

INÊS FERREIRA LEITE

**DETERMINAÇÃO DA
MEDIDA DA PENA
E CONSTITUIÇÃO PENAL**



AAFDL
EDITORA

Lisboa | 2025

ÍNDICE

1.	PORQUÊ O ESTUDO DA DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO PENAL?.....	17
§1.	Fundamentação para uma abordagem normativo-social da dogmática penal	17
§2.	A “visão desfocada do crime”	29
§3.	A circularidade da teoria geral da infração.....	31
§4.	A construção de uma dogmática da determinação da medida da pena	36
§5.	Breve análise da evolução na doutrina nacional	39
§6.	A determinação da medida da pena como parte integrante da dogmática do Direito Penal	45
§7.	O estudo da determinação da medida da pena num modelo conforme e conformado pela Constituição penal ..	52
2.	BREVE HISTÓRIA DO ENSINO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DO CRIME, EM ESPECIAL, DA DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA CRIMINAL	55
2.1.	Os fins das penas e a determinação da medida da pena na história do Direito Penal: do ensino à prática	55
§8.	Concurso de crimes e penas na época medieval	55
§9.	O caminho progressivo para racionalização do Direito Penal e para a humanização da pena	56
§10.	A influência dos movimentos racionalista e iluminista na ciência penal.....	58
§11.	O florescimento das teorias preventivas como fundamento da pena	59
§12.	De Feuerbach à construção moderna do conceito material de pena	60
§13.	O movimento de defesa social e a escola correcionalista italiana.....	63
§14.	A evolução do movimento codificador do Direito Penal em Portugal	66

§15.	Evolução do ensino da teoria da pena em Portugal	86
§16.	O estado das artes sobre determinação da medida da pena no contexto europeu	96
2.2.	Ditarão os fins das penas o fim da pena?	103
§17.	A “crise” da pena como solução penal	103
§18.	Os dados estatísticos sobre criminalidade e o populismo penal	108
§19.	Crise da pena de prisão e vias possíveis para a superação da “crise”	120
3.	O PAROXISMO DA CONSTITUIÇÃO PENAL E O DISCURSO CRIMINOLÓGICO	131
§20.	O fundamento do paroxismo da Constituição Penal	131
§21.	O Direito como ciência social	132
§22.	O papel da argumentação criminológica no discurso legitimador da determinação da medida da pena	134
4.	CONCEITO MATERIAL DE PENA E FINS DAS PENAS	141
4.1.	O conceito material de pena à luz da Constituição e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	141
§23.	Os conceitos materiais de crime e de pena face aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana	141
§24.	Abordagem ao conceito material de pena: natureza v. finalidade	143
§25.	Abordagem ao conceito material de pena: os fins da pena	144
§26.	Abordagem ao conceito material de pena: a natureza retributiva da pena	146
§27.	Abordagem ao conceito material de pena: a pena como sanção essencialmente punitiva	147
§28.	A indispensabilidade intrínseca e simbólica da pena ...	148
§29.	A distinção entre “natureza eminentemente penal” e “finalidade essencialmente punitiva”	149
§30.	A jurisprudência do TEDH sobre o conceito material de pena	150

§31.	A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o conceito material de pena	153
§32.	Conclusão: o conceito de sanção essencialmente punitiva	154
4.2.	Caracterização do sistema português	156
4.2.1.	<i>Modelos de política criminal e fins das penas</i>	156
§33.	Crise dos fundamentos legitimadores tradicionais para o Direito Penal	156
§34.	Ecleticismo dos sistemas penais contemporâneos	158
§35.	Breve caracterização do sistema sancionatório português	159
§36.	O princípio da culpa	159
§37.	A culpa como pressuposto, fundamento e limite da pena	160
§38.	O sistema português como tendencialmente monista ...	161
4.2.2.	<i>Pena e medida de segurança, pena principal, pena de substituição e pena acessória, efeitos da pena</i>	162
§39.	Distinção entre pena e medida da segurança	162
§40.	Pena principal, pena de substituição e pena acessória ...	164
§41.	O repúdio das penas compósitas.....	165
§42.	Os crimes punidos exclusivamente com pena de multa	168
§43.	As penas aplicáveis às pessoas coletivas	169
4.3.	Os fins das penas num Estado de Direito democrático e pluralista: influência na determinação da medida da pena ..	170
4.3.1.	<i>Fins das penas e modelos de determinação da medida da pena: análise crítica</i>	170
§44.	Os fins da pena no Estado de Direito democrático	170
§45.	A importância dos critérios retribucionistas no discurso sobre a pena	174
§46.	O peso excessivo da prevenção geral na determinação da medida da pena	179
§47.	As fragilidades do excesso de prevenção geral na determinação da medida da pena.....	182
§48.	O papel da prevenção geral no discurso sobre a pena ..	185
§49.	O alarme social e a necessidade de respeitar o padrão constitucional da determinação da medida da pena.....	187

§50.	A função garantista do pensamento retribucionista na vinculação da pena ao limite máximo da culpa	189
§51.	Os critérios de proporcionalidade intrínseca nas várias correntes dos fins das penas	191
§52.	Rejeição dos modelos tradicionais de determinação da medida da pena	194
4.3.2.	<i>Determinação da medida da pena e Constituição Penal</i>	196
§53.	Os momentos de determinação da medida da pena	196
§54.	A imposição constitucional da culpa como limite máximo da pena	196
§55.	A obrigatoriedade da fixação autónoma do limite máximo da culpa.....	198
§56.	O vetor constitucional que decorre dos princípios da legalidade e da separação de poderes e da necessidade da pena	199
§57.	O papel da prevenção geral na determinação da medida da pena	200
§58.	O vetor fundamental que decorre do confronto entre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais e a proibição de dupla valoração.....	201
4.3.3.	<i>O modelo adotado</i>	203
§59.	Características do modelo adotado: um modelo conforme e conformado pela Constituição	203
§60.	Momentos de valoração do modelo adotado	204

5.	PENA E DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	205
5.1.	Os princípios da legalidade da pena, da judicialidade e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.....	205
§61.	O princípio da legalidade da pena.....	205
§62.	A conjugação entre o princípio da legalidade da pena e o princípio da culpa: a imposição constitucional de penas variáveis	207

§63.	A conjugação entre o princípio da legalidade da pena e a proibição de ne bis in idem	208
§64.	Idem: A obrigatoriedade de normas sobre concurso de normas e de crimes	217
§65.	Idem: O repúdio pelos crimes assentes na reiteração ou habitualidade.....	221
§66.	A judicialidade da pena	231
§67.	O dever constitucional e legal de fundamentação na determinação da medida da pena.....	231
5.2.	O princípio da culpa	237
5.2.1.	<i>Influência do conceito de culpa na dogmática da determinação da medida da pena.....</i>	237
§68.	O conceito de culpa adotado	237
§69.	A interpretação conforme do art. 40.º, n.os 1 e 2, do Código Penal	241
5.2.2.	<i>Culpa e culpabilidade na determinação da medida da pena.....</i>	244
§70.	Os conceitos de culpa e culpabilidade: a distinção entre fatores inerentes à prevenção geral e culpabilidade.....	244
§71.	Os conceitos de culpa e culpabilidade: a distinção entre fatores inerentes à prevenção especial e culpabilidade..	245
§72.	A interpretação conforme do n.º 2 do art. 72.º do CP ..	248
5.3.	O princípio da necessidade da pena.....	250
5.3.1.	<i>O juízo de proporcionalidade na determinação da medida da pena.....</i>	250
§73.	Os juízos contidos no princípio da necessidade da pena ...	250
§74.	Os níveis de vinculação do legislador infraconstitucional ao princípio da proporcionalidade	252
§75.	Os juízos de proporcionalidade da pena. A necessidade e a adequação da pena.....	253
§76.	A proporcionalidade da pena em sentido estrito: a ponderação das finalidades da pena.....	255
5.3.2.	<i>A proibição do excesso na determinação da medida da pena.....</i>	257

§77.	Distinção entre o juízo decorrente do princípio da proporcionalidade da pena (enquanto referente aos fins da pena) e a proibição do excesso.....	257
5.3.3.	<i>O problema das penas fixas e a proibição de automaticidade</i>	259
§78.	A proibição constitucional de penas fixas	259
§79.	O problema da automaticidade da pena.....	261
5.4.	O princípio do <i>ne (idem) bis in idem</i> : implicações na determinação da medida da pena.....	263
5.4.1.	<i>Ne (idem) bis in idem: breve fundamentação da natureza e função do princípio e garantia constitucional</i>	263
§80.	<i>Ne bis in idem</i> : estado das artes na doutrina e jurisprudência nacionais	263
§81.	Raízes histórico-jurídicas do <i>ne bis in idem</i>	266
§82.	Autonomia ante o princípio da proporcionalidade	269
§83.	Fundamento e natureza do <i>ne bis in idem</i>	271
5.4.2.	<i>Ne (idem) bis in idem material e concurso de crimes</i>	273
§84.	CrITÉRIOS de orientação para uma leitura conforme do art. 30.º do CP.....	273
§85.	Rejeição conceito tipológico de “o mesmo crime”.....	275
§86.	Rejeição da equiparação entre o termo “efetivamente” e a identidade formal do bem jurídico e da unidade naturalística.....	276
§87.	A necessária prevalência da Constituição sobre a lei ordinária	277
§88.	O estado das artes na doutrina do concurso de normas e de crimes	279
§89.	Os conceitos inerentes ao concurso na lei e doutrina nacionais	282
§90.	Breve caracterização dos regimes de determinação da medida da pena decorrentes do CP.....	284
§91.	O surgimento do problema da dupla valoração no regime do concurso efetivo de crimes	286

5.4.3. <i>Ne (idem) bis in idem material, concurso e proibição de dupla valoração</i>	289
§92. A inevitável (e permitida) dupla valoração do facto naturalístico.....	289
§93. A dupla valoração proibida (redundante)	291
§94. O crime como facto normativo-social	292
§95. O conceito de tipo social de crime.....	294
§96. O conceito normativo social de crime (a união social de sentido normativo)	295
§97. A dupla valoração (sucessiva e permitida) do mesmo facto jurídico no âmbito da determinação da medida da pena do crime singular	296
§98. A dupla valoração (cumulativa e proibida) do mesmo facto jurídico no âmbito da determinação da medida da pena no concurso efetivo de crimes	298
§99. A interpretação conforme do art. 30.º, n.º 1, do CP	302
§100. A (aparente) insatisfação da doutrina e da jurisprudência com o regime do concurso aparente	304
5.4.4. <i>Proibição de dupla valoração e determinação da medida da pena</i>	309
§101. A dupla valoração permitida dos elementos do tipo de crime	309
§102. A rejeição das teses da separação de poderes como fundamento da proibição da dupla valoração	310
§103. A rejeição das teses que associam a proibição de dupla valoração ao princípio da legalidade.....	314
§104. Recondução das teses da separação de poderes para a proibição da dupla valoração da prevenção geral	319
§105. A dupla valoração (permitida) do mesmo facto naturalístico na determinação da medida da pena	320
§106. A dupla valoração proibida (redundante) na determinação da medida da pena	321
§107. A circularidade da teoria geral da infração e sua correspondência na tarefa judicial de determinação da medida da pena	322

§108. A partilha de tarefas na correlação entre as finalidades da pena e a valoração sucessiva (não redundante) dos mesmos elementos de facto	323
5.5. Os princípios da humanidade da pena e da ressocialização	327
§109. O princípio da humanidade da pena: corolários principais	327
§110. A importância da regra do cúmulo jurídico	328
§111. O princípio da socialidade da pena	329
§112. A importância de um limite máximo para a pena de prisão	330
 6. DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA À LUZ DA LEI E DA CONSTITUIÇÃO	331
6.1. Breve excursão sobre a doutrina e jurisprudência	331
§113. Introdução	331
§114. A teoria do valor de posição ou emprego	331
§115. A teoria da pena da culpa exata	332
§116. A teoria da margem de liberdade	334
§117. A natureza híbrida do modelo adotado	335
6.2. As fases de determinação da medida da pena	337
6.2.1. <i>Critérios legais e constitucionais</i>	337
§118. O padrão constitucional: implicações no modelo de determinação da medida da pena	337
6.2.2. <i>O modelo (ideal) de determinação da medida da pena</i>	340
§119. O modelo (ideal) de determinação da medida da pena	340
6.3. Determinação da pena no crime singular	341
6.3.1. <i>Determinação da medida da pena principal</i>	341
§120. A importância da seleção dos factos e dos seus sentidos de valoração na determinação da medida da pena	341
§121. A dupla valoração permitida na determinação da medida da pena do tipo simples	343
§122. A dupla valoração permitida na determinação da medida da pena nos tipos qualificados	345

§123. A dupla valoração permitida na determinação da medida da pena nos tipos mistos, em especial, a determinação da medida da pena no âmbito do art. 132.º do CP	348
§124. A proibição da dupla valoração dos tipos privilegiados e das atenuações especiais	359
6.3.2. <i>A valoração da reincidência</i>	364
§125. O estado das artes quanto ao fundamento da reincidência	364
§126. Superação da inconstitucionalidade da reincidência	369
§127. O aumento das necessidades de prevenção especial como único fundamento conforme à Constituição	372
§128. A importância da distinção entre concurso de crimes e reincidência	376
§129. O regime legal da reincidência no Código Penal português	378
§130. Crítica ao modelo de determinação da medida da pena da reincidência proposto por Figueiredo Dias.....	383
§131. O modelo adotado	384
6.3.3. <i>Escolha da pena, dispensa de pena e penas de substituição</i>	388
§132. O princípio da preferência por penas de substituição	388
§133. As penas de substituição no Código Penal português.....	393
6.4. Determinação da medida da(s) pena(s)	396
6.4.1. <i>Determinação da pena principal e determinação da pena acessória: critérios de cumulação</i>	396
§134. Os critérios materiais de cumulação entre pena principal e pena acessória	396
§135. Exemplos de penas acessórias no Código Penal português	401
§136. Os efeitos das penas.....	403
§137. Cumulação entre a pena e a medida da segurança.....	406
§138. Pena acessória e medida de segurança não privativa da liberdade.....	414
6.4.2. <i>Determinação das penas parcelares e da pena única no concurso de crimes</i>	416

§139. O regime do concurso aparente no Direito português ...	416
§140. O regime do concurso efetivo no Código Penal	
Português e a determinação da pena única	418
§141. O conhecimento superveniente do concurso de crimes, as penas de substituição e a vexata quaestio do “cúmulo por arrastamento”	423
6.4.3. <i>Determinação da medida da pena do crime</i> <i>continuado</i>	437
§142. Evolução histórica da figura do crime continuado.....	437
§143. A atual “crise” do crime continuado no sistema jurídico português	442
§144. A tendencial inutilidade juscientífica do instituto do crime continuado	448
6.4.4. <i>Determinação da medida da pena relativamente</i> <i>indeterminada</i>	451
§145. A natureza da pena relativamente indeterminada	451
§146. O regime da determinação da pena relativamente indeterminada: traços gerais	461
§147. Concurso de penas e cúmulo na pena relativamente indeterminada	465
6.5. A perda de instrumentos e de vantagens: critérios de aplicação e de distinção	473
§148. A perda de objetos ou de vantagens do crime: pena acessória ou efeito da pena?	473
§149. A perda de objetos ou de vantagens do crime como sanção essencialmente punitiva	480
§150. Critérios de cumulação com a pena principal.....	484
BIBLIOGRAFIA	491