

---

# SANÇÕES APLICÁVEIS E SUA DETERMINAÇÃO

*Pedro Miguel Freitas*

## **Artigo 77.º**

### Penas aplicáveis

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 110.º, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5.º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
- b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem.

2 - Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

- a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
- b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, directa ou indirectamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

## Artigo 78.º

### Determinação da pena

1 - Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, de harmonia com o Regulamento Processual, a factores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

2 - O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o arguido esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.

3 - Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77.º, n.º 1, alínea b).

## 1. Caracterização do sistema sancionatório do Tribunal Penal Internacional

### 1.1. Introdução

Em matéria de consequências jurídicas do crime, tal como previstas no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), é imprescindível notar a referência expressa ao princípio da legalidade. Tal como acontece na consagração dos tipos legais, também nas consequências jurídicas se invoca o princípio da legalidade como princípio norteador e legitimador da atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI). De acordo com este princípio, expressamente consagrado no artigo 23.º do ETPI, sob a epígrafe “*Nulla poena sine lege*”, não podem ser aplicadas sanções que não estejam cominadas no ETPI.

Uma característica importante do catálogo sancionatório do ETPI é a recusa da pena de morte. A sua exclusão não foi, porém, isenta de crítica e envolta em intensa discussão. Resulta dos trabalhos preparatórios do ETPI que um conjunto de países, entre os quais Dominica, Barbados, Jamaica, Singapura, Trindade e Tobago, apoiavam e propunham uma redação que incluísse, para além

da pena de prisão e pena de prisão perpétua, a pena de morte<sup>1</sup>. Porém, outras delegações opuseram-se veemente à introdução da pena de morte argumentando, muito pragmaticamente, que a cooperação entre os Estados e TPI sairia dificuldade se se concretizasse essa proposta. Foram oponentes da pena de morte os Estados-Membros da União Europeia, Andorra, Angola, Azerbaijão, Islândia, Macedónia, Noruega, Nova Zelândia, Santa Sé, Costa Rica, entre outros. Outros países, como Líbano, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, embora desejassem a inclusão da pena de morte, não se opuseram a que a mesma fosse excluída do ETPI de modo a facilitar a chegada a um consenso. Tendo em conta esta diversidade de opiniões, algumas das quais praticamente inabaláveis, a opção foi, como se disse, a da recusa da pena de morte, ainda que, numa declaração de sentido reconciliador, tenha ficado expresso que “It should be noted that not including the death penalty in the Statute would have no bearing on national legislations and practices in this field. States have the primary responsibility for prosecuting and punishing individuals for crimes falling under the subject-matter jurisdiction of the Court. In accordance with the principle of complementarity between the Court and national jurisdictions, the Court would clearly have no say on national policies in this field”<sup>2</sup>.

Relativamente à pena de prisão de perpétua, apesar da oposição obstinada de Portugal e de alguns países da América Latina<sup>3</sup>, a sua inclusão acabou por ser inevitável, constituindo uma espécie de “moeda de troca” pela exclusão da pena de morte no ETPI.

## 1.2. Catálogo sancionatório

### 1.2.1. Pena de prisão perpétua

Seguindo um critério de gravidade, temos em primeiro lugar a pena de prisão perpétua, prevista no art.º 77.º, n.º 1, b) do ETPI. A sua aplicação é reservada para os casos de extrema gravidade do facto e se se mostrar adequada às circunstâncias individuais do agente do crime, nomeadamente se uma ou mais das seguintes circunstâncias estiver presente: condenação prévia por crimes da jurisdição do TPI ou de natureza similar; abuso de poder ou de função oficial; prática de crime contra vítima particularmente indefesa; prática de crime com

<sup>1</sup> Nações Unidas, «United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, III» (Nova Iorque, 2002), 319.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 314, n. 193.

<sup>3</sup> Rolf Einar Fife, «Article 80», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1912.

especial crueldade ou contra múltiplas vítimas; crime motivado por discriminação com base no sexo, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, a situação económica, nascimento ou outra condição<sup>4</sup>.

### **1.2.1.1. Reexame da pena**

O prazo máximo da pena de prisão perpétua coincide, como o próprio nome indica, com o fim de vida do condenado. No entanto, assim que estejam cumpridos 25 anos de prisão, o Tribunal deverá reexaminar a pena para averiguar a possibilidade da sua redução (art. 110.º, n.º 3 do ETPI).

O procedimento para a revisão da duração da pena implica a realização de uma audiência presidida por três juizes da Câmara de Recurso, a que assiste a condenado, o seu defensor, se assim desejar, e intérprete, se necessário. Adicionalmente são convidados a comparecer o Procurador, um representante do Estado onde a sentença está a ser cumprida e, se possível, as vítimas ou seus representantes legais (art. 224.º, n.º 1 do Regulamento Processual). Não existe prazo para a comunicação da decisão, embora esta tenha de acontecer tão cedo quanto possível.

Na hipótese de o Tribunal decidir pela não redução da pena, haverá um reexame da sua possibilidade de três em três anos. Este intervalo de tempo poderá ser mais curto, se assim determinar o Tribunal na sua decisão de não redução da pena. Em todo o caso, poderá o condenado requerer a qualquer tempo após a decisão de não redução da pena que a sua situação seja reavaliada se existirem circunstâncias que o justifiquem, p. ex., condição médica especialmente grave, e o Tribunal admita tal requerimento. Sendo admitido, as pessoas referidas no artigo 224.º, n.º 4 do Regulamento Processual são convidadas a submeter observações escritas, podendo ainda o Tribunal agendar uma audiência.

A lista de critérios que servem de apoio à decisão de redução da pena é taxativa. Assim, nesta decisão, o Tribunal deve tomar em consideração:

- a manifestação, desde o início e de forma contínua, de vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento (art. 110, n.º 4, al. a) do ETPI);
- a facilitação voluntária da execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas (art. 110, n.º 4, al. b) do ETPI);

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, veja-se o art. 145.º, n.º2, b) e n.º 3 do Regulamento Processual.

- a conduta do condenado durante a privação de liberdade, na medida em que seja demonstrativa de uma dissociação genuína entre este e o crime por ele ou ela praticado (art. 223, al. a) do Regulamento Processual);
- juízo de prognose favorável quanto à ressocialização e reintegração do condenado (art. 223, al. b) do Regulamento Processual);
- em que medida a libertação antecipada do condenado criará instabilidade social significativa (art. 223, al. c) do Regulamento Processual);
- qualquer ação significativa praticada pelo condenado em benefício das vítimas ou com impacto nas vítimas ou suas famílias em resultado da libertação antecipada (art. 223, al. d) do Regulamento Processual);
- circunstâncias individuais do condenado, incluindo uma deterioração do estado físico ou mental ou idade avançada (art. 223, al. e) do Regulamento Processual)

#### **1.2.1.2. Local de execução da pena**

Na falta de instalações próprias, surge a questão de saber onde deve ser cumprida a pena de prisão perpétua de uma pessoa condenada pelo TPI. Neste domínio, o TPI tem naturalmente de contar com a colaboração dos Estados para que o cumprimento da pena seja possível.

A partir de uma lista de Estados que hajam demonstrado disponibilidade, incondicional ou condicional, para receber uma pessoa condenada – lista essa mantida pelo secretário (art. 200, n.º 1 do Regulamento Processual) –, o Tribunal indica um Estado, tomando em consideração fatores como o número de pessoas condenadas recebidas por cada um dos Estados, a aplicação de normas convencionais do direito internacional amplamente aceites que regulam o tratamento dos reclusos, a opinião da pessoa condenada ou a sua nacionalidade. O Estado designado tem a faculdade de aceitar ou não receber a pessoa em causa. Se porventura nenhum dos Estados indicados mostrar disponibilidade para receber a pessoa condenada, a pena será cumprida num estabelecimento prisional designado pelos Países Baixos (art. 3.º, n.º 1 e 103.º, n.º 4 do ETPI), que são o Estado anfitrião do Tribunal.

#### **1.2.2. Pena de prisão temporária**

Num segundo patamar de severidade sancionatória surge a pena de prisão. As condições da sua execução e, por decorrência, a sua natureza, são definidas pela legislação do Estado de execução e normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos.

Se tomarmos o ordenamento jurídico-penal português como exemplo, diríamos que a pena de prisão assumiria uma natureza única e simples. Única porque atualmente inexistem modalidades distintas de prisão, contrariamente ao que acontecia antes da entrada em vigor do Código Penal de 1982, em que se previa pena de prisão maior e pena de prisão correccional. Simples porque se não lhe ligam efeitos jurídicos automáticos<sup>5</sup>.

Como se depreende do que dissemos, a natureza da pena de prisão pode sofrer variações consoante o local de execução da mesma, embora se diga no art.º 106 do ETPI que as normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos terão de ser observadas. Normas como as inscritas na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 ou no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966. Questão controversa é a de saber se *standards* que advenham de fontes de direito internacional público que não as convencionais devem ser observadas, nomeadamente as Regras de Mandela ou, na sua denominação mais extensa, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, na redação de 2015. Para Roger Clark<sup>6</sup>, um número relevante de delegações partilhou de uma “antipatia filosófica geral” em relação ao direito internacional consuetudinário. Terá sido essa a razão pela qual a redação final do artigo 106.º do ETPI menciona tão-somente o direito convencional, deixando cair a expressão “*standards* internacionalmente reconhecidos”<sup>7</sup>, que seria mais abrangente. Ora, não possuindo as Regras de Mandela forma de tratado, o seu cumprimento não é reclamado pelo art. 106.º do ETPI. Porém, ainda com Roger Clark<sup>8</sup>, sempre se poderá argumentar que estas Regras foram, no geral, assimiladas por Tratados como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, a ponto tal que a Comissão de Direitos Humanos da Nações Unidas a elas recorre quando sente necessidade de concretizar algumas das regras previstas naquele Pacto Internacional. Independentemente disto, acrescentaríamos, certo é que o apelo às Regras ocorre de forma mediata, como instrumento hermenêutico de normas convencionais, o que restringe a sua aplicação direta, com todas as vantagens que isso traria.

<sup>5</sup> Maria João Antunes, *Consequências jurídicas do crime* (Almedina, 2017), 22. “event-place”: “Almedina”, “language”: “Portuguese”, “author”: [{"family": “Antunes”, “given”: “Maria João”}], “issued”: {“date-parts”: [{"2017”}]}, “locator”: “22”, “label”: “page”}, “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

<sup>6</sup> Roger S. Clark, «Article 106», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 2192–93.

<sup>7</sup> Sobre as fontes de direito internacional, Wladimir Augusto Correia Brito, *Direito Internacional Público* (Braga: Centro de Estudos do Curso de Relações Internacionais, 2003), 95 e ss.

<sup>8</sup> Clark, «Article 106», 2192.

### 1.2.2.1. Duração

A pena de prisão prevista no art. 77.º, n.º 1, al. a) é temporária.

Tem uma duração máxima de trinta anos. Não existe, porém, qualquer menção ao limite mínimo da prisão. Há, quanto à duração da pena de prisão, dois aspetos que devem merecer veemente crítica. O ETPI não prevê molduras abstratas para cada um dos crimes elencados no art. 5.º, ficando assim completamente em aberto pelo menos o limite mínimo da pena aplicável. Há, por isso, uma ausência político-criminal e dogmaticamente inaceitável de limites mínimos e máximos da pena que sejam reflexo da gravidade desse crime específico. Embora se compreenda que a complexidade típica dos crimes previstos no ETPI possa convocar a necessidade de molduras flexíveis o suficiente para contemplar a multiplicidade de situações de vida, a verdade é que o princípio da legalidade e seu corolário, o princípio da tipicidade, bem como o princípio da proporcionalidade saem beliscados. Por outro lado, na falta de previsão de limites mínimos e máximos legais da pena de prisão para cada comportamento, deparámo-nos com uma moldura extremamente ampla, sem que se saiba exatamente o seu limite mínimo. Mesmo que se diga que a pena de prisão tem de ser definida em anos, dado que o 77.º, n.º 1, al. a) prescreve uma “Pena de prisão por um número determinado de anos” e com isso se estabeleça um mínimo de 1 ano, excluindo portanto a hipótese de aplicar alguns dias de prisão por um dos crimes previstos no ETPI,<sup>9</sup> mesmo assim, reiteramos, continuamos perante uma moldura entre 1 e 30 anos, o que põe definitivamente em causa os princípios já referidos.

No caso específico das infrações contra a administração da justiça (art. 70.º do ETPI), o limite máximo da pena de prisão baixa para os cinco anos, sem que haja, mais uma vez, indicação do limite mínimo. A duração da sanção aplicável a estas infrações obedece a uma lógica distinta daquela explanada no art. 77.º, n.º 1, al. a) do ETPI.

### 1.2.2.2. Local de execução da pena

Por uma questão de economia de texto, remetemos para o que ficou dito no ponto 1.2.1.2.

---

<sup>9</sup> Acompanhamos Rolf Einar Fife, «Article 77», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1886, quando sustenta, apesar do elemento literal da norma, a possibilidade de a pena de prisão se situar abaixo do limiar de um ano. Cf. ainda Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 2 (Oxford: Oxford University Press, 2014), n. 281.

### 1.2.3. Pena de multa

A pena de multa, tal como está prevista no ETPI, não serve o propósito político-criminal de aplicação em *ultima ratio* da pena de prisão. Não assume uma natureza alternativa ou substitutiva da pena de prisão, não podendo a pessoa condenada ao abrigo do ETPI beneficiar das vantagens habitualmente associadas à pena de multa quando comparada com a pena de prisão, nomeadamente a manutenção dos laços familiares, sociais e profissionais, maior flexibilidade no seu cumprimento, redução dos custos administrativos e financeiros com o sistema de justiça penal e, finalmente, na medida em que contribui para a diminuição dos casos de prisão efetiva, uma melhoria das condições de execução da pena de prisão efetiva<sup>10</sup>.

Analisando o art. 77.º, n.º 2 do ETPI é imediatamente perceptível a natureza da pena de multa: complementar. A pena de multa aplica-se, *rectius*, poderá aplicar-se, cumulativamente com a pena de prisão. Não olvidando naturalmente a gravidade dos crimes tipificados no ETPI, a natureza complementar da pena de multa expõe-se a críticas acertadas, designadamente a de que uma pena com tais contornos “implica o pagamento de uma percentagem dos rendimentos do condenado ao mesmo tempo que, privando-o de liberdade, lhe retira a possibilidade de os angariar”<sup>11</sup>.

#### 1.2.3.1. Limites

De acordo com o art. 146.º do Regulamento Processual, a pena de multa pode ser determinada de duas formas.

A primeira, que podemos denominar como de multa global, consiste em concretizar entre certos limites uma quantia de multa. Optando por esta modalidade, o Tribunal deverá ter especial atenção aos danos provocados em resultado do crime, mas também os ganhos que a pessoa condenada tenha obtido com a prática do crime. Nesta modalidade, a multa tem como limite máximo 75% do valor dos ativos identificáveis, líquidos ou realizáveis, e propriedades da pessoa

<sup>10</sup> Antunes, *Consequências jurídicas do crime*, 24–25.”event-place”:"Almedina”language”:"Portuguese”author”:[{“family”:"Antunes”given”:"Maria João”}],issued”:[{“date-parts”:[{“2017”}]}],locator”:"24-25”label”:"page”}],schema”:"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

<sup>11</sup> Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal português, Parte geral, Tomo II, As consequências jurídicas do crime*, 2.ª reimp. (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 154.”edition”:"2.ª reimp.”source”:"Open WorldCat”event-place”:"Coimbra”ISBN”:"972-32-1353-2”shortTitle”:"Direito Penal II”language”:"Portuguese”author”:[{“family”:"Dias”given”:"Jorge Figueiredo”}],issued”:[{“date-parts”:[{“2009”}]}],locator”:"154”label”:"page”}],schema”:"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

condenada, após a dedução de uma quantia apropriada para a satisfação das necessidades financeiras da pessoa condenada e seus dependentes.

O Tribunal pode, em alternativa, optar pelo sistema de dias-de-multa, também apelidado sistema escandinavo. Este sistema de cálculo implica que o Tribunal proceda a duas operações sucessivas, uma de determinação de um número de dias de multa e uma outra de fixação de um quantitativo diário de multa. Nesta modalidade, o limite mínimo de dias de multa será 30, enquanto o limite máximo se situará nos 1800, equivalente a cinco anos. Não há no Regulamento Processual uma menção expressa aos limites mínimos e máximos do quantitativo diário, dizendo-se somente que este deve ser concretizado tendo em conta as circunstâncias individuais da pessoa condenada, incluindo as necessidades financeiras dos seus dependentes (art. 146.º, n.º 4 do Regulamento Processual).

#### 1.2.4. Perda de produtos, bens e haveres provenientes do crime

Analisando de o artigo 77.º do ETPI de uma forma isolada e a sua epígrafe, parece evidente a natureza de pena que é atribuída à perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime<sup>12</sup>.

É bom de ver que ao longo da história têm sido atribuídas várias finalidades ao instituto da perda de produtos, bens e haveres, indo desde a simples retribuição, passando pela prevenção geral até à prevenção especial. Nas palavras de Figueiredo Dias, ter-se-ia retribuição, ligada “à ideia irracional de apagar todos os resquícios ou concretizações do ilícito, do «não-direito». Finalidades, por outro lado, de *prevenção geral*, visando demonstrar a efectividade do aforismo segundo o qual «o crime não compensa». E finalidades, ainda (...) de **prevenção especial**, no sentido de obviar ao perigo de repetição criminosa resultante de os instrumentos serem em si mesmos aptos para tal, ou de permanecerem na mão de elementos com particular propensão para o crime ou que, pelo menos, já haviam demonstrado serem capazes de os utilizar para fins criminosos”<sup>13</sup>.

Consoante as finalidades apontadas, a natureza jurídica deste instituto pode, de acordo com a doutrina mencionada, assumir as vestes de pena

<sup>12</sup> Cf. Fife, «Article 77», 1889, que entende que o Tribunal não pode declarar a perda de instrumentos do crime.

<sup>13</sup> Dias, *Direito Penal II*, 613–14. “edition”: “2.ª reimp.”, “source”: “Open WorldCat”, “event-place”: “Coimbra”, “ISBN”: “972-32-1353-2”, “shortTitle”: “Direito Penal II”, “language”: “Portuguese”, “author”: [{"family": “Dias”, “given”: “Jorge Figueiredo”}], “issued”: [{"date-parts”: [{"2009”}]}], “locator”: “613-614”, “label”: “page”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

acessória, efeito da pena, medida de segurança, instituto de natureza análoga à pena ou instituto de natureza análoga à medida de segurança.

Nos trabalhos preparatórios do ETPI<sup>14</sup>, a questão da saber a natureza da perda de produtos, bens e haveres provenientes do crime emergiu, mais concretamente se poderia ser caracterizada como uma pena. Esta foi uma das razões pelas quais algumas delegações manifestaram alguma preferência pela não inclusão deste instituto no ETPI. No entanto, atendendo ao seu potencial dissuasor, atingiu-se um consenso no sentido da sua inclusão enquanto uma pena facultativa e adicional.

## **2. Determinação da pena**

### **2.1. Introdução**

A operação de determinação da pena decompõe-se em dois passos essenciais: a determinação da moldura da pena e a determinação da medida concreta da pena. A estes dois passos essenciais acresce a possibilidade de acumular as sanções previstas no art. 77.º, n.º 2 do ETPI.

### **2.2. Determinação da moldura da pena**

Neste passo, o Tribunal tem a tarefa de averiguar qual o tipo legal de crime preenchido com a conduta do agente para depois conseguir determinar a pena aplicável. Se os factos dados como provados forem subsumíveis a um dos crimes previstos no art. 5.º do ETPI – crime de genocídio, crimes contra a Humanidade, crimes de guerra ou crime de agressão – o Tribunal deverá optar, em regra, pela pena prisão com limite máximo de 30 anos. Eventualmente a escolha da pena recairá na pena de prisão perpétua se, avaliada a gravidade do crime e as circunstâncias individuais da pessoa condenada, assim o justificar. Tal escolha dependerá, como se disse, de uma análise das circunstâncias do caso, nos termos do art. 77.º, n.º 1 e 78.º do ETPI, bem como o art. 145.º do Regulamento Processual.

---

<sup>14</sup> Como nos dá conta, Fife, «Article 77», 1884.

Quando em causa estejam infrações contra a administração da justiça (art. 70.º do ETPI)<sup>15</sup> o Tribunal tem ao seu dispor duas penas alternativas: pena de prisão até 5 anos ou pena de multa.

### 2.3. Determinação da medida concreta da pena

Investigada e determinada a moldura abstrata da pena, o Tribunal procede com a fixação da medida concreta dentro dos limites abstratos da moldura. Neste processo de determinação “factores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado” (art. 78.º, n.º 1 do ETPI)”.

Um primeiro aspeto a ser sublinhado é a excessiva flexibilidade e indefinição no tocante aos critérios de determinação da medida da pena assim como os fatores de medida da pena. O potencial para o surgimento de tratamento desigual de situações materialmente semelhantes é agudizado pela inexistência dos referidos critérios e, diríamos, exacerbado pela amplitude das molduras abstratas das penas, tal como vimos no ponto anterior. Uma vez que se optou no EPTI, mal a nosso ver, pela consagração, no art. 77.º, n.º 1, al. a), de uma moldura genérica – e empregamos aqui o termo moldura benevolmente, posto que não é definido expressamente limite mínimo algum – o natural seria encontrarmos critérios precisos para nortear a tarefa de fixação de *quantum* da pena no interior da moldura abstrata. Poder-se-ia admitir, não sem algumas ressalvas, a existência de tamanha flexibilidade se tivesse havido um trabalho normativo de concretização de molduras abstratas diferenciadas consoante a gravidade dos diferentes comportamentos tipificados. Em tal hipótese, a possibilidade de incoerência na aplicação das penas seria mitigada pelo encurtamento dos limites abstratos. Porém, não é esse o caso do ETPI.

Acresce ainda que não há palavra alguma sobre as finalidades da pena. O fim que se pretende lograr com a aplicação da pena é matéria controvertida, como é consabido, inclusive no direito internacional. Desde a retribuição à reparação, passando pela prevenção geral à prevenção especial, são várias as

---

<sup>15</sup> Optámos por não mencionar o artigo 71.º relativo às sanções por desrespeito ao Tribunal uma vez que, pelo menos formalmente, o mesmo engloba apenas sanções administrativas, designadamente a expulsão temporária ou permanente da sala de audiências e a multa. No entanto, como bem notam Otto Triffterer e Christoph Burchard, «Article 71», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1772, é no mínimo duvidosa a categorização da multa como sanção administrativa autónoma da pena de multa, mas foi essa a opção tomada no ETPI. Assumindo as vestes de sanção administrativa, a multa tem limites distintos daqueles apontados à pena de multa, pois que, de acordo com o art. 171.º, n.º 4, do Regulamento Processual, não deverá exceder os 2000 euros, salvo se houver reiteração do comportamento, caso em que pode ser aplicada cumulativamente nova multa (administrativa) por cada dia de desrespeito ao Tribunal.

propostas oferecidas. Nos trabalhos preparatórios<sup>16</sup>, um conjunto de delegações sublinhou que, lidando o ETPI com crimes internacionais graves, faria sentido consagrar a pena de morte ou pena de prisão perpétua de modo a houvesse uma proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e as sanções aplicáveis, ao mesmo tempo que se reforçava a credibilidade do Tribunal e as suas funções preventivas. Ora, é evidente que tais declarações partem da assunção de que as penas servem propósitos eminentemente retributivos, ainda que a prevenção geral, sobretudo negativa, possa desempenhar um papel importante. Outras delegações, partindo de uma visão mais garantística dos direitos humanos, prefeririam enveredar por um outro caminho, mais ressocializador da pessoa condenada<sup>17</sup>.

Retornando à análise do artigo 78.º, n.º 1 do ETPI, a menção meramente exemplificativa de fatores de medida da pena – a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado – não é acompanhada de qualquer elemento hermenêutico concretizador do seu sentido. Algum auxílio é prestado pelo Regulamento Processual, mais concretamente no art. 145.º, n.º 1 e 2.

O critério fundamental da determinação da medida concreta da pena é a culpa da pessoa condenada (art. 145.º, n.º 1, al. a do Regulamento Processual), quer se trate de uma pena de prisão quer de multa. A medida da pena tem de refletir a culpa do agente. No entanto, o Tribunal deve tomar em consideração fatores agravantes e atenuantes, bem como as circunstâncias da pessoa condenada e do crime (art. 145.º, n.º 1, al. b do Regulamento Processual). Acrescem ainda como fatores, a gravidade do dano causado, a natureza do comportamento ilícito e os meios empregados para praticar o crime, o grau de participação da pessoa condenada, o grau de intenção, as circunstâncias do modo, tempo e lugar, as condições socioeconómicas da pessoa condenada, assim como a sua idade e escolaridade.

Para além dos fatores enunciados no art. 78.º, n.º 1 do ETPI e art. 145.º, n.º 1, al. a), b) e c) do Regulamento Processual, encontramos, neste último artigo, mais duas listas exemplificativas de circunstâncias, atenuantes e agravantes respetivamente. Entre as circunstâncias atenuantes encontramos situações que ficam aquém do suficiente para a exclusão da responsabilidade criminal, *v. g.* capacidade mental substancialmente diminuída ou coação, ou ainda a conduta

---

<sup>16</sup> Cf. descrição de Fife, «Article 77», 1878–79.

<sup>17</sup> O texto final do ETPI, lido conjuntamente com o Regulamento Processual, é claramente uma solução de compromisso em matéria de finalidades da pena, refletindo, na medida do possível, as diferentes tradições jurídicas e político-criminais dos diferentes Estados. Isto resultou na falta de uma linha político-criminal coerente e, por decorrência, na materialização, muitas vezes contraditória, de finalidades de sinal contrário: podem ser descobertos laivos ético-retributivos e de prevenção geral negativa, como também de prevenção geral positiva. Como articular todas estas finalidades é questão que fica por resolver, ou melhor, fica nas mãos, sobretudo, do labor jurisprudencial.

da pessoa posterior ao crime, nomeadamente a tentativa de reparação dos danos e a cooperação com o Tribunal. Do lado das circunstâncias agravantes, podemos encontrar hipóteses como a de existência de condenações prévias por crimes sob a jurisdição do TPI ou de natureza similar, abuso de poder ou função oficial, prática de crime contra vítima particularmente indefesa, prática de crime com especial crueldade ou contra múltiplas vítimas, crime motivado por discriminação com base no sexo, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, a situação económica, nascimento ou outra condição.

Num apontamento crítico, urge expor a difícil articulação entre todos os fatores enunciados no art. 78.º, n.º 1 do ETPI e art. 145.º, n.º 1, al. a), b) e c), n.º 2, al. a) e b) do Regulamento Processual, decorrente da falta de clareza, opacidade e pobre sistematização. A tarefa do julgador resulta imensamente difícil quando, como no ETPI e Regulamento Processual, se não percebe claramente quais os referenciais a partir dos quais cada um dos fatores deverá ser analisado, nem se consegue extrair um percurso lógico isento de dúvidas e metodologicamente sustentado de determinação da pena, nem ainda se compreende a razão pela qual convivem fórmulas genéricas – circunstâncias da pessoa condenada e do crime –, com listas exemplificativas que não visam, nas palavras do Regulamento Processual, concretizar tais fórmulas, mas antes introduzir fatores adicionais, ao mesmo tempo que percebemos afinal que estes – fatores – podem, com pouco esforço interpretativo, ser reconduzidas às primeiras – fórmulas genéricas. Não é admirar que, perante a complexidade das operações de determinação de medida da pena, se anuncie que o “*sentencing* tem tanto de arte como de ciência”<sup>18</sup>.

### 3. Casos especiais de determinação da pena

#### 3.1. Desconto

O instituto do desconto assume uma natureza obrigatória ou facultativa.

##### 3.1.1. Desconto obrigatório

Nos termos do art.º 78.º, n.º 2 do ETPI, o Tribunal está obrigado a descontar, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o arguido esteve sob detenção por ordem daquele. Constitui pressuposto irrenunciável do

<sup>18</sup> Karim A. A. Khan, «Article 78», em *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, 3.ª ed. (München: Beck, 2016), 1891.

desconto obrigatório que a privação da liberdade do agente seja consequência de uma ordem judicial, como por exemplo o mandado de detenção previsto no art.º 58.º, n.º 1 do ETPI<sup>19</sup>.

### **3.1.2. Desconto facultativo**

O desconto facultativo – dependente portanto de uma decisão discricionária do Tribunal – tem cabimento nas hipóteses em que ao agente haja sido privado de liberdade por força “de uma conduta constitutiva do crime” (art. 78.º, n.º 2, *in fine*), ou seja, quando a liberdade do agente foi limitada “em virtude de uma condenação nos termos de uma ordem jurídica nacional por uma conduta constitutiva de crime sob a jurisdição do Tribunal”<sup>20</sup>.

## **3.2. Concurso**

Contrariamente ao que seria expectável, o concurso efetivo de crimes não mereceu um apartado autónomo no EPTI, tendo sido tratado juntamente com a matéria da determinação da medida da pena e do desconto.

O concurso efetivo de crimes corresponde aos casos em que o agente pratique mais do que crime antes que a condenação por qualquer um deles haja transitado em julgado.

A determinação da pena única de concurso resulta de um conjunto de passos sucessivos. Em primeiro lugar, o Tribunal determina uma pena parcelar correspondente a cada um dos crimes praticados, tomando em atenção o procedimento normal de determinação da medida da pena a que nos referimos anteriormente. De seguida, fixa uma pena conjunta que tem de se situar entre a pena parcelar mais elevada e os 30 anos de prisão<sup>21</sup>.

A pena única do concurso não tem de refletir necessariamente a soma das penas parcelares correspondentes a cada um dos crimes praticados pelo agente, ainda que com a limitação dos 30 anos de prisão. Exemplificando. Suponha-se que agente A cometeu três crimes de genocídio e o Tribunal decide que A deve ser punido com 15 anos de prisão por cada um dos crimes. A pena única não pode, naturalmente, ser de 45 anos, mas também não tem de ser de 30 anos, por força do limite máximo de pena de prisão aplicável em caso de concurso efetivo de crimes. O Tribunal tem o poder de impor uma pena que se situe, por exemplo,

<sup>19</sup> Assim, *Ibid.*, 1897.

<sup>20</sup> Cf. *Ibid.*, 1898.

<sup>21</sup> A pena única não pode ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77.º, n.º 1, al. b) do ETPI.

nos 20 anos. Os limites são, como se disse, no caso das penas de prisão, a pena parcelar mais elevada (mínimo) e 30 anos (máximo).