reservas demonstra-o claramente.

³³⁴ *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 254.

4.2.5.2. Confissão e suspensão da execução da pena no crime de tráfico de estupefacientes

Invocando razões de prevenção geral, a jurisprudência portuguesa é majoritária no sentido de afastar a suspensão da execução da pena nos crimes de tráfico de estupefacientes, mesmo em situações de confissão integral e sem reservas e de arrependimento sincero³³⁵.

Consideramos questionável.

Desde logo, porque por muito sérias que sejam as razões de prevenção geral e a necessidade de combater o flagelo que constitui o consumo de produtos estupefacientes não permitidos, não estabelecendo a lei qualquer exceção relativamente ao crime de tráfico não pode o julgador fazê-lo³³⁶. Temos assim como acertada e conforme com a lei a jurisprudência que vai no sentido de valorar a confissão e o arrependimento e suspender a execução da pena ou de proceder à sua atenuação especial nos crimes de tráfico de estupefacientes, desde que verificados os necessários pressupostos³³⁷.

4.3. O ARREPENDIMENTO

4.3.1. Definição geral

No seu sentido comum, o arrependimento mais não é do que um sentimento de mágoa ou remorso de alguém que reconhece ter feito algo de errado³³⁸.

Apesar da evidente componente ético-moral que comporta, tal definição não obsta a que se mostre válida para o direito penal. Com efeito, não notamos diferença substancial relativamente à definição técnico-jurídica de arrependimento apresentada pela maioria da doutrina. Por exemplo, diz José Maria Rodríguez Devesa que *o arrependimento é um pesar pelo delito cometido, um desejo de não o ter praticado*³³⁹. Eugénio Cuello Calón, indicando como sua base e fundamento *um estado subjetivo de*

³³⁵ Realçando o papel da *prevenção geral* na repressão ao crime de tráfico de estupefacientes, nesse sentido decidiu o Ac. STJ de 08.05.2008 (proc. 08P1134), in www.dgsi.pt, revogando a suspensão da execução de uma pena de prisão, acompanhada de regime de prova, fixada na primeira instância, a um “correio de droga” sem antecedentes criminais conhecidos e que demonstrou arrependimento.

³³⁶ Desde logo, por violar o princípio da legalidade. A criação de exceções no âmbito dos crimes ligados à droga tem sido, no entanto, uma realidade por parte de alguma jurisprudência. A título de exemplo, aponta-se o Ac. STJ de 17.06.1993 (proc. 043729), in www.dgsi.pt, que invocando a *excepcionalidade da detenção de estupefaciente para exclusivo consumo do detentor, fez recair neste (e não no Ministério Público) a incumbência de alegar e provar a factualidade consubstanciadora da especificidade do dolo, privilegiante dessa detenção*, o que constitui uma flagrante situação de inversão do ónus da prova não consentida pela lei e sucessivamente recusada pelo Tribunal Constitucional.

³³⁷ No que diz respeito à suspensão da execução da pena, o Ac. STJ de 29.11.1989 (proc. 040422), in www.dgsi.pt, considerou suficiente a *confissão espontânea, sincera e relevante para a descoberta da verdade, aliada a uma personalidade não tendencialmente criminosa, de um traficante de droga*. Quanto à atenuação especial da pena, o Ac. STJ de 07.01.2010 (proc. 14/08.2PBOLH.E1.S1), in www.dgsi.pt, entendeu estarem verificados os respectivos pressupostos numa situação em que, a par de outras circunstâncias, a arguida *confessou a sua actividade de tráfico tal como ficou provada*.

³³⁸ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/arrependimento>, consultado a 24.01.2016.

³³⁹ *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 683.

pesar e de aflição motivados pelo delito, fala em *acto pessoal de contrição* que leva o agente a *condenar-se a si mesmo*, «*iure proprio*»³⁴⁰. Santiago Mir Puig, pelo contrário, qualifica-o não como um sentimento de pesar ou de remorso, mas antes como *a vontade de afastamento do delito e de cooperação com o direito*³⁴¹, procurando despojá-lo de qualquer conotação ético-religiosa³⁴².

Embora o inclua entre as circunstâncias modificativas atenuantes gerais do n.º 2 do art.º 72.º, o Código Penal Português não o define. Limita-se a dizer que pode extrair-se de determinados actos ou condutas, que, todavia, não concretiza, indicando, a título meramente exemplificativo, *a reparação levada a cabo pelo agente, até onde era possível, dos danos causados*³⁴³. Constituindo um elemento relativo à personalidade do agente, a considerar para se poder fazer uma prognose favorável quanto ao seu futuro, entende-se que a reparação deve ser considerada ainda que o ofendido não a aceite.

Além da reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados, também a confissão pode constituir um dos elementos objetivos do arrependimento³⁴⁴. Porém, apesar dessa estreita ligação, a primeira não pressupõe por si só o segundo³⁴⁵, muito embora sejam raras as situações de confissão sem arrependimento e mais raras, ainda, as de arrependimento desacompanhado de confissão³⁴⁶.

³⁴⁰ *Derecho Penal*, tomo I, p. 585. Anote-se que para CUELLO CALON, Eugenio, aquele estado subjectivo, ou *animus subsequens*, diferente e posterior ao que deu causa ao delito, é gerado por um estado de consciência ético-psicológico nascido dos sentimentos religiosos ou meramente morais do agente, que provoca real remorso, dor ou pesar pela má conduta que constituiu a prática do crime.

³⁴¹ *Lecciones*, p. 352.

³⁴² Indo, pois, de encontro com as críticas que eram apontadas pela Doutrina Espanhola ao *arrependimento espontâneo* do n.º 9 do art.º 9.º do CP de 1973 materializadas no Projeto de 1979 (art.º 27.º, 6.º), que o eliminou, bastando-se com a *voluntariedade*.

³⁴³ Também no direito comparado a reparação dos danos constitui um dos possíveis atos através dos quais se pode manifestar o arrependimento. A título de exemplo, mostra-se previsto como fator de medida da pena no § 46 do StGB. Como tal, constava expressamente na circunstância 9.ª do art.º 9.º do Código Penal espanhol de 1973 (*arrepentimiento espontáneo*), juntamente com a confissão e o dar satisfação ao ofendido, mantendo-se no Código Penal de 1995. Anote-se, porém, que este último diploma deixou de fazer referência expressa à atenuante do arrependimento, limitando-se a indicar a confissão às autoridades (art.º 21.º, 4.º) e a reparação do dano (art.º 21.º, 5.º) enquanto acções (pós-delito) a favor da vítima e em prol do funcionamento da justiça. Desta forma, o legislador espanhol atendeu às duras críticas apontadas pela doutrina à utilização do termo *arrependimento* que constava daquele primeiro diploma, dado o sistemático recurso por parte da jurisprudência a critérios morais e inclusivamente ético-religioso para a sua interpretação, como salienta VICENTE REMESAL, Javier *cit.*, pp. 97 e 98. Contrariamente ao que acontece em alguns sistemas de direito comparado, importa anotar que entre nós a reparação dos danos não suscita dúvidas em termos de constitucionalidade. Com efeito, diferentemente do que sucede, por exemplo, em Itália [cfr. art.º 62, 6), do CP], o CP português não exige a reparação integral e efetiva, bastando-se com os esforços do arguido nesse sentido. Nesses termos, um arguido sem capacidade económica não fica colocado em posição de desigualdade relativamente a um arguido que beneficie de desafogo financeiro.

³⁴⁴ Refere CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 329, que *a confissão corresponde muitas vezes a um arrependimento*. Assim era considerada no delito consumado pelo Código Penal Espanhol de 1973 (art.º 9 - 9.º), como salienta ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379. Muito antes, porém, a sua importância enquanto ato de arrependimento era já evidenciada na discussão do Projeto do CP Espanhol de 1921 (*Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias [sic] de 1821: discusión del proyecto de código penal*): *ninguém pode duvidar que de que esta confissão sincera é uma prova de boa-fé do réu, um sinal de arrependimento, ou, pelo menos, que não está tão corrompido ou obstinado como o que persiste na negativa*.

³⁴⁵ Cfr. Ac. STJ, de 23.02.1994 (proc. 046995), in www.dgsi.pt. De todo o modo, como se anota no sumário do Ac. STJ de 21.06.2007 (proc. 07P2042), in www.dgsi.pt, *da confissão e colaboração do arguido não resulta natural e irrecusavelmente o arrependimento. À confissão, mesmo se completa, não se segue necessariamente o arrependimento que vai mais além, o arrependimento pode inexistir ainda quando se confesse de pleno os factos cometidos. No mesmo sentido* Ac. STJ de 29.11.1995 (proc. 047283) [*Da confissão não resulta automaticamente o arrependimento*]; e Ac. STJ de 03.06.1987 (proc. 038779) [*A confissão não implica arrependimento*], também in www.dgsi.pt.

³⁴⁶ Não se descartando a hipótese de poder haver arrependimento sem confissão, dificilmente, porém, sucederá. Desde logo, como referido no Ac. STJ de 12.03.2009 (proc. 08P3781) in www.dgsi.pt, porque, em situações normais, sendo o arrependimento *uma*

Utilizado pela doutrina estrangeira de forma nem sempre coincidente, o termo «arrependimento» tem dado origem a alguma confusão terminológica, na medida em que pode referir-se, como entendem, designadamente, alguns autores alemães, ao comportamento posterior à consumação formal do crime, fechado, pois, o ciclo do delito, mas, também, como entende uma larga maioria da doutrina espanhola, a situações de desistência na consumação do delito, seja na tentativa inacabada, seja na frustração³⁴⁷.

Todavia, para autores espanhóis como Rodríguez Muñoz, Rodríguez Devesa e Cobo Del Rosal, todos eles citados por Javier de Vicente Remesal³⁴⁸, na frustração apenas se pode falar em arrependimento e não em desistência, dado que, mostrando-se já executados todos os actos do *iter criminis*, torna-se impossível desistir daquilo que na prática já se encontra completamente realizado. Por outras palavras, como ensina Salvador Mir Puig³⁴⁹, não é correcto falar de desistência na frustração em virtude de nesta ser impossível a consumação por uma causa que não aquela.

Diferente é a opinião de Francisco Muñoz Conde, igualmente citado por aquele autor³⁵⁰, que admite poder falar-se em desistência na frustração, embora a título excepcional³⁵¹.

espécie de contrição pelos factos praticados, suporá necessariamente a confissão destes. Só não será assim em casos pontuais, designadamente nos de julgamento na ausência do arguido, onde o arrependimento sincero pode ser provado através de variadíssimos meios de prova, em particular testemunhal.

³⁴⁷ Como evidencia VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 40 e 41 e 98 e 99, essa confusão terminológica entre “arrependimento” e “desistência” *pode dar-se tanto na tentativa como na frustração, tendo consequências também na terminologia utilizada nos pressupostos do comportamento de reacção positiva que surge apenas após a consumação do delito. O termo arrependimento é empregue nos dois casos.*

³⁴⁸ *El comportamiento postdelictivo*, p. 99: Segundo Rodríguez Muñoz, na frustração não pode falar-se em desistência mas tão só em arrependimento, porque o delito frustrado do nosso Código exige que o sujeito tenha realizado todos os atos, de tal forma que podendo o agente arrepender-se (mesmo eficazmente), em tal hipótese não há dúvidas que já não pode desistir (Notas II 1946 257). No mesmo sentido afirma Rodríguez Devesa que «na frustração não cabe a mera desistência, pois tendo-se desencadeado um processo que, pelo seu curso normal, há-de concluir na consumação do delito, é inconcebível que o sujeito desista. É possível, todavia, que haga algo mais, que realize um ato posterior aos já executados, seja para reafirmar-se na segurança de que o resultado se produzirá ao juntar um conjunto de atos que a ele hão-de de conduzir necessariamente, seja para tratar de impedir que o resultado ocorra, neutralizando a sua atividade anterior» (DP PG 1981 740). Finalmente, para Del Rosal, «no delito frustrado apenas pode falar-se em arrependimento, dado que apenas ocorre quanto ao já realizado, enquanto que apenas se desiste do que não se terminou de realizar» (Lecciones II 1960 109).

³⁴⁹ *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, p. 148. Esclarece o referido autor que a desistência apenas é possível se a execução não se mostra frustrada e perante uma situação de tentativa no sentido legal, isto é, quando a execução seja parcial. Realizados já todos os actos de execução, a situação enquadra-se na chamada “tentativa acabada”, conceito doutrinário que não se confunde com o previsto no Código Penal, que apenas acolhe a “tentativa inacabada”. Entre nós, como salienta FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal*, Vol. I, p. 405, o actual Código Penal não distingue as duas formas de tentativa – acabada e inacabada (crime frustrado e tentativa) – porque as equipara na pena; engloba os dois conceitos sem os confundir, por isso que a sua distinção se revela onde permanece a necessidade jurídica da distinção (a propósito das formas que reveste a desistência, como desistência ou como arrependimento activo). De toda a maneira e quanto à realização da vontade criminosa tanto o Código anterior como o Código de 1982 seguem idêntica orientação: no Código anterior haveria crime frustrado quando fossem praticados «todos os actos de execução que deveriam produzir o crime consumado...» e haveria tentativa quando a execução fosse «execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado»; no Código actual, e nos termos do n.º 1 do art.º 22.º, é necessário que o agente pratique «actos de execução» (todos ou alguns), sem que haja consumação. Embora, como referido, o actual Código Penal não distinga, nem na sua definição nem quanto à pena, a tentativa do crime frustrado, todavia, refere aquele autor (*loc. cit.*, pág. 419) que o n.º 1 do art.º 24.º do CP bifurca a desistência voluntária em desistência voluntária e arrependimento activo (...). Na tentativa inacabada, a desistência é suspensão voluntária da execução, ou como dia o n.º 1 do art.º 24.º, desistência voluntária de prosseguir na execução, e na tentativa acabada, em que já findou a execução, a intervenção do agente tem de ser activa, ou, como diz o mesmo n.º 1 do art.º 24.º, consiste em impedir a verificação do resultado.

³⁵⁰ *Loc. cit.*, p. 99.

Apesar das diferenças, parece haver algum consenso no sentido de que antes da consumação do delito o termo “arrependimento” é normalmente utilizado como referindo-se ao comportamento ativo do agente do crime por contraposição ao comportamento passivo em que se traduz a “desistência”, embora, *em algumas ocasiões*, esta constitua apenas *uma forma de “arrependimento”* e este, por sua vez, *uma causa daquela*³⁵².

No entanto, não cabe nesta sede entrar em pormenor na discussão em torno da referida confusão terminológica, nem, aliás, em torno da polémica utilização do termo “arrependimento”³⁵³, dadas as limitações traçadas pelo objeto deste trabalho.

Com efeito, apenas diz respeito ao “arrependimento” enquanto comportamento processual positivo pós-delito do arguido, *realizado em benefício da vítima, ou da administração da justiça – ou por esta considerado útil – e por isso valorado positivamente pelo direito*³⁵⁴.

Trata-se, pois, como assinala o Ac. STJ de 18.02.1999³⁵⁵, do comportamento *que a doutrina italiana apelida de arrependimento «post delictum», que não se confunde com o arrependimento activo previsto no artigo 24.º, do CP, que alguma doutrina espanhola denomina “desistência activa”*³⁵⁶. Com efeito, o agente desenvolve *uma atividade posterior ao crime destinada a eliminar ou atenuar os seus efeitos danosos ou perigosos*³⁵⁷, atividade essa que não poderá deixar de funcionar a seu favor³⁵⁸.

³⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, p. 9 e ss - Acentuando a vertente estritamente omissiva da desistência - *deixar de fazer* - e a vertente necessariamente positiva do arrependimento como seus elementos distintivos, o autor, embora enquadrando a primeira na tentativa *porque nela se podem deixar de fazer ou realizar os atos executivos que ainda faltam*, o que não sucede na frustração porque nesta *já foram realizados todos os atos e é necessária uma atividade positiva para impedir que se produza o resultado, a que se chama arrependimento*, refere, no entanto, *que, também, na frustração se pode falar em desistência, se considerada do ponto de vista da consumação*. Com efeito, *enquanto o autor não chega voluntariamente a consumir o tipo, desiste de alcançar a meta que pretendia. A isso não obsta que, para evitar o resultado, tenham de realizar-se atuações positivas. Isto apenas diferencia a desistência na tentativa e na frustração no seu aspecto objetivo exterior, mas a base subjetiva continua a ser mesma*, isto é, *desistir voluntariamente de alcançar a consumação do delito*.

³⁵² VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 98, nota 186.

³⁵³ Além da referida confusão terminológica, sustenta ainda VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 40 e 41, que o termo “arrependimento” tem induzido a falsas conclusões no que concerne aos motivos que hão-de concorrer para beneficiar o arguido a nível sancionatório, o que desaconselha a sua utilização. Esta crítica não se justifica entre nós e mostra-se, alás, em parte ultrapassada em Espanha, dado que a atenuante “arrepentimento espontâneo” do art.º 9.º do CP Espanhol de 1973, alvo de duras críticas em virtude do seu caráter moralista e, até, segundo aquele autor, ético-religioso, não se manteve no CP de 1995, dando lugar à atenuante da “confissão às autoridades” e à “reparação do dano”.

³⁵⁴ Cfr. VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 40.

³⁵⁵ Proc. 98P1417, in www.dgsi.pt.

³⁵⁶ Cfr. VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 100.

³⁵⁷ Esforçando-se, como referido no Ac. STJ de 08.05.1991 (proc. 041652) in www.dgsi.pt, *por impedir ou atenuar as consequências do facto punível*.

³⁵⁸ Desde logo porque em termos de política criminal se visa favorecer *o ressarcimento do dano causado pelo delito e o bom andamento do processo judicial*. Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal. Parte General*, p. 683. No mesmo sentido, embora por outras palavras, MIR PUIG, Santiago, *Lecciones*, p. 351, dizendo que visa *fomentar a reparação do dano e a perseguição judicial*

Recorda-o Germano Marques da Silva³⁵⁹, salientando que *aquele que erra e se arrepende merece um tratamento penal mais favorável*.

4.3.1.1. Pressupostos do arrependimento

O arrependimento carece, antes de mais, de ser demonstrado. Esse é o seu primeiro requisito, aliás distintivo da confissão³⁶⁰.

Com efeito, tratando-se de um sentimento do foro interior, impõe-se que seja exteriorizado através de atos concretos, devidamente provados em sede de julgamento, em conformidade com o disposto no art.º 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal³⁶¹. Não bastará, pois, ao arguido, para beneficiar do arrependimento, seja como circunstância modificativa atenuante, seja como fator de medida da pena, limitar-se

³⁵⁹ *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos*, p. 66. O referido autor acentua a relevância do arrependimento ao nível da prevenção, dizendo *dever ser considerado um primeiro passo para a conformação do arrependido aos valores que as leis consagram e tutelam e constituir para a sociedade a esperança de que aquele seu membro não mais a afrontará pela via do crime, ou, pelo menos, um voto de confiança na pessoa e no arrependimento como meio de recuperação: está deste então atingida uma das finalidades da pena criminal*. Em termos de prevenção especial a relevância do arrependimento é particularmente evidenciada no Ac. STJ de 21.06.2007 (proc. 07P2042), in www.dgsi.pt, ao referir que, arrependendo-se, o arguido mostra *ter feito reflexão positiva sobre os factos ilícitos cometidos e propósito firme de, no futuro, inflectir na sua conduta anti-social, de modo a poder concluir-se pela probabilidade séria de não recair no crime*. Revela uma personalidade que *rejeita o mal praticado e que permite um juízo de confiança no seu comportamento futuro por forma a que, se vierem a deparar-se-lhe situações idênticas, não voltará a delinquir*. E revela, ainda, *uma reinserção social, consumada ou prestes a consumir-se, pelo que as exigências de prevenção, na determinação da medida judicial da pena, são de diminuta relevância*. Cfr., também, Ac. STJ de 16.02.2000 (proc. 99P1189) in www.dgsi.pt [*O arrependimento é um acto interior que revela uma personalidade que rejeita o mal praticado e que permite um juízo de confiança no comportamento futuro do agente, nomeadamente, que, perante situação idêntica, não voltará a delinquir*], e Ac. STJ de 06.02.2013 (proc. 181/12.0JELSB.L1.S1) in www.dgsi.pt [*O verdadeiro arrependimento, que não se confunde com a declaração de arrependimento, é a constatação pelo tribunal de que o arguido interiorizou os maus efeitos do crime, que se inadequa à sua personalidade, convencendo da accidentalidade do acto*].

³⁶⁰ O arrependimento pode não pressupor qualquer declaração. Sendo necessariamente demonstrado através de atos concretos, pode verificar-se mesmo sem a presença do arguido. A confissão, pelo contrário, pressupõe sempre uma declaração pessoal do arguido, sem a qual não poderá verificar-se.

³⁶¹ Assim, como a generalidade da doutrina espanhola, RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho Penal, Parte General*, p. 684, anotando ser necessário *que quem se arrepende o demonstre com os seus atos, seja reparando ou diminuindo os efeitos do delito, seja dando satisfação ao ofendido ou confessando a infração às autoridades*. Nesse sentido é, também, unânime a jurisprudência portuguesa. V.g. Ac. STJ de 26.11.1985 (proc. 038043), in www.dgsi.pt [*O arrependimento, para efeito de atenuação especial da pena, deve ser demonstrado por actos*]; Ac. STJ de 04.06.1986 (proc. 038396) in www.dgsi.pt [*O arrependimento é, uma circunstância atenuante modificativa, mas só se compreender actos demonstrativos do arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados*]; Ac. STJ de 26.04.1989 (proc. 039945), in www.dgsi.pt [*O arrependimento, para efeitos de atenuação especial nos termos do artigo 73 alínea c) do Código Penal, tem de integrar actos demonstrativos dum arrependimento sincero, nomeadamente da reparação espontânea dos danos causados*]; Ac. STJ de 9.12.1993 (proc. 045255), in www.dgsi.pt [*A atenuante especial do arrependimento sincero do arguido "demonstrado" por actos (artigo 73, n. 2, alínea e) do Código Penal de 1982), não se satisfaz com um arrependimento meramente proclamado em audiência, desacompanhado de actos ou fenómenos exteriores que o comprovem. O legislador, na sua sabedoria das realidades da vida, não deixou de ter em conta o quanto é fácil afirmar em audiência que se está arrependido*]; Ac. STJ de 29.11.1995 (proc. 047283), in www.dgsi.pt [*(...) para ter relevo tem que ser provado em audiência de julgamento, e da confissão não resulta automaticamente o arrependimento - cfr. artigo 355, n. 1 do C.P.P.*]; Ac. STJ de 02.10.1996 (proc. 048273), in www.dgsi.pt [*O arrependimento aludido na alínea c) do n. 2 do artigo 73 do Código Penal de 1982 tem de manifestar-se por actos externos, traduzindo-se numa efectiva actuação de sinal contrário ao do crime*]; Ac. STJ de 22.01.1997 (proc. 96P1022), in www.dgsi.pt [*Sendo o arrependimento um fenómeno da vida psíquica e como tal só podendo ser directamente conhecido pelo sujeito, a sua detecção por outrem só se torna possível através das suas manifestações exteriores. Consequentemente, o arrependimento sincero do agente há-de ser sempre revelado por actos que o demonstrem*]; Ac. STJ de 17.09.1997 (proc. 97P401), in www.dgsi.pt [*A atenuação especial referida na alínea c) do n. 2 do artigo 72 do CP exige actos externos reveladores de arrependimento sincero, visivelmente capazes de esbater os contornos e os efeitos do crime*]; Ac. STJ de 26.11.1997 (proc. 97P878), in www.dgsi.pt [*O arrependimento sincero do agente há-de ser revelado por actos que o demonstrem*]; Ac. STJ de 12.03.2009 (proc. 08P3781) in www.dgsi.pt [*O arrependimento não se mostra, tem de ser demonstrado através da prática de actos ou assunção de posturas*]; Ac. TRC de 23.09.2009 (proc. 1/08.0GALRA.C1), in www.dgsi.pt [*A alegação da existência da circunstância especial prevista no artigo 72º, nº, al. c) do Código Penal supõe a prova do facto que a suporta, o arrependimento objectivado em actos demonstrativos*]; Ac. STJ de 12.09.2012 (proc. 4/10.5FBPTM.E1.S1), in www.dgsi.pt [*O tribunal afastou o arrependimento porque o arguido não o verbalizou convincentemente (antes remetendo-se ao silêncio), nem praticou qualquer ato material donde o arrependimento pudesse ser deduzido*].

fazer a sua proclamação³⁶². Por exemplo, e no que aos crimes contra o património diz respeito, o arrependimento dificilmente poderá ser demonstrado, e muito menos considerado sincero, sem concretos atos materiais que o comprovem, atos esses que terão de constituir uma *contra-ação* face ao crime cometido³⁶³. A restituição dos bens subtraídos ou a reparação dos danos causados, até onde se mostre possível, não esgotando os possíveis atos demonstrativos de arrependimento, são alguns deles³⁶⁴, como resulta da letra do artigo 72.º, n.º 2, do Código Penal³⁶⁵.

Para além de carecer de demonstração, o arrependimento pressupõe, também, que seja livre e sincero.

É livre o *determinado por si mesmo, em oposição ao provocado*³⁶⁶.

É sincero o verdadeiro, o genuíno e sério, isto é, o que implique uma consciente mudança de atitude do agente relativamente à conduta criminosa, rejeitando-a³⁶⁷. Sem essa mudança, nem sequer podemos falar em “arrependimento”³⁶⁸. A sinceridade,

³⁶² Com efeito, como sumariado no Ac. STJ de 06.06.2007 (proc. 07P1603), in www.dgsi.pt, “*manifestar arrependimento*” não é o mesmo que praticar actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente que pressupõe que interiorize o desvalor da sua conduta. Não é, pois, verdadeiro o arrependimento a simples declaração do arguido “de que está arrependido”, como é lembrado no Ac. STJ de 16.02.2000 (proc. 99P1189), in www.dgsi.pt. No mesmo sentido ver ainda o Ac. STJ de 09.12.1993 (proc. 045255), referido na nota anterior, e o Ac. TRC de 30.05.2012 (proc. 192/11.3TACBR.C1), in www.dgsi.pt [A simples declaração proferida em audiência pelo arguido de que está arrependido não tem qualquer valor. O que tem valor, como circunstância atenuante da responsabilidade criminal do arguido é que o mesmo demonstrou estar arrependido; O arrependimento é um ato interior, devendo essa demonstração ser visível de modo a convencer o tribunal que se no futuro vier a ser confrontado com uma situação idêntica, não voltará a delinquir]. A este propósito, é particularmente relevante a jurisprudência do Ac. de 04.10.2011 (proc. 1484/10.4PFLRS.L1-5), in www.dgsi.pt, no sentido de que pedir perdão à vítima em audiência é muito pouco para um genuíno arrependimento, pois não basta verbalizá-lo, é preciso que as palavras sejam acompanhadas por atitudes que, inequivocamente, o revelem.

³⁶³ VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 102.

³⁶⁴ Cfr. Ac. STJ de 14.11.1990 (proc. 041127), in www.dgsi.pt [O acto de arrependimento sincero não se traduz apenas na reparação dos danos, como resulta da letra do artigo 73 n. 2 do Código Penal; esta e apenas um dos actos demonstrativos de arrependimento]; Ac. STJ de 15.01.1997 (proc. 96P811), in www.dgsi.pt [O arrependimento sincero, não se traduzindo em actos como a restituição dos bens subtraídos ou a reparação dos danos causados, não é de molde a diminuir, e muito menos de forma acentuada, a ilicitude, a culpa, ou a necessidade da pena]; Ac. TRC de 30.05.2012 (proc. 192/11.3TACBR.C1), in www.dgsi.pt [Em casos de crime de dano, a demonstração da sinceridade do arrependimento passa, nomeadamente, pela reparação do dano, pelo propósito sério da sua reparação, ou até pela apresentação de desculpas ao lesado].

³⁶⁵ Nos mesmos termos o CP Suíço, cujo art.º 48 d. prevê como circunstâncias atenuantes da pena os atos de arrependimento sincero do agente, concretamente a reparação dos danos até onde lhe seja possível.

³⁶⁶ O Código Penal espanhol de 1973 falava em *arrependimento espontâneo* no ponto 9 do art.º 9, não sendo, porém, o termo mais apropriado, dado que pretendia expressar o carácter livre da conduta do agente, como anota ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 380. Nenhuma razão existia, pois, segundo ele, para se excluir o *arrependimento aconselhado*. No mesmo sentido, CORDOBA RODA, Juan, e RODRIGUEZ MORULLO, Gonzalo, *Comentários al Código penal I*, p. 518, referindo que, *enquanto sentimento de pesar*, o arrependimento não pode, de modo algum, ser produzido por *coacção externa*. Pode, porém, ser provocado por actos ou exortações de um terceiro, mostrando ao autor o mal da sua conduta. A liberdade constitui, assim, requisito essencial do arrependimento, a ponto de, como anota REMESAL, Javier de Vicente, *loc. cit.*, p. 101, interpretando a espontaneidade no mesmo sentido que José Antón Oneca, arrependimento sem espontaneidade (liberdade) ser um contrassenso. Justifica-o com base na circunstância de constituir um dos sentimentos mais autónomos que possam existir, pois *ninguém pode ser obrigado a arrepender-se, como ninguém pode ser obrigado a sentir vergonha, compaixão, etc., ainda que seguramente as circunstâncias possam ajudar a desencadear esses sentimentos*.

³⁶⁷ Porque o arrependimento se manifesta através de atos de rejeição do passado por parte do agente. Cfr. Ac. STJ de 22.02.1995 (proc. 047390), in www.dgsi.pt. Assim, acompanhando Ferri, citado por VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 111, a *obstinada negação dos seus próprios atos*, demonstra inequivocamente a inexistência de arrependimento sincero por parte do agente. Nesse sentido vai a jurisprudência do Ac. STJ de 20.10.2010 (proc. 651/09.8PBFAR.E1.S1), in www.dgsi.pt, segundo a qual *mal se compreenderia o alegado arrependimento quando o arguido negou insistentemente a intenção de mair os pais*.

³⁶⁸ Por exemplo, não há arrependimento, como decidido no Ac. STJ de 03.11.1993 (proc. 045323) in www.dgsi.pt, *quando o agente se limita a afirmar que tem vergonha do que fez, uma vez que tal só significa incómodo pela descoberta do crime*.

enquanto seu elemento subjetivo, constitui, pois, *conditio sine qua non* do arrependimento³⁶⁹.

Finalmente, o arrependimento deverá mostrar-se útil, não apenas do ponto de vista da administração da justiça e das vítimas, como exigem a doutrina e a jurisprudência espanholas³⁷⁰, mas, também, do ponto de vista do fim das penas, designadamente a reintegração social do agente, uma das finalidades da sanção criminal enunciada no n.º 1 do art.º 40.º do Código Penal. Essa finalidade mostra-se em parte conseguida com o arrependimento. Com efeito, revelando o agente sinceramente arrependido *uma personalidade menos endurecida que a do criminoso insensível aos remorsos*³⁷¹, e, conseqüentemente, menor necessidade de prevenção especial³⁷² em virtude de menor perigosidade, são necessariamente positivas as expectativas sobre o seu comportamento futuro, isto é sobre o seu modo de ser e sobre a sua adequação ao ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, sobre o seu regresso à sociedade³⁷³. Nestes termos, contrariamente ao que sucede em Espanha³⁷⁴, não vemos nenhum obstáculo em

³⁶⁹ Com efeito, embora em termos objetivos o arrependimento sincero, designadamente como circunstância atenuante comum, possa ser demonstrado através de várias condutas pós-delitivas positivas, algumas delas previstas na Parte Especial do Código Penal, como por exemplo a restituição da coisa furtada ou ilegitimamente apropriada e a reparação dos danos causados, por si só, despidas do necessário elemento subjetivo, tais circunstâncias nunca poderão ser consideradas verdadeiro arrependimento [cfr. Ac. STJ de 09.10.1997 (proc. 97P869), in www.dgsi.pt, nos termos do qual *a reparação pecuniária do dano, por si só, não denuncia arrependimento*]. No arrependimento sincero, em virtude do seu elemento subjetivo, o legislador valora a ação do agente em si enquanto atitude interna. Naquelas e noutras condutas pós-delitivas positivas previstas como circunstâncias atenuantes específicas ou como pressupostos de dispensa ou de exclusão da pena na parte especial do Código Penal e em leis penais avulsas, o legislador atendeu tão só a razões de natureza pragmática ou utilitária e de conveniência pública, valorizando o resultado independentemente da vertente subjetiva da ação. Em suma, a *ratio* do arrependimento sincero, enquanto comportamento positivo pós-crime não assenta, pelo menos fundamental e exclusivamente, em razões de ordem pragmática ou utilitária e de conveniência pública (cfr. ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379, que sublinha a predominância do elemento subjetivo no § 46 do StGB, já acolhida no projeto de 1930). Nesse sentido não deixa dúvidas a redação da al. c) do n.º 2 do art.º 72.º do CP, que exigindo a prática de atos concretos de arrependimento sincero pelo agente, exclui, pois, do seu âmbito a reparação do dano por terceiros *que não se deva à iniciativa do agente* (Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 71.º, p. 363), visto não ter a ver com a concreta vontade ou intenção do agente [cfr. Ac. STJ de 17.04.1996 (proc. JSTJ00031094) in www.dgsi.pt: *O arrependimento exigido na alínea c) do artigo 73 do CP82 para efeitos de atenuação especial é só o arrependimento sincero*]. Isso não acontece, porém, na Parte Especial do CP, onde não se fala em arrependimento em nenhum dos tipos, o que afasta a exigência do elemento subjetivo dos comportamentos pós-delito de natureza positiva ali previstos (cfr. VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 340 a 342, embora relativamente ao comportamento positivo posterior ao delito em geral). A dispensa de qualquer elemento subjetivo, isto é, dos concretos motivos que determinaram o agente a atuar de forma positiva com vista a ser beneficiado em termos de pena acontece, também, por exemplo, na retratação, pois o art.º 362.º do CP, à semelhança do § 158 do StGB, não faz qualquer referência ao elemento subjetivo [Cfr. Ac. STJ de 15.05.2013 (proc. 218/11.0TRPRT.S1) in www.dgsi.pt, no sentido de que *a declaração de retractação vale por si e não se confunde com o móbil que a desencadeou, nem exige a demonstração de efectivo arrependimento*]. Para o legislador importa tão só que se verifique oportunamente, de modo a produzir os necessários efeitos positivos [isto é, *a tempo de poder ser tomada em conta na decisão proferida no processo em que teve lugar a declaração falsa*]. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código Penal*, anotação ao art.º 362.º, notas 3 e 5, p. 1134], independentemente dos motivos que levaram o agente a fazê-lo, assumindo, pois, as razões pragmáticas importância de primeira ordem. Trata-se de evitar que sejam proferidas sentenças injustas porque assentes em declarações ou depoimentos falsos mais do que premiar a mudança de atitude do sujeito.

³⁷⁰ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379.

³⁷¹ RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal. Parte General*, p. 683.

³⁷² LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y substitutivos penales*, p. 83.

³⁷³ Efetivamente, como referido no já citado Ac. STJ de 26.11.1997 (proc. 97P878), in www.dgsi.pt, *o arrependimento sincero do agente revela uma reinserção social consumada ou prestes a consumir-se, pelo que as exigências de prevenção, na determinação da medida da pena, são de diminuto valor*.

³⁷⁴ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379, assinala que *ainda que o autor do delito se entregue a penitência ou tente o suicídio para expiar a sua falta, essa conduta não assume transcendência na ordem penal*. *Idem*, VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 94 e 95. No mesmo sentido vai a jurisprudência do Supremo Espanhol, pelo menos desde a vigência do CP de 1973 (v.g. decisões de 28.02.1972 e de 9.03.1977, indicadas pelo último autor, *loc. cit.*, p. 94), com base no argumento de que ainda que pudesse traduzir uma autêntica manifestação de arrependimento, a tentativa de suicídio não tem como motivação nenhuma das três causas de arrependimento previstas na circunstância 9ª do art.º 9º: reparar ou diminuir os efeitos do delito, dar satisfação ao ofendido

considerar a tentativa de suicídio do agente do crime como um ato de arrependimento sincero.

4.3.2. A relevância jurídica do arrependimento

Enquanto comportamento pós-delito positivo alheio ao tipo, que não se reconduz nem à ilicitude nem à culpa³⁷⁵, o arrependimento, desde que sincero, pode funcionar como circunstância modificativa atenuante, expressamente prevista na al. c) do n.º 2 do art.º 72.º do Código Penal.

Pode, igualmente, funcionar como fator de individualização da pena, previsto, de modo não taxativo, na al. e) do n.º 2 do art.º 71.º do Código Penal³⁷⁶, dado que, como vimos, a reparação pode constituir um dos possíveis elementos objetivos do arrependimento a considerar pelo julgador³⁷⁷.

Esse sentimento, que pode manifestar-se de diversas formas e em diversos momentos, não relevará, no entanto, como salienta Jorge de Figueiredo Dias, *pela via da culpa, mas unicamente pela da prevenção, nomeadamente quando ligada à categoria da necessidade de pena*³⁷⁸.

À semelhança do que sucede com a confissão, o valor atenuativo do arrependimento é variável em função do seu maior ou menor relevo, seja em termos investigatórios e probatórios, seja ao nível da prevenção de novos crimes, como é, igualmente, variável em função do momento em que ocorre. É, por isso, ampla a sua margem de valoração por parte do tribunal.

A título de exemplo, apenas o arrependimento sincero que diminua de forma acentuada a necessidade da pena dá lugar à atenuação especial da sanção criminal, como resulta do art.º 72.º do Código Penal³⁷⁹. Quando não revista relevância bastante para

ou confessar a infração às autoridades. Falta-lhe, segundo VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 94, *transcendência prática para as vítimas e para a justiça*. O argumento não é válido entre nós face à redação da al. c) do n.º 2 do art.º 72.º do CP. Com efeito, contrariamente ao que sucedia com o arrependimento espontâneo do CP espanhol de 1973, a referida norma não é taxativa relativamente aos possíveis atos de arrependimento, admitindo todos os que traduzam sinceridade.

³⁷⁵ Porque, enquanto comportamento posterior ao delito, não ser, como vimos, contemporâneo do momento da prática do crime, podendo, aliás, ocorrer meses ou anos depois, o arrependimento (tal como a confissão), nenhuma relevância pode assumir na graduação da ilicitude e da culpa. Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 613.

³⁷⁶ À semelhança do que acontece no § 46. 2 do StGB.

³⁷⁷ Efetivamente, a propósito da conduta posterior ao facto, diz CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 329, que *haverá que considerar todos os elementos que se refletem sobre a avaliação, o diagnóstico, das tendências criminosas reveladas no facto*. Assim, p. ex., o arrependimento, a intenção de remediar as consequências do facto v. g. através da indemnização de perdas e danos, a auto-acusação para se libertar de remorsos de consciência, uma sensibilidade do agente em face dos resultados do crime – tudo isto deve ser tomado em conta para fixar o quanto concreto da pena. No mesmo sentido MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 490, quanto ao remorso, ao arrependimento e à aceitação de uma certa expiação.

³⁷⁸ *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 254. Também VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 95, que anota ser essa a posição que consta em algumas decisões da jurisprudência alemã.

³⁷⁹ Os tribunais portugueses são particularmente claros nesse sentido, exigindo, em primeira linha, o arrependimento sincero e, em segunda linha, que ele revista a necessária e excepcional relevância para o efeito (v.g. Ac. STJ de 06.02.2014 (proc. 1805/12.5PCCBR.S1) in www.dgsi.pt).

esse efeito, funcionará como mero fator a considerar na determinação concreta da pena, dentro da ampla margem consentida pela culpa e pelas exigências de prevenção, nos termos do art.º 71.º do Código Penal.

4.3.3. Situações particulares

4.3.3.1. *O arrependimento nos crimes de tráfico de estupefacientes e infrações conexas*

O art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, prevê um conjunto de comportamentos pós-delito positivos do agente que podem levar à atenuação especial ou à dispensa da pena para os tipos dos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º³⁸⁰. Alguns deles, pela sua componente subjetiva, constituem *per se* atos de arrependimento sincero³⁸¹. Os demais, desde que tenham na sua base a necessária rejeição da conduta criminosa por parte do agente, não poderão, também, deixar de ser considerados como tal. Nas duas situações, como sucede em todos os casos de verdadeiro arrependimento, não são exclusivamente razões de política criminal mas, também, razões de prevenção que justificam a atenuação especial e a dispensa da pena³⁸².

Importa anotar que aquele conjunto de comportamentos apenas constitui catálogo cerrado para o funcionamento dos institutos da atenuação especial ou da dispensa da pena do art.º 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, não impedindo, todavia, o seu funcionamento nos termos gerais. Por exemplo, muito embora não se mostre ali prevista, a confissão, em particular quanto constitua ato de arrependimento, pode, como vimos, levar à atenuação especial da pena no crime de tráfico, desde que verificados os pressupostos do art.º 72.º do Código Penal.

4.3.3.2. *O arrependimento no regime especial para jovens*

Em virtude do art.º 9.º do Código Penal, é aplicável aos maiores de 16 anos e menores de 21 anos o regime especial para jovens delinquentes do Decreto-Lei 401/82, de 23 de Setembro³⁸³.

³⁸⁰ a) o agente abandonar voluntariamente a sua atividade; b) o agente afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela sua conduta; c) o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique; d) o agente auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos organizações ou associações.

³⁸¹ V.g., a voluntariedade no abandono da atividade criminosa ou o esforço sério em impedir o resultado que a lei pretende evitar.

³⁸² Em sentido contrário parece ir o Ac. de 30.05.1996 (proc. 96P033) in www.dgsi.pt [*O artigo 31 do Decreto-Lei 15/93, vai buscar a sua força atenuativa fundamentalmente a razões de política criminal (eficácia do combate à droga) e não à personalidade do agente e seus imperativos morais*].

³⁸³ Que segundo o n.º 2 do art.º 1º do referido DL 401/82, de 23 de Setembro, é o agente que, à data do crime, tiver completado 16 anos sem ter ainda atingido os 21 anos.

No que à atenuação especial prevista no art.º 4.º do referido diploma diz respeito, não sendo de *aplicação necessária e obrigatória, nem operando de forma automática*, o tribunal deverá, porém, equacionar obrigatoriamente a sua aplicação ao caso concreto se a idade do agente se situar dentro daquela margem etária³⁸⁴. Ponderada a gravidade do crime cometido, aferida pela medida da pena abstrata aplicável, e havendo *sérias razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem condenado*, o juiz não poderá deixar de atenuar especialmente a pena. Verificados os respetivos pressupostos, a sua concessão é, pois, *obrigatória e oficiosa*³⁸⁵.

Dada a expressa prevalência da ressocialização sobre os demais fins das penas enunciada naquela norma³⁸⁶, assume particular relevância o comportamento do agente após a prática do crime, em particular o arrependimento sincero, demonstrado designadamente através da assunção dos factos. Sem ele, *a aplicação do regime especial encontrará dificuldades insuperáveis*³⁸⁷.

5. A COLABORAÇÃO PREMIADA

5.1. O direito penal premial

Segundo Ignacio Benítez Ortúzar³⁸⁸, um dos seus grandes estudiosos em Espanha, o *direito premial*, ou mais corretamente o *direito penal premial*, traduz-se, basicamente, na concessão de determinados benefícios ou vantagens aos arguidos no

³⁸⁴ Como bem anota o Ac. STJ de 17.04.2013 (proc. 237/11.7JASTB.L1.S1) in www.dgsi.pt, que faz uma sintética mas completa enunciação das condições de funcionamento da atenuação especial prevista no art.º 4.º do DL 401/82. No mesmo sentido, também o Ac. do STJ de 20.11.2003 (proc. 03P3225), in www.dgsi.pt: [*O regime penal especial para jovens delinquentes não é de aplicação automática, devendo o Tribunal equacionar a sua aplicação ao caso concreto se o agente tiver aquela idade. O Tribunal deve começar por ponderar a gravidade do crime cometido, aferida pela medida da pena aplicável, e, depois, só deverá aplicar a atenuação especial a jovens delinquentes quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado. Por isso, haverá que apreciar, em cada caso concreto, a personalidade do jovem, a sua conduta anterior e posterior ao crime, a natureza e modo de execução do crime e os seus motivos determinantes.*]

³⁸⁵ Cfr. o citado Ac. STJ de 17.04.2013, que chega ao ponto de considerar que tal obrigatoriedade impõe que na decisão condenatória conste sempre o equacionamento da sua aplicação, quer se venha a concretizar, quer não, atento o princípio da fundamentação a que se encontra sujeito o juiz em sede de escolha e determinação da pena.

³⁸⁶ Indiscutivelmente respeitada no citado Ac. STJ de 17.04.2013, visto ter atenuado especialmente a pena a um arguido de 17 anos de idade e delincente primário, que confessou os factos integralmente e sem reservas (...), apesar da grande gravidade da ilicitude dos dois crimes de roubo qualificados, ambos com uso de arma branca, do dolo directo com que agiu, do facto de não ter interiorizado completamente as suas condutas delituosas, de ter fugido por inúmeras vezes das instituições onde esteve internado, de não ter revelado na prisão perfil adequado ao projecto de Apoio a Reclusos Toxicodependentes, de não ter hábitos anteriores de estudo ou de trabalho e de banalizar os crimes que cometeu.

³⁸⁷ Cfr. o citado Ac. STJ de 17.04.2013. Em sentido diferente, cfr. Ac. STJ de 06.01.1999 (proc. 98P736) in www.dgsi.pt [*Não é decisivo para a não aplicação do disposto no diploma sobre jovens (DL 401/82, de 23 de Setembro) que o delincente não tenha confessado ou tenha exposto uma versão diferente dos factos provados*], o que, em nosso entender, esbarra com o necessário juízo de que o arguido interiorizou o facto como negativo e não voltará a delinquir.

³⁸⁸ El «colaborador com la justicia»: aspectos substantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido», p. 35.

âmbito da sanção criminal em troca da sua relevante conduta colaborativa subsequente à prática do ilícito penal³⁸⁹.

Embora o termo *direito premial* apenas tenha passado a ser utilizado pela doutrina a partir da década de 70 do passado século, sobretudo em Itália e em alguns países da América do Sul, por referência a um conjunto de medidas de política criminal destinadas a incentivar os delinquentes arrependidos de determinados crimes a colaborar com a justiça³⁹⁰, a origem do prêmio em troca da colaboração é, no entanto, muito antiga.

Recuando à época do Império Romano, no “Digesto”, por exemplo, já Ulpiano se refere ao “estímulo dos prêmios” no âmbito do direito. Entre nós, foi consagrado nas Ordenações Filipinas, concretamente no Livro V, Títulos VI (*Do crime de lesa Magestade*) e CXVI (*Como se perdoará aos malfetores, que derem outro à prisão*)³⁹¹. O primeiro previa a atribuição do perdão ao participante e ao delator do crime de lesa magestade, desde que não se tratasse do seu principal organizador³⁹². O segundo, cujo título é particularmente elucidativo, beneficiava, designadamente com o perdão, os “participantes” no extenso rol de crimes contemplados e mesmo os autores de outros crimes, desde que o delito cometido não fosse mais grave que a infração denunciada³⁹³. Mais recentemente, embora há mais de 200 anos, Cesare Beccaria fazia a apologia do prêmio em detrimento da pena, advogando a recompensa como *um outro meio de*

³⁸⁹ Elemento comum aos dois modelos atualmente existentes de direito premial: o modelo anglo-americano e o modelo europeu continental, também seguido na América Latina, concretamente no Brasil e no Peru.

³⁹⁰ Confissão e arrependimento desempanham, pois, um papel nuclear ao nível do direito premial.

³⁹¹ <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso a 10 de fevereiro de 2016.

³⁹² (...) 12. *E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber.*

³⁹³ *Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Príncipe meu filho, ou em falsar sinal de algum Vêdor de nossa fazenda, ou Desembargador, ou de outro nosso Official Môr, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em dar, ainda que morte della se não siga, em matar traiçosamente, quebrantar prisões e Cadêas de fora per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com propósito deshonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabelião, ou Scrivão; tanto que assi der à prisão os ditos malfetores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos meleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte.*

E se não fôr participante no mesmo meleficio, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer meleficio que tenha, postoque grave seja, e isto não sendo maior daquele, em que he culpado o que assim deu à prisão.

E se não tiver perdão das partes, hevos por bem de lhe perdoar livremente o degredo, que tiver para Africa, até quatro anos, ou quqlquer culpa, ou meleficio, que tiver commetido, porque mereça degredo até os ditos quatro anos.

Porém, isto se entenderá, que o que o que dêr à prisão o malfetor, não haja perdão de mais pena, nem degredo que de outro tanto, quanto o malfetor merecer.

1. E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfetor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der á prisão, e lho provar, haja de Nos trinta cruzados de mercê.

*prevenir os delitos*³⁹⁴. Passado um século, Luiz Jiménez de Asúa (1889-1970), salientava o papel do prémio (recompensa) com meio de prevenção geral na luta contra o crime³⁹⁵. Esse papel foi reconhecido pelos primeiros Códigos Penais espanhóis (de 1822 e, em particular, de 1848), que instituíram na sua parte especial significativos benefícios para os arrependidos, designadamente nos crimes de rebelião, de conspiração, de *lesa majestade*, de sociedades secretas e de falsificação³⁹⁶.

Cingindo-nos ao direito penal material³⁹⁷, os benefícios, recompensas ou vantagens premiais, necessariamente variáveis em função da maior ou menor relevância da colaboração prestada, podem ir desde a suspensão da execução da pena à sua dispensa³⁹⁸. Assumem aqui uma importante função norteadora e limitadora, os princípios da igualdade e da proporcionalidade, a que se encontra sujeito o todo o processo de determinação da pena, onde necessariamente se enquadra o direito premial. Assim, muito embora resulte evidente, não é demais anotar que o peso da colaboração traduzida em mera confissão, uma das possíveis formas de colaboração processual passível de ser premiada, nunca poderá assumir a mesma relevância que a polémica colaboração que implique outros agentes do crime, depreciativamente denominada “delação”³⁹⁹.

Inicialmente pensadas para os crimes de terrorismo, as medidas premiais, pela sua eficácia e pragmatismo, rapidamente se estenderam a outros tipos de crime, em particular ao tráfico de estupefacientes e à corrupção. Atualmente, mostram-se consagradas na generalidade dos ordenamentos penais contemporâneos, mesmo relativamente a crimes de menor gravidade. Podemos afirmar que o direito penal premial é hoje uma incontestável realidade do moderno direito penal⁴⁰⁰. O recurso a medidas premiais é, aliás, expressamente incentivado pelo Conselho da Europa desde a

³⁹⁴ *Dos delitos e das penas*, p. 160, e *De los delitos y de las penas, con el «comentario» de Voltaire*, Cap. 44, p. 143.

³⁹⁵ Cfr. *La Recompensa como prevención general*.

³⁹⁶ Art. 292 do CP de 1822 e Arts. 143, 161, 204 e 233 do CP de 1848, respetivamente.

³⁹⁷ É que o direito premial não é exclusividade do direito penal material, encontrando-se também presente ao nível do direito adjetivo e do próprio direito penitenciário.

³⁹⁸ Em suma, o Estado, que detém o monopólio de aplicar uma pena a quem praticou determinado crime, renuncia, totalmente ou apenas em parte, a esse seu poder punitivo, isto é, ao chamado “*ius puniendi*”. As razões em que assenta tal renúncia, necessariamente alicerçada nos fins das penas e nos princípios estruturantes da determinação da pena, nada têm, porém, a ver com a ilicitude ou com a culpa, dado terem na sua base um comportamento pós-delitivo. A recompensa em troca da colaboração deve-se a razões de prevenção geral, como já em 1915 sustentava ASÚA, Luis Jiménez de, na sua obra *La recompensa como prevención general*. Cfr. PISANI, Mario, *Studi di diritto premiale*, p. 260. No sentido da relevância do prémio (promessa da impunidade ao cúmplice que denuncie os seus companheiros) em termos de prevenção geral podemos já remontar a Beccaria (*Dos delitos e das penas*, XXXVII, p. 146).

³⁹⁹ A doutrina italiana fala em “*collaborazione «delativa»*”. Cfr. RIVA, Carlos Ruga, *Il premio per la collaborazione processuale*, p. XXI.

⁴⁰⁰ Pela sua natureza, a atenuação especial da pena prevista na al. a) do n.º 2 do art.º 374.º-B do CP constitui uma medida premial. O mesmo se diga, entre outras, quanto à dispensa da pena prevista na al. a) do n.º 2 do art.º 19.º-B da Lei n.º 34/87, de 16 de julho (Crimes de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Públicos), quanto à atenuação especial e à dispensa da pena previstas no art.º 31.º do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro (Tráfico e Consumo de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas) e quanto à atenuação especial da pena e à não punição previstas no n.º 5 do art.º 2.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de Combate ao Terrorismo).

década de 80 do passado século⁴⁰¹ e já se mostra inclusivamente previsto em pelo menos duas Convenções das Nações Unidas⁴⁰².

5.1.1. O direito premial como solução legal polémica

A concessão de vantagens e benefícios aos delinquentes, arrependidos ou não, que colaborem com a justiça não é, nem nunca foi, aliás, pacífica.

São muitos os autores que na doutrina a defendem com apaixonada convicção. Porém, são, igualmente, muitos os que, da mesma forma, a repudiam.

Referindo-se à promessa de impunidade feita por alguns tribunais *ao cúmplice do delito grave que denuncie os seus companheiros*, já Cesare Beccaria lhe apontava, a par de importantes *vantagens*, sérios *inconvenientes*⁴⁰³. Quanto a estes, assinalava a autorização da *traição* pela nação, segundo ele *detestável*, a *incerteza* mostrada pelo tribunal e a *fraqueza da lei, que implora ajuda de quem a ofende*. Quanto às vantagens, indicava a *prevenção de delitos importantes*, que pelos seus efeitos e por serem *ocultos os seus autores, atemorizam o povo*.

Em Espanha, há já quase duzentos anos, Alvarez Vizmanos⁴⁰⁴ mostrava-se particularmente contundente, escrevendo que *o prémio em troca da delação tem sempre muito de repugnante e imoral. O culpado que para salvar a sua responsabilidade vende os seus companheiros de crime, comete, pelo menos, uma infâmia*.

Também Joaquín Francisco Pacheco⁴⁰⁵ criticava violentamente as vantagens concedidas no Código Penal Espanhol de 1848 aos arrependidos dos crimes de falsificação.

As críticas ao prémio em troca da colaboração, sobretudo quando implica outros agentes, continuam na atualidade⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Resolução de 20 de dezembro de 1996, *relativa às pessoas que colaboram com a justiça na luta contra a criminalidade organizada internacional (Jornal Oficial nº C 010 de 11/01/1997 p. 0001 – 0002)*, tudo com base na ideia de que mais vale recompensar do que punir, a apologia das medidas que incentivem a colaboração dos particulares com a justiça penal, excluindo em certos casos a punição ou diminuindo-a noutros, em troca de um conduta socialmente útil do delincente. Cfr. PISANI, Mario, *loc. cit.*, p. 259. Cfr., também, GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez, *El coimputado que colabora con la justicia penal*, p. 7.

⁴⁰² A Convenção ONU contra a criminalidade organizado transnacional de 15 de novembro de 2000 e Convenção ONU contra a corrupção de 2003, que prevêm a redução da pena e mesmo a imunidade judicial em casos de colaboração substancial na investigação ou no julgamento dos autores de infrações ali previstas, respetivamente nos art.ºs 26. 2 e 3 e 37. 2 e 3.

⁴⁰³ *Dos delitos e das penas*, XXXVII, p. 147,

⁴⁰⁴ Citado por VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 77.

⁴⁰⁵ *El Código penal concordado y comentado*, p. 235, em comentário ao art. 239. do CP Espanhol de 1848. Escrevia o referido autor: *permita-se-nos desaprovar completamente um artigo que, na extensão que se extrai das suas palavras, não cremos que tenha precedentes que o autorizem, nem justiça e conveniência que o tornem necessário (...). Desde o artigo 213 ao 238, a todos é aplicável este poder (...), que faz esquecer a responsabilidade e extinguir magicamente a pena (...). O que dispõe o Código espanhol é inconcebível em nossa opinião. (...) por mais latitude e mais importância que se lhe dê, o arrependimento não pode desculpar a pena, quando já se cometaram delitos verdadeiros, estimados como tal pela consciência humana e declarados como tal pelas leis.*

⁴⁰⁶ No país vizinho, Manuel Cobo del Rosal, na edição de 30 de Setembro de 1993 do Jornal ABC, pronunciando-se relativamente a um processo concreto e na qualidade de advogado de um co-arguido, refere que a *figura do arrependido é um perigo para a cidadania honrada, podendo converter-se num cancro para a justiça*, e que na sua relação com o poder judicial é incompatível com

Não se questionando que a concessão de vantagens ao delinquente em troca da sua colaboração com a justiça poderia, à primeira vista, suscitar algumas reservas face aos princípios estruturais do direito penal e do direito processual penal clássicos⁴⁰⁷, não pode, todavia, olvidar-se que, à semelhança do sucede com todos os ramos do direito, também eles devem acompanhar as transformações sociais e adaptar-se às novas exigências das sociedades modernas, de que se não podem alhear. Tem sido assim ao longo da história. Assim continuará a ser seguramente no futuro.

Foram precisamente essas exigências que levaram ao surgimento do direito premial e o legitimam hoje como importante, eficaz e pragmático instrumento de política criminal, primeiro na prevenção de determinado tipo de criminalidade e depois, gradualmente, na prevenção da criminalidade em geral⁴⁰⁸.

De todo o modo, a atribuição de um tratamento mais favorável aos arguidos que decidem colaborar com a justiça em detrimento daqueles que não o fazem não afronta minimamente nem os fins das penas nem os princípios estruturantes a que deve obedecer a sua determinação.

Destaca-se o princípio da igualdade, que veda não apenas qualquer tratamento diferenciado sem justificação razoável mas, também, *a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais*, sendo, pois, a *obrigação de diferenciação* uma forma de o salvaguardar⁴⁰⁹.

Em suma, porque diferentes comportamentos reclamam diferente tratamento penal, não se encontrando um arguido que voluntariamente colabora com a justiça na mesma situação de outro que opta por não o fazer, deverão, obviamente, ser tratados de forma distinta porque distinta é, precisamente, e por opção própria, a sua situação em termos processuais⁴¹⁰.

o Estado de Direito e com o princípio da certeza jurídica. Mais acrescenta que *em virtude da estranha e singular relação de dependência que se cria entre o arrependido e o juiz, põe-se em causa o necessário distanciamento que este deve manter* (in <http://hemeroteca.sevilla.abc.es...>).

⁴⁰⁷ Designadamente pelos problemas que pode colocar. Por exemplo, BENITEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco, *El «colaborador con la justicia»: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*, p. 43, aponta três, que, segundo ele, o legislador deverá sempre ter em conta quando adote alguma medida premial. O primeiro diz respeito à sua legitimidade, isto é, à legitimidade do prémio como instrumento de política criminal e à sua compatibilidade com o fim das penas, que pode, diz esse autor, inclusivamente neutralizar. O segundo diz respeito à sua necessidade, havendo outros mecanismos no sistema penal tradicional que conduzam aos mesmos resultados, eventualmente com menores repercussões negativas. O terceiro diz respeito à conveniência da sua utilização atendendo à prática jurisprudencial.

⁴⁰⁸ O recurso a medidas premiais nos crimes de menor gravidade e a sua consequente banalização tem sido alvo de críticas no Brasil, por eventual violação do princípio da proporcionalidade, como refere MEDINA, Mauricio de Oliveira, *El coimputado en el combate al crimen organizado en Brasil*, in http://buengobierno.usal.es/revista/docs/63_2014...

⁴⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital Martins, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, p. 339.

⁴¹⁰ A diferença de tratamento verifica-se, desde logo, ao nível da redução da taxa de justiça, que ninguém questiona. Com efeito, apenas o arguido que confessa integralmente e sem reservas beneficiar da redução da taxa de justiça prevista no art.º 344.º, n.º 2, al. c), do CPP..

Por exemplo, encontrando-se vários arguidos a ser julgados em simultâneo pela prática em co-autoria de determinado crime, afrontará sim o princípio da igualdade qualquer decisão que dê o mesmo tratamento em termos de pena ao arguido que colabora, confessando os factos, e àquele ou àqueles que, pelo contrário, decide ou decidem não colaborar, remetendo-se ao silêncio ou apresentando uma versão dos acontecimentos sem correspondência com a verdade, dificultando a atividade do tribunal.

O único problema que efetivamente pode surgir, e que, aliás, tem dado origem a alguma polémica em termos doutrinários e jurisprudenciais, diz respeito à valoração das declarações do co-arguido que colabora incriminando outros.

A questão mostra-se, porém, ultrapassada por se encontrar hoje expressamente regulada no art.º 345.º, n.º 4, do Código de Processo Penal (que garante o cumprimento do princípio do contraditório)⁴¹¹ e por a declaração de coarguido não constituir meio proibido de prova, atento o disposto no art.º 126.º daquele mesmo diploma⁴¹². Nestes termos, as declarações *do coarguido podem ser suficientes para incriminar outro arguido, desde que sejam credíveis*⁴¹³.

5.1.2. Os excessos

O funcionamento cego do *direito penal premial* pode dar origem a graves excessos, em particular quando se aceite sem mais a delação como prova contra outros eventuais implicados, à revelia de princípios e regras processuais estruturais de qualquer Estado de Direito, como sejam os princípios do contraditório e da presunção de inocência, e sem o imprescindível controlo judicial.

⁴¹¹ Mesmo antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que introduziu o n.º 4 do artigo 345.º do Código de Processo Penal, a jurisprudência era maioritária no sentido da valoração das declarações de um co-arguido em prejuízo dos demais, desde que exercido o contraditório. Nesse sentido Ac. STJ de 25.02.1999, *CJSTJ*, VII, tomo 1, p. 229. O Tribunal Constitucional chegou, também, a pronunciar-se sobre a questão (Ac. n.º 524/97, de 97/07/14, DR II S de 97.11.27), entendendo ser *inconstitucional, por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP, a norma extraída com referência aos art.ºs 133.º, 343.º e 345.º do CPP, no sentido em que confere valor de prova às declarações proferidas por um co-arguido em prejuízo do outro co-arguido quando, a instâncias deste outro co-arguido, o primeiro se recusa a responder, no exercício do direito ao silêncio*. *Idem*, Ac. TC n.º 524/97, de 14.07.1997, DR II, de 27.11.1997).

⁴¹² Ac. STJ de 08.02.2007 (proc. 07P028), in www.dgsi.pt [A crítica feita no sentido de que não ser lícita a utilização das declarações dos arguidos como meio de prova contra os outros, não tem razão de ser em face do art. 125.º, do CPP, pois este artigo estabelece o princípio da admissibilidade de quaisquer provas no processo penal, e do elenco das provas proibidas estabelecido no art. 126.º do CPP não consta o caso das declarações dos co-arguidos, que são perfeitamente possíveis como meios de prova do ponto de vista da sua legalidade, como o são as declarações do assistente, das partes civis, etc]; Ac. STJ de 12.03.2008 (proc. 08P694), in www.dgsi.pt [As declarações de co-arguido, sendo um meio de prova legal, cuja admissibilidade se inscreve no art. 125.º do CPP, podem e devem ser valoradas no processo].

⁴¹³ Ac. TRE de 14.07.2015 (proc. 734/10.1PAPTM.E1), in www.dgsi.pt [As declarações do coarguido podem ser suficientes para incriminar o outro arguido, desde que sejam credíveis (por inexistir, nas relações entre arguidos, ressentimento, inimizade ou tentativa de exculpação do declarante), sejam verosímeis (havendo corroborações através de factos objetivos), sejam persistentes e idênticas (ao longo do processo), e se apresentem sem ambiguidades ou contradições]. *Idem*, Ac. STJ de 03.09.2008 (proc. 08P2044), in www.dgsi.pt. Isso vale mesmo nas situações em que as declarações prestadas por um arguido sejam em prejuízo objectivo de co-arguido que optou pelo silêncio, quando aquele se não recusa a responder às questões que lhe forem formuladas, nomeadamente a instâncias do defensor deste último, como decidido no Ac. TRE de 24.05.2011 (proc. 161/09.3PATVR.E1), in www.dgsi.pt.

Tal sucedeu, por exemplo, no Peru com a *Ley de Arrepentidos*, que atribuía a uma “Comisión Especializada” e não ao Ministério Público, enquanto titular da acção penal, a avaliação da relevância probatória das declarações dos arrependidos relativamente a outros eventuais agentes do crime. A situação foi desastrosa, como veio a ser reconhecido expressamente pelo governo peruano que, visando reparar os erros cometidos criou, através da Ley n.º 26655, de 17 de agosto de 1996, uma *Comisión Ad-Hoc*⁴¹⁴ com o objetivo de propor ao Presidente da República a concessão de indulto e a amnistia a condenados por delitos de terrorismo ou traição à pátria⁴¹⁵. Os dados são expressivos. A referida *Comissão Ad Hoc* recomendou o indulto e a amnistia em 502 casos, sendo que no período do Conselho Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça peruano, que sucedeu àquela em 1999⁴¹⁶, aqueles benefícios foram outorgados a outras 249 pessoas⁴¹⁷.

Importa referir que a situação passou também a ser acautelada no Código de Processo Penal de 2003. Este diploma, que substituiu o sistema inquisitório puro que vigorava anteriormente por um sistema acusatório, passou a sujeitar as declarações do arrependido ao crivo do contraditório, à semelhança do que sucede entre nós por imposição do n.º 4 do art.º 345.º do Código de Processo Penal.

5.2. O direito premial em alguns países europeus *

⁴¹⁴ Integrada pelo “Defensor del Pueblo”, o Ministro da Justiça e um representante do Presidente da República.

⁴¹⁵ *Artículo 1.º - Créase una Comisión Ad-Hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delito de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente que habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organización terrorista. Artículo 2.º - La Comisión también propondrá al Presidente de la República, en forma excepcional, el ejercicio del derecho de gracia a que se refiere el artículo 118º, inciso 21) de la Constitución Política del Perú, para quienes se encuentren procesados por delitos de terrorismo o traición a la patria en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas* ([http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2B53DF03A628E90505257BF8007E5FF4/\\$FILE/14.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2B53DF03A628E90505257BF8007E5FF4/$FILE/14.pdf)).

⁴¹⁶ Ley n.º 27234, de 19 de dezembro de 1999.

⁴¹⁷ In www.ruv.gob.pe/archivos/ProtocoloIndultados.doc, acesso a 11 de fevereiro de 2016.

* Face às limitações deste trabalho, restringimos a nossa abordagem aos três países europeus onde, por razões históricas e conjunturais e de política criminal, a importância direito premial assumiu maior importância. Importa, todavia, anotar que a concessão de benefícios aos agentes “arrependidos” em troca da sua colaboração com a justiça não é fenómeno exclusivamente europeu. Na América do Sul, por exemplo, mostra-se, entre outros, expressamente prevista nos sistemas penais brasileiro e peruano. No Brasil, surgiu pela primeira vez com a Lei n.º 8.072/90 (“Lei de Crimes Hediondos”). Tendo como objetivo o desmantelamento de “bandos e quadrilhas”, o referido diploma acrescentou ao art.º 159.º do Código Penal o § 4º [*Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*] e concedeu (Parágrafo único do art.º 8.º) *ao participante e ao associado que denunciasse à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, uma redução da pena de um a dois terços*). Posteriormente, a chamada “Lei de Combate às Organizações Criminosas” (Lei 12.850/2013), ainda em vigor, veio conceder vantagens ao nível da pena a quem colabore *efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, através da chamada colaboração premiada* (cujo regime se mostra estabelecido na sua Seção I). O seu objetivo, que tem na sua base razões estritamente utilitaristas, é puramente político-criminal: incentivar a adoção de condutas pós-delitivas positivas que se mostre útil para a realização da justiça. Não visa beneficiar o arrependimento sincero, enquanto sentimento de rejeição de qualquer ato criminoso. A este propósito, escreve PEREIRA, Frederico Valdez, *Delação Premiada, Legitimidade e Procedimento*, p. 28, que *não importa esclarecer as razões pelas quais o agente decidiu colaborar, o que somente renderia inúteis graduações de mérito com base moralista; a razão de ser do instituto é instrumental e utilitárias, inclusive, quase sempre, também para o colaborador*. Quanto à utilidade da colaboração, evidenciada pela necessidade de através dela se alcançar pelo menos um dos resultados indicados no art.º 4.º da Lei 12.850/2013, refere o autor (*loc. cit.*, p. 29) que *não se pode confundir a colaboração premiada com a simples “incriminação de terceiros”*: antes disso, trata-se de revelação de elementos importantes que permitam às autoridades desbaratar organizações criminosas ou

5.2.1. Itália

Em Itália, seguramente o berço do moderno direito penal premial europeu, a concessão de prémios e vantagens em troca da colaboração com a justiça, concretamente por parte dos chamados “arrepentidos”, situa-se entre os anos 1970 e 1980.

Resultou, em primeira linha, da necessidade de criar meios eficazes na luta contra o terrorismo interno protagonizado pelas “Brigadas Vermelhas”, e, em segunda linha, na luta contra a mafia e o emergente tráfico de droga⁴¹⁸.

Tendo em conta os resultados alcançados, e no contexto de um aumento da atividade criminosa das organizações mafiosas italianas, sobretudo ao nível de atentados e explosões levados a cabo em importantes cidades, mais se fomentou o recurso à colaboração dos “arrepentidos” na luta contra o crime, aliás de nuclear importância

esclarecer o cometimento de delitos graves. Também não deve confundir-se, o que sucede com alguma frequência, a “colaboração premiada” com a chamada “delação premiada”, de que a Lei 12.850/2013 não fala (cfr. Seção I). A “delação premiada” constitui apenas uma forma de colaboração, entre outras possíveis. Por exemplo, dos cinco resultados que, em conjunto ou isoladamente, têm de ser alcançados através da colaboração enunciados no art.º 4.º da Lei 12.850/2013, apenas os dois pontos 1) [*identificar os demais coautores e participantes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas*] e 2) [*revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa*] dizem respeito a verdadeira delação, isto é, à denúncia de outras pessoas. Em suma, a delação premiada é sempre colaboração premiada, mas esta pode revestir outras formas que não aquela (por exemplo, o suspeito pode colaborar com a justiça limitando-se apenas, sem implicar outros agentes, a confessar os factos que lhe são imputados ou a indicar o local onde se encontram escondidos os bens ilegítimamente subtraídos ou o local onde se encontra sequestrada determinada pessoa). Sendo um “meio de obtenção de prova”, como estabelece o art.º 3.º, I, da Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada pode ocorrer em três momentos distintos: logo na fase de investigação criminal; no decurso da fase judicial; e após o trânsito em julgado da sentença. No primeiro momento, o suspeito pode negociar com o Ministério Público ou o delegado de polícia os concretos benefícios em troca da sua colaboração, benefícios esses que passam a constar de *acordo de colaboração*. Este acordo, que deve ser escrito e homologado pelo juiz após verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, pode prever a não apresentação de denúncia pelo Ministério Público, verificados os pressupostos do § 4, I e II, do art.º 4.º. No segundo momento, que vai até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, o suspeito pode colaborar com o objetivo de ser beneficiado no momento da determinação da pena (por exemplo, com a redução até 2/3 da pena privativa de liberdade imposta). No terceiro momento, a pena pode ser reduzida até a metade ou ser admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, como dispõe o § 5.º do art.º 4.º, em virtude de colaboração posterior ao trânsito da sentença.

No Peru, o diploma estruturante ao nível do direito premial é a *Ley de Colaboración Eficaz* (Ley n.º 27378, de 21.12. 2000), que inicialmente, como resulta do seu art.º 1.º, apenas contemplava crimes cometidos por uma pluralidade de pessoas ou organizações criminais que tivessem utilizado recursos públicos ou tivesse participado funcionário ou servidor público ou qualquer pessoa com o seu conhecimento ou acordo, e os delitos previstos nos seus art.ºs 2.º e 3.º, passando, posteriormente, a contemplar, também, os crimes de terrorismo e os crimes aduaneiros (Decreto Legislativo n.º 925, de 20.02.2003, e Ley n.º 28008, de 19.06 2003), que acabou por ser contemplada no Novo Código Processual Penal Peruano, de 2003 (*Proceso por Colaboración Eficaz*, previsto nos art.ºs 472.º a 481.º do Libro Quinto Sección VI, relativo aos Processos Especiais). A introdução do direito premial no sistema penal peruano, é porém, anterior, devendo-se, num primeiro momento, à necessidade de lutar eficazmente contra o flagelo do terrorismo protagonizado pelo “Sendero Luminoso” e pelo “Movimento Revolucionário Túpac Amaru”, e contra a corrupção generalizada que grassava no seio do Estado, primeiro durante o consulado de Alan García Perez (1985-1990) e depois de Alberto Fujimori (1990-1995 e 1995-2000). No que diz respeito ao terrorismo, o primeiro diploma a fazê-lo foi a Ley n.º 25103, promulgada em Outubro de 1989, ao conceder benefícios ao nível da dispensa, extinção e suspensão da pena aos membros das organizações terroristas que voluntariamente delas se desvinculassem e confessassem os factos. Seguiu-se o Decreto Legislativo n.º 748 de 13.11.1991, e a chamada *Ley de Arrepentimiento*, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 25499, de 16.05.1992. No que diz respeito aos crimes de corrupção, o primeiro diploma a ser aprovado foi a Ley n.º 25384, de 30.12.1991, orientada para os casos de corrupção que se registavam ao mais alto nível do Estado, e que estabeleceu, designadamente, medidas de redução da pena para os delinquentes de crimes contra a administração pública que colaborassem eficazmente com as autoridades. Seguiu-se o Decreto Ley n.º 25582, de 24.06.1992. Embora tenha sido inicialmente uma exclusividade dos crimes de terrorismo e de corrupção, a recompensa pela colaboração ativa foi rapidamente adotada para o combate a outros ilícitos penais. No que diz respeito aos delitos fiscais, destaca-se o Decreto Legislativo n.º 815, de 20.04 1996, que premiava com a dispensa ou a redução da pena o delinquentes denunciante de delitos tributários. O mesmo sucedeu ao nível dos crimes de tráfico de droga, através do Decreto Legislativo n.º 824, de 24.04.1996, que, além de medidas típicas do direito premial, consagrou também o indulto presidencial como recompensa pela colaboração com a justiça, o que não deixa de ser e questionável em termos jurídico-constitucionais, dada a intromissão de um outro poder do Estado na esfera do poder judicial. A eficácia de tais medidas levou igualmente à sua consagração fora da órbita do direito penal, como sucedeu, por exemplo e à semelhança da Europa, ao nível do direito da concorrência, onde o Decreto Legislativo n.º 807, de 18.04.1996, passou a prever a exclusão da responsabilidade para o agente que oferecesse provas relativas a práticas monopolistas e de concorrência desleal.

⁴¹⁸ RIVA, Carlo Ruga, *Il premio per la collaborazione processuale*, pp. 6 a 19 e 36 a 67.

para o completo desmantelamento de algumas das organizações criminosas mais ativas e perigosas de Itália⁴¹⁹.

Em termos de diplomas legislativos, destaca-se a Lei 625, de 15.12.1979, conhecida como “Lei Cossiga”, que consagrou incentivos para os delinquentes arrependidos, e, depois, a Lei 304, ou “Lei do Arrependimento”, de 29 de maio de 1982⁴²⁰.

5.2.2. Alemanha

Em 1989, também confrontada com o fenómeno do terrorismo, a República Federal da Alemanha, modificando a legislação penal e processual penal em vigor, concedeu um regime especial aos “arrependidos”⁴²¹. Inicialmente adotado para o crime de constituição de organizações terroristas do § 129a do StGB, e destinado a vigorar temporariamente, o referido regime foi sucessivamente renovado em termos temporais até 31 de dezembro de 1999, passando, em 1994, a abranger o crime de associação criminosa do § 129 do StGB.

Porém, já antes, desde meados da década de 70, havia sido consagrado na legislação alemã um dispositivo similar, embora menos abrangente, relativo aos crimes de terrorismo e criminalidade organizada. Esse dispositivo acabou por ser integrado em 1982 na lei dos estupefacientes e em 1992 no § do StGB relativo ao branqueamento de capitais. O referido dispositivo, denominado “pequena regulamentação da testemunha da coroa”, continua em vigor.

Resumidamente, a legislação premial atualmente em vigor aplica-se aos acusados da prática dos crimes dos §§ 129, 129a, 129b e 261, do StGB, e às principais infrações previstas na Lei dos Estupefacientes (§§ 29, 29a, 30 e 30a), prevendo a redução da pena em caso de colaboração com a justiça, e sendo a medida daquela redução dependente da natureza da colaboração⁴²².

Importa salientar que nenhuma norma exclui a possibilidade de condenação de qualquer acusado apenas com base nas declarações de um arrependido, muito embora tal previsão seja reivindicada por sectores da polícia e da magistratura.

⁴¹⁹ Por exemplo, no que diz respeito à operação “mãos limpas”, refere MEDINA, Mauricio de Oliveira, *El coimputado en el combate al crimen organizado en Brasil*, in http://buengobierno.usal.es/revista/docs/63_2014, que o Procurador Salvi reconheceu que a confissão e as declarações dos co-arguidos tiveram papel determinante nas investigações, acrescentando que a circunstância de o Ministério Público, logo a partir da fase da investigação, poder propor uma série de benefícios em troca da colaboração levou a que parte significativa dos acusados tenha decidido confessar os factos e indicar outros responsáveis.

⁴²⁰ RIVA, Carlo Ruga, *loc. cit.*, pp. 20 a 34. Sobre os mecanismos premiais no direito italiano, também, GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez, *El coimputado que colabora com la justicia penal*, p. 4 a 6.

⁴²¹ Lei de 9 de Junho de 1989.

⁴²² Sobre a legislação premial na Alemanha, RIVA, Carlo Ruga, *loc. cit.*, pp. 69 a 134, que igualmente se refere à experiência austriaca, pp. 135 a 144. Também, GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez, *loc. cit.*, pp. 6 e 7.

5.2.3. Espanha

Com o objetivo de combater e dismantelar redes terroristas, por um lado, e redes de tráfico de droga, por outro, foram introduzidos no Código Penal de 1995 dois artigos que concedem redução da pena aos condenados que tenham aceitado colaborar com a justiça⁴²³. A Parte Geral do mesmo diploma prevê, também, normas premiaias, designadamente as atenuantes genéricas do art.º 21 n.ºs 4 e 5⁴²⁴, que permitem reduzir a pena numa grau, nos termos do art.º 66. 2º⁴²⁵. Antes disso, o Código Penal de 1973 já previa uma disposição favorável aos terroristas “arrepentidos”. Por sua vez, a lei Especial anti-terrorista de 20.12.1983, concretamente o seu art.º 6.º, previa benefícios ao nível da atenuação da condenação e mesmo da sua eliminação nos casos em que o condenado por crimes que tenha praticado com outros renunciasse à sua participação na organização terrorista, confessasse os factos e colaborasse de modo a que fossem identificados os coautores, fosse evitada a prática de outro crime ou fosse neutralizada a atividade da organização a que pertencera⁴²⁶.

Quer quanto ao crime de terrorismo, quer quanto ao crime de tráfico de estupefacientes, para poder beneficiar da redução da pena, o condenado deveria cumprir três condições:

- a) Ter abandonado por si a atividade criminosa;
- b) Ter-se apresentado às autoridades e confessado os factos em que participou;
- c) Ter colaborado com a justiça.

No que diz respeito aos crimes de tráfico de estupefacientes, a necessidade de este ser combatido de forma eficaz levou, inclusivamente, à dispensa da necessidade de o agente colaborador confessar os factos⁴²⁷.

A premiação da colaboração do agente do crime já se mostrava todavia consagrada na parte especial do primeiro Código Penal espanhol, publicado em 1822. Por exemplo, o seu art.º 292.º previa a isenção e a redução da pena para os “arrepentidos” do crime de rebelião. Mais tarde, o Código Penal de 1848 agraciava no art.º 239.º com a isenção de pena os autores dos crimes de falsificação que denunciassessem a sua actividade antes do início do procedimento criminal e revelassem as

⁴²³ Art.ºs 376. e 579.3.

⁴²⁴ A atenuante do arrependimento e a atenuação da reparação do dano causado à vítima ou diminuição dos seus efeitos.

⁴²⁵ GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez, *loc. cit.*, p. 14, autora que apresenta um resumo do arrependimento no direito penal espanhol, pp. 13 a 18. *Vide*, também, RIVA, Carlo Ruga, *loc. cit.*, p. 161 a 173.

⁴²⁶ REMESAL, Javier de Vicente, *loc. cit.*, p. 71.

⁴²⁷ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Novembro, que modificou a Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Novembro, alterou o art.º 376. do CP español deixando de exigir ao agente colaborador nos crimes dos art.ºs 368 a 372 (tráfico de drogas) a confissão dos factos para beneficiar da redução da pena.

circunstâncias do crime. O objetivo era, como refere Javier de Vicente Remesal⁴²⁸, citando Vicente y Caravantes, evitar os graves danos que resultariam da falsificação.

6. CONCLUSÕES

Os ordenamentos penais modernos, norteados, entre outros, pelo princípio estruturante do respeito pela dignidade da pessoa humana, deixaram de considerar o arguido como um mero objeto do procedimento e da investigação criminal, passando a reconhecê-lo como verdadeiro sujeito processual, dotado de efetivos direitos e garantias constitucionais.

Uma das consequências dessa valorização foi a possibilidade que hoje lhe é reconhecida pela generalidade dos sistemas penais contemporâneos de, querendo, em função do comportamento que decida adotar após a prática do delito, participar ativamente na definição do seu próprio destino em termos sancionatórios, em particular no momento fulcral da escolha e da determinação concreta da pena.

Nessa perspetiva, a colaboração do arguido com as autoridades judiciais reveste enorme relevância, quer assuma a forma de *confissão*, quer assuma a forma de *arrependimento*, as duas condutas pós-delitivas de natureza positiva de maior importância, não apenas em termos práticos mas, também, em termos dogmáticos.

Podem, uma e outra, funcionar como circunstância modificativa atenuante, seja de *caráter comum ou geral*, seja de *caráter específico ou especial*, e como fator da individualização judicial da pena, mas, igualmente, para além de elemento a considerar no momento da sua escolha, como fator decisivo para a não aplicação de qualquer sanção criminal, através da respetiva dispensa ou através da respetiva exclusão.

Efetivamente, enquanto reconhecimento da prática de um crime, para além de constituir um meio de prova de extrema relevância, muito embora tenha perdido o estatuto de *rainha das provas*, a declaração confessória mostra-se essencial para o tribunal apurar o tipo de personalidade do arguido e, conseqüentemente, para fazer funcionar o fim preventivo especial da pena.

O mesmo sucede, de forma mais expressiva, aliás, com o arrependimento, sentimento de pesar ou remorso de alguém pelo facto de ter cometido um crime, que o Código Penal inclui expressamente entre as circunstâncias modificativas atenuantes gerais. Não o define, porém, limitando-se a dizer que pode extrair-se de determinados

⁴²⁸ *Loc. cit.*, pp. 72 e 73.

atos ou condutas, indicando, a título meramente exemplificativo, *a reparação levada a cabo pelo agente, até onde era possível, dos danos causados.*

Confissão e arrependimento (enquanto comportamentos pós-delito *valorados positivamente pelo direito*, a considerar para se poder fazer a necessária prognose favorável quanto ao comportamento futuro do agente), fundamentam-se em razões estritamente preventivas. Nada têm a ver com a ilicitude e a culpa, elementos do tipo que se fixam definitivamente no momento da prática do facto, anterior a qualquer uma daquelas condutas.

A conduta colaborativa do agente subsequente à prática do crime assume também papel nuclear ao nível do chamado *direito premial*, hoje uma incontestável realidade do moderno direito penal, onde se encontra legitimado como importante, eficaz e pragmático instrumento de política criminal.

Inicialmente pensadas para os crimes de terrorismo, pela sua eficácia e pragmatismo, muito embora constituam uma solução legal polémica, as medidas premiais rapidamente se estenderam a outros tipos de crime, em particular ao tráfico de estupefacientes e à corrupção, mostrando-se consagradas na generalidade dos ordenamentos penais contemporâneos, mesmo relativamente a crimes de menor gravidade.

O recurso a medidas premiais é, aliás, expressamente incentivado pelo Conselho da Europa desde a década de 80 do passado século e já se mostra inclusivamente previsto em pelo menos duas Convenções das Nações Unidas.

BIBLIOGRAFIA

- *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, Volume I e II, Associação Académica de Lisboa (citado *Actas das Sessões da Comissão Revisora*).
- *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Ed. Rei dos Livros, 1993 (citado *Actas e Projecto*).
- ALBERGARIA, Pedro Soares de, *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de
 - *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015 (citado *Comentário do Código Penal*).
 - *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição actualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2011 (citado *Comentário do Código de Processo Penal*).
- ANDRADE, Manuel da Costa
 - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1.^a Edição (Reimpressão), 2013.
 - «Consenso e Oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)», in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1997.
- ANGELINO, Roberto, «A negociação das penas no direito Italiano. O chamado patteggiamento», in *Revista Julgar* n.º 19, Coimbra Editora.
- ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.^a Edición, Akal, 1986 (citado *Derecho Penal*).
- ANTUNES, José Engrácia, «Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português», in *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Vol. 2 (1993) (citado *Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português*).
- ANTUNES, Maria João, «Consequências jurídicas do Crime», *Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2010/2011.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López, *Teoría de la Pena*, Ediciones Akal, Madrid, 1991.
- BECCARIA, Cesare
 - *Dos delitos e das penas*, 4.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
 - *De los delitos y de las penas, con el «comentario» de Voltaire*, 3.^a Edição, Alianza editorial, 2014.

- BELEZA, Teresa Pizarro
 - «Tão amigos que nós eramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português», *Revista do Ministério Público*, nº 74, Lisboa 1998, pp. 39 a 60.
 - *Direito penal*, 1.º volume, 1995, AAFDL.
 - *Direito penal*, 2.º volume, 2000, reimpressão, AAFDL.
- BENITEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco, *El «colaborador com la justicia»: aspectos substantivos, procesales y penitenciários derivados de la conducta del «arrepentido»*, 2004, Libreria-Editorial Dykinson.
- BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo IV, Coimbra Editora.
- BRITO, Sousa, «A Medida da Pena no Novo Código Penal», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital Martins, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2007 (citado *Constituição da República Portuguesa Anotada I*).
- CAVALEIRO FERREIRA, Manuel de
 - *Direito Penal Português*, I, II e III, sociedade Cientifica da Universidade Católica, 1982.
 - *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Almedina, 2010.
- CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general II*. Madrid 2004.
- CLIMENT DURAN, Carlos, *La Prueba penal*, Tomo I, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valência, 2005.
- COBO DEL ROSAL, Manuel – VIVES ANTON, Tomás Salvador, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valência, 3.ª ed., 1990 (citado *Derecho Penal, Parte General*).
- *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 1993 1993 (citado *Actas*).
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de la reforma penal de 2003», in *Estudios Penales en homenaje al professor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, 2005.
- CORDEIRO, Adelino Robalo
 - «Escolha e medida da pena», *Jornadas de Direito Criminal – O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Lisboa, CEJ, 1983 (citado *Escolha e medida da pena*).
 - «A determinação da pena», in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Vol. II, Lisboa, CEJ, 1998.
- CORDOBA RODA, Juan - RODRIGUEZ MORULLO, Gonzalo, *Comentários al Código penal I*, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
- CORREIA, Eduardo
 - *Direito Criminal I*, Almedina, 1971 (citado *Direito Criminal I*).
 - *Direito Criminal II*, Almedina, 1992 (citado *Direito Criminal II*).

- «As grandes linhas da reforma penal», in *Jornadas de Direito Criminal – O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Lisboa, CEJ, 1983.
- CRESPI, Alberto, ZUCCALA, Giuseppe e STELLA, Frederico, *Commentario Breve al Codice Penale*, CEDAM, 2003.
- CUELLO CALON, Eugenio
 - *Derecho Penal*, Tomo I, 18ª Edición, Bosch, 1980.
 - *Derecho Penal*, Tomo II, 18ª Edición, Bosch, 1981.
- DELMAS-MARTY, Mireille
 - *Procesos penales de Europa. Alemania, Inglaterra y Gales, Bélgica, Francia e Italia* (Traducción de Pablo Morenilla Alard). Ed. EDIJUS. Zaragoza, 2000.
 - «La justice négociée», in *Procédures pénales d'Europe*. Puf, Paris, 1995.
- DELMAS-MARTY, Mireille, and SPENCER, J.R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, e outros, *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial*, Tomo I (1999), Tomo II (1999) e Tomo III (2001), Coimbra Editora (citado *Comentário*).
- DIAS, Jorge de Figueiredo
 - *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2007.
 - *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, AEQUIDAS, 1993 (citado *As Consequências Jurídicas do Crime*).
- DOMINGO OSLE, Rafael, *Principios de Derecho Global*, Aranzadi, 2006.
- ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marin de, RAMOS TAPIA, Mª Inmaculada e ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, 2ª Ed. Adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant Lo Blanch, 2015 (citado *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*).
- GASPAR, António da Silva Henriques, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, e GRAÇA, António Pires Henriques da, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014.
- GARRO CARRERA, Enara e ASUA BATARRITA, Adela, *Atenuantes de reparación y de confesión*, Tirant Lo Blanch, 2009.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 15ª Edição, Almedina, 2002 (citado *Código Penal Português*).
- HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Vol. V., 1958.
- JIMENEZ DE ASUA, Luiz, «La Recompensa como prevención general. El Derecho premial», in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, editora Reus, 1915 (citado *La Recompensa como prevencion general*).

- JAEN VALLEJO, Manuel, *Los Principios Superiores del Derecho Penal*, DYKINSON, 1999.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª edición corregida, Marcial Pons, 1997 - tradução Joaquin Cuello Contreas e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murrillo.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Cuarta Edición, completamente corregida y ampliada, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares – Granada (citado *Tratado de Derecho Penal*).
- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas, contraído a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, 1.ª ed., Madrid, 1782, (2.ª ed., 1828), ed. (transcrita) de Serrano Butragueño, Granada, 1997 (también disponible in Biblioteca Virtual Universal, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf>) - citado *Discurso sobre las penas*).
- LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, e SANTOS, Manuel José Carrilho Simas, *Código Penal Anotado*, Vol. 1.º, 3ª Edição, Rei dos Livros, 2002.
- LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena*, Tirant Lo Blanch, 2004.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense, Madrid, 1979 (citado *Medición de la pena*).
- MARTINS, António Lourenço, *Medida da pena – Finalidades – Escolha*, 2011, Coimbra Editora (citado *Medida da pena*).
- MARTINS, Joana Boaventura, *Da valoração das declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento, contribuição para uma mudança de paradigma*, 2014, Coimbra Editora.
- MARTINEZ VAL, José Maria, «El Arrepentimiento Espontáneo», in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Outubro de 1957.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de Derecho Español por de RODA, Juan Cordoba, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- MENDES, António Jorge de Oliveira, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014.
- MENDES DE CARVALHO, Érika, *Comportamiento postdelictivo y fines de la pena*, Ara, Lima, 2008.
- MENDES, Paulo de Sousa, «O dever de colaboração e as garantias de defesa», *Revista Julgar* n.º 9.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio*, traducción de la 6ª Edición Alemana (1955), por FINZI, Conrado A., Buenos Aires, 1955 (citado *Derecho Penal, Parte General*).
- MIR PUIG, Santiago
 - *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, REPERTOR, Barcelona, 2015 (citado *Derecho Penal. Parte General*).
 - *Funcion de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª Edición, Bosch, Barcelona, 1982.

- «El principio de la proporcionalidade com fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», in *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios com motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009 (citado *El principio de la proporcionalidade*).
- *Lecciones de derecho Penal*, Barcelona, 1983.
- MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, in *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal, ó exposicion comparada de los principios em matéria criminal y sus diversas aplicaciones en alemania, francia, Inglaterra, etc*, traducido al castellano, imprenta de la revista de legislacion, Madrid, 1877 (citado *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*). Disponível em <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/tratadoDeLaPruebaEnMateriaCriminalParte1.pdf>.
- MUÑOZ ALONSO, Alejandro, *El terrorismo en España. El terror frente a la convivencia pluralista en libertad*, Primera Edición, Editorial Planeta, Barcelona, 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tercera Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco
 - «Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada», en AA.VV. *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirig. por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996.
 - *El desistimiento voluntário de consumir el delito*, Barcelona, 1972.
- NEVES, António Castanheira, *O Princípio da Legalidade Criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*. Digesta, Vol. 1.º (reimpressão), Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. Também in Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Vol. 1 (1984) p. 307-469. (citado *O Princípio da Legalidade Criminal*).
- PEREIRA, Frederico Valdez, *Delação Premiada, Legitimidade e Procedimento*, Juruá Editora, Curitiba, 2013.
- PINTO, Frederico Lacerda da Costa
 - *Direito Processual Penal - Curso Semestral*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.
 - «Justificação, não punibilidade e dispensa da pena na revisão do Código Penal», in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.
- PINTO, Inês Horta, *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa. Finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*, Coimbra Editora, 2013 (citado *A Harmonização dos Sistemas de Sanções Penais na Europa*).

- PISANI, Mario, *Studi di diritto premiale*, II Ed., Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2010.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?», *Estudios Penales en homenaje al professor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonçalo, MORALES PRATS, Firmin, e PRATS CANUT, Josep Miguel, *Manual de derecho penal: parte general*, Aranzadi, 2000.
- RIVA, Carlos Ruga, *Il premio per la collaborazione processuale*, Verbania, 2000.
- RODRIGUES, Anabela Miranda
 - *A Determinação da medida da pena privativa de liberdade – Os critérios da culpa e da prevenção*, 1.^a Edição (Reimpressão), Fevereiro de 2014, Coimbra Editora (citado *A Determinação da medida da pena privativa de liberdade*).
 - «A celeridade no processo penal – uma visão de direito comparado», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, n.º 2, Abril-Junho, 1998, Coimbra Editora.
 - «A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade e a escolha da pena : acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990 (3.^a secção - Processo n.º 40639) / anot... » *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 1, n.º 2, Abril-Junho, 1991.
 - «Os Processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no código de processo penal», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, n.º 4, Outubro-Dezembro, 1996, Coimbra Editora.
- RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1981.
- RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás, *La Justicia Penal Negociada: Experiencia de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.
- ROXIN, Claus
 - *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Reimpresión de la traducción de la 2^a Edición alemana, Editorial Civitas, Madrid, 2006 (citado *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*).
 - *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, S.A, Madrid, 1981.
 - «Sentido y límites de la pena estatal», in *Problemas básicos de Derecho Penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S.A, Madrid, 1976.
 - «Prevención y determinación de la pena», traducción de Muñoz Conde, *Cuadernos de Política Criminal*, 1979.
 - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Coleção: Vega Universidade, 2.^a edição, 1993.
- SAAS, Claire, «De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur», in *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, n.º 4,

Outobre/Décembre 2004, pp. 827 a 842. Também disponível em <https://www.mpicc.de/files/pdf1/saas.pdf>.

- SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, segunda edición, Grijley, Lima, 2006.
- SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa, Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça Penal Porquê, para quê e como?*, Coimbra Editora, 2014 (citado *A Justiça Restaurativa*).
- SANTOS, Manuel Simas, RIBEIRO, Marcelo Correia, *Medida Concreta da Pena. Disparidades*, VISLIS Editores, 1998 (citado *Medida Concreta da Pena*).
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5.ª Ed., 2007.
- SCHUNEMANN, Bernd, «¿Crisis del Procedimiento penal? (Marcha Triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», in *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- SILVA, Germano Marques da
 - «Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos. Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal», in *Apointamentos de Direito Processual Penal, III Vol., aulas teóricas dadas ao 5.º Ano 1994/1995*, AAFDL 1995 (citado *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos*).
 - *Direito Penal Português, Parte Geral III, teoria das penas e das medidas de segurança*, Verbo, 1999 (citado *Direito Penal Português, Parte Geral III*).
 - «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo», *Direito e justiça*, volume 17, Lisboa 2003, pp.17 a 31.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Princípio da Oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*, Almedina, 2000.
- VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de Leon, 1985.
- VIGIL LEVI, Jacobo, «La institución de la conformidad en el proceso penal español», *Revista Julgar*, n.º 19 (também disponível in julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-institución-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-español.pdf).
- VIVES ANTON, Tomás (Coordinador), AAVV, *Comentario al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- VON LISZT, Franz
 - *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus. Madrid, 1929.
 - *La idea de fin en Derecho Penal*, Edit. Edeval, Valparaíso, 1984.

INTERNET:

- BRANCO, Isabel, *Considerações sobre a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo*. Disponível em

- http://www.verbojuridico.net/ficheiros/teses/penal/isabelbranco_suspensaoprovisoria_processo.pdf. Acesso a 10 de Fevereiro de 2016.
- *Diario de las discusiones y actas de las Córtes extraordinarias [sic] de 1821: discusion del proyecto de codigo penal*, in <https://catalog.hathitrust.org/Record/009347834>. Acesso a 20 de Dezembro de 2016.
 - FRANCISCO PACHECO, Joaquín, *El Código penal concordado y comentado*, Quinta Ed., Tomo II, Imprenta y Fundacion de Manuel Tello, Madrid, 1881. Disponível em <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/codigoPenalConcordadoT2.pdf>. Acesso a 8 de Janeiro de 2016.
 - GARCIA DE PAZ, Isabel Sánchez, «El coimputado que colabora com la justicia penal, com atención a las reformas intrudicidas en la regulación española por las Leyes Organicas 7/ y 15/2003», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Citado *El coimputado que colabora com la justicia penal*. Acesso a 20 de Junho de 2016.
 - *Le plaider coupable*, Les documents de travail du Sénat, Série Legislation comparée, <https://www.senat.fr/lc/lc122/lc122.pdf>. Acesso a 9 de Fevereiro de 2017.
 - MEDINA, Mauricio de Oliveira, *El coimputado en el combate al crimen organizado en Brasil*. Disponível em http://buengobierno.usal.es/revista/docs/63_2014_Mauricio_Oliveira.pdf. Acesso a 2 de Fevereiro de 2017.
 - MOURA, Souto de, *A Jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha da medida da pena*. Disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf. Acesso a 12 de Maio de 2016.
 - PATTO, Pedro Vaz, *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões*, https://www.csm.org.pt/ficheiros/formacao/vazpatto_finsdaspenas.pdf. Acesso a 9 de Fevereiro de 2016.
 - PRADEL, Jean, *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*. In, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57 n.º 2, pp. 477 a 487. Disponível em http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_2_19357. Acesso a 3 de Março de 2016.
 - PRIETO, André Luiz, *Delação só é prova quando permitido o contraditório*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-set-24/delacao_prova_quando_permitido_contraditorio. Acesso a 1 de Fevereiro de 2017.
 - SANTOS, Abraão Soares dos, *A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 818, 29 set. 2005. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7353>. Acesso a 5 de Janeiro de 2017.
 - TULKENS, Françoise, *La justice négociée*. Disponível em <https://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/dh/documents/20100316095001414.pdf>. Acesso a 29 de Janeiro de 2016.

- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france>. Acesso a 21 de Dezembro de 2015.
- <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso a 10 de Fevereiro de 2016.
- http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso a 4 de Maio de 2016.
- <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/tratadoDeLaPruebaEnMateriaCriminalParte1.pdf>. Acesso a 14 de Janeiro de 2016.
- <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>. Acesso a 4 de Fevereiro de 2016.
- <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/sevilla/abc.sevilla/1993/09/30/076.html>. Acesso a 20 de Janeiro de 2017.
- <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-procesal-penal>. Acesso a 13 de Julho de 2016.
- <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/arrependimento>. Acesso a 24 de Janeiro de 2016.
- <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso a 11 de Outubro de 2016.
- www.ruv.gob.pe/archivos/ProtocoloIndultados.doc. Acesso a 11 de Fevereiro de 2016.
- http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html. Acesso a 21 de Dezembro de 2015.
- <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>. Acesso a 24 de Setembro de 2016.