

5. DOSIMETRIA DA PENA: FUNDAMENTOS, CRITÉRIOS E LIMITES

Manuel José Carilho de Simas Santos*

Pedro Freitas**

Determinação da pena

1.

A questão da determinação da pena constitui uma operação cuja responsabilidade se reparte entre o *legislador* e o *juiz*, cabendo ao primeiro *estabelecer*, dentro de um mínimo e de um máximo, as *molduras penais abstractas* aplicáveis a cada um dos tipos legais de ilícitos descritos na parte especial do Código Penal e na legislação avulsa,¹ bem como os *critérios* de que os aplicadores da lei devem lançar mão para determinar concretamente a pena dentro daqueles limites, ao juiz caberá, respeitando as balizas fixadas pelo legislador, *dizer, em concreto, qual a pena que, no caso em apreço, deve ser aplicada ao agente*.

Por sua vez, na determinação ou fixação da pena, o julgador terá dois problemas distintos a resolver:

– Primeiro: ***encontrar a moldura legal abstracta*** que se enquadra à situação concreta em apreço, o que se procurará através da definição do tipo de ilícito sob julgamento. Será, pois, a partir dessa definição que se estabelece a medida legal ou abstracta da pena que corresponde ao ilícito².

– Segundo: ***estabelecer a medida judicial da pena***, ou seja, dentro da moldura legal ou abstracta antes encontrada, ***fixar a pena concreta*** ajustada à conduta do agente³.

No estabelecimento das sanções devem ser respeitadas normas, constantes do Código Penal, que regulam as operações de determinação da pena, mas com essas normas é necessário ter presentes princípios internacionais e constitucionais que lhes servem de inspiração e limite na correcta interpretação e aplicação e que ajudam na integração das lacunas que a prática judiciária põe a descoberto.

Além dos onze princípios, que se abordarão sinteticamente de seguida, fala-se igualmente no princípio da preferência pelas reacções criminais não detentivas, decorrência do princípio da necessidade e da subsidiariedade, no princípio da socialidade: incumbe ao Estado

* Juiz Conselheiro.

** Professor na Escola de Direito do Porto, da Universidade Católica.

¹ O princípio da legalidade impede uma excessiva amplitude nessa moldura penal abstracta, sob pena de ser desrespeitado o comando *nulla poena sine lege*. E o princípio da proibição do excesso (art. 18.º da Constituição) impõe que essa moldura penal seja proporcional ao valor do bem jurídico protegido pela norma incriminadora e à gravidade da conduta tipificada.

² Assim, se o agente levou a cabo um homicídio voluntário simples, previsto pelo art. 131.º do Código, a moldura legal será aquela que o referido preceito prevê – 8 a 16 anos de prisão.

³ V.g. pena privativa ou não privativa da liberdade e correspondentes quantitativos.

proporcionar ao condenado as condições necessárias para a reintegração na sociedade (arts. 2.º e 9.º da CRP)⁴.

O **princípio da legalidade** surge t a m b é m neste domínio, na dimensão não só de que é necessária a predeterminação normativa das condutas típicas, como também é necessária a tipificação anterior e precisa, com a suficiente concretização da descrição das penas.⁵

De acordo com o n.º 3 do art. 29.º da Constituição, não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior⁶.

Mas este princípio também reaparece na modalidade de reserva de lei, pois que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias⁷: definição das penas e medidas de segurança e respectivos pressupostos [n.º 1, al. c) do art. 165.º da CRP]. Na verdade, o art. 29.º da Constituição da República Portuguesa prescreve que:

(i) Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixa- dos em lei anterior;

(ii) Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior⁸.

A lei penal portuguesa apresenta-se pois, e face ao princípio da legalidade, como um sistema fechado, no sentido de que nem o arbítrio judicial, nem a analogia, nem os princípios gerais de direito, nem a moral, nem o costume⁹, poderão em quaisquer circunstâncias criar directamente ilícitos criminais ou fazê-lo através do suprimento de vazios que o sistema porventura ofereça, cabendo à lei e só à lei a responsabilidade de dizer o que merece tratamento criminal, isto é, o que é crime¹⁰.

⁴ Cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra, 2007-2008, 8-9.

⁵ A propósito fala MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra, 2007-2008, pág. 8, também no princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal (art. 18.º da CRP).

⁶ Também o n.º 1 do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclama que ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infracção perante o direito nacional ou o direito internacional.

⁷ Salvo autorização ao Governo (reserva relativa de competência legislativa).

⁸ Ora este preceito deve ser interpretado e integrado de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), que prescreve no seu art. 11.º, n.º 2, 1.ª parte, que «ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituam acto delituoso à face do direito interno ou internacional». Também o n.º 1 do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclama que ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infracção perante o direito nacional ou o direito internacional.

⁹ Salvaguardando-se a possibilidade (eminentemente teórica neste momento) introduzida pelo art. 29.º, n.º 2 da CRP.

¹⁰ Pode dizer-se que o princípio da legalidade impõe que se atribua exclusivamente à lei a definição do que é crime, a enunciação das respectivas sanções e o estabelecimento dos pressupostos e das

Diga-se ainda que resulta deste princípio a exigência de *lei expressa*, com a sua dupla decorrência: não há crime nem pena sem lei certa – *nullum crimen nulla poena sine lege certa*; ou sem lei escrita – *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.

O **princípio da não retroactividade da lei penal desfavorável** significa que ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos (n.º 4 do art. 2.º, n.º 4 do art. 29.º da CRP, n.º 2 do art. 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, n.º 1 do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Já o **princípio da retroactividade da lei penal mais favorável** postula que não se pode aplicar pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, já se aplicam, no entanto, retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido (n.º 4 do art. 2.º, n.º 4, parte final, do art. 29.º da CRP e n.º 1, parte final, do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

O **princípio *nulla poena sine culpa*** reafirma que a pena pressupõe a culpa do agente pela sua acção ou omissão. Mas a medida da culpa é igualmente o limite máximo da pena, segundo disposto no n.º 2 do art. 40.º do C. Penal. Sem culpa do agente, pois, não há pena.

O **princípio da proporcionalidade**¹¹, que encontra arrimo no art. 18.º da Constituição, significa que a restrição dos direitos, liberdades e garantias só pode ter lugar nos casos expressamente previstos na Constituição e deve ser *adequada, necessária e proporcional*. Princípio reafirmado pelo n.º 3 do art. 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que indica um critério para a determinação da pena ao prescrever «[a]s penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção».

Avulta igualmente o **princípio da igualdade** que postula que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (n.º 1 do art. 13.º da CRP), ninguém podendo 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 (n.º 2).

Aqui aplicado, exige o princípio que, quando sejam idênticos os pressupostos, deve ser dado o mesmo tratamento punitivo a todos os intervenientes (art. 402.º do CPP) e, do mesmo modo, deve ser dado tratamento sancionatório diferenciado quando as condutas forem diversas.

modalidades das medidas de segurança, e que todas essas definições têm de preexistir às situações às quais se aplicam.

¹¹ Também designado da *proibição do excesso* ou da *justa medida*.

O STJ já teve ocasião de se pronunciar por diversas vezes sobre este princípio no domínio da aplicação das penas, em acórdãos que relatamos¹²:

«(3) – O princípio da igualdade, no domínio da aplicação do direito significa que nessa aplicação não há lugar a discriminação em função das pessoas; todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que a lei estabelece, todos por forma idêntica se acham sujeitos aos deveres que ela impõe.

(4) – 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 infracções 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.

(5) – 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.

(6) – No plano constitucional, ao lado do princípio da igualdade, ao menos no mesmo plano, situam-se os princípios da proporcionalidade, da adequação, da necessidade e da justiça e devem ser especialmente considerados os princípios da legalidade e da culpa, uma vez que devem ser respeitados os critérios e valores legais e a pena deve ser ajustada à culpa, que constitui um limite inultrapassável.»

E ainda¹³:

«VIII - Na individualização da pena, o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que não se façam distinções arbitrárias. Mas elas têm sido notadas um pouco por toda a Europa, num momento em que previsibilidade judicial se vem também afirmando como um valor, o que encontrou eco no 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, dedicado às "Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções" e conduziu à aprovação pelo Conselho da Europa da Recomendação n.º R(92)17, de 92-10-19, que se ocupa da coerência na aplicação das penas.»

Já de acordo com o **princípio *ne bis in idem*** ou *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, consagrado no n.º 5 do art. 29.º da CRP, ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática dos factos.

¹² Designadamente no AcSTJ de 16-02-2006, proc. n.º 124/06-5 e AcSTJ de 10-10-2002, proc. n.º 2792/02-5.

¹³ AcSTJ de 30-04-2009, proc. n.º 273/04.OJAPRT.S1-5.

Por sua vez, o **princípio da jurisdição** vem dizer que compete em exclusivo aos tribunais, através dos juízes, a administração da justiça, mediante a garantia de um processo penal isento (arts. 32.º e 202.º da CRP – função jurisdicional) (*nulla poena sine iudicio*).

O **princípio da motivação** prescreve que o juiz, ao individualizar a sanção de cada acusado, tem de proceder conforme as regras de determinação da pena, que se devem reflectir com clareza e precisão no dispositivo da sentença. Mas é também necessário que na fundamentação exponha as operações que realizou para chegar àquela sanção e que expliquem o porquê da medida da pena definitivamente aplicada ao arguido¹⁴.

Ou seja, é também necessário que o julgador:

(i) **Exponha as operações que realizou** para chegar àquela sanção; e

(ii) **Explique o porquê da medida da pena** definitivamente aplicada ao arguido.

Por sua vez o **princípio do direito à revisão e indemnização** prevê que os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos (n.º 6 do art. 29.º da CRP), revisão que tem lugar através do recurso extraordinário previsto nos art.ºs 449.º a 466.º do CPP.

Finalmente, o princípio da **proibição da reformatio in pejus** significa que, se tiver sido interposto recurso de decisão final só pelo arguido, pelo Ministério Público, no exclusivo interesse da defesa, ou pelo arguido e pelo Ministério Público naquele exclusivo interesse, o tribunal superior não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes (art. 409.º do CPP)¹⁵.

2.

Impõe-se o enquadramento em qualquer preceito legal incriminador do Código Penal ou de diploma avulso que contenha norma penal sancionadora do facto cometido e provado em julgamento um facto com vocação criminal.

¹⁴ Para além do dever geral de fundamentação das decisões judiciais também constitucionalmente consagrado (art. 205.º da CRP), é imposto no n.º 3 do art. 71.º do C. Penal um dever especial de fundamentação: «na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.»

¹⁵ Este princípio também se aplica no recurso extraordinário para fixação de jurisprudência – n.º 3 do art. 443.º do CPP.

Tal preceito deverá descrever o tipo legal de crime (isto é, os elementos essenciais do facto ilícito), e conterà obviamente também a sanção que abstractamente se cuidou ajustada a comportamentos desse tipo.¹⁶

Daqui partirá o julgador na sua actividade da determinação da pena e a sua primeira tarefa: enquadrar jurídico/criminalmente os factos imputados ao agente¹⁷ e encontrar a ***moldura legal ou abstracta da pena*** que lhes cabe¹⁸.

Pode, porém, suceder que a conduta do agente não integra um crime simples¹⁹, mas um *crime agravado*²⁰ ou *atenuado*²¹, nenhuma questão especial então se colocando também, já que nos respectivos preceitos se contém a *moldura legal alterada* em relação ao crime simples, sendo, pois, a essa que o julgador deverá atender, já que, aqui, opera-se a modificação da moldura penal por efeito de alterações ao nível do *tipo* ou dos *elementos típicos*. Trata-se de um novo e diferente crime, que, por isso, tem também uma moldura legal diferente.

Porém, há casos em que *a moldura legal pode ser modificada ou substituída* em consequência de circunstâncias *agravantes ou atenuantes* chamadas *modificativas*, que aumentam ou baixam aquela moldura. Circunstâncias que, segundo FIGUEIREDO DIAS, são «pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo directamente respeito nem ao tipo – de – ilícito (objectivo ou subjectivo), 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 directamente para a doutrina da determinação da pena».²²

Essas circunstâncias podem ter natureza comum ou natureza especial. Têm natureza *comum* (aplicando-se, portanto, e regra geral, a toda a espécie de crimes, como, *v.g.*, a atenuante da tentativa ou a agravante da reincidência); ou natureza especial (as que apenas têm relevância para certos tipos de crimes e que o legislador indica em diversas disposições da parte especial do Código), sublinhando-se que só se podem atender às circunstâncias que *constem expressamente da lei*.²³

¹⁶ Assim, se se provar que o agente se apropriou de coisa móvel pertencente a terceiro com a intenção de a fazer sua, considera-se que cometeu um crime de furto a que corresponde uma pena de prisão até 3 anos ou uma pena de multa (art. 203.º do Código).

¹⁷ Isto é, dizer qual o tipo de crime cometido.

¹⁸ Ou seja, a espécie ou espécies de pena e os correspondentes máximos e mínimos

¹⁹ Como no exemplo do furto atrás referido ou no do homicídio do art. 131.º.

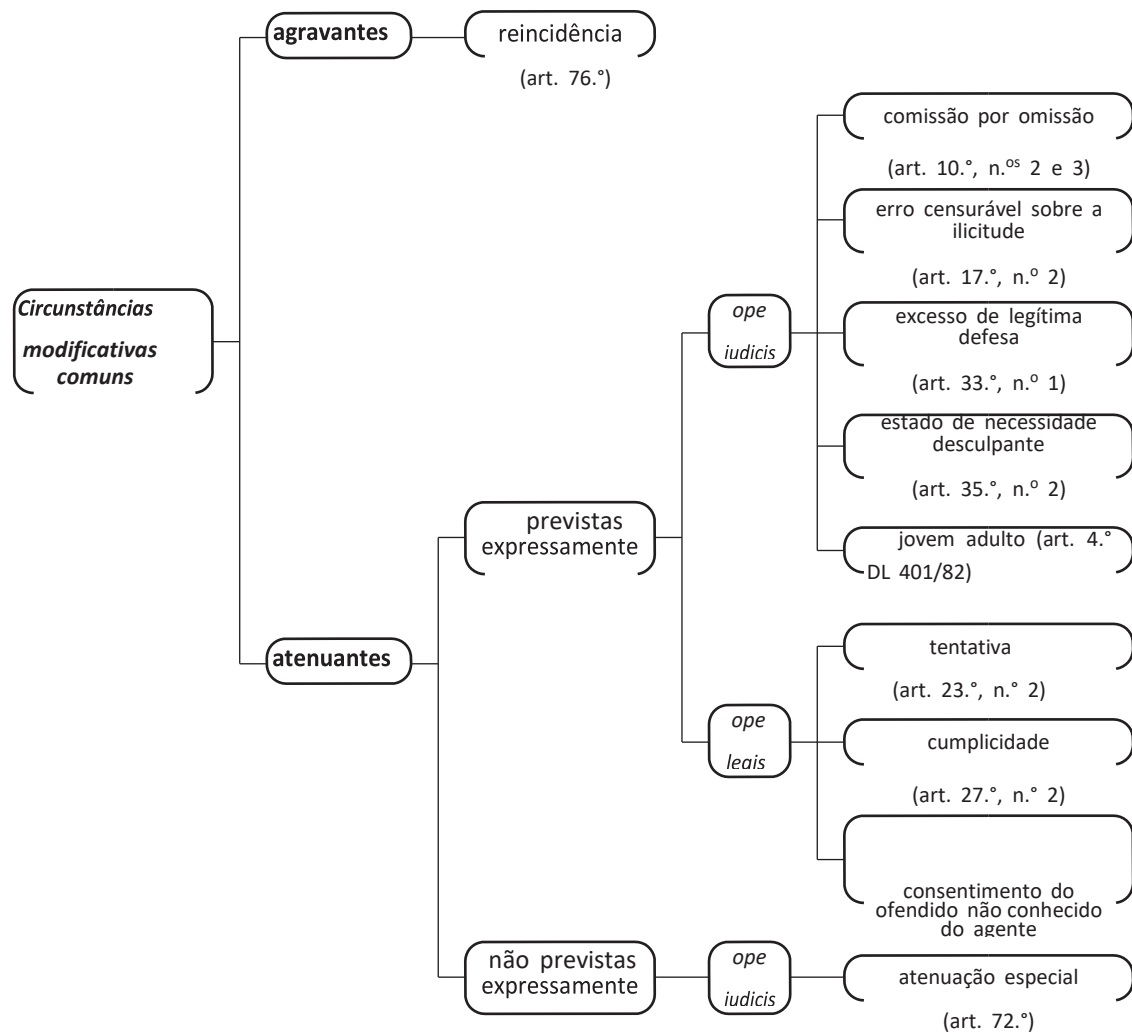
²⁰ Como o homicídio qualificado do art. 132.º

²¹ Como o homicídio privilegiado do art. 133.º

²² *As Consequências Jurídicas do Crime, 199 e 200.*

²³ Cfr., contudo, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, I, em anotação ao art. 1.º, sobre as tendências do direito comparado na matéria e sobre a técnica dos “exemplos/padrão” ou técnica “exemplificativa”, de que temos referências entre nós, por exemplo, no art. 132.º, n.º 2.

No que toca às comuns a todos os crimes já foi estabelecido o seguinte quadro²⁴:



Uma questão relevante se coloca aqui e que deriva da **ocorrência de diversas circunstâncias**, importando então saber qual a moldura penal atendível, quando na situação concreta em apreço se conjugam ou concorrem várias circunstâncias modificativas: ou só agravantes, ou só atenuantes ou umas e outras.

Mostra-se afastado o sistema do Código anterior que prescrevia²⁵ que, concorrendo circunstâncias qualificativas que agravassem a pena do crime em medida especial e expressamente considerada na lei, a agravação se faria com base na *circunstância qualificativa mais grave*, sendo as demais tidas como *circunstâncias de carácter geral*²⁶. Subscrevendo-se a regra de *absorção agravada*.

²⁴ Retirado de SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, 6.ª ed., Rei dos Livros, 2018, pág. 256.

²⁵ Cfr. art. 96.º.

²⁶ Serviriam apenas para determinar a pena concreta a aplicar dentro da moldura legal prevista e nunca para modificar ou alterar essa mesma moldura.

Esse sistema é agora diferente. Com efeito, foi intenção do legislador compatibilizar harmoniosamente o funcionamento dos institutos que prevê, no propósito de dar apoio, não a um princípio de absorção agravada, mas antes (e como regra) a um *princípio de acumulação*, a menos que, num caso ou noutro, a lei estabeleça um sistema diferente.

São três as situações a ponderar:

- (i) Cumulação de *agravantes*;
- (ii) Cumulação de *atenuantes*; e
- (iii) Cumulação de *agravantes e atenuantes*.

(i) No caso de *concorrência de agravantes modificativas*, **acumular-se-ão os seus efeitos**, sem obediência a qualquer ordem, mas com preferência obviamente pelas circunstâncias especiais, a que se seguirão as comuns.²⁷

(ii) Será de observar o mesmo sistema, quanto ao *curso de circunstâncias modificativas atenuantes*, **aplicando-se sucessivamente** o valor atenuante dessas circunstâncias, sejam especiais ou comuns, começando-se também pelas primeiras.

(iii) No que se refere ao *curso de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes*, **deve determinar-se, em primeiro lugar, a medida abstracta ou legal** da pena em função do valor das agravantes e, em segundo lugar, fazer intervir sobre aquela medida as de natureza atenuativa, excepto no caso da reincidência.

Efectuada esta operação, poder-se-á ficar por aqui se, determinada a medida legal ou abstracta da pena, for caso de **dispensa de pena** ou **adiamento da sentença** nos termos e condições do art. 74.º.

Porém, há que concretizar ou individualizar a pena, isto é, determinar a sua **medida concreta**.

Neste domínio torna-se imprescindível chamar à colação as finalidades da pena, bem como a articulação do art. 40.º, onde as mesmas estão inscritas, com o art. 71.º, que se ocupa especificamente da determinação da medida da pena.

Ora, entende a doutrina e jurisprudência maioritárias em Portugal que com a aplicação de penas e medidas de segurança visa-se a **protecção de bens jurídicos** essenciais à subsistência da comunidade e a **reintegração do agente na sociedade**, sendo que a pena não pode

²⁷ FIGUEIREDO DIAS refere que em caso de *concorrência de modificativas agravantes* «deve o juiz não exactamente “somar” ou “cumular” o valor agravante de cada circunstância, mas fazê-la funcionar *sucessivamente* até encontrar a moldura penal legalmente prescrita», a menos que seja outra a intenção da lei, sem ignorar que a «reincidência é verdadeiramente a única agravante modificativa comum que o Código Penal conhece» (*As Consequências Jurídicas do Crime*, 206).

ultrapassar em caso algum a medida da culpa, enquanto a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Esta ideia decorrerá da norma do art. 40.º do Código, quando estabelece as *finalidades* das penas e das medidas de segurança – *protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade* (n.º 1) –, em que se deve ter em vista a «protecção subsidiária e preventiva, quer geral quer individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, ou seja, a realização do fim de prevenção geral, já não no sentido de mera intimidação, mas com o significado, mais amplo e positivo, de «salvuarda da ordem jurídica na consciência da comunidade»,²⁸ e do fim de prevenção especial (reintegração do agente do crime na sociedade), que irá informar sobretudo a fase de execução da pena.

No mesmo artigo, desta vez no n.º 2, se extrai um vector essencial nesta matéria de consequências jurídicas que é o de *não haver pena sem culpa e a culpa decidir da medida da pena*. O que citado preceito intenta é afirmar que as finalidades acima descritas *estão limitadas no seu máximo pela culpa*²⁹.

Isto é: «a função da culpa é a de estabelecer o *máximo de pena concreta* 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. Como *limite* que é, pois, a medida da culpa serve para determinar um máximo de pena que não poderá ser em caso algum ultrapassado (donde justamente a formulação corrente do “princípio da culpa”), não para fornecer em última instância a medida da pena: esta dependerá, dentro do limite consentido pela culpa, de considerações de prevenção»³⁰.

²⁸ Cfr. ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 40.

²⁹ No *Preâmbulo do Código Penal*, e perante normativos idênticos, assim o explicou o próprio legislador português, quando afirma: «[u]m dos princípios basilares do diploma reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta. O princípio *nulla poena sine culpa*, combatido ultimamente em certos quadrantes do pensamento jurídico-penal, embora mais, ou quase exclusivamente, contra a vertente que considera a culpa como fundamento da pena, ganhou o voto unânime de todas as forças políticas representadas no Parlamento alemão, quando se procedeu à apreciação dos grandes princípios orientadores da reforma daquele sistema penal. Acrescente-se que mesmo os autores que dão maior tónica à prevenção geral aceitam inequivocamente a culpa como limite da pena. E mais. Podemos dizer, sem querer entrar em pormenores, que ele corresponde, independentemente da perspectiva em que se coloque o investigador, a uma profunda tradição cultural portuguesa e europeia. O atribuir-se à pena um conteúdo de reprovação ética não significa que se abandonem as finalidades de prevenção geral especial nem, muito menos, que se sugira o alheamento da recuperação do delinquente. Quanto à prevenção geral, sabemos que não há verdadeira antinomia entre esta finalidade e a culpa, já que, através da mediação axiológica que o direito penal exige a todos os membros da comunidade jurídica, se ergue, deste modo, a barreira inibidora da pena. Contudo, a sua força dissuasora não nasce tanto da sua realidade heterónoma, mas antes da própria autonomia do agente, que sabe ser a definição da pena fruto, num dado momento histórico, de toda a comunidade, ainda que filtrada pelos órgãos constitucionalmente competentes. A esta luz, não será, pois, difícil de ver que também a tónica da prevenção especial só pode ganhar sentido e eficácia se houver uma participação real, dialogante e efectiva do delinquente. E esta só se consegue fazendo apelo à sua total autonomia, liberdade e responsabilidade».

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 238 e 239.

A culpa continua, pois, a surgir como *fundamento da pena* (em certo sentido, isto é, na medida em que sem culpa não há pena) e não só como seu limite.

Daí que as *razões de prevenção* indicadas no referido art. 40.º, n.º 1, do Código venham temperar, limitando-a, a pena que resultaria da consideração da culpa, mas sem nunca ultrapassar o limite máximo consentido por essa mesma culpa.

De resto, a própria ordem seguida pelo n.º 1 do art. 71.º («a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção»), quer dizer isso mesmo e não teria sentido se a culpa surgisse tão só como limite da pena.

Por outro lado, o n.º 2 do mesmo art. 71.º, ao enumerar exemplificativamente as circunstâncias que devem ser tidas em conta na determinação concreta da pena, não deixa de referenciar algumas delas que têm a ver com a culpa do agente³¹.

No falado art. 40.º reflecte-se o pensamento de FIGUEIREDO DIAS sobre o tema dos *fins das penas e das medidas de segurança*, do qual resulta a ideia de que *só finalidades relativas de prevenção* (geral e especial) e não finalidades absolutas de retribuição e expiação, *podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir fundamento e sentido às suas reacções específicas*.

Assim, a prevenção geral assumiria o primeiro lugar como finalidade da pena, não como prevenção negativa, de intimidação, mas como prevenção positiva, de integração e de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma, enquanto estabilização das expectativas comunitárias na validade e na vigência da regra infringida³².

E a própria medida de segurança, se bem que continuando a justificar-se primariamente à luz de ideias de prevenção especial, acaba por não se manter de todo imune a princípios de prevenção geral de integração.

Este pensamento básico sobre a essência, o fundamento e o sentido destas reacções é completado em outras duas vertentes: na necessária intervenção do princípio da culpa, como consequência da exigência incondicional de defesa da dignidade da pessoa humana; e no reconhecimento do princípio da socialização, que resulta com suficiente clareza do modelo de Estado de Direito social.

³¹ Sobre a possível distinção da culpa que fundamenta a pena, da culpa para efeito da medida da pena, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 214 e ss.

³² Cfr. do autor, *Das Consequências Jurídicas do Crime*. Sobre esta problemática podem ver-se também ROXIN (*Problemas Fundamentais de Direito Penal*, págs. 17) e EDUARDO CORREIA (*As Grandes Linhas da Reforma Penal*, CEJ, 19 e segs).

FIGUEIREDO DIAS³³ fez um estudo histórico dos fins das penas, esquematizando as respectivas teorias (*absolutas* – que vêem na pena um instrumento de retribuição, expiação ou compensação do mal do crime; *relativas* – que lhe conferem a finalidade de instrumento de prevenção: geral – negativa ou de intimidação; especial – negativa ou de inocuidade e positiva ou de socialização; e *mistas* – que olham a pena como instrumento de prevenção através da justa retribuição) para chegar às seguintes *conclusões*:

- «Toda a pena serve finalidades de natureza preventiva – seja de presunção geral positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa –, não de natureza retributiva»;
- Todavia, a *finalidade primária* da pena é o «restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime» (*prevenção geral positiva de integração* – a pena aplicada ao agente mantém e reforça a confiança da comunidade na validade e eficácia das normas jurídico-penais como instrumentos de tutela de bens jurídicos);
- Esta finalidade primária não impede o efeito, meramente *lateral*, causado pela pena em termos de *prevenção geral negativa* ou de intimidação geral;
- A *culpa*, que não é fundamento da pena, mas apenas o seu *limite inultrapassável*, tem como função proibir o excesso (estabelecimento do máximo da 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», independentemente de finalidades preventivas gerais ou especiais);
- Dentro do limite máximo consentido pela culpa a pena concreta «é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela de bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico»;
- No interior desta moldura de prevenção geral positiva ou de integração, encontrar-se-á a medida concreta «em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais».

Em estudo recente, procuramos abordar o estado actual da doutrina das consequências jurídicas em Portugal, e escrevemos aí que «[e]m suma, as finalidades atendíveis na aplicação de uma penas “residem **primordialmente na tutela dos bens jurídicos e, na medida possível, na reinserção do agente na comunidade.** Por outro lado, **a pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa**”^{34,35}.

³³ *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., nomeadamente 78 a 85.

³⁴ MANUEL SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, *O estado da doutrina das consequências jurídicas em Portugal*, Separata de *A coerência na aplicação das penas*, Lisboa: Rei dos Livros, 2018, nomeadamente págs. 34 e segs, que seguiremos de perto.

³⁵ Em boa verdade, FIGUEIREDO DIAS (Dias, *Direito Penal II*, 227.) faz introduzir a prevenção especial positiva “na medida do possível”, mas, em nota de rodapé (38), assevera que esta concepção político-

No exercício de aplicação concreta desta concepção político-criminal relativa às finalidades da pena, FIGUEIREDO DIAS preconiza que, ainda que possam surgir conflitos frequentes entre a culpa e a prevenção especial ou entre a culpa e a prevenção geral negativa³⁶, em princípio não haverá antagonismo de relevo entre a culpa e a prevenção geral positiva ou de integração. É improvável, se não mesmo impossível segundo o Autor, que uma pena consentânea com a prevenção geral positiva, quer no seu ponto óptimo quer qualquer outro até ao limite mínimo de defesa do ordenamento jurídico, se situe acima do limite imposto pela culpa, dado que, “como insistentemente tem acentuado ROXIN, as razões de diminuição da culpa são, em princípio, também comunitariamente compreensíveis e aceitáveis e determinam que, no caso concreto, as exigências de tutela dos bens jurídicos e de estabilização das normas sejam menores”³⁷.

Porém, como também aí alertámos, «[n]um exercício crítico à leitura dominante do art. 40.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal português, poder-se-á dizer que, a nosso ver, sobrevém uma indesejável sobreposição entre as finalidades da pena e a função do direito penal. Isto é, quando se afirma que a finalidade visada pela pena há-de ser a de tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto e que tal finalidade “se cobre com a ideia da *prevenção geral positiva* ou *prevenção de integração*”³⁸, está a querer dizer-se, parece-nos, que para o cumprimento da função do direito penal só concorrem os pontos de vista preventivos gerais positivos, deixando então de lado a prevenção geral negativa, a prevenção especial positiva, a prevenção especial negativa e, naturalmente, a retribuição. Será então que nenhuma destas finalidades, que não a de prevenção geral positiva, servirá os propósitos do direito penal? Qual o interesse político-criminal em introduzirmos no processo de determinação da medida da

criminal é a que está presente no artigo 40.º do CP que, como nós sabemos, não prevê, de forma explícita pelo menos, a possibilidade de a prevenção especial negativa comandar a aplicação da pena. Curiosamente, passa a referir-se, em momento posterior da mesma obra, à prevenção especial em qualquer das suas modalidades como a que vai determinar dentro da moldura de prevenção a medida concreta, embora estabeleça em certa medida uma espécie de hierarquia entre a função de socialização – função primordial – e as de advertência, segurança e inocuização – funções subordinadas (Dias, 243). Num outro ponto da mesma obra sustenta que dentro da moldura preventiva “podem e devem actuar **pontos de vista de prevenção de socialização**, sendo eles **que vão determinar, em último termo, a medida da pena**” (Dias, 231). Numa outra obra da sua autoria, os termos usados para veicular a seu pensamento são estes: “[d]entro da moldura ou dos limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração (...) devem actuar, em toda a medida possível, pontos de vista de **prevenção especial**, sendo assim eles que **vão determinar, em última instância, a medida da pena**. Isto significa que releva neste contexto qualquer uma das funções que o pensamento da prevenção especial realizada: seja a função *positiva* de socialização, seja qualquer uma das funções *negativas* subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuização” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, 81-82).

³⁶ Finalidade esta que o Autor afirma ser de considerar dentro da moldura de prevenção geral positiva, mesmo que, em seu entender, não mereça autonomia por não ser comprovável empiricamente, sendo não mais que um efeito lateral (desejável) da necessidade de tutela dos bens jurídicos (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, 81, *Direito Penal*, II, 242). Resta, no entanto, saber por que motivo se legitima ou de deve legitimar a consideração de efeitos preventivos gerais negativos, tendo-os como desejáveis, se, concomitantemente, se lhe não reconhece qualquer comprovação empírica.

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, 83, *Direito Penal*, II, 230.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, I, 79.

pena pontos de vista que não relevam para a função primária do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos?³⁹»

De facto, «[e]stas interrogações fazem apenas sentido quando se mescle a missão e função do direito penal e as finalidades da pena a impor no caso concreto. Inteira razão tem CLAUS ROXIN quando afirma que a tutela subsidiária dos bens jurídicos, e através dela a protecção do livre desenvolvimento do indivíduo e a manutenção da ordem social, autênticos planos constitutivos da missão do direito penal, presta-se a critério definidor decisivo das condutas que devem ser criminalizadas e ameaçadas com a aplicação de uma pena⁴⁰. Coisa absolutamente diferente é, contudo, o modo como a pena deve cumprir este desiderato final do direito penal, pois que com a concreção da missão do direito penal “nada está decidido, sem mais, de que maneira deve actuar a pena para cumprir a missão do direito penal. Esta pergunta é respondida pela teoria do fim da pena, a qual, por certo, deve ter sempre por referência o fim do direito penal que se posiciona detrás daquela”⁴¹.»

³⁹ Uma interpretação alternativa do artigo 40.º, n.º 1, poderia advir da consideração autónoma do primeiro segmento – a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos – e do segundo – e a reintegração do agente. Nesta ordem de ideias, o legislador, no primeiro segmento, estaria a referir-se não à finalidade da pena e da medida de segurança, mas antes à função do direito penal, ao passo que no segundo, aí sim, estaria em causa a finalidade das sanções jurídico-penais. Deste modo, seria legítimo advogar como finalidade, por um lado, a reintegração do agente, finalidade essa expressamente referida pelo legislador e, por outro, as restantes finalidades, a prevenção geral positiva, prevenção geral negativa e prevenção especial negativa, na medida em que concorrem para a protecção dos bens jurídicos. Este o entendimento de Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: dismantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», 2009, 32–33. É, a nosso ver, forçoso este tipo de raciocínio quando a epígrafe do referido artigo 40.º é “finalidades das penas e das medidas de segurança”, não se referindo, assim, à função do direito penal.

⁴⁰ CLAUS ROXIN, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad” em *Determinación judicial de la pena*, por CLAUZ ROXIN et alt. (Buenos Aires, Del Puerto, 1993), 15 e ROXIN, *Derecho Penal*, 81. No mesmo sentido, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona: J. M. Bosch, 1992), 267.

⁴¹ ROXIN, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», 15. e ROXIN, *Derecho penal*, 81. Embora em Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Madrid: Reus, 1976), 24., se possa ler que “as cominações legais justificam-se apenas e sempre pela necessidade de protecção, preventiva geral e subsidiária, de bens jurídicos e prestações”. Relevante JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português», *Revista da Ordem dos Advogados A.* 53, n. 2 (1993): 440.: “a questão dos *fins imediatos da pena* (...) é então o de saber como através das penas se tutela a ordem jurídica, isto é, quais os sentidos que devem ser imputados à dinâmica da pena para que esta possa cumprir o seu fim mediato, quais as funções que lhe podem ser adjudicadas com vista à realização deste fim”. E ARMIN KAUFMANN, «La misión del derecho penal», em *La reforma del derecho penal*, II, ed. Mir Puig (Barcelona: Belaterra, 1981), 18: “É certo que existe unanimidade acerca da missão do direito penal, que é a de proteger bens jurídicos. Mas falta responder como funciona todo ele e em que medida se orienta a sua utilização”. No sentido do nossa posição sobre este assunto, TAIPA DE CARVALHO, *Derecho Penal*, 62., que critica, e bem, a confusão e incoerência do artigo 40.º, n.º 1, porque com ele se confunde os fins da pena com o verdadeiro e último fim do direito penal: “o problema, quando se fala dos fins da pena, que são «fins-meios» ou fins imediatos é o de saber como é que a pena há-de ser escolhida (pelo legislador e, depois, dentro do permitido pela lei, pelo juiz) e determinada, em ordem a realizar-se aquela função ou finalidade (última) de protecção, no futuro, dos bens jurídicos lesados, não se esquecendo, obviamente, o imperativo constitucional da máxima restrição possível da pena, consagrado no art. 18.º-2 da CRP” (Carvalho, 62.). No mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, «As penas no direito português após

Não estamos desacompanhados nesta leitura, muito pelo contrário. TAIPA DE CARVALHO⁴², FERNANDA PALMA⁴³ e JOSÉ SOUTO MOURA⁴⁴ são apenas alguns exemplos de Autores que assumem uma postura crítica do actual art. 40.º do Código. Mas as dúvidas quanto à correcção deste artigo não ficam por aqui. Pode também perguntar-se por que razão a prevenção especial negativa não desempenha um papel relevante na determinação da medida da pena, uma vez que nem sempre o agente carece de socialização ou que as perspectivas de socialização de um agente concreto são por vezes infundadas rechaçando a consideração da prevenção especial positiva.

Acresce que «na teoria da moldura de prevenção a prevenção geral positiva não tem o suporte da proporcionalidade em relação à culpa (CLAUS ROXIN) ou em relação ao ilícito (ANABELA MIRANDA RODRIGUES). Isto pode levar, como bem sublinha CONDE MONTEIRO, a que, na determinação da medida da pena, possam tornar-se relevantes, expressa ou implicitamente, “invocação de situações de alarme social como motivo de aumento da pena, sem mais, ou melhor, a partir da mediação do caso pela comunicação social (*trial by newspaper*)”⁴⁵.»

Finalmente, permitimo-nos ainda recuperar um outro nó problemático ligado à determinação da medida óptima de tutela dos bens jurídicos. Como dissemos nesse nosso estudo, é preciso saber se esta medida «tem necessariamente de equivaler ao limite máximo permitido pela prevenção geral positiva. Esta medida óptima da pena que na teoria de CLAUS ROXIN se entendia como aquela que se situasse na moldura da culpa⁴⁶ perde na teoria da moldura de prevenção esse arrimo. Talvez por isso se tivesse sentido a necessidade dogmática de a ligar à moldura da prevenção. Mas a sua transposição traz um problema: enquanto na teoria unificadora preventiva dialéctica a medida óptima corresponde ao espaço da moldura abstracta de sobreposição entre a moldura da culpa e a prevenção geral positiva, na teoria da moldura de prevenção não existe a moldura de culpa. Ora, se se quiser manter este conceito de medida óptima sem apelar à medida da culpa, como o faz CLAUS ROXIN, poder-se-ia, em alternativa, optar por defender que a medida óptima dá-se quando a medida concreta da pena se situe na moldura de prevenção – o que levaria a que, de acordo com os contornos da teoria da moldura de prevenção, a medida da pena fosse sempre óptima, dado que não é possível que esta se situe fora da moldura de prevenção⁴⁷, tornando assim o possível em óptimo e o óptimo em possível – ou, recuperando um pouco a ideia de CLAUS ROXIN, sustentar que a

a revisão de 1995», em *Jornadas de direito criminal: revisão do código penal: alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, por AA.VV. (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998), 18 e ss.

⁴² TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, 62 e ss., embora, incoerentemente, afirme que “resulta, pois, do actual art. 40.º, n.ºs 1 e 2, que o fundamento legitimador da aplicação de uma pena é a prevenção, geral e especial, e que a culpa do infractor apenas desempenha o (importante) papel de pressuposto e de limite máximo da pena a aplicar, por maiores que sejam as exigências sociais de prevenção”.

⁴³ MARIA FERNANDA PALMA, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: dismantlamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», 2009, em *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, ed. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza (Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998), 26 e ss e 32.

⁴⁴ JOSÉ SOUTO MOURA, *A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*, *Revista do CEJ*, n. 13 (2010): 101 e ss.

⁴⁵ FERNANDO CONDE MONTEIRO, *Consequências jurídico-penais do crime* (Braga: AEDUM, 2013), 57.

⁴⁶ CLAUS ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981), 112.

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, 84.

medida óptima da pena é, na mesma, um ponto concreto dentro de uma moldura, mas sem contornos perfeitamente definidos – quase que numa reminiscência formalmente não assumida da moldura de culpa – ou, por último, estreitar as hipóteses em que a medida da pena pode ser considerada óptima, fazendo-a coincidir, por exemplo, como o limite máximo da moldura de prevenção.»

Até porque, «[n]uma leitura do Manual de Direito Penal, Tomo I, de FIGUEIREDO DIAS, transparece a ideia, principalmente nas conclusões relativas às finalidades e limite das penas criminais, de que o Autor encarreira exactamente pela última alternativa, isto é, a de que o ponto óptimo “de tutela dos bens jurídicos” é dado pelo limite máximo da moldura preventiva⁴⁸. Esta ideia faz coincidir a medida óptima com o limite mais exasperado da moldura preventiva, obviando a concretização de medidas óptimas abaixo desse limite máximo.»

Tudo isto somado ajuda a explicar a necessidade de a doutrina portuguesa visitar criticamente o art. 40.º e 71.º, de modo a que promova não só um esclarecimento dos objectivos com pretendem cumprir com a aplicação das reacções criminais, mas, ao mesmo tempo, descortinar o exacto papel que quer a culpa quer a prevenção desempenham na determinação da medida da pena. Só assim se poderá alcançar uma maior coerência na aplicação dessas mesmas reacções criminais.

Voltando à questão da determinação da **medida concreta** da pena e o papel que à culpa é atribuído, é conveniente reiterar que a culpa não constitui apenas o pressuposto-fundamento da validade da pena, mas afirma-se também como limite máximo da mesma pena⁴⁹.

No entanto, a Doutrina diverge quanto ao **papel que cabe à culpa na determinação concreta da pena**, sufragando três posições diversas sobre tal matéria:

(i) **Teoria da pena exacta**⁵⁰ – no acto de determinação da pena, o juiz parte da pena que, de acordo com o *seu* critério, corresponde à culpa (pena exacta), modificando-a depois em função dos outros fins das penas, combinando diferentes possibilidades de sancionamento, sem que possa ultrapassar o limite imposto por essa culpa;⁵¹

(ii) **Teoria da margem de liberdade**⁵² – a pena concreta é fixada entre um limite mínimo (já adequado à culpa) e um limite máximo (ainda adequado à culpa),

⁴⁸ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal I*, 84), “(2) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico”. No mesmo sentido, *Direito Penal II*, 227-28.

⁴⁹ O que é aceite mesmo pelos autores que dão uma maior tónica à prevenção geral

⁵⁰ *Punkstrafe*.

⁵¹ Cfr. JESCHECK, *op. cit.*, 1199.

⁵² *Spielraumtheorie*.

limites esses determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas (as exigências da prevenção geral e da prevenção especial) dentro de tais limites;⁵³

(iii) Teoria do valor de emprego ou dos graus⁵⁴ – a culpa só é tomada em conta no momento de determinação da duração da pena, contribuindo as razões de prevenção (designadamente prevenção especial), e sem intervenção da culpa, para a escolha do tipo da pena e só desta (prisão, multa, suspensão da pena com ou sem regime de prova, etc.).⁵⁵

O legislador português, como resulta dos arts. 71.º e 72.º, decidiu-se pela *teoria da margem de liberdade*, entendendo-se ser «claro que, em absoluto, a medida da pena é uma certa; simplesmente, qual ela seja exactamente é coisa que não poderá determinar-se, tendo, pois, o aplicador que remeter-se a uma aproximação que, só ela, justifica aquele “Spielraum”, dentro do qual podem ser decisivas considerações derivadas da pura prevenção». ^{56 57}

Obviamente que para a *determinação da pena* o juiz deve ter em conta **todas as circunstâncias** que, não fazendo parte do tipo de crime, *deponham a favor ou contra o agente*.

E entre todas essas circunstâncias deve considerar, nomeadamente:

I – As referidas no n.º 1 do art. 71.º que, quando não diminuam por forma acentuada, mas só geral, a ilicitude do facto ou a culpa do agente, são susceptíveis de se reconduzir àquelas outras circunstâncias (do n.º 2 do mesmo preceito):

- Culpa do agente;
- Exigências de prevenção criminal.

II – As referidas, a título exemplificativo, no n.º 2 do art. 71.º do Código e que se podem sintetizar assim:

- *No que toca à ilicitude:*
 - Grau de violação ou perigo de violação do interesse ofendido;
 - Número de interesses ofendidos e suas consequências;

⁵³ Cfr. CLAUS ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 94-113.

⁵⁴ *Stellenwerttheorie*.

⁵⁵ Cfr. JESCHECK e ROXIN, *op. e loc. cit.*

⁵⁶ *BMJ 149 – 72*. Cfr., ainda, neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal*, 96 e 97, notas 172 a 174.

⁵⁷ «A defesa da ordem jurídico-penal, tal como é interiorizada pela consciência colectiva (prevenção geral positiva ou de integração), é a finalidade primeira, que se prossegue, no quadro da moldura penal abstracta, entre o mínimo, em concreto, imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada e o máximo que a culpa do agente consente. Entre esses limites, satisfazem-se, quando possível, as necessidades da prevenção especial positiva ou de socialização». (Ac. do STJ de 17-09-1997, proc. n.º 624/97).

- Eficácia dos meios de agressão utilizados.
- *No que toca à culpa:*
 - Grau de violação dos deveres impostos ao agente;
 - Grau de intensidade da vontade criminosa;
 - Sentimentos manifestados no cometimento do crime;
 - Fins ou motivos determinantes;
 - Conduta anterior e posterior;
 - Personalidade do agente.
- *No que toca à influência da pena sobre o agente:*
 - Condições pessoais do agente;
 - Situação económica.

O Código Penal de 1886, que antecedeu o actual Código, previa taxativamente, no seu art. 34.º, diversas circunstâncias agravantes.⁵⁸

⁵⁸ Eram elas as seguintes: 1.a – Ter sido cometido o crime com premeditação; 2.a – Ter sido cometido o crime em resultado de dádiva ou promessa; 3.a – Ter sido cometido o crime em consequência de não ter o ofendido praticado ou consentido que se praticasse alguma acção ou omissão contrária ao direito ou à moral; 4.a – Ter sido cometido o crime como meio de realizar outro crime; 5.a – Ter sido precedido o crime de ofensas, ameaças, ou condições de fazer ou não fazer alguma coisa; 6.a – Ter sido o crime precedido de crime frustrado ou de tentativa; 7.a – Ter sido o crime pactuado entre duas ou mais pessoas; 8.a – Ter havido convocação de outro ou outras pessoas para o cometimento do crime; 9.a – Ter sido o crime cometido com auxílio de pessoas, que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade; 10.a – Ter sido o crime cometido por duas ou mais pessoas; 11.a – Ter sido cometido o crime com espera, emboscada, disfarce, surpresa, traição, aleivosia, excesso de poder, abuso de confiança ou qualquer fraude; 12.a – Ter sido cometido o crime com arrombamento, escalamento ou chaves falsas; 13.a – Ter sido cometido o crime com veneno, inundação, incêndio, explosão, descarrilamento de locomotiva, naufrágio ou avaria de barco ou de navio, instrumento ou arma cujo porte e uso for proibido; 14.a – Ter sido cometido o crime com o emprego simultâneo de diversos meios ou com insistência em o consumir, depois de malogrados os primeiros esforços; 15.a – Ter sido cometido o crime entrando o agente ou tentando entrar em casa do ofendido; 16.a – Ter sido cometido o crime na casa de habitação do agente, quando não haja provocação do ofendido; 17.a – Ter sido cometido o crime em lugares sagrados, em tribunais ou em repartições públicas; 18.a – Ter sido cometido o crime em estrada ou lugar ermo; 19.a – Ter sido cometido o crime de noite, se a gravidade do crime não aumentar em razão de escândalo proveniente da publicidade; 20.a – Ter sido cometido o crime por qualquer meio de publicidade ou por forma que a sua execução possa ser presenciada, nos casos em que a gravidade do crime aumente com o escândalo da publicidade; 21.a – Ter sido cometido o crime com desprezo de funcionário público no exercício das suas funções; 22.a – Ter sido cometido o crime na ocasião de incêndio, naufrágio, terramoto, inundação, óbito, qualquer calamidade pública ou desgraça particular do ofendido; 23.a – Ter sido cometido o crime com quaisquer actos de crueldade, espoliação ou destruição, desnecessários à consumação do crime; 24.a – Ter sido cometido o crime, prevalecendo-se o agente da sua qualidade de funcionário; 25.a – Ter sido cometido o crime, tendo o agente a obrigação especial de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para a sua punição; 26.a – Ter sido cometido o crime, havendo o agente recebido benefícios do ofendido, quando este não houver provocado a ofensa que haja originado a perpetração do crime; 27.a – Ter sido cometido o crime, sendo o ofendido ascendente, descendente, esposo, parente ou afim até segundo grau por direito civil, mestre ou discípulo, tutor ou tutelado, amo ou doméstico, ou de qualquer maneira legítimo superior ou inferior do agente; 28.a – Ter sido cometido o crime com manifesta superioridade, em razão da idade, sexo ou armas, 29.a – Ter sido cometido o crime com desprezo do respeito devido ao sexo, idade ou enfermidade do ofendido; 30.a – Ter sido cometido o crime, estando o ofendido sob a imediata protecção da autoridade pública; 31.a – Ter resultado do crime outro mal além do mal do crime; 32.a – Ter sido aumentado o mal do crime com alguma circunstância de ignomínia; 33.a – Haver reincidência, ou sucessão de crimes; 34.a – Haver acumulação de crimes.

E no art. 39.º desse mesmo Código previam-se exemplificativamente diversas circunstâncias atenuantes da responsabilidade criminal.⁵⁹

A referência que agora faz o art. 71.º, n.º 2, a "todas circunstâncias que, não fazendo parte do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele" e só apontar indicativamente algumas, não impede a ponderação das circunstâncias indicadas no Código anterior, desde que tenham, no caso concreto, efeito atenuativo ou agravativo, conquanto não façam parte do tipo legal de crime.

Os diversos tipos legais de crime previstos na parte especial, por outro lado, fornecem exemplos de circunstâncias susceptíveis de atenuar ou agravar, em geral, a responsabilidade criminal em outros tipos de crime.

Não se pode esquecer que:

<p>– Não se pode recorrer às circunstâncias que fazem parte do tipo legal do crime (n.º 2 do art. 71.º)</p>	<p>Para que se não viole o princípio <i>non bis in idem</i>, uma vez que tais circunstâncias já foram tomadas em consideração pela própria lei para a determinação da moldura penal, o que não impede que o tribunal as tenha em atenção nos casos em que a sua intensidade concreta ultrapasse a que foi considerada pelo legislador para efeitos da determinação da referida moldura;⁶⁰</p>
<p>– Os sentimentos manifestados no</p>	<p>São os elementos que caracterizam a atitude interna ou atitude moral do delinquente e que não cabem no dolo, nem nos</p>

⁵⁹ Eram elas as seguintes: 1.a – O bom comportamento anterior; 2.a – A prestação de serviços relevantes à sociedade; 3.a – Ser menor de catorze (sendo punível), dezoito ou vinte e um anos, ou maior de setenta anos; 4.a – Ser provocado, se o crime tiver sido praticado em acto seguido à provocação, podendo esta, quando consistir em ofensa directa à honra da pessoa, ser considerada como violência grave para os efeitos do que dispõe o artigo 370.º; 5.a – A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor; 6.a – O imperfeito conhecimento do mal do crime; 7.a – O constrangimento físico, sendo vencível; 8.a – A imprevidência ou imperfeito conhecimento dos maus resultados do crime; – A espontânea confissão do crime; 10.a – A espontânea reparação do dano; 11.a – A ordem ou o conselho do seu ascendente, tutor, educador, amo, sendo o agente menor e não emancipado; 12.a – O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para justificação deste; 13.a – Ter o agente cometido o crime para se desafrontar a si, ao seu cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, tios, sobrinhos ou afins nos mesmos graus, de alguma injúria, desonra ou ofensa, imediatamente depois da afronta; 14.a – O súbito arrebatamento despertado por alguma causa que excite a justa indignação pública; 15.a – O medo vencível; 16.a – A resistência às ordens do seu superior hierárquico, se a obediência não for devida e se o cumprimento da ordem constituísse crime mais grave; 17.a – O excesso da legítima defesa, sem prejuízo do disposto no artigo 378.º; 18.a – A apresentação voluntária às autoridades; 19.a – A natureza reparável do dano causado ou a pouca gravidade deste; 20.a – O descobrimento dos outros agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo de delito, sendo a revelação verdadeira e profícua à acção da justiça; 21.a – A embriaguez quando for: 1.º incompleta e imprevista, seja ou não posterior ao projecto do crime; 2.º incompleta, procurada sem propósito criminoso e não posterior ao projecto do crime; 3.º completa, procurada sem propósito criminoso, e posterior ao projecto do crime; 22.a – As que forem expressamente qualificadas como tais, nos casos especiais previstos na lei; 23.a – Em geral, quaisquer outras circunstâncias, que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuïrem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados.

⁶⁰ Cfr. *BMJ* 149 – 74.

cometimento do crime [al. c)]	motivos ou fins da vontade criminosa, dizendo mais directamente respeito à posição do agente perante a própria ordem jurídica – elemento imprescindível da medida da pena; ⁶¹
– A conduta posterior [al. e)]	É tomada em conta desde que se relacione com o crime, o que não vale autonomamente mas só na medida em que revele uma maior ou menor adequação do facto à personalidade do agente; ⁶²
– Elementos da culpa na formação da personalidade	A al. f) refere-se a elementos da culpa na formação da personalidade que hão-de servir de complemento à culpa pelo facto
– Os factores que influem na medida da pena	Podem ter um significado oposto, segundo o fim das penas considerado (daí a ambivalência desses factores). Se, por exemplo, o arguido, face à frequência de roubos «por esticção», o «tenta uma vez», merece indulgência do ponto de vista do princípio da culpabilidade, mas ao inverso, do ponto de vista da prevenção geral, merece uma pena severa;
– Os fundamentos da determinação da medida da pena,	– São impostos pelo o n.º 3 do referido art. 71.º, que manda que sejam indicados na sentença, o que permitirá que a fixação dessa medida seja sindicável pelo tribunal de recurso e cria ainda ao juiz a necessidade de consciencializar ou racionalizar as operações que o levaram a proferir uma pena com uma certa medida concreta. ⁶³

Podem surpreender-se na determinação da pena três **fases**:

- **1.ª fase** – São escolhidos os fins das penas, sendo a partir deles que se ajuizam os factos relevantes para essa determinação e a valoração que lhes deve ser dada (o n.º 1 do art. 71.º elege a culpa do agente e os fins de prevenção geral e especial como causas da determinação da pena;
- **2.ª fase** – São fixados os factores que influem no doseamento da pena, as circunstâncias concorrentes no caso concreto que, em relação com os fins das penas, têm importância para a determinação do tipo e gravidade da sanção (indicados, exemplificativamente, no n.º 2 do art. 71.º);
- **3.ª fase** – São tecidos os fundamentos que conduziram à determinação efectuada (de acordo com o n.º 3 do art. 71.º).

Presentemente deixou de se justificar a tendência generalizada nos últimos anos de aplicação do Código anterior, para, face à sua severidade, fixar as penas próximo do *limite mínimo* das respectivas molduras, face à actualização das molduras penais.

⁶¹ Cfr. *BMJ* 149 – 75.

⁶² Cfr. *BMJ* 149 – 76.

⁶³ Cfr. *BMJ* 149 – 74.

A solução do problema, obedecendo embora aos limites da moldura penal prevista na lei, e qualquer que seja o ponto de partida,⁶⁴ terá que assentar sempre nos pressupostos fixados no art. 71.º citado, quais sejam a *culpa do agente* e as *exigências de prevenção criminal*, bem como os elementos que para ambas relevam, estes, sim, as verdadeiras balizas para o julgador.

Deve ter-se, no entanto, em conta, que em situações particulares, a *determinação da pena* tem regras próprias, a saber, nos casos de **concurso de crimes** (art. 77.º, n.º 2)⁶⁵, de **crime continuado** (n.º 1 do art. 79.º)⁶⁶, e de **reincidência** (art. 76.º)⁶⁷.

Isto posto, importa abordar um problema já aflorado, o da **escolha da espécie de pena**.

Sendo o crime punível, em alternativa, com uma pena privativa da liberdade e uma pena não privativa, diz o art. 70.º que deve o julgador optar por esta última se, dessa forma, ficarem *adequada e suficientemente asseguradas as finalidades da punição*. Ou seja, há que escolher uma dentro das espécies disponíveis, escolha que deverá ser feita a seguir à determinação da moldura penal aplicável ou (o que é o mais normal) logo que se estabeleceu a pena a aplicar ao caso concreto.

São várias as opções:

1 – A moldura abstracta da pena não ultrapassa os 6 meses de prisão ou multa não é superior a 120 dias, o tribunal pode deixar de aplicar qualquer pena (*ou adiar a sentença para reapreciação do caso*), *se forem diminutas a ilicitude e a culpa, o dano tiver sido reparado e não se opuserem a tal as exigências de prevenção criminal* (art. 74.º);

2 – Tiver sido aplicada pena de multa, pode o tribunal *substituí-la*, total ou parcialmente, a requerimento do condenado, *por dias de trabalho* em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, ou ainda de instituições

⁶⁴ Foi adiantado (BMJ 286-19) que uma solução possível seria situar o ponto de partida na *média* entre os limites mínimo e máximo da respectiva moldura. Essa posição mereceu forte crítica de FIGUEIREDO DIAS, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 210 e 211 e de ANABELA RODRIGUES, *A Determinação da Pena Privativa da Liberdade*, 142-8. Sobre o ponto pode ver-se LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, em anotação ao art. 71.º. As posições assumidas quanto a esta questão pelo 8.º Colóquio Criminológico e a Recomendação n.º R (92) de 19.10.92 do Conselho da Europa, que sugerem a adopção de pontos de partida na determinação das penas concretas, podem ser encontradas em SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, *A Coerência na Aplicação das Penas*, Rei dos Livros, 2018.

⁶⁵ *Limite mínimo*: será a pena parcelar mais elevada; *limite máximo*: será a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes (a prisão não pode, contudo, ir além de 25 anos e a multa além de 900 dias). Diversamente do que se vê, por vezes, em sentenças de cúmulo, a moldura penal abstracta atendível não tem por limite superior 25 anos de prisão, mas sim, e como diz a lei, a soma das penas concretamente aplicadas. A pena única conjunta é que não poderá ser superior a 25 anos, só aí funcionando esse limite.

⁶⁶ É aplicável a *pena correspondente à conduta mais grave* das que integram a continuação.

⁶⁷ *Limite mínimo*: será o limite mínimo da pena aplicável ao crime, agravado de 1/3 da sua duração, não podendo exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores; *limite máximo*: manter-se-á inalterado.

particulares de solidariedade social, se concluir que assim se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 48.º);

3 – Se dever ser aplicada pena de multa não superior a 240 dias, pode o tribunal limitar-se a *proferir uma admoestação*, se o dano tiver sido reparado e concluir que assim se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, e, em regra, se nos últimos 3 anos o agente não sofreu qualquer pena (arts. 60.º e 90.º-C).

4 – Se à pessoa colectiva ou entidade equiparada dever ser aplicada pena de multa não superior a 600 dias, pode o tribunal (i) *substituí-la por caução de boa conduta, entre € 1000 e € 1 000 000, pelo prazo de 1 a 5 anos (art. 90.º-D)*; (ii) *limitar-se a determinar vigilância judiciária: o seu acompanhamento por um representante judicial, pelo prazo de 1 a 5 anos, de modo que este proceda à fiscalização da actividade que determinou a condenação (art. 90.º-E)*.

5 – Se o condenado dever cumprir prisão subsidiária da multa não paga, pode a execução da prisão subsidiária ser suspensa, entre 1 a 3 anos, se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, desde que a suspensão seja subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro (art. 49.º, n.º 3).

6 – Se a pena de prisão tiver sido aplicada em medida não superior a 2 anos, (i) *a pena será substituída* por número igual de dias de multa ou por outra pena não privativa da liberdade, salvo se a necessidade de prevenção (geral e especial) exigir a execução da prisão (art. 43.º); (ii) *a prisão efectiva não superior a 2 anos remanescente dos descontos efectuados ao abrigo dos art.ºs 80.º a 82.º*; (iii) *a prisão não superior a 2 anos, em caso de revogação de pena não privativa da liberdade ou de não pagamento de multa do n.º 2 do art. 45.º, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 43.º)*; pode este regime ser subordinado ao cumprimento de regras de conduta nomeadamente as definidas no n.º 4 do mesmo art. 43.º.

7 – Se tiver sido aplicada pena de prisão em medida não superior a 2 anos, o tribunal pode *substituí-la por prestação de trabalho a favor da comunidade*, se concluir que assim se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 58.º).

8 – Se tiver sido aplicada pena de prisão não superior a 3 anos, pode o tribunal *substituí-la por pena de proibição*, por um período de 2 a 5 anos, *do exercício de profissão, função ou actividade, públicas ou privadas*, quando o crime tenha sido cometido pelo arguido no respectivo exercício, sempre que concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (n.º 1 do art. 46.º)

9 – Se tiver sido aplicada pena de prisão em medida não superior a 5 anos, o tribunal pode *suspender a sua execução*, se a mesma realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 50.º).

Na individualização da pena, já se viu, o juiz deve procurar não infringir o princípio constitucional de igualdade, o qual exige que na individualização da pena não se façam distinções arbitrárias. Ora, têm sido notadas, um pouco por toda a Europa, dessintonias significativas nesta matéria, nos tribunais, quer em condições diferentes, quer em idênticas condições de tempo e de lugar. Daí a preocupação generalizada de que foi eco o 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, realizado em 1987, dedicado ao tema "Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções". Na sua sequência, o Conselho da Europa aprovou a *Recomendação n.º R(92)17, DE 92.10.19*, que se ocupa da coerência na aplicação das penas. A anteceder o anexo, em que se especificam diversas recomendações,⁶⁸ são tecidos diversos e relevantes considerandos⁶⁹.

3.

Já falamos na **atenuação especial da pena**, que integra situações de *atenuação modificativa comum ope judicis e não expressamente previstas na lei*. O legislador criou, atento a situações específicas, um esquema que lhes respondesse eficazmente, a necessária *válvula de segurança* para situações particulares.

Na verdade, *circunstâncias modificativas atenuantes comuns expressamente previstas na lei*, como a comissão por omissão, o erro censurável sobre a ilicitude, o excesso de legítima defesa, o estado de necessidade desculpante, o estado de jovem adulto (*ope judicis*), a tentativa, a cumplicidade e o consentimento do ofendido não conhecido do agente (*ope legis*) podem levar à alteração da moldura abstracta da pena.

A Parte Especial do Código prevê casos de atenuação especial.

⁶⁸ É de todo o interesse a leitura dessa recomendação, que está disponível, bem como o Relatório do 8.º Colóquio Criminológico, sobre as disparidades na aplicação das penas: causas e soluções, em SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, *A Coerência na Aplicação das Penas*, Rei dos Livros, 2018.

⁶⁹ (1) Considerando que um dos princípios fundamentais da justiça exige que os casos análogos sejam tratados de maneira análoga. (2) Considerando que há, nos Estados membros uma crescente tomada de consciência de disparidades injustificadas na aplicação das penas, disparidades observadas por vezes a diferentes níveis; (3) Considerando que as disparidades injustificadas e os sentimentos de injustiça podem lançar o descrédito sobre o sistema de justiça penal, (4) Tendo em consideração os artigos 3.º, 5.º e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem bem como o princípio fundamental da independência judiciária; (5) Tendo presente que a decisão do tribunal deve sempre ser fundada nas circunstâncias particulares do caso e na situação pessoal do contraventor; (6) Considerando que a coerência na aplicação das penas não deve conduzir a condenações mais severas; (7) Tendo presentes as conclusões do 8.º Colóquio Criminológico realizado em Estrasburgo em 1987;

Recomendou aos governos dos Estados membros, tendo em consideração os seus princípios constitucionais ou as respectivas tradições jurídicas, em particular a independência dos magistrados, que tomem medidas apropriadas para a promoção dos princípios e das recomendações que figuram no anexo à presente recomendação, para evitar disparidades injustificadas na pronúncia das penas".

Mas pode também ser modificada por ***circunstâncias comuns de especial valor atenuativo não expressamente previstas na lei***, e de que se dão exemplos no art. 72.º do Código. Tais exemplos de *circunstâncias atenuantes de especial valor* destinam-se a fornecer ao juiz critérios de avaliação mais precisos do que aqueles que seriam dados através de uma cláusula geral de avaliação.

Oferecem-se, assim, sem se pretender entravar a necessária liberdade do julgador, princípios reguladores mais sólidos e mais facilmente apreensíveis para que, em concreto, se possa ajuizar quando se deve dar relevo especial à atenuação.

O efeito atenuante especial resulta do facto de ***terem como consequência diminuir essencialmente a ilicitude, a culpa ou a necessidade da pena*** e não do número das circunstâncias atenuantes.⁷⁰

No artigo interessado continuam a enumerar-se como elementos fundamentais na medida da pena a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena (n.º 1, parte final do art. 72.º)⁷¹. Assim, o tribunal atenua especialmente a censura, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, como por exemplo:

- (i) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;
- (ii) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;
- (iii) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;
- (iv) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta;
- (v) Ter o agente menos de 21 anos ao tempo do facto, se houver sérias razões para crer que assim resultam vantagens para a sua reinserção social.

Há que ter sempre em atenção, contudo, que as situações a que se referem as diversas alíneas do n.º 2 do art. 72.º não apontam, por si só, na sua existência objectiva, para um valor atenuativo especial, pressupondo antes que devem ser relacionadas com um

⁷⁰ Cfr. EDUARDO CORREIA, *BMJ*, 149-81.

⁷¹ Não obstante a introdução de uma norma sobre as finalidades da punição (art. 40.º, n.º 1) – protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade).

determinado efeito: a *diminuição acentuada da ilicitude do facto ou da culpa do agente ou a necessidade da pena* (n.º 1).

Assim, se uma circunstância – qualquer que ela seja – diminui *acentuada ou essencialmente* a ilicitude, a culpa ou a necessidade da pena, o juiz pode atribuir-lhe valor atenuante especial. Mas, ao invés, se essa circunstância não provoca uma diminuição então terá apenas valor de atenuante geral. No primeiro caso influirá na *medida abstracta* da pena, nos termos do art. 72.º e para os efeitos do art. 73.º; no segundo, influirá na *medida concreta* da pena, nos termos do art. 71.º.

Não se deve cair na *banalização*, no que à atenuação especial se refere, à semelhança do que sucedera no domínio do Código de 1886 com a atenuação extraordinária prevista no seu art. 94.º.

Este art. 72.º tem, na verdade, um carácter excepcional que resulta, desde logo, da expressão «*por forma acentuada*» usada no seu n.º 1 e também da própria excepcionalidade das situações previstas no n.º 2.

Registe-se, ainda, que só pode ser tomada em conta *uma única vez* a circunstância que, por si mesma ou em conjunto com outras, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial da pena expressamente prevista na lei e à atenuação especial prevista no art. 72.º do Código.

Finalmente, deve ter-se em atenção que aos maiores de 16 e menores de 21 anos são aplicáveis, por força do art. 9.º, normas fixadas em legislação especial, no caso as do DL n.º 401/82, de 23 de Setembro, que prevê no seu art. 4.º que, sendo aplicável ao jovem pena de prisão, deve o juiz atenuar especialmente a pena, quando tiver *sérias razões* para crer que essa atenuação resultam vantagens para a *reinserção social do jovem condenado*.⁷² Esse diploma, em conjugação com o art. 9.º do C. Penal e com o regime penal especial para jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos que prevê dispõe sobre a atenuação especial da pena aos jovens delinquentes, um poder-dever que exige a pronúncia expressa do Tribunal sobre essa possibilidade, sob pena de se verificar a nulidade de omissão de pronúncia invalidante da decisão – art. 379.º, n.ºs 1, al. c), e 2, do CPP⁷³.

⁷² O STJ tem entendido pacificamente que «o poder de atenuar especialmente a pena aos jovens delinquentes é um verdadeiro poder-dever. Ou seja, perante a idade entre 16 e 21 anos do arguido, o tribunal não pode deixar de investigar se e verificam aquelas sérias razões, e se tal acontecer não pode deixar de atenuar especialmente a pena. Não o fazendo, deixa de decidir questão de que devia conhecer e conseqüente de cometer a nulidade de omissão de pronúncia do art. 379.º, n.º 1, al. c), primeira parte, do CPP.» (cfr., v.g., o AcSTJ de 22.11.2007, proc. n.º 1600/07-5).

⁷³ O regime penal especial em causa suscitou alguma controvérsia na jurisprudência, por exemplo quanto à sua caracterização como especial ou geral. Tem o STJ entendido que o instituto previsto no DL n.º 401/82, corresponde a um dos “casos expressamente previstos na lei”, a que alude o n.º 1 do art. 72.º do CP, sendo que a atenuação especial ao abrigo deste regime especial: (i) – não é de aplicação necessária e obrigatória; (ii) – não opera de forma automática, sendo de apreciar casuisticamente; (iii) – é de conhecimento oficioso; (iv) – não constitui uma mera faculdade do juiz, mas antes um poder dever vinculado que o juiz deve (tem de) usar sempre que se verifiquem os respectivos pressupostos, sendo de concessão vinculada; (v) – é de conceder sempre que procedam sérias razões para crer que da

A atenuação especial da pena tem de emergir de um julgamento do caso concreto – impondo-se proceder a uma apreciação conjunta do circunstancialismo factual da prática do crime, das condições pessoais e da personalidade do jovem, bem como da sua conduta anterior e posterior ao facto, – que incuta na convicção do juiz a crença em sérias razões de que, para o arguido, resultam vantagens para a sua reinserção.

Assentes estas noções, importa atentar nos **termos em que opera a atenuação especial**, tendo presente que havendo lugar à atenuação especial da pena **se alteram** obviamente **os respectivos limites**.

Essa alteração diverge consoante as diferentes situações possíveis, que se podem sintetizar no seguinte quadro:

MOLDURA PENAL	TERMOS DA ATENUAÇÃO ESPECIAL
Pena de prisão	– <i>Limite máximo</i> : reduzido de 1/3
Limite mínimo igual ou superior a 3 anos de prisão	– <i>Limite mínimo</i> : reduzido a 1/5
Limite mínimo inferior a 3 anos de prisão	– <i>Limite mínimo</i> : mínimo legal
Limite máximo não superior a 3 anos de prisão	– A prisão pode ser <i>substituída por</i>
Pena de Multa	– <i>Limite mínimo</i> : mínimo legal – <i>Limite máximo</i> : reduzido de 1/3

Na Comissão Revisora do Código Penal (*Acta n.º 8*)⁷⁴ foi frisado que a atenuação especial se coloca no domínio da determinação da moldura penal e nada tem a ver com a pena em concreto, enquanto no n.º 2 a possibilidade de substituição da pena já se faz relativamente à pena determinada em concreto, tendo sido apontado o seguinte funcionamento do sistema:

- (i) – Obtenção da moldura penal especialmente atenuada (n.º 1);
- (ii) – Fixação da pena em concreto; e
- (iii) – Admissibilidade da substituição, nos termos gerais (n.º 2).

atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem condenado, sendo em tais circunstâncias obrigatória e oficiosa; (vi) – não dispensa a ponderação da pertinência ou inconveniência da sua aplicação; (vii) – impõe se justifique a opção ainda que se considere inaplicável o regime, isto é, deve ser fundamentada a não aplicação.

⁷⁴ SIMAS SANTOS e PEDRO FREITAS, *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, 2018, pp. 85 e ss.

Em concreto, pode acontecer que se dê uma **sobreposição de sistemas** por via da aplicação das regras previstas nas als. *a)* e *d)* do n.º 1 do art. 73.º, competindo então ao juiz optar pelo mais adequado.

Deve, porém, distinguir-se a *substituição da pena concreta de prisão por multa*, prevista no art. 43.º, da *substituição da pena abstracta de prisão pela de multa*, a que se refere a al. *d)* do n.º 1 desse mesmo art. 73.º. Neste último caso, a pena resultante da atenuação especial é passível de substituição e suspensão, nos termos gerais (n.º 2 do art. 73.º).

4.

A **dispensa de pena** é um instituto situado no âmbito da censura penal e que se destina a privilegiar especiais situações de criminalidade, consagrando o Código Penal, nessa matéria, duas importantes inovações.

Por um lado, veio permitir que o *tribunal não aplique qualquer pena* quando a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral.

Além disso, consente que nos casos em que não estejam ainda cabalmente realizados aqueles pressupostos *o juiz possa não proferir a sentença, adiando a reapreciação do caso para um momento posterior* (não mais do que 1 ano), na esperança de que a reparação próxima do dano venha a justificar a dispensa da pena.

Com tais medidas espera o nosso Código dotar a administração da justiça penal de um meio idóneo de substituição de curtas penas de prisão ou mesmo de pronúncia de curtas penas que nem a protecção da sociedade nem a recuperação do delinquente parecem seriamente exigir.

De acordo com o art. 74.º do Código, a *dispensa de pena* pode ter lugar quando o crime for punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 6 meses, ainda que com multa até ao mesmo limite, ou só com multa que não ultrapasse também os 120 dias, e dependendo da verificação dos seguintes requisitos:

(i) – *Diminuta ilicitude do facto;*

(ii) – *Diminuta culpa do agente;*

(iii) – *Dano reparado; e*

(iv) – *Conformidade com as razões de prevenção.*

Não se trata de uma medida de clemência: face à pequena gravidade do delito, não se mostra necessária a aplicação de uma censura. Trata-se, pois, de uma sanção especial do Direito Penal, cuja particularidade consiste na *condenação* do réu pelo delito cometido,

sem que se lhe imponha uma pena. Como casos de dispensa de pena podem apontar-se os seguintes: arts. 35.º, n.º 2, 143.º, n.º 3, 148.º, n.º 2, 186.º, 250.º, n.º 6, 286.º, 294.º, 364.º e 374.º-B.

O legislador, usando diversas expressões, refere por vezes não ter lugar a punição. Trata-se de uma situação diversa daqueloutra, já que, acolá, o facto é punível, só que no caso concreto a censura fica dispensada, e aqui nem sequer há lugar à punição. São os chamados **casos de impunidade**, de que há vários exemplos no Código:⁷⁵ arts. 185.º, n.º 3, 226.º, n.º 5, 299.º, n.º 4, 302.º, n.º 3, 364.º e 367.º, n.º 5.

Se tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, o juiz, pode, como se disse, **adiar a sentença** para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo fixará (n.º 2 do art. 74.º). E, por força do n.º 3 do mesmo artigo, quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso **se verificarem os requisitos já referidos**⁷⁶.

5.

A **reincidência** é uma circunstância modificativa comum que altera a medida abstracta da pena, agravando-a. É, de resto, a única circunstância agravante modificativa comum prevista pelo Código, justificando-se a **agravação** dela resultante pelo mais elevado grau de censura de que o delinquente se tornou passível, uma vez que o novo facto demonstra que a anterior ou anteriores condenações não lhe serviram de advertência contra o crime.

O elemento fundamental da reincidência passa a assentar no desrespeito, por parte do delinquente, da solene advertência contida na sentença anterior – logo numa maior culpa referida ao facto – não constituindo, assim, uma reacção contra a perigosidade do delinquente já que esta é prosseguida através da prorrogação da pena.

De acordo com o art. 75.º, é punido como reincidente quem:

- **Comete um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses** – isto é, um crime intencional de alguma gravidade concreta, uma vez que a punição da negligência é sempre excepcional;
- **Por si ou sob qualquer forma de participação** – quer a título de autoria

⁷⁵ Sobre esta questão pode ver-se LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, em anotação ao art. 74.º

⁷⁶ Na Doutrina podem ver-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Justificação, não punibilidade e dispensa de pena na revisão do Código Penal”, *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 53, JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O Instituto da Dispensa da Pena: Algumas Notas”, *RLJ*, 123.º, 196 e *As Consequências Jurídicas do Crime*, 314 e ss e JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Não punibilidade e dispensa de pena: breve contributo para a integração dogmática da não punibilidade à luz de uma perspectiva processual-penal”, *RPCC*, 2005, p. 229.

singular, de co-autoria, de autoria mediata, de instigação ou de cumplicidade;

- ***Tendo sido anteriormente condenado por um crime doloso, cometido há não mais de 5 anos, em pena de prisão efectiva superior a 6 meses*** – ou seja, reiteração dolosa de ilícito criminal, não se exigindo que os crimes praticados sejam da mesma natureza (abandono da distinção entre a reincidência específica e a reincidência genérica ou sucessão de crimes).
A exigência de que a pena anterior seja de prisão efectiva superior a 6 meses parte da consideração de que esta pena é um indicador de uma certa gravidade.
- ***A condenação anterior não tenha constituído suficiente advertência para o crime*** – preenchidos os restantes pressupostos da reincidência, cabe ao juiz determinar se, perante «as circunstâncias do caso», a ou as condenações anteriores não constituíram advertência bastante e desmotivadora para o agente.

A prática da segunda infracção pode não indiciar desrespeito pela condenação anterior, mas antes ficar a dever-se a causas meramente fortuitas ou exclusivamente exógenas. Em tais situações não deve ter lugar a agravação, uma vez que não pode afirmar-se uma maior culpa referida ao facto.

Por esta via (de agravação *ope judicis*) exclui-se do âmbito da reincidência a delinquência pluriocasional.

É de ter presente o preceituado no n.º 4 do citado art. 75.º, ao considerar ***que não obstem à reincidência*** a *prescrição da pena*, a *amnistia*, o *perdão genérico* e o *indulto*.

Ao contrário do que sucedia no domínio do Código de 1886 relativamente às penas maiores, não se prevê agora a punição especial da *segunda reincidência*.

5.1. Efeitos

No âmbito do Código de 1886, a agravação por reincidência abrangia a pena de multa quando a lei estabelecia a sua correspondência com a pena de prisão, defendendo a Doutrina que essa agravação modificativa não se justificava fora dessa correspondência.⁷⁷ Agora, a redacção do art. 75.º, «formulada tão só para penas de prisão com omissão de qualquer referência às de multa e, por outro lado, a análise dos tipos legais de crime puníveis na parte especial com penas mistas – em nenhuma das quais se encontra uma correspondência entre a prisão e a multa, nem se vislumbra qualquer proporcionalidade entre essas componentes da pena (desde logo, a prisão é cominada em anos ou meses e a multa em dias) – afigura-se virem dar cobertura à doutrina que já na vigência do Código de 1886 partia da ideia de ausência de proporcionalidade entre a prisão e a multa, desde a

⁷⁷ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II, 292 e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, 195.

revogação da Lei de 1896, fora dos casos em que a lei estabelecesse expressamente a correspondência para concluir que só nestes casos a agravação da pena de prisão era extensiva à pena de multa».

A ser assim, a agravação do art. 76.º «não abrangerá a pena de multa, sob pena de aplicação extensiva de efeitos agravantes modificativos, à revelia e contra o espírito da lei. Sem esquecer que o automatismo da orientação oposta, eventualmente lesivo da justiça material das soluções – porque susceptível de prejudicar o ajustamento da multa às condições particulares do crime e do seu agente – se traduziria numa rigidez contrária à filosofia do novo Código». ⁷⁸

Segundo a prescrição do art. 76.º do Código, a *pena aplicável* no caso de reincidência será dentro dos seguintes limites:

- *Limite mínimo* – elevado de 1/3;
- *Limite máximo* – inalterado.

De qualquer modo, o *efeito reincidente* nunca poderá conduzir a que a agravação *ultrapasse* a medida da *pena mais grave* aplicada nas condenações anteriores.

6. Concurso de crimes e crime continuado – punição

6.1. Regras da punição do concurso

Quando se dá *acumulação ou concurso de infracções*, ou seja uma pluralidade de infracções cometidas pelo mesmo agente *antes de qualquer delas ter sido objecto de uma sentença transitada em julgado*, o referido agente deve ser condenado **numa só pena**.

É o que estabelece o art. 77.º.

Então, o procedimento a observar será o seguinte:

- **Em primeiro lugar** – devem fixar-se as *penas parcelares* respeitantes a cada um dos crimes em concurso, atendendo às regras do art. 71.º; constituindo o limite mínimo da pena a aplicar a mais elevada das penas concorrentes (n.º 2 do art. 77.º);
- **Em segundo lugar** – somam-se as penas parcelares e obtém-se o *limite máximo da moldura abstracta aplicável*, dentro dos limites absolutos agora expressamente previstos no n.º 2 do falado art. 77.º.

⁷⁸ ROBALO CORDEIRO, *op. cit.*, 245.

Temos, pois, de acordo com este último dispositivo, o limite máximo da pena do concurso será o somatório de todas as penas parcelares concorrentes, sem nunca poder ultrapassar o *limite máximo geral* absoluto que é de 25 anos de prisão e 900 dias de multa, sendo o *limite mínimo* a mais elevada das penas parcelares concretamente aplicadas.

Encontrada, assim, a *moldura abstracta*, a pena única é determinada nos termos da última parte do n.º 1 do referido art. 77.º, ou seja considerando «em conjunto, os factos e a personalidade do agente», assim se respeitando o essencial da pena unitária.

Na verdade, o elemento aglutinador da pena aplicável aos vários crimes é, justamente, a *personalidade do delinquente*, a qual tem, por força das coisas, carácter unitário.

Deve, aqui, ter-se em conta que «o sistema mais adequado para a punição do concurso é o da acumulação, desde que através dele se não ultrapasse o limite legal da espécie da pena considerada».⁷⁹

Já entendeu o Supremo Tribunal que, no nosso sistema de pena única conjunta, o limite mínimo da moldura atendível é constituído pela mais grave das penas parcelares (numa concessão minimalista ao princípio da exasperação ou agravação – a punição do concurso correrá em função da moldura penal prevista para o crime mais grave) mas devendo a pena concreta ser agravada por força da pluralidade de crimes, sem que possa ultrapassar a soma das penas concretamente que seriam de aplicar aos crimes singulares (princípio da acumulação – a fonte essencial de inspiração do cúmulo jurídico em que são determinadas as penas concretas aplicáveis a cada um dos crimes singulares, construindo-se depois uma moldura penal do concurso, dentro do qual é encontrada a pena unitária). Nessa óptica e num esforço para evitar as disparidades injustificadas detectadas naquelas penas, tem vindo a considerar como ponto de partida na determinação dessas penas, a agravação da pena parcelar mais grave com um coeficiente do remanescente das restantes penas parcelares, que se situa em princípio ente um terço e 1 sexto da sua soma total, a precisar em função das circunstâncias do caso e a personalidade do agente.⁸⁰

A doutrina que se vem expendendo vale igualmente para a *pena de multa*.⁸¹

Daí que agora se *acumulem*, entre si, as penas de multa criminal, acrescentando esse cúmulo à pena de prisão se a houver.

Se as penas concretamente aplicadas aos crimes em concurso ***forem umas de prisão e outras de multa***, é aplicável uma *única pena de prisão*, de acordo com os critérios estabelecidos, considerando-se as de multa convertidas em prisão pelo tempo correspondente reduzido a dois terços (cfr. art. 77.º, n.º 3).⁸²

⁷⁹ BMJ 149-100.

⁸⁰ Cfr. v.g., os AcSTJ de 15.3.2007, proc. n.º 633/07-5 de 31.5.2007, proc. n.º 1412//07-5.

⁸¹ Cfr. BMJ 149-104.

⁸² Cfr. o Ac. do STJ de 06/03/2002, Acs STJ X, 1, 220.

Acrescentar-se-á ainda que o preceito do n.º 4 do referido art. 77.º («as penas acessórias e as medidas de segurança são sempre aplicadas ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis»), pode suscitar dúvidas quanto ao problema do *concurso aparente*.

Cuidamos, contudo, que aí se não deve renunciar a uma pena acessória ou a uma medida de segurança ou análoga prevista para o crime cuja pena principal vai ser absorvida por outra mais grave. É que o conceito de concurso aparente e a regra em que se baseia – *ne bis in idem* – só devem valer quanto ao núcleo central da punição, mas não impedem que se renuncie ao fim de política criminal ínsito em qualquer pena acessória ou em medida de segurança ou de qualquer outra natureza.⁸³

6.2. Conhecimento superveniente do concurso

A necessidade de estabelecer regras para o caso de, ***posteriormente à condenação por um crime, surgir o conhecimento de que o réu praticou anteriormente outro ou outros crimes***, ditou o art. 78.º do Código.

Assim, se *após o trânsito em julgado de uma condenação*, «se provar» que o agente do crime a que tal pena respeita ***cometeu anteriormente àquela condenação*** outro ou outros crimes que se encontram, com aquele, numa *relação de concurso* (pressuposto por vezes esquecido na prática), deverá o mesmo agente ser condenado numa *única pena*, determinada segundo as regras de punição do concurso acima enunciadas, sendo que essa pena, na parte já cumprida, é descontada na pena única aplicada ao concurso de crimes.⁸⁴

Esta doutrina, de resto, é aplicável também «no caso de todos os crimes terem sido objecto *separadamente* de condenações transitadas em julgado», como entendia também o STJ.⁸⁵

Para a solução oposta se inclinaram, entre outros, ROBALO CORDEIRO.⁸⁶

⁸³ No âmbito da aplicação das regras legalmente estabelecidas para a punição do concurso de infracções têm surgido diversas questões de algum melindre, como sejam as de saber:

- Como se forma o cúmulo jurídico de penas no caso de aplicação de medidas de clemência (v.g. perdão), em que umas penas delas beneficiam e outras não;
 - Se o agente, julgado por crimes cometidos em concurso vier a ser absolvido de um deles, beneficia ou não de desconto da prisão preventiva que eventualmente haja sofrido por esse mesmo crime de que saiu ileso;
 - Se a remoção da suspensão da execução da pena, ainda que aplicada em decisão transitada em julgado, viola ou não o caso julgado;
 - Se se podem ou não cumular penas suspensas na sua execução com outras que não o estejam.
- As soluções que têm sido dadas a estas questões podem ver-se em SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *Código Penal Anotado*, em anotação ao art. 77.º

⁸⁴ N.º 1 do art. 77.º na redacção dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

⁸⁵ Em conformidade cfr. MAIA GONÇALVES *Código Penal Português*, em anotação ao art. 79.º e LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, também em anotação ao art. 79.º

Por seu turno FIGUEIREDO DIAS, ponderando a hipótese de não ter tido lugar a determinação superveniente da pena do concurso por ser desconhecida a condenação anterior, defendia que, se a nova decisão transitasse em julgado, já não teria aplicação o disposto naquele art. 78.º, a não ser por extensão analógica.⁸⁷

Agora, como se viu, o problema está resolvido na lei, no sentido de que no caso de conhecimento superveniente de concurso deverá ser aplicada ao arguido **uma única pena**.

A *formulação do cúmulo* jurídico por efeito do **conhecimento superveniente do concurso** não pode confundir-se com situações decorrentes de **crimes novos cometidos depois de uma anterior condenação transitada**.

Assim, se, após ter sido *condenado anteriormente* numa pena declarada suspensa na sua execução o arguido vier a cometer *nova infracção*, pela qual sofra condenação, caberá ao juiz competente para a execução, com obediência à regra do contraditório, reapreciar a situação do condenado e decidir-se pela revogação ou não da anterior suspensão da execução da pena.

Se a revogar é óbvio que as penas das duas condenações se mantêm autónomas (não haverá que efectuar qualquer cúmulo) e serão executadas sucessivamente.

Não é para estas situações, pois, que se destina o art. 78.º do Código, tendo-se o STJ mostrado avesso à permissão do chamado cúmulo *por arrastamento*.⁸⁸

Diferentemente se passam as coisas se, **após uma anterior condenação transitada, e antes de a respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta, se vier a provar que anteriormente àquela condenação o agente praticou outro ou outros crimes que, com o crime precedente, formem um concurso de infracções ou relativamente aos quais não se fez o cúmulo das respectivas penas**.

Se tal acontecer só resta ao tribunal competente (o da última condenação) fazer aquilo que deveria ter sido feito e que apenas se não fez porque *se desconhecia* essa anterior condenação, que é a de proceder ao estabelecimento de uma *pena única*, englobando a primitiva e desconhecida condenação e a última. Como temos defendido, são então também englobadas as penas, em concurso, cuja execução está suspensa.⁸⁹

⁸⁶ «Jornadas» (CEJ), 279 e ss.

⁸⁷ *Direito Processual Penal*, 381 e ss..

⁸⁸ Cfr. Acs. do STJ de 98.05.21, proc. n.º 1548/97 e de 02.02.07, Acs STJ X, 1, 202, de 02.01.17, Acs STJ X, 1, 180, de 03.01.23, 4410/02-5.

⁸⁹ Veja-se a propósito o ponto XII do sumário do AcSTJ de 07.10.03, proc. n.º 2576/07-3 «Não é líquida a questão da formação de uma pena única, em caso de conhecimento superveniente do concurso, que pressuponha a revogação de penas suspensas na sua execução aplicadas por decisões condenatórias transitadas em julgado: (i) – uma primeira corrente defende que não é possível a anulação desta pena com o fim de a incluir no cúmulo a efectuar, atendendo a que a pena suspensa é uma pena de substituição, autónoma face à pena de prisão substituída, uma verdadeira pena e não uma forma de execução de uma pena de prisão, tendo a sua execução regulamentação autónoma – cf., na jurisprudência, Acs. do STJ de 02-06-2004, CJSTJ 2004, Tomo 2, pág. 217, de 06-10-2004, 2012/04, e de

É o que flui do n.º 1 do art. 78.º, que constitui, assim, um alargamento do regime instituído pelo art. 77.º.

O n.º 2 do preceito faz uma extensão ainda mais alargada desse regime ao abranger também os casos em que *todos os crimes têm condenações transitadas*.

Discutia-se anteriormente à Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro se uma **pena já cumprida** (ou extinta) aplicada ao arguido no processo antecedente devia ou não entrar no cúmulo que viesse a efectuar-se no caso de conhecimento superveniente de concurso. Uma jurisprudência com apreciável consistência sufragava a ideia de que, cumprida essa pena, não havia jamais que a incluir num futuro cúmulo, por se considerar que só se podem cumular realidades existentes, não se podendo assim fazer cumulação de penas que existem com penas que já não existem.⁹⁰ Contudo, jurisprudência em sentido oposto advogava que, mesmo extintas por cumprimento, sempre seria de incluir essas penas anteriores no cúmulo a efectuar no caso concreto, já que tal inclusão favoreceria o arguido, que não foi culpado dos atrasos do tribunal.

No entanto, aquela Lei que deu nova redacção ao n.º 1 do art. 78.º, enveredando pela última posição, explicitou: «sendo a pena que já tiver sido cumprida descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes».

Mesmo neste último caso, há que proceder, pois, ao *cúmulo* das penas correspondentes a crimes que deviam ter sido objecto de julgamento conjunto, tendo em vista a sua execução unificada, pois que *é una a personalidade do condenado*.

É indiferente que as penas parcelares tenham sido fixadas no processo onde se procede ao cúmulo, ou noutra ou noutros com decisão transitada. Em ambos os casos o tribunal aplicará de novo uma mesma regra de direito, *determinando a pena unitária* que englobe todas as parcelares, jogando nessa fixação com o conjunto dos factos e a personalidade do agente.

20-04-2005, 4742/04, e, na doutrina, Nuno Brandão, em comentário ao acórdão do STJ de 03-07-2003, RPCC, 2005, n.º 1, págs. 117-153; (ii) – a segunda posição, predominante, e à qual se adere, sustenta a faculdade de inclusão de penas suspensas, argumentando-se que a "substituição" deve ser entendida, sempre, como resolutivamente condicionada ao conhecimento superveniente do concurso e que o caso julgado se forma quanto à medida da pena e não quanto à sua execução – cf. Acs. do STJ de 02-12-2004, 4106/04, de 21-04-2005, 1303/05, de 27-04-2005, 897/05, de 05-05-2005, 661/05, de 06-10-2005 [sobre o qual recaiu acórdão do TC (Ac. n.º 3/2006, de 03-01-2006, DR II Série, de 07-02-2006), que decidiu não julgar inconstitucionais as normas dos arts. 77.º, 78.º e 56.º, n.º 1, do C. Penal interpretadas no sentido de que, ocorrendo conhecimento superveniente de uma situação de concurso de infracções, na pena única a fixar pode não ser mantida a suspensão da execução de penas parcelares de prisão, constante de anteriores condenações], e de 09-11-2006, CJSTJ 2006, tomo 3, pág. 226.»

⁹⁰ Cfr., neste sentido, e entre outros, *os Acs. do STJ de 00.02.24, proc. n.º 1202/99-5ª e de 01.04.24, proc. n.º 3413/00-5ª*.

Por identidade de razões, a disciplina prescrita pelo n.º 3 do art. 78.º («As penas acessórias e as medidas de segurança aplicadas na sentença anterior mantêm-se, salvo quando se mostrarem desnecessárias em vista da nova decisão; se forem aplicáveis apenas ao crime que falta apreciar, só são decretadas se ainda forem necessárias em face da decisão anterior») é aplicável aos efeitos não penais da condenação – apreensão e perda de coisas e direitos e indemnização por perdas e danos.

Portanto, e dito resumidamente, o art. 78.º manda aplicar as regras do concurso (art. 77.º) às seguintes situações:

- Penas correspondentes a crimes cometidos antes do trânsito em julgado de uma anterior condenação ainda não totalmente cumprida, prescrita ou extinta;
- Penas correspondentes a diversos crimes cometidos em concurso, objecto de condenações separadas, e ainda que já transitadas, relativamente às quais se não fez ainda o respectivo cúmulo jurídico.

6.3. Punição do crime continuado

O *crime continuado* é punível com a **pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação**, conforme dispõe o n.º 1 do art. 79.º do Código, normativo que supõe o estabelecimento dessa gravidade, por aplicação das regras que permitem determinar a medida abstracta da pena.

Encontrada, assim, a moldura legal, a pena concreta é fixada com respeito pelas regras do art. 71.º do mesmo diploma.

De notar que, com a Lei n.º 59/2007, o art. 79.º passou a dispor de um n.º 2 que estabelece que: «se depois de uma condenação transitada em julgado for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior».

Assim, se se vier a descobrir que outra ou outras condutas mais graves, a englobar na mesma continuação criminosa, tiveram lugar, sem terem sido tidas em conta da determinação da pena, esta poderá ser “redeterminada”, considerando agora aquela ou aquelas condutas mais graves e substituir a primitiva pena única. É agora claro que as condutas da continuação criminosa conhecidas tardiamente ficam impunes se forem menos graves do que a mais grave anteriormente considerada ou, sendo mais graves, levam à aplicação de uma nova pena (mais grave) que substituirá a anterior.

7. Desconto na pena

7.1. Medidas processuais

Com o objectivo de diminuir a injustiça a que pode dar lugar toda a prisão preventiva (usando-se esta expressão no sentido mais amplo, compreendendo a prisão provisória, pois, em rigor, a prisão em flagrante, em virtude de pronúncia ou de sentença recorrível, não é preventiva nem executória),⁹¹ veio o art. 80.º estabelecer que a **detenção**, a **prisão preventiva** e a **obrigação de permanência na habitação** sofridas pelo arguido *são descontadas por inteiro* no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada.

Anteriormente à Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, só eram descontadas a detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação que tivessem tido lugar no processo em que o arguido viesse a ser condenado. No entanto, hoje dispõe a parte final do n.º 1 do art. 80.º que esse desconto tem lugar mesmo que aquelas medidas tenham sido aplicadas em *processo diferente* daquele em que vier a ser condenado, quando o *facto* por que for condenado tenha sido *praticado anteriormente* à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas.⁹²

No caso de pena de multa, o desconto é feito à razão de 1 dia de privação da liberdade por 1 dia de multa.

O tempo de prisão preventiva computável na pena deve ser **contado do dia em que o agente foi preso** em virtude de mandado ou por simples deliberação da polícia.

O possível abuso, em tais casos, pode traduzir prisão ilegal, susceptível de legitimar providência de *habeas corpus* e a responsabilidade de quem a determinar, a qual, entretanto, não é de ser atendida no cômputo da pena para ser descontado o seu tempo.⁹³

⁹¹ ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal Brasileiro*, II, 153.

⁹² Esse aditamento foi explicado no preâmbulo do respectivo anteprojecto: "É considerada, de igual modo, a Recomendação n.º 3-B/2004 (de 04-02-05) do Provedor de Justiça, relativa ao desconto de medidas privativas da liberdade na pena de prisão", disponível em http://www.provedor-jus.pt/restrito/rec_ficheiros/rec3b04.pdf.

Este alargamento do desconto de medidas processuais aplicadas em outro processo já havia sido abordado na 29.ª sessão da Comissão Revisora do Projecto da parte geral do Código Penal pelo CONSELHEIRO OSÓRIO: "Lá que a incidência do preceito se não estenda para fora do processo em relação ao qual foi sofrida a prisão preventiva, compreende-se, porque **então não mais se saberia onde devia parar-se**; mas dentro do mesmo processo parece razoável aplicar-se, mesmo que seja diferente o facto que a determinou e aquele por que o agente vem a ser condenado" (*BMJ 150-36*, sublinhado agora). E parece que esta alteração vem suscitar questões pertinentes quanto aos seus limites e exequibilidade. Uma primeira questão consiste em saber se o desconto da medida processual sofrida noutra processo tem lugar mesmo que continue pendente esse outro processo, ou só se o mesmo já terminou por absolvição ou por aplicação de pena inferior à medida processual a descontar. Perante a redacção do preceito e a sua razão de ser afigura-se que a resposta vai no sentido da primeira alternativa, uma vez que se não sabe como terminará esse mesmo processo, se haverá sequer lugar ao desconto. A segunda, e de maior delicadeza, que se prende com a observação transcrita, consiste em saber se há limite temporal do desconto, ou se ele pode ter lugar a todo tempo, sendo certo que na fase final do processo legislativo foi introduzida a limitação já referida: que o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas.

⁹³ *Ac. do STJ de 01.05.30, proc. n.º 2839/00-3ª.*

O desconto pode ser feito mesmo quando o delinquente sofreu a primeira e outras medidas por facto diferente daquele por que vem a ser condenado, embora dentro do mesmo processo, não havendo razão para distinguir o processo principal dos apensos, se os houver, uma vez que todos são julgados em conjunto.

A pena (que vale para todos os efeitos) é fixada independentemente do desconto da prisão preventiva.⁹⁴

É ao **juiz e só a ele que compete efectuar o desconto** da prisão preventiva, em princípio na própria decisão condenatória.

7.2. Pena anterior

Se a pena imposta por decisão transitada em julgado for posteriormente **substituída por outra**, é descontada nesta a pena anterior, na medida em que já estiver cumprida. E, sendo as penas de diferente natureza, é feito na nova pena o desconto que parecer equitativo (cfr. art. 81.º do Código).

Esta disciplina constitui, no essencial, uma aplicação das disposições do art. 80.º à hipótese prevista no art. 78.º, em que se dá o conhecimento superveniente do concurso com as consequentes fixação de uma pena unitária e desconto da prisão sofrida (preventiva ou não).

É diversificado o campo de aplicação do regime constante do art. 81.º:

- Aplicação de uma outra pena por motivo de revisão de sentença (cfr. art. 463.º, n.º 1, parte final, do CPP);
- Substituição da pena por obra de perdão genérico ou indulto;
- Substituição de uma pena transitada por outra em concurso de infracções (art. 78.º);
- Substituição prevista no art. 59.º, n.º 6, al. a) – no caso de o agente não poder prestar, sem responsabilidade sua, a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade.

7.3. Medida processual ou pena sofrida no estrangeiro

No domínio dos descontos a efectuar na pena, **também é descontada, nos mesmos termos, qualquer medida processual ou pena que o agente tenha sofrido, pelo mesmo ou pelos mesmos factos, no estrangeiro** (cfr. art. 82.º).

⁹⁴ ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal Brasileiro*, II, 153.

Recorda-se que já consta do art. 6.º que por factos praticados fora do território nacional só se aplica a lei penal portuguesa quando o agente não tiver sido julgado no local da prática do facto, ou, tendo-o sido, se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação.

Assim, julgado no estrangeiro, o arguido só ficará sob a alçada da lei portuguesa para cumprir a pena em que foi condenado fora do território nacional se eventualmente a não tiver cumprido ou a tiver cumprido apenas parcialmente.

Neste último caso apenas cumprirá a *parte da condenação em falta*.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/8pr26tn1g/streaming.html?locale=pt>