

■ FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Processo e Decisão Penal

- Textos

Jurisdição Penal e
Processual Penal

Novembro 2019



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

É conhecida a política de publicações do Centro de Estudos Judiciários, que aponta para a maior divulgação possível dos conteúdos produzidos para as acções de formação por si organizadas.

Este e-book é mais um resultado concretizado de tal objectivo.

A área penal é das que mais materiais concebe com utilidade para os juízes e magistrados do Ministério Público (seus directos destinatários) e reflexamente para toda a comunidade jurídica.

No caso dos processos penais, passando pela detenção para interrogatório, pelo papel do juiz de instrução, aos vícios da sentença e do julgamento, terminando num estudo sobre a dosimetria das penas, o e-book faz jus ao nome que lhe foi atribuído: “Processo e Decisão Penal – Textos”.

A “Coleção Formação Contínua” reforça deste modo a componente da jurisdição penal e processual penal.

(ETL)

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Processo e Decisão Penal – Textos

Jurisdição Penal e Processual Penal:

Rui Cardoso – Procurador da República, Coordenador da Jurisdição e Docente do CEJ

Helena Susano – Juíza de Direito e Docente do CEJ*

José Quaresma – Juiz Desembargador e Docente do CEJ

Alexandre Au-Yong Oliveira – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Susana Figueiredo – Procuradora da República e Docente do CEJ

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República e Docente do CEJ

Valter Santos Batista – Procurador da República e Docente do CEJ

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2018/2019:

Temas de Direito Penal e Processual Penal – 8 e 15 de fevereiro e 8 e 15 de março de 2019

([programa](#))

Conceção e organização:

Jurisdição Penal e Processual Penal

Intervenientes:

Filipe Preces – Procurador da República

António Gomes – Juiz de Direito

Raul Cordeiro – Juiz de Direito

Cruz Bucho – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Guimarães

Mouraz Lopes – Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas

Francisco Mota Ribeiro – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto

Manuel José Carilho de Simas Santos – Juiz Conselheiro

Pedro Freitas – Professor na Escola de Direito do Porto, da Universidade Católica

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Coordenadora da Jurisdição até 30/09/2019.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.
[Consult. 12 mar. 2015].
Disponível na
internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf>.
ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –26/11/2019	02/02/2026

Processo e Decisão Penal – Textos

Índice

1. Gestão processual de processos penais	9
Filipe Preces	
António Gomes	
Raul Cordeiro	
2. Do prazo de 48h a que se alude no nº 1, do art.º 28.º, da CRP, e no art.º 141.º, do CPP, e dos limites que o MP deve observar quando ordena a detenção para interrogatório	13
Cruz Bucho	
3. Juiz de instrução/juiz de garantias: dificuldades na identificação de um sujeito processual	17
Mouraz Lopes	
4. Vícios das sentenças e vícios do julgamento	31
Francisco Mota Ribeiro	
I. Nota introdutória	33
II. Vícios de julgamento – vícios substanciais – sentença injusta	38
1. Vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada – al. a) do n.º 2 do artigo 410.º do CPP	39
1.1. Vícios do julgamento, que não vícios subsumíveis à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada	43
2. Vício de contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e decisão – artigo 4100.º, n.º 2, al. b), do CPP	44
3. Erro notório na apreciação da prova – artigo 410.º, n.º 2, al. c), do CPP	49
4. Inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada	52
III. Nulidade da sentença	53
A – Nulidade a que se refere a al. a) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP	55
B – Condenação por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, sem prévio cumprimento do disposto nos artigos 358.º e 359.º do CPP	59
C – Nulidade por omissão de pronúncia ou excesso de pronúncia – al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP	62
5. Dosimetria da pena: fundamentos, critérios e limites	67
Manuel José Carilho de Simas Santos	
Pedro Freitas	
Anexo	107
Estado da Doutrina das Consequências Jurídicas em Portugal (separata do livro “A Coerência na Aplicação das Penas”)*	109
Manuel José Carilho de Simas Santos	
Pedro Freitas	

* Para complementar o texto "Dosimetria da pena: fundamentos, critérios e limites", e com autorização dos seus autores, pela relevância do estudo e pela sua utilidade publica-se também o presente texto, inicialmente publicado em "O Estado da Doutrina das Consequências Jurídicas em Portugal", em separata.

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Gestão processual de processos penais

Filipe Preces

António Gomes

Raul Cordeiro

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. GESTÃO PROCESSUAL DE PROCESSOS PENAIS

Com a Moderação do Juiz de Direito e Docente do CEJ Alexandre Oliveira, no âmbito dos Temas de Direito Penal, organizou-se este debate subordinado à temática da “Gestão processual de processos penais”, contando com a participação de três magistrados envolvidos num julgamento vulgarmente apelidado de “megaprocesso”.

Filipe Preces, Procurador da República

António Gomes, Juiz de Direito

Raul Cordeiro, Juiz de Direito

Filipe Preces, Procurador da República, atualmente em funções de coadjuvação na PGD de Coimbra.

Foi o Procurador titular do “mega-processo” conhecido como “Face oculta”, desde o inquérito até à fase de recurso no Tribunal da Relação do Porto (total de aproximadamente 7 anos).

No debate abordou temas como a problemática da gestão e organização dos autos e como eliminou, na medida do possível, o “ruído” do processo. Descreveu como organizou os apensos dos vários tipos de meios de prova (depoimentos, reconhecimentos, perícias, ficheiros digitais); apensos para buscas e apreensões e apensos de escutas telefónicas com a divisão por alvos. Referiu ainda a necessidade da expurgação de duplicados, nomeadamente de cartas precatórias.

Adiantou sugestões para melhores práticas na indicação dos meios de prova em processos de grande dimensão e como organizar os documentos na criminalidade económico-financeira.

2.º Orador:

António Gomes, Juiz de Instrução (Aveiro)

No debate abordou a importância da categorização “sujeitos”, “factos” e “provas”, em especial, para a organização digital de processos de elevada complexidade como a “Face Oculta”, abordando questões como a correta estruturação e inserção dos dados informáticos para possibilitar o processamento digital do processo, com elevados aumentos de eficiência. Fez a demonstração através de software específico por si desenvolvido, inclusive, no âmbito do mesmo processo.

3.º Orador:

Raul Cordeiro, Juiz de Direito, Juízo Central Criminal de Aveiro

Foi o juiz que presidiu ao julgamento do processo “Face Oculta”.

No debate realçou a dimensão extraordinária do processo, com 36 arguidos (duas sociedades comerciais) e 164 testemunhas de acusação.

Foi o relator do respetivo Acórdão de 1.ª instância (volumes 174-178).

Descreveu as dificuldades com que se deparou, desde logo no agendamento do julgamento.

Em substância, referiu a elevada necessidade de cruzamento entre os meios de prova, por ex. reuniões em agenda, escutas e Relatórios de Diligência Externa.

(AO)

Vídeo da apresentação

<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2fu046zicb/streaming.html?locale=pt>

2. Do prazo de 48h a que se alude no nº 1, do art.º 28.º, da CRP, e no art.º 141.º, do CPP, e dos limites que o MP deve observar quando ordena a detenção para interrogatório

Cruz Bucho



C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. Do prazo de 48h a que se alude no nº 1, do art.º 28.º, da CRP, e no art.º 141.º, do CPP, e dos limites que o MP deve observar quando ordena a detenção para interrogatório

2. DO PRAZO DE 48H A QUE SE ALUDE NO Nº 1, DO ART.º 28.º, DA CRP, E NO ART.º 141.º, DO CPP, E DOS LIMITES QUE O MP DEVE OBSERVAR QUANDO ORDENA A DETENÇÃO PARA INTERROGATÓRIO

Cruz Bucho¹

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2452uwmzam/streaming.html?locale=pt>

¹ Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Guimarães.

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. Juiz de instrução/juiz de garantias: dificuldades na identificação de um sujeito processual

Mouraz Lopes

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. JUIZ DE INSTRUÇÃO/JUIZ DE GARANTIAS: DIFICULDADES NA IDENTIFICAÇÃO DE UM SUJEITO PROCESSUAL*

José Mouraz Lopes¹

I.

É hoje claro, no quadro normativo supra constitucional, constitucional e mesmo legislativo, a afirmação do direito fundamental do cidadão ao acesso a um juiz independente e imparcial, seja quando é por este julgado, seja quando vê, através de decisão sua, restringidos os direitos fundamentais no âmbito do processo penal.

Tal quadro normativo, densificado no espaço europeu através da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), é o modelo que desde 1988 estrutura o sistema processual penal português.

O tempo e a prática vêm sedimentando a afirmação, legislativa, efetuada em 1988 com o CPP, sobre a relevância do juiz de instrução, a sua clara distinção do juiz de julgamento e, naturalmente a total oposição ao juiz instrutor ou investigador que até 1987 era estruturalmente defendido.

Quem não reconhece, hoje, a absoluta relevância do papel do juiz de instrução no desenrolar do procedimento?

A estabilização de um modelo decorrente do seu crescimento, não omite as «dores» que daqui resultam, impondo, por isso, de quando em vez, uma reflexão sobre o que se tem feito e o que deve ser alinhado, de modo a que se densifique o papel do juiz de instrução no procedimento. Da dimensão organizativa do que deverá ser não só um juiz mas, porventura, um tribunal, à dimensão da sua estrutura normativa no processo, várias são as questões a suscitar debate e que já impunham uma discussão alargada sobre o tema.

Propomo-nos nesta sede, apenas, suscitar duas ou três questões que têm provocado «irritações» e que, pela sua relevância importa afrontar, tendo em conta quer os efeitos quer as consequências que podem importar.

Por um lado, uma questão decorrente da afirmação e densificação do princípio da imparcialidade como princípio estruturante da jurisdição e, por outro lado, algumas perplexidades sobre os limites de intervenção do Juiz de instrução, no âmbito da fase de inquérito, nomeadamente em função do modelo acusatório clara e inequivocamente assumido pelo legislador de 1988.

Não sem antes reafirmar alguns dos princípios estruturais do modelo que, por vezes é essencial não perder de vista quando se exercem, na prática, os poderes de Juiz de instrução.

* Intervenção em ação de formação no Centro de Estudos Judiciais, no Porto, em 8 de Março de 2019.

¹ Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas.

II.²

Como é sabido a identificação normativa substanciada na Lei de autorização legislativa n.º 43/86, de 26 de Setembro, que estabelece o sentido e a orientação do Código de Processo Penal de 1988, nomeadamente no seu artigo 2.º, n.º 2, pontos 45), 52) e 63), veio delinear a estrutura e o papel do Juiz de instrução.

É certo que as reformas dos processos penais germânico³ e italiano, precedentes à reforma do processo penal português, são estruturalmente identificáveis, senão coincidentes, com o CPP, nomeadamente a nível do perfil judiciário⁴ consagrado.

Salienta-se que entretanto, outros países enveredaram por modelos processuais semelhantes, ainda que não sobrepostos, assumindo-se sempre um caminho de reforma do acusatório, essencialmente estruturado no papel do juiz como garante dos direitos e liberdades e como julgador e no papel do Ministério Público como titular da ação penal (veja-se o caso da Suíça, com a finalização do processo de unificação do direito processual penal num único documento para todos os cantões, em 2006).

A reconceptualização da figura do Ministério Público, sustentado quase sempre num reforço da sua autonomia perante o poder político e a consequente atribuição da direção e responsabilidade por uma fase investigatória, o papel garantístico do juiz nas fases preliminares e a aquisição judicial das provas para a decisão numa fase oral, contraditória e imediatamente perante um juiz, surgem como três grandes “superestruturas” caracterizadores dos modelos analisados.

Vale a pena atentar mais pormenorizadamente nesta estrutura.

2.1. A recusa do juiz como titular da fase de investigação

Estabeleceu-se que é ao Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, que compete coordenar a investigação da notícia do crime e proceder às determinações inerentes à decisão de acusação ou não acusação. Ou seja, afastou-se o regime processual da fórmula do juiz instrutor, ou do juiz como titular da fase investigatória – e não de uma fase jurisdicionalizada, mesmo que prévia à fase de julgamento – que investigue o crime e proceda à recolha probatória com vista ao apuramento da verdade, a efectuar num julgamento.

² Seguimos, de perto, neste tópico, o nosso trabalho, «A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português», Coimbra, 2005, nomeadamente pp. 22 e seguintes.

³ Pese embora o processo penal alemão resultar de uma lei originária de 1 de Fevereiro de 1877 e que entrou em vigor em 1 de Outubro de 1879 foi modificado até aos nossos dias por mais de 100 leis que o adaptaram às exigências do tempo – cfr. Claus Roxin, in Prólogo ao *Código Penal Alemán (StGB)* e *Código Procesal Penal Alemán (StPO)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 214. As reformas a que se faz referência são essencialmente as efectuadas em 1964 e em 1974 (1.StVRG de 1974).

⁴ A afirmação e a constatação das semelhanças estruturais é, curiosamente, efectuada por um espanhol, Ernesto Pedraz Penalva in *Derecho Procesal Penal I*, Colex, Madrid, 2000, pág. 118.

Nesta dimensão, constatou-se uma antecipação do legislador português a um modelo que veio a ser adoptado por outros, no sentido de atribuir a uma magistratura autónoma a assumpção da responsabilidade, não só do exercício da acção penal, como da investigação⁵.

Como uma das suas consequências, não mais se possibilita ao juiz o comando de actuação perante o Ministério Público⁶.

A assumpção da separação de funções (e de responsabilidades) é agora inequívoca. Assim se consegue concretizar o máximo de acusatoriedade que é sustentado como pilar do processo penal.

É na assumida diferenciação funcional, no processo penal, da actividade do Ministério Público e do Juiz (de julgamento ou de instrução) que reside afinal a *ratio* da estrutura acusatória do processo.

Mudança de papéis, ou «corte na conexão organizativa» entre o MP e o juiz⁷, entidades que no processo penal representam a ordem institucionalizada na sua totalidade, no sentido de que tornam possível a existência das instituições de modo perene, como presença real na experiência dos indivíduos⁸.

É inequívoco que a visão funcional do juiz e do Ministério Público assume uma importância estratégica na visão e no modelo do processo.

Representando não apenas esta ou aquela instituição mas a integração de todas as instituições num mundo dotado de sentido, os papéis atribuídos ao Juiz e ao Ministério Público ajudam a manter essa integração institucional na consciência e na conduta dos membros da sociedade.

A mudança de papéis, assumindo claramente uma diferenciação funcional, significa um fortalecimento do princípio da imparcialidade judicial ao deixar o papel do juiz, por um lado e primordialmente, para a fase de audiência reservando, por outro lado, a sua função na fase investigatória à tutela e garantia dos direitos liberdades e garantias.

⁵ É evidente que o modelo português não era já então um modelo isolado. Recorde-se que a semelhança estrutural entre o CPP e o CPPIT que entrou em vigor em 24 de Outubro de 1989, mas que se sustentava na legge-delegata 16 febbraio 1987 n. 81, que estabeleceu então em 105 directivas os princípios conformadores do que haveria de ser o novo código, são tão evidentes que não é difícil falar numa mesma matriz “genética” originária dos dois diplomas.

⁶ No mesmo sentido em relação ao processo penal germânico, cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 73.

⁷ Cfr. Carlo Guarnieri, Patricia Pederzoli, *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999, pág. 173, onde claramente assumem a defesa da separação organizativa e institucional entre MP e Juiz, ainda que não se deva tratar de uma separação rígida que impeça por completo a passagem de um corpo para o outro, como garantia sobretudo da protecção da imparcialidade do juiz.

⁸ Cfr. Peter L. Berger, Thomas Luckman, *A Construção social da realidade*, Dinalivro, Lisboa, 1999, pág. 85.

2.2. A jurisdicinalização dos actos que tutelam direitos fundamentais

Num segundo esteio estrutural impõe-se que a prática de actos que directamente se prendam com os direitos fundamentais das pessoas devem ser presididos, praticados ou autorizados pelo juiz.

Assumindo o princípio da garantia judiciária, no sentido da absoluta necessidade da intervenção jurisdicional em actos motivados por toda a restrição às liberdades individuais⁹, concretiza-se o imperativo constitucional decorrente do artigo 32.º, n.º 4, parte final, da CRP.

Os direitos fundamentais como posições de valor, exigem a protecção perante todas as formas de poder, social, económico e político, aqui se incluindo claramente o próprio legislador.

A própria extensão ou reafirmação dos direitos fundamentais como projeção de proclamados direitos humanos, antes e acima da lei¹⁰, assume hoje um cariz inequívoco e mesmo exponencial.

Entender as suas restrições e os mecanismos que as sustentam exige, por isso, uma abordagem cada vez mais sensível.

As restrições constitucionais aos direitos fundamentais em matéria de processo penal embora não assumam a natureza de um limite imanente, no sentido de que o âmbito da protecção constitucional exclui em termos absolutos a forma do seu exercício, resultam de uma intervenção normativa dos poderes públicos para salvaguarda de valores constitucionais, expressamente concedida pela própria Constituição¹¹.

Essa delegação constitucional num determinado órgão, também ele constitucionalmente pré-determinado, com capacidade para restringir os direitos atribui-lhe um carácter inequívoco de guardião dos direitos individuais.

Isso significa, como uma das consequências do carácter jurídico-positivo e não meramente programático dos preceitos relativos aos direitos liberdades e garantias, que a prevalência dos direitos fundamentais se afirme, não só ao nível da validade, mas também da aplicabilidade.

⁹ Idêntica assunção foi também estabelecida no CPPit, também aqui por decorrência da Constituição da República Italiana, artigo 13.º, 2 – cfr. Mireille Delmas-Marty, *Procédures Pénale d'Europe*, Puf, Paris, 1995, pág. 291. De igual forma no sistema germânico se atribuiu ao «juiz da investigação» a legitimidade para tomar medidas na fase investigatória cuja competência está legalmente atribuída a um juiz (§ 162 do StPO). Sobre as actividades do «juiz da investigação», o seu âmbito e as suas relações com o Ministério Público, cfr. Claus Roxin, *Derecho...*, cit. págs. 73 e 74.

¹⁰ Assim e neste sentido refere Castanheira Neves in «Entre o legislador, a sociedade e o juiz», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, pág. 5. Cfr. também António de Cabo e Gerardo Pisarello in Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 11.

¹¹ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 228.

Daí que o juiz é realmente a entidade adequada para determinar o sentido dos preceitos.¹² Guardiões dos direitos individuais são os juízes nas sociedades democráticas que encarnam a consciência jurídica da comunidade e constituem a linha última de defesa da liberdade e da dignidade dos cidadãos.¹³

O entendimento do processo penal como procedimento para garantir a realização da justiça e a descoberta da verdade, por um lado e o restabelecimento da paz jurídica posta em causa pelo crime, por outro lado, não pode deixar de sustentar-se sempre na proteção dos direitos fundamentais¹⁴.

Qualquer que seja a sua fase processual. A jurisdicinalização de actos que ponham em causa esses direitos é, assim, inevitável¹⁵.

Também no sistema germânico se consagrou a existência de um juiz com competências reservadas na área da investigação, a serem exercidas sempre a pedido ou do Ministério Público ou do arguido, quando estão em causa a prática de medidas graves, necessárias à investigação, que colidam com direitos fundamentais. **Note-se que o «juiz da investigação» não pode realizar investigações próprias, sendo essencialmente a sua actuação pautada pelo exame da medida requerida em termos de admissibilidade, com base, por exemplo, em juízos de proporcionalidade na restrição de direitos que é pressuposta, mas nunca em termos de utilidade da sua intervenção na investigação.**

Em França, como se referiu, a Lei de 15 de Junho de 2000, que criou a figura legal do «juiz de liberdades» não foi no entanto tão ambiciosa na concretização de um perfil judiciário idêntico¹⁶, pese embora os «pequenos passos» dados com a atribuição da competência para alguns actos restritores de direitos a um juiz autónomo do juiz de instrução – que em França, como se sabe, ainda «domina» a investigação criminal.

Porque jurisdição quer afinal dizer garantia: antes de mais garantia da posição de independência e imparcialidade do órgão investido da função de julgar.

Ora só o juiz está em condições de oferecer estatutariamente essa garantia na arquitectura processual estabelecida.

¹² Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, cit. pág. 257.

¹³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos...* cit. pág. 339.

¹⁴ Foi essa aliás a finalidade subjacente ao pensamento do legislador de 1987-cfr. Figueiredo Dias e Alberto Martins, Debate Parlamentar sobre a revisão do CPP, *DAR*, I Série, n.º 71 de 21-5-98, pág. 2450

¹⁵ No que respeita ao sistema germânico, cfr. Claus Roxin, *Derecho...*, cit. pág. 73. Sobre as várias medidas que no StPO são da competência do juiz de investigação, cfr. ob. cit. pág. 74.

¹⁶ Cfr. neste sentido Marcel Lemonde, «Le juge des libertés et de la détention: une réelle avancée», *Revue de Science Criminelle*, Jan. Mars. 2001 pág. 51.

2.3. A diferenciação entre o juiz da instrução e o juiz de julgamento

Num terceiro «pilar» estruturante é clara, também, a diferenciação entre o juiz competente para a facultativa fase de instrução bem como o juiz que deverá exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito¹⁷ e o juiz que for incumbido do julgamento.

Exige-se para além disso a diferenciação na assunção de papéis diversos “no interior” do mesmo processo.

Trata-se aqui da institucionalização da isenção absoluta do juiz como obrigação para um parecer objectivo e imparcial que neutralizará as relações do juiz julgador com o procedimento¹⁸. Nomeadamente com as suas intervenções ocasionadas pela necessária intervenção jurisdicional nas fases preliminares do processo.

Para a validade do próprio procedimento, ou como condição da sua legitimação, cada procedimento tem de principiar sob condição prévia de qualquer coisa poder vir a ser outra coisa¹⁹.

Torna-se essencial, por isso, criar condições para que esse “tables turning” possa acontecer sem margem para quaisquer dúvidas ou equívocos.

Se a atribuição da titularidade da fase investigatória a uma magistratura diferenciada é uma das estruturas do novo processo, a compatibilização constitucional do modelo fica assim garantida pela concretização de uma fase intermédia, da responsabilidade de um juiz. Mas não por aquele juiz que, a final, irá proceder ao julgamento.

A diferenciação entre o juiz que preside àquela fase e que, por isso, profere decisão de enviar a julgamento, ou não, qualquer cidadão, e o juiz que vai efectuar esse julgamento constitui o denominador mínimo do princípio da acusação, ou seja a distinção material (e não apenas formal) entre o órgão que realiza a instrução e o órgão que julga.

É, ainda, a diferenciação como fonte de legitimação do julgador que importa reter.

¹⁷ Não pode ser outra a interpretação da opção do legislador do CPP ao estabelecer a competência do juiz de instrução no artigo 17.º no sentido de «proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito».

¹⁸ Cfr. Niklas Luhman, *Legitimação...*, citado, pág. 57, a propósito da diferenciação do papel do juiz no procedimento, mas em função de outros intervenientes.

¹⁹ É absolutamente impressivo Luhman , quando refere que «a sentença não pode já ser tão facilmente obtida a partir de preconceitos. No lugar de preconceitos têm de entrar pré-conceitos, no sentido de ideias pré-concebidas ou decisões legais que já não estabelecem o caso isolado e deixam em suspenso sobretudo a questão da verdade da afirmação dos factos», cfr. *Legitimação...*, cit. pág. 58.

III

Efectuado o percurso de conhecimento do modelo e da estrutura de um juiz de garantias, importa regressar à essência da intervenção.

Vale a pena sublinhar o valor que assume hoje a tutela da imparcialidade, integrada na acepção de processo justo.

Trata-se de assegurar uma rede normativa de garantias, identificada processualmente com o regime das incompatibilidades, dos impedimentos, das recusas e das escusas do juiz no processo.

O que se pretende é tão só:

- a) Garantir um juiz idóneo que assume a posição de terceiro perante as partes processuais;
- b) Garantir que uma parte pública exerce a acusação segundo um agir leal e segundo critérios de estrita objectividade;
- c) Garantir que uma parte privada não condicionada no exercício dos seus direitos fundamentais possa contrapor, sobre um plano de paridade à acusação as suas razões defensivas;
- d) Garantir um mecanismo de prova efectuado com publicidade para um controlo social da decisão;
- e) Garantir um sistema que recuse considerar o arguido culpado antes que a sua responsabilidade seja legalmente determinada²⁰.

Porque a valoração do conteúdo da hipótese da acusação assume cambiantes diversificados importa atentar especificamente no leque de intervenções efectuado pelo juiz de instrução no decurso das fases preliminares do processo.

É esse leque variado de intervenções que possibilita a medição do grau de imersão do juiz no âmbito do objecto do processo, assim se identificando o âmbito do pré-juízo que põe em causa a imparcialidade do julgador.

A intervenção jurisdicional sucessiva, no mesmo processo, em diferentes fases processuais deve por isso ser estanque, garantindo assim a ausência de fontes de pré-juízos que possam condicionar a intervenção jurisdicional.

²⁰ Assim A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 3.^a ed. Cedam, Padova, 2000, pág. 101.

Neste âmbito importa abordar a questão do juiz de instrução e do juiz que intervém em sucessivos actos instrutórios no inquérito

No domínio dos impedimentos, o artigo 40.º do CPP apenas conforma como causa objectiva e taxativa de impedimento do juiz de julgamento a situação do juiz que preside ao debate instrutório. Trata-se, neste acto, da finalização da fase processual onde o juiz, por via da proferição de uma pronúncia, conforma e corrobora a formação de um juízo sobre a participação do arguido no facto punível, tornando consistente a hipótese de uma acusação formulada, validando-a.

Naturalmente que este será um acto inequívoco que sustentará e fundamentará a fonte do *prejudicium* capaz de temer pela manutenção da imparcialidade do juiz julgador. A taxatividade desta cláusula não comporta, só por si, a validação de qualquer outra intervenção do juiz de instrução que permita a sua intervenção em julgamento. As intervenções que possam ocorrer na instrução, fora desta cláusula, podem despoletar o funcionamento do mecanismo de recusa e escusa a que se alude no artigo 41.º, desde que verificados os requisitos aí referidos.

Questão a suscitar alguma reflexão comporta a situação do juiz de instrução que durante o inquérito praticou outros actos jurisdicionais e, sequencialmente, realiza a instrução.

Não há, à partida, qualquer situação de impedimento do juiz que vai realizar a instrução e concretamente, preside ao debate instrutório e elabora o despacho subsequente, por via de ter participado, como juiz de instrução nos vários actos tipificados no CPP ou em leis avulsas e que tenham ocorrido no mesmo processo. Deve recordar-se que o juízo a emitir na finalização do debate instrutório é ainda um juízo sobre indicação, sobreposto ao juízo que sustenta a acusação. Ou seja o juiz de instrução, na pronúncia, emite exactamente o mesmo juízo de indicação suficiente de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, em função das provas que analisou. Ou não.

Questão que não pode ser escamoteada é, no entanto, a situação de um juiz de instrução que tenha intervindo plúrimas vezes no inquérito, procedendo a autorização ou validação de actos ou meios de obtenção de prova ou mesmo participando deles, e por isso não tenha já, por via dessas plúrimas tomadas de posição durante o íter processual sedimentado um conhecimento aprofundado sobre a factualidade em causa. Trata-se de uma situação que difficilmente não leve a que o juiz tenha formado já pré compreensões sobre o objecto do processo e de quem neles está envolvido, que ponham, por isso, em causa o papel que deve ter no debate instrutório e na decisão que daí terá ser tomada.

Ainda que seja uma decisão sustentada em indícios, no debate instrutório está em causa apurar se resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão a julgamento. Sendo o mesmo juízo indiciador que sustenta a proferição de acusação, sobretudo nos casos em que a instrução se sustenta numa «discordância relativamente à acusação», pode, em concreto e em algumas circunstâncias tornar-se insustentável, à luz do papel de terceiro imparcial que se espera, também, nesta fase, do juiz,

em função do requerimento de abertura de instrução, ainda que sempre sobre a forma de juiz de garantias. Recorde-se que para a validade do próprio procedimento, ou como condição da sua legitimidade, cada procedimento tem de principiar sob condição prévia de qualquer coisa poder vir a ser outra coisa. É isso que provavelmente se espera sobre quem vai avaliar e validar ou não uma acusação.

Por estas razões, não se tratando de causa de impedimento poderá, nestas circunstâncias, funcionar o mecanismo da recusa ou escusa, nomeadamente o artigo 43.º, n.º 2.

Uma segunda questão prende-se com os limites de actuação do Juiz de instrução no inquérito, nomeadamente com a fronteira entre o momento e as condições em que intervém, concretamente em actos que não são da sua competência específica.

Os artigos 268.º e 269.º do CPP, são expressos no que respeita à intervenção concreta do juiz de instrução no inquérito.

Naturalmente que a cláusula do artigo 268.º, n.º 1, alínea f), permite outras intervenções, ainda que diferenciadas na sua estrutura densificadora. Veja-se a constituição de assistente ou, num sentido inverso, onde se pede uma intervenção mais «musculada», a intervenção do juiz no âmbito das acções encobertas, quer no domínio da investigação criminal, quer na prevenção criminal.

A intervenção do Juiz de instrução, na fase de inquérito, nos vários actos concretos referidos, todos eles com matizes diferenciadoras em função do que, em concreto, está em causa, está condicionado a esse acto em concreto.

Deve referir-se que estas intervenções do juiz são sempre intervenções sobre impulso do titular do inquérito e não *ex officio*²¹.

Ou seja ainda que o juiz tenha que conhecer o inquérito (sob pena de não o conhecendo, ter apenas um papel tabeliônico), tal exigência de conhecimento não o torna responsável pelo decurso do mesmo. Como também não é (nem nunca foi assumido pelo legislador como isso) o Juiz de instrução um tipo de instância de recurso dos actos decisórios da investigação criminal proferidos no âmbito das exclusivas competência do Mº Pº nos termos dos artigos 262.º, n.º 1 e 267.º, ambos do CPP.

Recorde-se que na revisão do CPP de 1988 expressamente se afastou uma proposta que, na versão original de tal projecto de revisão, a Comissão que o elaborou atribuía ao JIC a competência para “*decidir por despacho irrecorrível, as questões relativas ao reconhecimento efectivo de direitos processuais do arguido ou do assistente que se suscitarem no decurso do inquérito*”.

²¹ Também assim no direito alemão. Neste sentido, para o sistema português, Paulo Dá Mesquita, *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 181 e Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 2017, p. 81

O respeito, escrupuloso, pelo princípio do acusatório impedia exatamente que as funções e competências (diferenciadas) atribuídas ao Ministério Público, como titular de uma fase processual, não fossem postos em causa, fora dos mecanismos de controlo estabelecidos no Código, por um outro sujeito processual, nomeadamente que pudesse sindicar os seus poderes atribuídos como titular de uma fase processual, nomeadamente investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação – cf. artigos 262.º, 277.º e 283.º do CPP.

O juiz de instrução não é um juiz averiguador ou controlador da actividade investigatória do Ministério Público.

Assumida esta perspectiva importa dela retirar consequências quando se pretende fazer valer um **irrestrito** papel de garante de direitos liberdades e garantias do juiz de instrução, nomeadamente para fora do âmbito da intervenção requerida para a sua intervenção em actos concretos, especificados e eles próprios concretamente identificados no CPP e na Lei.

Nomeadamente, não permitir a admissibilidade de questionar a oportunidade de intervenção do Ministério Público no decurso do inquérito ou a possibilidade de invalidar actos praticados e jurisdicionalmente validados noutras processos e que tenham sido «emprestados» para o inquérito onde se intervém, a pedido mas para um outro acto.

Só esta perspectiva parece compatibilizar-se com o modelo de juiz de instrução adequado ao princípio do acusatório, nomeadamente a sua relação nas fases preliminares do processo penal, onde, nas palavras de Dá Mesquita²², se exige a separação do órgão investigado «que formula a imputação do órgão que decide a limitação dos direitos fundamentais».

²² Ob. cit. p. 186.

Vídeo da apresentação

<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2fu046zgpt/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4. Vícios das sentenças e vícios do julgamento

Francisco Mota Ribeiro

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. VÍCIOS DAS SENTENÇAS E VÍCIOS DO JULGAMENTO

Francisco Mota Ribeiro¹

I. Nota introdutória

II. Vícios de julgamento – vícios substanciais – sentença injusta

1. Vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada – al. a) do n.º 2 do artigo 410.º do CPP

1.1. Vícios do julgamento, que não vícios subsumíveis à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

2. Vício de contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e decisão – artigo 4100.º, n.º 2, al. b), do CPP

3. Erro notório na apreciação da prova – artigo 410.º, n.º 2, al. c), do CPP

4. Inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada

III. Nulidade da sentença

A – Nulidade a que se refere a al. a) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP

B – Condenação por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, sem prévio cumprimento do disposto nos artigos 358.º e 359.º do CPP

C – Nulidade por omissão de pronúncia ou excesso de pronúncia – al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP

Vídeo

I. Nota introdutória

Num texto intitulado “narrativas processuais”, publicado na *Julgar*², Michele Taruffo refere uma citação de Samuel Coleridge, feita por Jorge Luís Borges na primeira das suas *Siete Noches* (Comentário à Divina Comédia de Dante), quando afirma que uma condição necessária para ler poemas é “a suspensão da incredulidade”. Suspensão sem a qual não será possível captar, entender e desfrutar fantasias, metáforas, ambiguidades, sentimentos, emoções e todas as qualidades típicas da poesia, assim como de qualquer outro meio ou forma de expressão artística, seja a pintura, a música, a escultura, um romance ou mesmo qualquer tipo de experiência estética. Porque para as podermos apreciar “não devemos indagar se elas representam o que quer que seja: É melhor suspender a incredulidade e gozar as formas expressadas” nessas obras. Concluindo o mesmo autor que a distinção entre atitude crédula e incrédula corresponde à distinção entre fantasia e convencimento. Na primeira, a suspensão da incredulidade é condição necessária da experiência humana; na segunda, por estarem nomeadamente em causa crenças verdadeiras sobre acontecimentos do mundo humano e material, é mais racional adotar uma atitude céтика e incrédula, mesmo que esta possa ser menos fascinante.

A essa postura céтика e incrédula, vista assim em contraponto à credulidade necessária à contemplação e fruição da obra de arte, gostaríamos agora de acrescentar o despojamento do preconceito. Preconceito enquanto ideia ou conceito formado antecipadamente, sem informações adequadas ou sem um processo prévio, sério, imparcial e, por isso, válido de determinação da verdade.

¹ Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto.

² *Julgar*, nº 13, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 111 e ss.

Hannah Arendt³ referia-se aos preconceitos (com o sentido acabado de referir), como algo sem o qual nenhuma pessoa poderia viver no seu dia a dia. Não só porque ninguém teria suficiente inteligência e discernimento para conseguir julgar todos os factos que ao longo da sua vida exigissem um julgamento, mas também porque uma tal ausência de preconceitos exigiria uma vigilância sobre-humana. Mas acrescenta a mesma autora que uma tal justificação do preconceito no seio da vida quotidiana (social) tem os seus limites. Só é válida para os preconceitos autênticos, ou seja, aqueles que não pretendam ser ou assumir-se como julgamentos. Referindo-se normalmente a um “diz-se”, “pensa-se”, e porque desprovidos de experiência pessoal, do interior da qual se pudesse extrair a sua prova, não necessitam desta, nem de qualquer esforço para convencer os outros. Mas essa imprescindibilidade do preconceito no nosso dia a dia está obviamente referida a ideias ou juízos que, não tendo um fundamento lógico, criticamente sério e imparcial, também não assumem relevância ética ou representam qualquer prejuízo relativamente ao outro. Não abrangendo, portanto, o campo daqueles que pudessem traduzir-se em comportamentos hostis ou discriminatórios relativamente a uma pessoa ou um grupo de pessoas, em função da sua etnia, sexo, identidade de género, orientação sexual, religião, idade, nacionalidade, classe social, deficiência, etc.. Preconceitos estes que, usando novamente as palavras de Michele Taruffo – citando Shauer –, sendo embora convencimentos injustificados sobre pessoas e apesar de estarem normalmente assentes em generalizações estatísticas sem qualquer fundamento, a verdade é que são particularmente perigosos: porque o senso comum está repleto deles; e porque levam à construção de narrativas eficazes, especialmente coerentes e credíveis, sobretudo para aqueles que partilham os mesmos preconceitos.⁴

Em qualquer caso, não é demais sublinhar a importância da distinção essencial entre preconceito e julgamento: neste, além do esforço de conhecimento por métodos processualmente válidos, impõe-se o dever de consideração dos pontos de vista possíveis do outro, assim como a necessidade de o convencer. E para tal, para convencer o outro, devemos, previamente às narrativas para tal usadas, assumir a incredulidade que deve caracterizar a nossa aproximação à realidade, “à normal experiência quotidiana”, enquanto necessária “postura crítica dirigida a evitar que formemos ou compartilhemos crenças falsas”⁵.

Ora, este objetivo de convencer o outro, os sujeitos processuais e a comunidade, essa comunidade idealmente espelhada nos valores da Constituição da República, perante a qual se deverá lograr a legitimação das decisões dos tribunais (precisamente por via da sua fundamentação), melhor será alcançado se um tal convencimento partir e assentar em narrativas estrita e exclusivamente jurídicas, dogmática e jurisprudencialmente fundadas, através de procedimentos jurídico-processualmente válidos – de acordo com os princípios que regem o processo equitativo.

Não querendo nós com isto significar a impossibilidade de o juiz invocar no processo de convencimento para a sua decisão textos ou excertos de textos não jurídicos, designadamente poéticos ou literários, que se afigurem pertinentes, pois no exercício do seu dever de

³ *Qu'est-ce que la politique?*, Editions du Seuil, 2014, p. 177.

⁴ Michele Taruffo, *Idem* p. 138 e 139.

⁵ *Ibidem*

fundamentação o juiz tem de ser livre. Mas no exercício dessa liberdade não poderá deixar de se pesar o risco de a “postura cética e incrédula”, imprescindível ao processo de decisão, poder ser substituída ou perturbada, ainda que apenas aos olhos dos respetivos destinatários, por uma outra, ainda que aparente, de pura credulidade, vista como portadora de “ideias falsas”, que sendo própria, necessária, e por isso tolerável, no âmbito da criação, contemplação e fruição da obra de arte, pelas razões acima referidas, é aconselhável que, por regra, fique arredada dos processos de fundamentação das decisões judiciais. A liberdade de fundamentação, citando o Professor Castanheira Neves, em pensamento dirigido ao princípio da livre apreciação da prova, terá de ser sempre uma liberdade para a objetividade⁶. E uma liberdade exercida dentro de parâmetros definidos em função de valores atualmente vigentes. A historicidade do direito, o seu “continuo constituendo”, mais uma vez socorrendo-nos de conceitos caros àquele Ilustre Professor, fazem com que a problemática concretização do direito não prescinda da permanente indagação dos valores que o fundamentam, mas uma indagação levada a cabo sob a luz da nossa contemporaneidade ou, se preferirmos, nessa indagação, assim como na interpretação a ser dada à lei, deve o juiz ter em conta as condições específicas do tempo em que essa lei é aplicada – artigo 9.º, n.º 1, do CC – e sobretudo a relação de correspondência que deve haver, nessa indagação, com os valores da Constituição.

No decurso da audiência de julgamento, e mais ainda na elaboração da respetiva sentença, no momento da apreciação da relevância jurídica de factos suscetíveis de poderem traduzir maus-tratos ou ofensa à integridade física de um menor, por parte de um progenitor, seria problemática a afirmação pelo juiz de que bofetadas como aquelas ali em causa também ele as havia levado no seu tempo, e não lhe fizeram mal nenhum, ignorando não ser essa “a crença verdadeira” hoje em dia partilhada quanto aos castigos corporais e à violência exercida sobre crianças, pois à luz dos valores do direito atual, os mesmos são intoleráveis, se verificados fora do âmbito de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Assim como seria problemática a invocação, na fundamentação da decisão de facto, do silêncio do arguido, quando da mesma se pudesse retirar uma qualquer ilação (ainda que extraprocessual) violadora do princípio *nemo tenetur*, ou direito à não auto-inculpação, cuja máxima garantia é dada precisamente pelo exercício e pelo respeito desse direito ao silêncio (sendo que o artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais é claro ao dizer que “os magistrados julgam apenas segundo a Constituição e a lei e que o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas).

Assumindo agora algumas considerações de índole mais prática, relacionadas com o processo de decisão judicial, e entrando mais diretamente no tema proposto, gostaríamos de começar por deixar como primeira nota o facto de a sentença ser o culminar de um processo de afirmação do Estado de Direito Democrático, cujo postulado resulta do artigo 2.º, da CRP, por através dela se visar a resolução de um caso/problema jurídico, em tempo razoável, fundamentadamente, e de forma justa.

Antes de entrarmos nos vícios de que possa enfermar a sentença penal, fixemos os termos essenciais, que constam dos artigos 374.º a 376.º do CPP, preceitos normativos que

⁶ Sumários de Processo Criminal, Coimbra, 1968, p. 50.

claramente apontam no sentido da boa economia da sua elaboração: não deixando de ser completa, deverá, se possível, ser concisa, clara, sem deixar de abordar na sua plenitude todas as questões concretamente suscitadas, ou que oficiosamente se deva conhecer. Não cumprindo um tal desiderato uma sentença que seja prolixia ou que contenha considerações abstratas desnecessárias para a solução justa do caso concreto e dos problemas nele postos. No texto da decisão, além de se dever procurar alcançar uma relação comunicacional clara, sem ambiguidades, imprecisões ou obscuridades, com os seus mais diretos destinatários, os sujeitos processuais envolvidos no processo, deverá também procurar obter-se, ainda que num campo ideal ou hipotético, o convencimento da comunidade ou “do povo”, em nome do qual, constitucionalmente, devem os tribunais julgar, sobre a justeza do decidido, procurando assim alcançar-se a tal legitimidade externa da decisão, a partir da sua fundamentação, de que tanto se vem falando.

Podendo mesmo aludir-se a uma certa dimensão estética da própria decisão, na sobriedade, na linguagem, no discurso e na forma de a comunicar, que a tornem aceitável, e em certa medida agradável, para quem a ouça ou possa ler, ainda que dela discorde.

Citando o Professor Alberto dos Reis, “Um magistrado que consegue ser conciso sem preterir nenhum dos aspetos essenciais da questão controvertida, tem vantagem enorme sobre o juiz prolixo e excessivamente meticoloso, que se deixa enredar em considerações fúteis e acidentais, sem influência alguma sobre o bom julgamento da causa”⁷.

Isto implica o cuidado rigoroso, próprio da técnica judiciária de aplicação do direito ao caso concreto, de procurar a palavra exata, o conceito rigorosamente apropriado, o juízo fático-conclusivo necessário, juridicamente sustentável, que possa encontrar legitimação na totalidade do sistema jurídico, abrangendo-se a ponderação de todos os factos relevantes assim como as soluções juridicamente plausíveis face a eles.

Neste contexto, será fundamental o cuidado a ter na heurística da reconstituição histórica dos factos, a correta motivação da decisão quanto a estes, baseada no exame crítico objetivo dos meios de prova validamente obtidos, resistindo a considerações que não sejam legitimantes da decisão, como processos de avaliação e decisão excessivamente emotivos, ou com motivações extraprocessuais, ou de pendor marcadamente pessoal, subjetivo, ou que possa ser entendido como preconceituoso e, por isso, afastado do dever de objetividade que a função judicial impõe, isto é, num sentido em que a solução idealmente a obter pudesse ser aquela que na rigorosa avaliação dos factos e do direito a eles aplicável comungasse da máxima aceitação possível daquela comunidade ideal que se espelha nos valores plasmados na Constituição.

Ora, no âmbito da fundamentação da sentença são escrutináveis alguns problemas, como por exemplo:

- A transcrição desnecessária de depoimentos ou de excertos de depoimentos, muitas vezes em detrimento de um, ainda que sucinto, exame crítico da prova,

⁷ *Código de Processo Civil anotado*, Volume V, Reimpressão, Coimbra Editora, LIM., Coimbra, 1984, p. 8.

designadamente com falta ou insuficiência de explicitação da razão de ciência das testemunhas e da credibilidade dos seus depoimentos – neste particular a importância das notas incisivas sobre os sinais do seu comportamento, que possam ser denotativos dessa credibilidade ou da falta dela. Podendo em certos casos ser úteis breves apontamentos sobre contradições, incongruências, inflexões, hesitações, e outros sinais revelados no interrogatório e sobretudo no contra-interrogatório da testemunha ou declarante, assim como na acareação, e a sua plausível razão ou justificação, assim como a sua objetiva incongruência com outros meios de prova produzidos.

- A transcrição, muitas vezes extensa, dos relatórios sociais, olvidando-se que os mesmos são apenas, e só, “informação sobre a inserção familiar e socioprofissional do arguido, e, eventualmente, da vítima, elaborada pelos serviços de reinserção social, com o objetivo de auxiliar o tribunal ou o juiz no conhecimento da personalidade do arguido, para os efeitos e nos casos previstos na lei”, em harmonia com o que dispõe o artigo 1.º, al. h), do CPP, e nomeadamente tendo em vista a “correta determinação” da sanção a aplicar – artigo 374.º, n.º 1, do CPP.
- As considerações de carácter dogmático acerca do bem jurídico, assim como sobre a natureza do crime, tecidas em abstrato, com inegável proficiência, mas deixando-se por tratar ou expor as razões por que foi naquele caso concreto considerado preenchido aquele tipo de crime, ou, no âmbito da escolha e determinação da pena a aplicar, as questões essenciais nele objetivamente descortináveis, como por exemplo a dispensa ou não de pena por existência de lesões recíprocas, ou de retorsão, no crime de ofensa à integridade física simples (artigo 143.º, n.º 3, do CP) ou a referência aos factos concretos e à concreta relevância que os mesmos possam ter no caso para a determinação da medida da pena, desde logo para a definição do grau de culpa e de ilicitude, assim como das demais circunstâncias a que alude o artigo 71.º, n.º 2, do CP. As mesmas considerações valendo para a aplicação ou não, no caso concreto, da pena de multa, enquanto sanção alternativa à pena de prisão, ou de uma qualquer pena de substituição desta, nomeadamente a verificação positiva ou negativa, no caso concreto, dos respetivos pressupostos fáctico-jurídicos.
- Ao nível das necessidades de prevenção geral a aferição é também feita, muitas vezes, por mera consideração, em abstrato, do tipo de ilícito em causa (por referências tópicas como “dada a natureza do crime praticado” ou “o crime de roubo é para a comunidade motivo de”, mas sem ter em conta, na determinação concreta dessas necessidades, por exemplo, o grau de ilicitude do facto concretamente cometido, o modo e os motivos que determinaram a sua prática, ou a concreta perigosidade nele revelada pelo agente e a expressão que estes possam ter na aferição das necessidades de prevenção que o caso concretamente reclame.

Reportando-nos agora diretamente aos vícios da sentença legalmente previstos, a classificação dos mesmos pode reconduzir-se desde logo a duas grandes categorias:

1. Vícios substanciais – aqueles respeitantes ao conteúdo da sentença; traduzem erros de julgamento, a partir dos quais se conclui que o juiz julgou ou decidiu mal; são erros que interferem com a justiça da decisão; o juiz errou ao julgar os factos ou ao determinar o direito a eles aplicável – que o Prof. Alberto dos Reis também considerava *vícios da sentença encarada como julgamento*⁸; e

2. Vícios formais – os respeitantes à forma: inexistência; nulidade; irregularidade.

II. Vícios de julgamento – vícios substanciais – sentença injusta

A – Vícios substanciais – artigo 410.º, n.º 2, al. a), b) e c):

1. Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;
2. Contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão;
3. Erro notório na apreciação da prova;

Pressuposto comum à verificação de tais vícios é que os mesmos resultem do próprio texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum – n.º 2 do artigo 410.º do CPP.

Ao determinar-se que tais vícios fossem cognoscíveis com base no texto da decisão, adotou-se uma solução de recurso-remédio e não de reexame da causa. Este último, numa tese inicialmente defendida, permitiria uma maior amplitude do recurso, pela também possibilidade de análise da prova registada, mas uma tal solução poria em causa o princípio da imediação com que havia sido apreciada a prova na primeira instância, princípio cujo cumprimento seria de muito difícil alcance pelo tribunal de recurso. Daí a solução intermédia, chamada de revista alargada.

Tal sindicância não deixa de ser, em bom rigor, uma atividade puramente jurídica, pois baseará apenas no texto da decisão recorrida e não em qualquer prova que exista fora dele, seja ela documental ou outra⁹. Pese embora a correção dos vícios seja já uma decisão que irá ter implicações na matéria de facto provada ou não provada – artigo 426.º, n.ºs 1 e 2, do CPP¹⁰.

O dever de conhecimento oficioso, resulta desde logo do Ac. de Fixação de Jurisprudência n.º 7/95, de 19/10/1995, ao estabelecer que é oficioso, pelo tribunal de recurso, o conhecimento dos vícios indicados no artigo 410.º, n.º 2, do CPP, mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito.

⁸ *Idem*, p. 143

⁹ Pereira Madeira, *Código de Processo Penal Comentado*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, p. 1356.

¹⁰ *Ibidem*.

São, portanto, vícios de conhecimento oficioso, que se traduzirão em nulidades da decisão: nuns casos, conduzirão à anulação integral do julgamento, noutras apenas à anulação da decisão, impondo sempre a reformulação desta, pela primeira instância, por via do reenvio parcial ou total, ou pelo tribunal de recurso, se este puder decidir da causa, eliminando ele próprio o vício – esta eliminação poderá acontecer, em regra, por duas vias: a primeira pelo artigo 380.º do CPP; a segunda pelos artigos 412.º, n.º^s 3, 4 e 6 (... *audição ou visualização das passagens indicadas e de outras que considere relevantes para a descoberta da verdade e a boa decisão da causa*), e 430.º, n.º 1, do CPP: No caso destes dois últimos artigos, desde que haja sido impugnada a decisão da matéria de facto.

Mas a razão de índole material, teleológica, de interpretação do caráter oficioso de um tal conhecimento, resulta expressa pelo Juiz Conselheiro Pereira Madeira: “Mandam a prudência e o bom senso que nenhum Tribunal, seja ele qual for, possa ser obrigado a aplicar o direito a uma matéria de facto ostensivamente divorciada da realidade das coisas, quer por ser insuficiente, quer por ser contraditória, quer por erroneamente apreciada.”¹¹

1. Vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada – al. a) do n.º 2 do artigo 410.º do CPP

O artigo 410.º, n.º 2, al. a), do CPP diz que, mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamento a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum.

Pressuposto do que seja a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada é desde logo uma noção minimamente exata do que seja o objeto do processo: conjunto de factos ou de questões, cuja determinação é dada em primeira linha pela acusação ou pronúncia, peças processuais a partir das quais se vai estabelecer a vinculação temática do tribunal, mas também pela contestação ou pela defesa, ou ainda pela discussão da causa. Determinando-se desse modo os poderes de cognição do juiz, para assim também se poder afirmar que aquilo que o tribunal investigou ou os factos sobre os quais fez incidir o seu poder/dever de decisão eram, no fundo, os que constituíam ou formavam o objeto¹² do seu julgamento, ou da audiência de julgamento, nos termos do artigo 339.º, n.º 4, do CPP¹³, e que fora deste não

¹¹ *Ibidem*.

¹² Coincidente com o conjunto de factos que constituem o objeto de prova, nos termos do artigo 124.º do CPP, isto é, todos os factos juridicamente relevantes para a determinação da existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis. E tendo sido deduzido pedido cível constituem igualmente objeto da prova todos os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil.

¹³ Isto é, e mais uma vez, os factos alegados pela acusação e pela defesa e os que resultaram da prova produzida em audiência, ponderando-se todas as soluções jurídicas pertinentes, independentemente da qualificação jurídica dos factos resultante da acusação ou da pronúncia, tendo em vista as finalidades a que se referem os artigos 368.º e 369.º, ou seja, a determinação da culpabilidade, bem como da sanção a aplicar ao caso.

ficou nenhum facto que importasse conhecer, dando-os como provados ou não provados, tanto faz.

Só se existir algum desses factos, que não tenha sido objeto de apreciação pelo tribunal, é que poderemos concluir pela insuficiência da decisão sobre a matéria de facto provada (ou não provada)¹⁴ e com ela de violação do princípio da investigação ou da descoberta da verdade material, porquanto o tribunal não investigou, como lhe competia, toda a matéria de facto relevante para a boa decisão da causa.

Em suma, existe insuficiência da matéria de facto quando da análise do texto da decisão, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, faltam factos, cuja realidade devia ter sido indagada pelo tribunal, desde logo por imposição do artigo 340.º do CPP, porque os mesmos se consideram necessários à prolação de uma decisão cabalmente fundamentada e justa sobre o caso, seja ela de condenação ou de absolvição.

São tidos como exemplos de verificação positiva do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, entre outros, os seguintes casos:

- Sentença condenatória ou absolutória em processo no qual o arguido vinha acusado pela autoria de um crime doloso, constando da acusação os factos relativos a tal elemento subjetivo do tipo, mas sem que na matéria provada ou não provada estejam descritos esses mesmos factos;
- Sentença absolutória em processo no qual o arguido vinha acusado da autoria de um crime doloso, relativamente ao qual é absolvido, mas apenas por falta de prova do dolo direto, mas sem que fossem investigados factos que pudessem ser constitutivos das outras modalidades do dolo (necessário ou eventual) ou da negligência;
- O mesmo se passando relativamente ao crime objeto da acusação ser na forma consumada, e na sentença se absolver o arguido por falta de prova da consumação típica, mas sem que se averiguasse ou se atendesse a factos que justificassem a imputação desse mesmo crime na forma tentada;¹⁵
- Ou no caso em que a arguida vinha acusada de homicídio qualificado, por ter tirado a vida ao filho, logo após o parto, resultando do texto da decisão recorrida ser possível que aquela tivesse agido em estado de perturbação, sob influência do parto, e tal matéria não haja sido averiguada pelo tribunal;

¹⁴ Neste sentido, Juiz Conselheiro Pereira Madeira, *obra citada*, p. 1357 e ss., aí se sublinhando, a dado passo, que “quando se afirma, como se vê fazer muitas vezes, que a matéria de facto provada é insuficiente para a condenação pelo tribunal, não se está a proceder à invocação deste vício, antes, em suma, a afirmar que o tribunal errou na aplicação do direito aos factos provados, o que nada tem a ver com vícios da matéria de facto.” Veja-se ainda Ac. do STJ, de 27/11/2013, P.º n.º 2239/11.4JAPRT.P1.S1.

¹⁵ Sendo bom de ver, tanto neste como nos anteriores, e em outros exemplos que se seguirão, que além de se verificar o vício em análise poderá considerar-se existir também, e mesmo precipuamente, omissão de pronúncia sobre questão que, no âmbito das soluções juridicamente plausíveis, se impunha ao tribunal que conhecesse, nos termos e para os efeitos do artigo 379.º, n.º 1, al. c), do CPP.

- Ou ainda quando se deixa por averiguar o grau quantitativo de tráfico de droga registado, na medida em que, nem aproximadamente, da decisão sobre a matéria de facto se pode extrair qual a quantidade global traficada por cada arguido, tendo em vista a concreta determinação do tipo-de-ilícito praticado – Ac. do STJ, de 15/03/2007, P.º 07P648;
- Considerar-se como fundamento da condenação a existência de danos não patrimoniais suportados pelo assistente – ter este sofrido dores e ter-se sentido humilhado – sem que os correspondentes factos constem da matéria de facto provada – Ac. do STJ de 05-11-1997, p.º 97P706;
- Ou, na participação criminosa, em que à falta de prova da coautoria, o tribunal deixa por averiguar a existência ou não de factos que pudessem ser constitutivos da cumplicidade;
- Ou quando se suscite a hipótese de legítima defesa e o tribunal deixe de averiguar os factos que a pudessem revelar ou infirmar;
- Ou ainda, tendo em vista a escolha e determinação da medida da pena, não hajam sido recolhidos factos concretos atinentes à personalidade do arguido, à sua situação económico-social e familiar ou relativamente aos seus antecedentes criminais;
- Ou também a ausência de Registo de Infrações dos Condutores, a que alude o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 317/94, de 24 de dezembro, tendo em vista a atenuação especial ou a suspensão da sanção acessória, a que aludem os artigos 140.º e 141.º do Código da Estrada;
- Assim como a falta de averiguação dos consentimentos exigidos no artigo 4.º, da Lei n.º 33/2010, de 2/9 (consentimento do arguido e de quem vive na habitação maior de 16 anos), bem como a verificação das demais condições da habitação ali previstas, tendo em vista a execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação com vigilância electrónica – Ac. TRP, de 08/03/2017, p.º 64/16.5GAVLC.P1;
- Ou a falta de dados suficientemente aprofundados sobre a personalidade do arguido, nomeadamente o seu comportamento anterior e posterior aos factos, a sua inserção familiar e socioprofissional, tendo em vista a aplicação do regime especial para jovens, previsto no DL n.º 401/82 – Ac. do TRP, de 21-09-2005, p.º n.º 0540038;
- Assim também quando, em sentença de condenação cível do Fundo de Garantia Automóvel, com fundamento em acidente de viação de que resultou um homicídio negligente, se constata que foi omitida a averiguação sobre a existência ou não de seguro válido e eficaz em relação ao veículo causador do acidente – Ac. do TRP, de 10/10/2001, P.º 0140618;

- Ou quando se dá conclusivamente como provado que "a velocidade não era a adequada ao local", sem que da decisão resultem factos concretos que sustentem uma tal conclusão – TRP, 25/10/2000, p.º 0040490. Tipo de vício extensível a qualquer situação em que ocorra uma descrição meramente conclusiva e desacompanhada dos factos concretos que a possam sustentar;
- Ou quando na decisão da matéria de facto, relativa a crime de condução em estado de embriaguez, se faz uma concretização e descrição apenas parcial dos factos relevantes para a decisão da causa, e quanto aos restantes uma mera remissão para o respetivo auto de auto de notícia – ac. do TRP, de 07/01/98, p.º 9710297;
- Ou quando na reincidência há a ausência de factos que revelem que a condenação anterior não constituiu suficiente advertência para o arguido não voltar a delinquir – Ac. do TRP, de 19/09/2001, P.º 0110239);
- Ou no crime de abuso de confiança praticado por empregada, havendo salários em dívida, e tendo em vista a concretização da sanção penal a aplicar, faltou o conhecimento dos montantes concretos respeitantes a esses salários, bem como as datas em que ocorreram tais omissões de pagamento de salário, à luz do disposto no artigo 71.º, n.º 2, al. c), do CP – Ac. do TRP, de 24/02/2016, P.º 35/13.3TAAMT.P1;
- Ou ainda quando não conste do talão emitido pelo aparelho de deteção de álcool no sangue a data da última verificação periódica do respetivo aparelho, nem do auto levantado, e quando o arguido, na contestação, haja solicitado ao tribunal que oficiasse à entidade competente [IPQ], no sentido de esta certificar tal data – Ac. do TRP, de 01/06/2011, P.º 1926/08.9PTPR.T.P1;
- Quando os factos provados, não só são insuficientes para a imputação de determinado crime, mas também quando não permitem uma opção fundamentada entre penas não privativas e privativas da liberdade, entre pena de prisão efetiva e penas de substituição desta ou um juízo inteiramente fundamentado sobre o doseamento da pena – Ac. do TRL de 28/01/2014, p.º 63/12.6GABNV.L1-5;
- Ou no caso de acusação da prática pelo arguido de um crime de detenção ilegal de arma de defesa, em que a arma era uma pistola de calibre 6,35 mm, apreendida nos autos, mas não sujeita a exame pericial, não haja sido apurado qual o comprimento do respetivo cano, por se considerar que tal dimensão é elemento do tipo – Ac. do TRL, de 18/02/2016, P.º 328/05.3GTALQ.L1-9;
- Ou quando na elaboração do cúmulo jurídico, em concurso superveniente de crimes, não se haja coligido, ainda que sucintamente, os factos atinentes aos crimes anteriormente cometidos, de molde a permitir documentar o grau de ilicitude e da culpa, bem como a personalidade do arguido neles revelada, assim como os demais factos relativos à personalidade deste, à sua situação familiar, económica e social, devidamente actualizada, de molde a permitir um juízo concretamente fundado sobre

os factos, no seu conjunto e sobre a personalidade do agente, nos termos e para os efeitos do artigo 77.º, n.º 1, do CP;

- Ou quando há falta de apuramento de factos relativos às concretas lesões apresentadas pelo arguido na sequência do despiste ocorrido, assim como o efeito na condução da presença no sangue de determinada quantidade de nanogramas por mililitro de tetrahidrocannabinol, tendo em vista apurar se o mesmo arguido se encontrava sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, para efeitos de preenchimento ou não do tipo-de-ilícito previsto no artigo 292.º, n.º^s 1 e 2, do CP – Ac. do TRP, de 20/02/2019, P.º 540/17.2GBILH.P1;
- Terem-se revelado em audiência indícios da inimputabilidade do arguido ou suscitado fundadamente a sua imputabilidade diminuída, e ao abrigo do artigo 351.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, o tribunal não ter diligenciado pelo apuramento dos respetivos factos.

1.1. Vícios do julgamento, que não vícios subsumíveis à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

- Omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade – constituirá nulidade do julgamento, nos termos dos artigos 340.º e 120.º, n.º 2, al. d), do CPP;
- Omissão de diligências necessárias para a descoberta da verdade – irregularidade, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 340.º e 123.º do CPP;
- Documentos ou meios de prova que não foram ponderados ou devidamente ponderados no processo – traduz erro de julgamento só corrigível por via da impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto. Com exceção da decisão proferida contra valor probatório dos documentos autênticos ou autenticados¹⁶, a que alude o artigo 169.º do CPP ou contra o juízo pericial, sem que tal decisão se estriebe em fundamentação adequada, isto é, sem que a autenticidade ou a veracidade desses documentos ou o juízo pericial hajam sido fundadamente postos em causa – nos termos dos artigos 169.º e 163.º, n.º 2, do CPP. Nestes casos poderemos, quando muito, e em termos hipotéticos, dependendo das circunstâncias do caso e do que resultar do texto da sentença, estar perante erro notório na apreciação da prova, uma omissão de pronúncia ou até contradição insanável entre a fundamentação e a decisão (neste último caso dá-se como provado facto contrário ao que resulta do documento e

¹⁶ Nos termos do artigo 363.º, n.º 2, do Código Civil, “Autênticos são os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública; todos os outros documentos são particulares.” E segundo o n.º 3 do mesmo artigo, “Os documentos particulares são havidos por autenticados, quando confirmados pelas partes, perante notário, nos termos prescritos nas leis notariais.”

depois invoca-se o documento, transcrevendo-se o seu teor como fundamento da decisão).¹⁷

Nestes últimos casos, na sua estrita ocorrência, em princípio, não estaremos perante situações de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

2. Vício de contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e decisão – artigo 4100.º, n.º 2, al. b), do CPP

Tendo também por base o texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, poderemos deparar-nos com o vício de contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão, sendo certo que, a verificar-se, e não sendo possível decidir da causa, tal vício implicará para o tribunal de recurso, tal como nos restantes vícios referidos no n.º 2 do artigo 410.º, o reenvio do processo para novo julgamento, nos termos do artigo 426.º do CPP.

Teremos uma contradição¹⁸ da fundamentação, impeditiva da função que a esta cabe, se no respetivo texto verificarmos existir uma incompatibilidade entre duas ou mais proposições, cuja conjugação não permita chegar uma conclusão logicamente coerente.

Será o caso, por exemplo, de se afirmar que, “nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, “A é B” e que “A não é B”, pois as duas afirmações não podem ser ao mesmo tempo verdadeiras. Ou dar-se como provado que, nas mesmas circunstâncias descritas na acusação, e na sequência de uma discussão entre Alberto, Bernardo e Daniel, Alberto desferiu uma bofetada no rosto de Bernardo, e de seguida, na mesma decisão, dar-se como não provado que Alberto tivesse dado uma bofetada no rosto de Bernardo. Ou que, para motivar a primeira proposição, o Tribunal considerasse unicamente o depoimento da testemunha Carlos, referindo quanto à razão de ciência desta testemunha que ela se encontrava junto a Alberto e Bernardo, mas na mesma motivação da decisão de facto, de seguida, se acrescentasse que, precisamente, por se encontrar junto de Alberto e Carlos, viu presencialmente Daniel a desferir a bofetada no rosto de Bernardo. Sendo a estrutura interna da própria lógica que aqui éposta em causa, na medida em que esta exige como uma das suas regras fundamentais a inexistência de contradição entre enunciados, assim como exige que a sequência desses mesmos enunciados, no raciocínio lógico, obedeça a “uma ordem do fundamento e da consequência”¹⁹, com o sentido de que o raciocínio, através do qual se obtém a ilação ou inferência, por via indutiva ou dedutiva, não utiliza os enunciados ou proposições de forma arbitrária ou casual. Podendo dizer-se que as possibilidades de vir a serposta em causa a fundamentação e a relação entre esta e a decisão, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 410.º, n.º 2, al. b), do CPP, são essencialmente reconduzíveis à violação da relação lógica que deve existir entre

¹⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 465, 466, 457 e 458.

¹⁸ Reprodução, com ligeiras alterações, de parte do texto do acórdão do TRP, de 10/07/2019, proferido no Proc. N.º 993/16.6PIVNG.P1, de que fomos relator.

¹⁹ Martin Heidegger, *Lógica*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, p. 42 e 43.

enunciados ou proposições, por violação do princípio da não contradição (contradição da fundamentação) e à violação do princípio do fundamento ou da ordem do fundamento e da consequência (contradição entre a fundamentação e a decisão). Nesta última hipótese caberá o seguinte exemplo: o tribunal dá como provados factos constitutivos do crime de furto, crime pelo qual vinha o arguido acusado, mas na fundamentação fático-conclusiva e jurídica entende que, dado o arguido não ter restituído a coisa furtada, os factos integram também o crime de abuso de confiança, mas na decisão final, julgando procedente a acusação do Ministério Público, acaba por condenar o arguido apenas pelo crime de furto.”

Mas vejamos agora outros exemplos:

- Num caso em que o tribunal deu como provados os factos constitutivos do tipo de furto e como não provado que os bens furtados tivessem sido recuperados, haverá contradição lógica entre a decisão de facto e a fundamentação dessa decisão se na respetiva motivação o tribunal fizer referência ao facto de duas testemunhas terem identificado os bens apreendidos como sendo os que haviam sido furtados ao ofendido, nada mais dizendo que logicamente justificasse a circunstância de se ter dado como não provado aquele facto e a menção ao conteúdo daqueles depoimentos, pelos quais resulta que os bens foram apreendidos e assim, logicamente, recuperados;
- O Tribunal dá como provado que A agrediu B com um pau na cabeça. Porém, na motivação da decisão de facto, afirma que as lesões registadas no relatório de exame pericial também se poderiam ter devido à queda que B sofreu quando corria em direção a A para o agredir. De seguida, na fundamentação fático-conclusiva e jurídica, o mesmo tribunal considera que as lesões registadas foram causa direta e necessária do golpe que A desferiu com o pau em B, olvidando a dúvida sobre o nexo de causalidade que resultava expressa na motivação da decisão de facto. Havendo também aqui uma clara contradição, pois se na motivação da decisão de facto se diz que as lesões também podiam ter sido devidas à queda de B, quando corria em direção a A para o agredir, e embora dos factos dados como provados resulte que A efetivamente agrediu B com um pau na cabeça, não pode na fundamentação fático-conclusiva e jurídica dizer que as lesões registadas foram causa direta e necessária daquele da agressão com o pau, porquanto da motivação da mesma decisão resulta que aquelas também poderiam ter sido devidas à referida queda e, portanto, também por sua direta e necessária causa;
- O tribunal dá como provado um conjunto de lesões, como tendo sido causadas pela agressão registada, mas dá como não provadas outras que vinham alegadas na acusação. Concluindo depois que das lesões dadas como provadas adveio para o ofendido um determinado grau de incapacidade, fundamentando-o no relatório pericial junto aos autos, transcrevendo na motivação as lesões ali descritas. Porém, de tal transcrição constata-se que, no referido relatório, para se chegar a um tal grau de incapacidade, foram consideradas todas as lesões, incluindo as que o tribunal deu como não provadas;

- Ou quando o tribunal dá como provado que o arguido, na qualidade de vendedor comercial, não entregou à entidade empregadora os cheques x, y, e z, nos valores de € 150,00, € 600,00 e € 950,00, depositando tais cheques, sem autorização, numa sua conta bancária pessoal de que era titular juntamente com a mulher, mas na mesma decisão o tribunal dá como não provado que o arguido tivesse feito suas as quantias depositadas naquelas contas;
- Ou quando se considere provado que o arguido, a um metro e meio de distância, apontou a arma ao peito do ofendido, disparando de seguida, visando atingi-lo na zona onde se encontrava o coração, mas simultaneamente se dá como não provado que o arguido tivesse intenção de matar o ofendido – contradição que se funde com o erro notório na apreciação da prova;
- É manifesta a contradição insanável na fundamentação, quando na sentença se afirma, por um lado, que não há testemunhas e que o arguido negou os factos, e por outro que, a certa altura, a ofendida caiu ao solo, perdeu os sentidos e, antes de recuperá-los, encontrando-se caída no chão, o arguido a pisou várias vezes por todo o corpo, com força, com mais incidência na zona do abdómen e da cabeça – Ac. do TRL, de 06/02/2001, P.º 0097255;
- Padece do vício de contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão [artigo 410.º, n.º 2, al. b), do CPP] a decisão que depois de consignar que o arguido “confessou integralmente e sem reservas a prática dos factos que lhe são imputados” acaba por considerar como não provados factos com relevância criminal descritos na acusação – Ac. do TRP, de 12/10/2011, p.º 140/10.8GCVPA.P1;
- Existe contradição insanável da fundamentação quando se dá como não provado o valor global dos bens furtados, mas ao mesmo tempo se considera provado que tal valor não ultrapassa o de uma unidade de conta à data da prática do facto – Ac. TRP, de 14/01/2015, P.º 538/11.4PBCHV.G1.P1;
- É contraditório dizer-se, por um lado, que a lesão constituiu doença pelo período de 10 dias, sem impossibilidade para o trabalho e, por outro, afirmar-se que “a assistente esteve incapacitada para o trabalho durante o período de 10 dias” – Ac. do TRP, de 17/05/2006, P.º 0411428;
- Também há contradição quando na sentença, a respeito do mesmo arguido, se dá como provado que este agiu de forma livre, voluntária e consciente, bem sabendo que a sua conduta era proibida por lei e, por outro lado, se dá como não provado que o arguido bem soubesse que se apresentava sob influência do álcool em limites superiores aos legais – Ac. do TRE, de 20/06/2006, P.º 717/06-1;
- Ou ainda quando se dá como provado que o arguido não conseguiu atingir os órgãos vitais do ofendido e por outro lado se considera não provado que o arguido quisesse

matar o ofendido. Porquanto o não conseguir atingir os órgãos vitais pressupõe que se quisesse intencionalmente atingir esses mesmos órgãos vitais, ou seja agir com o propósito ou a intenção não conseguida de os atingir, que outra coisa não é senão a intenção de tirar a vida da pessoa onde aqueles se encontravam alojados – Ac. do STJ, de 7/05/92, BMJ, 449, p. 253, e Professor Paulo Pinto de Albuquerque²⁰;

– Será também caso de contradição o facto de o tribunal dar como provado que os ferimentos provocaram na ofendida 20 dias de doença e de impossibilidade para o trabalho, mas ao mesmo tempo dar como provado que a ofendida, em consequência da agressão sofreu fortes dores no maxilar, cefaleias e vertigens, durante quatro meses, findos os quais ficou completamente curada. O STJ considerou que, sendo evidente que a assistente teve os sofrimentos indicados, por 4 meses, é esse e não o de 20 dias o período de doença sofrido, dando por não escrita a parte da matéria de facto provada em que se referia o período de 20 dias, como período de doença, superando assim a obscuridade ou ambiguidade ou contradição relativa, na medida em que a modificação da decisão assim operada não era essencial, nos termos e para os efeitos do artigo 380º do CPP – Ac. do STJ, de 03/07/91, BMJ, 409, p. 598, e Professor Paulo Pinto de Albuquerque²¹;

– Também haverá contradição da fundamentação se os factos provados relativamente à parte penal estiverem em contradição com os factos dados como provados na parte cível.

Há contradições subtis, por residirem no modo como se constrói a frase em que são narrados os factos, sem dar atenção ao conteúdo de outras frases e à incongruência que entre elas possa existir, por o respetivo objeto ser proveniente de peças processuais elaboradas por sujeitos processuais com interesses na causa que são conflituantes, quanto aos factos efetivamente ocorridos, contestando os alegados ou imputados, muitas vezes por impugnação indireta ou *per positionem*, fornecendo versões por vezes sinuosamente diferentes daquelas descritas na acusação ou noutras peças processuais.

A prolixidade das peças processuais exige um esforço acrescido de atenção, tendo em vista, não só evitar situações de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por um lado, mas também contradições insanáveis da fundamentação ou entre esta e a decisão.

Mas pode haver situações em que a contradição da fundamentação, por exemplo entre os factos dados como não provados e os dados como provados, se traduz ao mesmo tempo num erro notório na apreciação da prova – como referido supra.

Por exemplo, o arguido que acompanhava a sua filha a uma consulta médica no Centro de Saúde, ao ver o médico passar num corredor, levanta-se e dirige-lhe as seguintes palavras: “Você faz-nos esperar porque é um *filho da puta*, um incompetente e um corrupto de *merda*.”

²⁰ *Idem*, p. 1104.

²¹ *Idem*, p. 1103.

O tribunal vem dar como provada aquela factualidade, mas considera não provado que o arguido tivesse agido com a intenção de ofender o médico na sua honra, invocando para tal apenas o facto de não ter sido produzida prova nesse sentido. Ora, embora dependendo sempre de uma análise casuística, por norma aquelas expressões usadas, nas circunstâncias em que o foram, e ponderando ademais o que ditam as regras da experiência comum, além de serem objetivamente ofensivas da honra de uma qualquer pessoa colocada na exata situação do ofendido, são também normalmente proferidas com uma clara intenção de ofender aquela honra.

Outra condição de verificação do vício é que a contradição na decisão da matéria de facto recaia sobre factos que sejam relevantes para a decisão da causa.

– Pese embora se possa considerar haver contradição entre dizer-se como não provado que “nunca a infeliz vítima esteve abandonada por um segundo que fosse” e o facto provado de que “após o embate, as pessoas que se encontravam no local socorreram de imediato o José Silva, o qual foi, momentos depois, conduzido de ambulância”, pois é de admitir que as pessoas que socorreram a vítima a abordaram mais de um segundo depois, a verdade é que tal contradição não é juridicamente relevante.²²

A contradição pode por sua vez resultar da fundamentação fáctico-conclusiva e jurídica ou da argumentação usada na aplicação do direito aos factos.

– À partida “não existe incompatibilidade substancial entre a aplicação de uma pena especialmente atenuada a um jovem adulto e a não suspensão da execução da mesma, não só porque nem todas as penas daquela categoria são suscetíveis de serem suspensas na sua execução, como porque, em diversos casos concretos, se pode chegar à conclusão de que, não obstante o arguido dever ser punido de forma especialmente atenuada, outros fatores desaconselham o recurso à medida de suspensão de execução da pena.”

– Mas o Supremo Tribunal de Justiça, num determinado caso, considerou haver “incompatibilidade entre o dizer-se que um arguido maior de 16 anos mas menor de 21 anos, deve ser sujeito a uma pena especialmente atenuada por haver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado (artigo 4.º do DL n.º 401/82), e o afirmar-se, ao mesmo tempo, que se não pode formular um juízo de prognose positivo quanto ao seu comportamento futuro, para se poder considerar a hipótese da suspensão da pena de prisão que lhe é imposta.”²³

²² Ac. do STJ, BMJ, n.º 443, p. 105 e Paulo Pinto de Albuquerque, *Idem*, p. 1111 – Neste acórdão o STJ considerou nem sequer haver contradição “entre o considerar-se não provado que ‘nunca a infeliz vítima estivesse abandonada por um segundo que fosse’ e o facto provado de ‘após o embate, as pessoas que se encontravam no local socorreram de imediato, o José da Silva, o qual foi, momentos depois, conduzido de ambulância...’, pois que a prontidão dos socorros dos circunstantes não se compadece com a absoluta rigidez cronométrica da afirmação do arguido, o qual poderia desde logo fazer – e não fez – aquilo que a ambulância fez minutos depois – levar o ferido ao hospital.”

²³ Ac. do STJ, de 25/05/95, CJ, 1995, II, p. 217 e 218; e Ac. do STJ, de 07/11/2007, P.º 07P3214.

Por vezes a contradição é aparente, ou devida a lapso ou erro manifesto. A sua correção será então possível, ao abrigo do disposto no artigo 380.º, n.º 1, al. b), do CPP. Mas uma tal correção, ao abrigo de tal disposição normativa, já não será possível nas situações em que a contradição da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão não seja, no texto da decisão, configurável como um erro ou lapso cuja eliminação não importe uma modificação essencial. Nestes casos a contradição registada torna-se insanável, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 410.º, n.º 2, al. b), do CPP.

– Na contradição insanável o que se pode dizer, é que, no texto da própria decisão não é possível descortinar claramente o pensamento e a real vontade do julgador. Um e outro, nos termos em que foram declarados na sentença, não permitem afirmar qual a vontade declarada ou expressa na decisão que deverá prevalecer, porquanto correlativamente a ela ou a um determinado pensamento nela expresso, existe um outro pensamento ou uma outra vontade que a anulam ou contradizem. A propósito da contradição entre a fundamentação e a decisão, por mero lapso ou erro, ou usando as palavras do Professor Alberto dos Reis, “na oposição derivada de erro material, não existe *realmente* vício lógico na construção da sentença; a oposição é meramente aparente e resulta de o juiz ter escrito coisa diversa do que queria escrever. Mas ela já não será uma contradição aparente, mas real, se o juiz escreveu o que queria escrever, sucedendo então que “a construção da sentença é viciosa, pois os fundamentos invocados pelo juiz conduziriam, logicamente, não ao resultado expresso na decisão, mas a resultado oposto”²⁴.

3. Erro notório na apreciação da prova – artigo 410.º, n.º 2, al. c), do CPP

Diz o artigo 410.º, n.º 2, al. c), do CPP, que mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamento, mais uma vez desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, o erro notório na apreciação da prova.

O vício de erro notório ocorre, não só quando um erro é evidente, crasso, escancarado à luz dos olhos do cidadão comum, mas também à luz da análise feita por um tribunal de recurso ou de um jurista minimamente preparado, de molde a considerar-se, sem margem para dúvidas, que a prova foi erroneamente apreciada²⁵. Segundo os Juízes Conselheiros Simas Santos e Leal Henriques, tal erro ocorrerá "quando se retira de um facto dado como provado uma conclusão logicamente inaceitável, quando se dá como provado algo que notoriamente está errado, que não podia ter acontecido, ou quando, usando um processo racional e lógico, se retira de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, arbitrária e contraditória, ou notoriamente violadora das regras da experiência comum, ou ainda quando determinado facto provado é incompatível ou irremediavelmente contraditório com outro dado de facto (positivo ou negativo) contido no texto da decisão recorrida." Considerando os mesmos autores que

²⁴ *Idem*, p. 141.

²⁵) Pereira Madeira, Código de Processo Penal Comentado, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, p. 1359.

"existe igualmente erro notório na apreciação da prova quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada, as regras da experiência ou as *legis artis*, como sucede quando o tribunal se afasta infundadamente do juízo dos peritos. Mas, quando a versão dada pelos factos provados é perfeitamente admissível, não se pode afirmar a verificação do referido erro"²⁶.

Existirá um erro de tal magnitude quando, por exemplo, se se dá como provado facto, cuja possibilidade de verificação viole as leis da natureza (física mecânica) ou as leis da lógica.

Tal vício é oficiosamente cognoscível e tem de resultar do texto da decisão, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum.

- Poderá suceder um tal erro, como vimos supra, quando na motivação da decisão de facto se invoca facto constante de documento com força probatória plena, que minimamente se reproduza na decisão recorrida, dando-se como provado facto contrário àquele, sem que tal documento tenha sido arguido de falso;
- Também haverá erro notório na apreciação da prova quando se declare ou não a realidade de um facto, quando é do domínio público que o mesmo não haja ou haja ocorrido;
- Há erro notório na apreciação da prova se o tribunal dá como provado que o arguido apenas havia bebido um ou dois copos de vinho, quando resulta provado que a esse mesmo arguido lhe havia sido detetada uma TAS de 2,05g/l;
- Presumindo-se subtraído à livre apreciação do julgador o juízo técnico, científico ou artístico, inerente à prova pericial (n.º 1 do artigo 163.º do CPP), constitui erro notório na apreciação da prova [alínea c) do n.º 2 do artigo 410.º] divergir-se dele sem fundamentação – Ac. do STJ, de 15/10/97, p.º 97P1494;
- No âmbito da apreciação da prova indireta, quando o tribunal infere de um facto (a entrada frequente de indivíduos numa casa com volumes) aquele outro facto (de, dentro da casa, uns indivíduos irem adquirir estupefacientes), sem uma base racional sólida que tenha deixado expressa na decisão, está a cometer um erro notório na apreciação da prova, que vicia o acórdão e não permite ao STJ conhecer de fundo – Ac. do STJ, de 04/01/1996, P.º 048666;
- Na aplicação do princípio *in dubio pro reo*, quando da decisão recorrida resultar que, tendo chegado a uma situação de dúvida sobre a realidade dos factos, o tribunal *a quo* decidiu em desfavor do arguido ou quando, não reconhecendo o tribunal recorrido essa dúvida, ela resultar, no entanto, evidente do próprio texto da decisão, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, sendo assim de concluir que a dúvida só não foi reconhecida, no sentido de fazer operar aquele princípio, em virtude de um

²⁶ Código de Processo Penal Anotado, II Volume, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 740.

erro notório na apreciação da prova, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 410.º do CPP – Ac. do STJ, de 22/05/98, p.º 98P930;

– Dar-se como provado que o agente apontou uma pistola à cabeça de alguém que se encontrava a dois metros, disparou a arma e atingiu mortalmente o visado na cabeça e, por outro lado, dar-se como provado que o agente não teve o propósito de matar a vítima; mas do que se poder afirmar uma contradição insanável da fundamentação, tratar-se-á antes de um erro notório na apreciação da prova, porque aferível através dos conhecimentos da experiência comum – Ac. do STJ, de 12/03/98, p.º 97P1453;

– Não será erro notório na apreciação da prova, mas mero erro de cálculo, a implicar a sua retificação, quando no acórdão recorrido se dá como provado que o prejuízo causado foi de Esc.: 9.577.185\$00, resultante da soma dos valores dos cheques, sendo certo que a soma dessas parcelas é afinal de Esc.: 9.263.185\$00 – Ac. do STJ, de 11/11/93, CJ, XVIII, 3, p. 245;

– Haverá também erro notório na apreciação da prova, ao dar-se como provado que o disparo foi feito com o arguido próximo da vítima, que foi atingida numa região vital como é o pescoço e depois não dar como provada a intenção de matar – Ac. do STJ, de 06/01/94, BMJ, 433, p. 432.

– Considerando apenas provados factos relativos ao furto e que o arguido era toxicodependente, haverá erro notório na apreciação da prova se o tribunal considera também provado, por a seu ver se tratar de um facto notório, que tal furto foi levado a cabo para obter dinheiro para comprar estupefacientes, considerando o STJ que uma tal ilação não é assim confirmada pelas regras da experiência comum, não faltando exemplos de casos em que o furto por toxicodependentes não é só ou não é sequer para obter numerário para adquirir droga de que carecem – Ac. do STJ, de 11/05/94, BMJ, n.º 437, p. 201;

– Não há erro notório na apreciação da prova se o tribunal não considerar relevante o juízo científico constante de um exame de recolha de impressões digitais dos arguidos, por duvidar do sítio e do modo como as impressões digitais foram recolhidas – STJ, Ac. de 9/5/95, CJ, III, T 2, p. 190;

– Também não há erro notório nem contradição entre o comprovado grau de alcoolemia de 3,75 g e a consciência pelo arguido de que a sua conduta de oferecer dinheiro ao guarda que o deteve não era permitida por lei. "Uma tal taxa de alcoolemia não implica necessariamente a perda da capacidade de valoração e determinação, pois, como é sabido, tal depende de razões pessoais, nomeadamente da resistência aos efeitos do álcool, que varia de pessoa para pessoa" (Ac. do STJ, de 07/06/95, BMJ, n.º 448, p. 127).

4. Inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada

O artigo 410.º, n.º 3, do CPP prevê ainda como fundamento do recurso, mesmo que a lei restrinja a cognição do Tribunal de recurso a matéria de direito, a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada.

Com fundamento nesta norma o tribunal de recurso poderá/deverá conhecer:

- As nulidades insanáveis, nomeadamente as descritas no artigo 119.º do CPP;
- As nulidades sanáveis e irregularidades que hajam sido tempestivamente arguidas e não devam ser consideradas sanadas – artigos 120.º, 121.º e 123.º do CPP.

As nulidades em geral são tratadas nos artigos 118.º a 123.º do CPP.

As nulidades da sentença no artigo 379.º do CPP e a sua correção no artigo 380.º do mesmo diploma.

Ao longo do CPP podem ser identificadas as seguintes nulidades:

- Artigo 41.º, n.º 3 – atos praticados por juiz impedido;
- Artigo 43.º, n.º 5, – pelo juiz recusado;
- Artigo 174.º, n.º^s 4 e 5 – revistas e buscas;
- Artigo 177.º, n.º 1, do CPP – busca domiciliária;
- Artigo 177.º, n.º 5, e 180.º do CPP – buscas e apreensões em escritório de advogado ou em consultório médico;
- 179.º, n.º^s 1 e 2 – apreensão de correspondência;
- 190.º, 187.º, 188.º e 189.º do CPP – escutas telefónicas;
- 309.º – decisão instrutória;
- 313.º – despacho que designa dia para audiência de julgamento;
- 321.º – publicidade da audiência de julgamento;
- Artigo 118.º, n.º 3, e 126.º, n.º^s 1 e 2 (insanáveis) e n.º 3 (sanável mediante o consentimento do titular do direito) do CPP e 32.º, n.º 8, da CRP – quanto às proibições de prova.

As nulidades sanáveis deverão considerar-se sanadas, verificados os pressupostos do artigo 121.º do CPP e ainda quando não hajam sido arguidas em tempo, nos termos previstos no artigo 120.º, n.º 3, e 123.º, n.º 1, do CPP – Ac. do STJ, de 04-01-2006, Proc. n.º 1834/05; de 01-02-2006, Proc. n.º 4003/05; de 15-02-2006, Proc. n.º 4412/05; e Paulo Pinto de Albuquerque, CCPP;

A sentença que se baseie em provas nulas será também nula, por efeito do disposto no artigo 122.º, n.º 1, do CPP.

III. NULIDADE DA SENTENÇA

– Vícios formais da sentença – inexistência; nulidade; irregularidade.

Segundo o Prof. Alberto dos Reis, na linha do defendido por Betti, o conceito de sentença inexistente é o de providência que não reúne o mínimo de requisitos indispensável para a existência da sentença como ato jurídico. Feita a possível compressão, esse mínimo não pode deixar de ser representado por três elementos constitutivos – juiz, partes e decisão –, tendo de concluir-se que a falta de qualquer deles implica a inexistência da sentença, e que, quando todos eles concorram, a sentença existe, podendo suceder que seja absolutamente nula, ou anulável, ou ineficaz.

Sentença nula.

Sentença nula é aquela que, não estando ferida de inexistência, porque reúne os elementos essenciais que a constituem, está, no entanto, inquinada de vícios de construção, de formação, de atividade ou de elaboração, que não já propriamente de julgamento, como acontece com as previstas no artigo 410.º, n.º 2, do CPP. Ou seja, a sentença nula, contendo vícios ou defeitos, surge assim em contraponto à sentença injusta.

As nulidades da sentença encontram-se previstas no artigo 379.º do CPP e têm um regime especial relativamente às nulidades processuais, afastando-se designadamente do regime para estas previsto no artigo 120.º do CPP.

Tais nulidades devem ser oficiosamente conhecidas, solução que tem claro apoio na letra do n.º 2 do artigo 379.º do CPP, quando aí se diz que “As nulidades da sentença devem ser arguidas ou conhecidas em recurso, devendo o tribunal supri-las, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 4 do artigo 414.º”, apontando assim, mais para uma atuação oficiosa do tribunal de recurso, no seu conhecimento do que para a necessidade de, para tal, serem especificamente invocadas como fundamento do recurso.

Numa argumentação teleológico-sistemática breve, poderá dizer-se que se verificaria uma incongruência perturbadora da unidade do sistema jurídico, se forçasse-mos um sentido de interpretação da norma em causa que tivesse como consequência prática o não conhecimento

oficioso do vício, por exemplo, da falta de menção na sentença dos factos provados, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 379.º, n.º 1, al. a), e 374.º, n.º 2, do CPP, mas já considerássemos ser do conhecimento oficioso, como hoje é pacificamente aceite, sobretudo face ao Ac. de Fixação de Jurisprudência n.º 7/95, a mera insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, registada ao abrigo do artigo 410.º, n.º 2, al. a), do CPP.

Valendo como fundamento para o conhecimento oficioso das nulidades previstas no artigo 379.º, as mesmas razões invocadas pelo Juiz Conselheiro Pereira Madeira, para sustentar o conhecimento oficioso dos vícios do artigo 410.º, n.º 2: “Mandam a *prudentia* e o bom senso que nenhum tribunal, seja ele qual for, possa ser obrigado a aplicar o direito a uma matéria de facto ostensivamente divorciada da realidade das coisas, quer por ser insuficiente, quer por ser contraditória, quer por erroneamente apreciada. Claramente, em tais casos, qualquer que fosse o edifício jurídico que assentasse em tais bases, seria uma edificação insegura, por falta de alicerces”. E que maior falta de alicerces poderia ter uma decisão que tivesse de aplicar o direito a factos que não vinham sequer enumerados como provados ou não provados ou que vindo-o, em relação a eles não se descortinava, por falta de motivação, em que prova e em que exame crítico dessa prova se havia baseado o tribunal recorrido para os considerar provados.

Por exemplo, na falta da enumeração dos factos provados e não provados, ademais se da motivação fáctico-conclusiva e jurídica não se pudesse descortinar os factos concretos da vida que levaram àquela decisão, como seria possível delimitar o âmbito objetivo do caso julgado, e assim também salvaguardar as garantias constitucionais do *ne bis in idem*? É bom de ver a grave incongruência que seria reconhecer a possibilidade de conhecimento oficioso de uma mera insuficiência para decisão da matéria de facto, nos termos previstos no artigo 410.º, n.º 2, al. a), do CPP, e já não a admitirmos quando ela tinha o alcance de uma verdadeira falta, como acontece para a nulidade da sentença por falta de fundamentação, a que alude a al. a) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP.

No sentido de que as nulidades previstas no artigo 379.º do CPP são de conhecimento oficioso, o Senhor Juiz Conselheiro Oliveira Mendes²⁷, dizendo que “nem podia ser de outra forma, sob pena de o tribunal de recurso, na ausência de arguição, ter de confirmar sentenças sem qualquer fundamentação, violadoras do princípio do acusatório e sem qualquer dispositivo.” E ainda ac. Do STJ, de 27/10/2010, P.º 70/07.OBLSB.L1.S1.

Não obsta a uma tal solução o Assento n.º 9/92, ao dizer que “Não é insanável a nulidade da alínea a) do artigo 379.º do Código de Processo Penal de 1987, consistente na falta de indicação, na sentença penal, das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, ordenada pelo artigo 374.º, n.º 2, parte final, do mesmo Código, por isso não lhe sendo aplicável a disciplina do corpo do artigo 119.º daquele diploma legal” – precisamente por as nulidades relativas ao artigo 379.º terem um regime próprio no que toca à sua cognoscibilidade oficiosa, imposta pelo n.º 2, preceito que era inexistente à data da prolação daquele assento, sendo ademais taxativa a enumeração das nulidades.

²⁷ *Idem*, p. 1183.

A – Nulidade a que se refere a al. a) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP

Do artigo 379.º, n.º 1, al. a), em articulação com o artigo 374.º, n.os 2 e 3, al. b), do CPP, são causa de nulidade da sentença:

1. A omissão da indicação dos factos provados e não provados;
2. Falta de motivação fáctico-conclusiva e jurídica da decisão (condenatória ou absolutória);
3. Falta de indicação e exame crítico das provas;
4. Falta de decisão condenatória ou absolutória.

Havendo quem entenda, apesar de na enumeração dos fundamentos da nulidade se encontrar prevista a omissão da decisão condenatória ou absolutória, que esta deveria ser considerada um vício de inexistência e não de nulidade – era assim entendido pelo Professor Alberto dos Reis e também pelos Juízes Conselheiros Simas Santos e Leal Henriques²⁸ – CPP anotado vol. II, p. 575. Parece-nos ter tal entendimento algum sentido, porque um tal vício retira, na prática, qualquer efeito útil possível à sentença, nomeadamente quanto à sua exequibilidade ou possibilidade de formação de caso julgado. Mas o mesmo questionamento poderia, em certa medida, ser feito relativamente à falta de menção dos factos provados e não provados, pois neste caso também teríamos problemas, na falta de interposição de recurso relativamente a uma tal decisão, quanto à delimitação do âmbito objetivo do caso julgado, e assim também quanto às garantias constitucionais do *ne bis in idem*, mas, obviamente, sem a grandeza dos efeitos que, à partida, a falta de decisão de condenação ou absolvição pode trazer para a sentença. Problema reforçado pelo facto de se considerar que tais nulidades são sanáveis, como vem sendo defendido na jurisprudência – Ac. do STJ, de 27/10/2010, p.º 70/07.0JBLSB.L1.S1 e Juiz Conselheiro Oliveira Mendes²⁹, uma vez que não incluídas nas previstas no artigo 119.º do CPP, reconhecendo-se-lhe regime próprio no que toca à sua oficiosa cognoscibilidade.

– No processo sumário ou abreviado a sentença é nula quando:

1. Não contém a decisão absolutória ou condenatória; ou
2. As menções referidas nas al. a) a d) do n.º 1 do artigo 389.º-A e 391.º-F:
 - a) Indicação sumária dos factos provados e não provados, que pode ser feita por remissão para a acusação e contestação, com indicação e exame crítico das provas;

²⁸ Obra citada, p. 575.

²⁹ Obra citada, p. 1183.

- b) Exposição concisa dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão;
- c) Em caso de condenação, os fundamentos sucintos que presidiram à escolha e medida da sanção aplicada;
- d) O dispositivo, nos termos das al. a) a d) do n.º 3 do artigo 374.º do CPP.

A nulidade consistente na falta de algum destes elementos prende-se diretamente com a gravidade da violação do dever de fundamentação imposto pela Constituição da República e pela lei ordinária, ao determinarem que os atos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão – artigos 205.º, n.º 1, da CRP e do artigo 97.º, n.º 5, do CPP.

É válido ainda hoje o ensinamento do Professor Alberto dos Reis, segundo o qual “uma decisão sem fundamentos equivale a uma conclusão sem premissas”. Sendo que a falta de fundamentação deve entender-se como a ausência total de fundamentos de facto ou de direito. A qual se não confunde com “a insuficiência ou mediocridade da motivação”, pois “esta é espécie diferente, afeta o valor doutrinal da sentença, sujeita-a ao risco de ser revogada ou alterada em recurso, mas não produz nulidade”. E ao tratar da função específica dos fundamentos da decisão: “a sentença deve representar a adaptação da vontade abstrata da lei ao caso particular submetido à apreciação do juiz; ao comando geral e abstrato da lei o magistrado substitui um comando particular e concreto. Mas este comando não se pode gerar arbitrariamente; porque o juiz não tem, em princípio, o poder de ditar normas de conduta, de impor a sua vontade às vontades individuais que estão em conflito, porque a sua atribuição é unicamente a de extrair da norma formulada pelo legislador a disciplina que se ajusta ao caso sujeito à sua decisão, cumpre-lhe demonstrar que a solução dada ao caso é legal e justa, ou, por outras palavras, que é a emanacão correta da vontade da lei.”³⁰

No âmbito do direito processual penal vigente, da conjugação das disposições normativas dos artigos 379.º, n.º 1, al. a), e 374.º, n.º 2, e n.º 3, al. b), somos levados a concluir que só a falta de qualquer um dos requisitos integrantes da fundamentação exigidos pelo n.º 2 do artigo 374.º, designadamente a enumeração dos factos provados e não provados, a exposição dos motivos de facto e de direito que suportam e justificam a decisão e a indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, ou ainda a falta da decisão condenatória ou absolutória, produzem a nulidade da sentença”³¹

A falta de apenas alguns factos determinará, se relevantes, a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada ao abrigo do artigo 410.º, n.º 1, al. a).

Por seu turno, a insuficiência da motivação da decisão de facto, representará uma deficiência que, não recaindo num qualquer erro notório na apreciação da prova, ou não assumindo uma gravidade tal que possa ser equiparável a uma autêntica falta de fundamentação (como seria o

³⁰ *Idem*, p. 139 e 140.

³¹ Oliveira Mendes, *Idem*, p. 1181.

caso de a motivação da decisão de facto ser puramente genérica e abstrata, sem qualquer referência concreta aos meios de prova, nem produzindo sobre eles qualquer exame crítico concreto), só poderá, em princípio, ser atacada por via da impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto, nos termos do artigo 412.º, n.os 3, 4 e 6, do CPP.

No sentido da ausência de uma tal nulidade, foi decidido que “a nulidade decorrente da não observância do preceituado no artigo 374.º, do CPP, só ocorre quando não existir o exame crítico das provas e não também quando forem incorretas ou passíveis de censura as conclusões a que, através dele, o tribunal *a quo* chegou” – Ac. TRG, de 23-03-2015, P.º 863/11.4GAFAF.G1.

Fora dos casos ali previstos, isto é, da conjugação da al. a) do n.º 1 do artigo 379.º com o artigo 374.º, n.º 2, e n.º 3, al. b), do CPP, as situações em que falte alguma das menções referidas no artigo 374.º do CPP, que não seja fundamento de nulidade, deverá o tribunal que proferiu a sentença proceder, oficiosamente ou a requerimento, à correção da mesma – artigo 380.º, n.º 1, al. a), do CPP –, ou seja, quando na sentença se omitam as menções referidas no n.º 1 e no n.º 3, al. a) e c) a e), e n.º 4 – indicações no relatório tendentes a identificar o arguido, o assistente e as partes civis; indicação do crime ou dos crimes imputados ao arguido, segundo a acusação ou a pronúncia, se a tiver havido; indicação sumária das conclusões contidas na contestação, se tiver sido apresentada; no dispositivo da sentença, a indicação das disposições legais aplicáveis; a indicação do destino a dar a coisas ou objetos relacionados com o crime, com expressa menção das disposições legais aplicadas; a ordem de remessa de boletins ao registo criminal; a data e as assinaturas dos membros do tribunal; e ainda a observância do disposto no CPP e no Regulamento das Custas Processuais em matéria de custas.

Ainda com fundamento na al. b) do n.º 1 do mesmo artigo, deverá também proceder-se à retificação de qualquer erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade, cuja eliminação não importe modificação essencial (pois, neste âmbito, esgotou-se ou extinguiu-se o poder jurisdicional do juiz – artigo 613.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* artigo 4.º do CPP).

A correção da sentença deverá ser feita pelo tribunal de recurso, se a não observação integral do disposto no artigo 374.º, n.º 1, n.º 3, al. a), c), d), e), e n.º 4, do CPP, ou se a deteção de qualquer erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade, cuja eliminação não importe modificação essencial, houver sido detetada ou suscitada no âmbito do conhecimento do recurso, e tal correção possa ser aí realizada.

Mas, por exemplo, o tribunal de recurso não poderá suprir a falta de data e assinatura da sentença. Para isso terá de fazer baixar o processo à primeira instância.

Ao contrário das nulidades da sentença do artigo 379.º, n.os 1, al. a), b) e c), que deverão ser arguidas no recurso e só não havendo recurso é que poderão ser arguidas perante o próprio tribunal que proferiu a sentença³², nos casos de retificação da sentença, à luz do artigo 380.º, os erros, lapsos, ambiguidades, obscuridades e omissões aqui previstos podem ser invocados e

³² No prazo de 10 dias – artigo 105.º, nº 1, do CPP, caso não admitia recurso ordinário.

pedida a sua retificação independentemente da interposição do recurso, assim como devem ser conhecidos e retificados oficiosamente pelo tribunal – artigo 380.º, n.º 1, do CPP.

Arguida alguma nulidade da sentença no recurso, incumbirá ao tribunal que a proferiu pronunciar-se sobre ela e supri-la, antes de mandar subir o recurso, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 379.º, n.º 2, e 414.º, n.º 4, do CPP (ou seja, tendo em conta o disposto neste último artigo, o tribunal, antes de ordenar a remessa do processo ao tribunal superior, deverá sustentar ou reparar aquela decisão, suprindo as nulidades arguidas, descritas no artigo 379.º do CPP).

Poderá também, oficiosamente ou a requerimento, proceder à correção da sentença, nos termos do artigo 380.º (lapso, erro, obscuridade e ambiguidade que não importe alteração essencial – ou omissões do artigo 374.º que não caibam no artigo 379.º, nomeadamente a reforma da decisão quanto a custas.

A decisão que indefere o pedido de correção não será recorrível, por aplicação do artigo 617.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* artigo 4.º do CPP – neste sentido, Juiz Conselheiro Oliveira Mendes, já na vigência do artigo 670.º, n.º 2, do anterior CPC³³.

Todavia, sendo requerida a retificação da sentença, ao abrigo do artigo 380.º, do CPP, o prazo de interposição do respetivo recurso conta-se na mesma a partir da data do depósito da sentença, nos termos do artigo 411.º, n.º 1, al. b), do CPP.

Na vigência do anterior artigo 670.º do CPC havia fundamento para, num certo entendimento, permitir a contagem do prazo de interposição de recurso apenas a partir da notificação da decisão proferida sobre o pedido de retificação. Assim sendo, com a mesma lógica interpretativa, será agora de negar uma tal possibilidade, face ao atual artigo 617.º do CPC³⁴, ao considerar no seu n.º 2 que o despacho proferido sobre a retificação será tido como complemento e parte integrante da sentença, ficando o recurso interposto a ter como objeto a nova decisão, podendo o recorrente, no prazo de 10 dias, desistir do recurso interposto, alargar ou restringir o respetivo âmbito, em conformidade com a alteração sofrida pela sentença, podendo o recorrido responder a tal alteração, no mesmo prazo. E nos termos do n.º 4, se o recorrente, por ter obtido o suprimento pretendido, desistir do recurso, pode o recorrido, no mesmo prazo, requerer a subida dos autos para decidir da admissibilidade da alteração introduzida na sentença, assumindo, a partir desse momento, a posição de recorrente.

³³ Obra citada, p. 189.

³⁴ Diz o artigo 617.º do CPC:

1 – *Se o pedido de retificação for suscitado no âmbito de recurso interposto da sentença, compete ao juiz apreciá-la no próprio despacho em que se pronuncia sobre a admissibilidade do recurso, não cabendo recurso da decisão de indeferimento.*

2 – *Se o juiz suprir a nulidade ou reformar a sentença, considera-se o despacho proferido como complemento e parte integrante desta, ficando o recurso interposto a ter como objeto a nova decisão.*

3 – *No caso previsto no número anterior, pode o recorrente, no prazo de 10 dias, desistir do recurso interposto, alargar ou restringir o respetivo âmbito, em conformidade com a alteração sofrida pela sentença, podendo o recorrido responder a tal alteração, no mesmo prazo.*

Ou seja, havendo recurso, e decidida a retificação, esta fará parte integrante da decisão recorrida e deverá ser impugnada no recurso que dela vier a ser interposto, se ainda estiver em tempo, pois não existe agora norma análoga à do antigo artigo 670.º, n.º 1, do CPC, que permitia a interposição de recurso no prazo de 15 dias a contar da decisão proferida sobre o requerimento de retificação.

Aliás, no sentido de que a contagem do prazo para interpor recurso, nestes casos, se faz a partir do depósito da sentença, já antes do novo CPC, Ac. do TRP, de 06/06/2012, P.º 1476/04.2JAPT.P1 e de 29/01/2014, P.º n.º 110/04.5TALSD.P1 – cf. ainda Ac. do TC, n.º 403/2013 de 15/07 e Ac. do mesmo Tribunal, n.º 253/2014, de 28/04, que confirmou em plenário aquele primeiro Acórdão, não julgando constitucional a interpretação dos artigos 380.º e 411.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, com o sentido de que o prazo para interposição do recurso começa e continua a correr a partir do termo inicial previsto no referido artigo 411.º, n.º 1, mesmo quando o arguido, ao abrigo do disposto no artigo 380.º, n.º 1, alínea b), tenha requerido a correção da sentença.

Procurando-se deste modo pôr termo à utilização abusiva dos incidentes pós-decisórios como forma de prolongar no tempo o desfecho dos processos em tribunal.

Se a retificação for de acórdão a mesma caberá ao tribunal coletivo, e nela terão de intervir todos os juízes que o compõem, sob pena de nulidade insanável – artigo 119.º, al. e), do CPP³⁵.

B – Condenação por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, sem prévio cumprimento do disposto nos artigos 358.º e 359.º do CPP

Ocorrendo uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, com relevo para a decisão da causa, deverá ser dado cumprimento ao disposto no artigo 358.º, n.º 1, do CPP. A não ser que tal alteração derive de factos alegados pela defesa.

Se na sequência de uma tal alteração for proferida sentença, sem que o presidente do tribunal, oficiosamente ou a requerimento, comunique a alteração ao arguido e lhe conceda, caso este o requeira, tempo estritamente necessário para a preparação da defesa, tal sentença padecerá da nulidade prevista no artigo 379.º, al. b), do CPP.

Mas havendo quem defende que tal nulidade já não ocorrerá se o não cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 358.º respeitar a uma mera alteração da qualificação jurídica, por os factos descritos na acusação ou na pronúncia se manterem os mesmos, estando em causa apenas o cumprimento do disposto no artigo 358.º, n.º 3, pois aqui não ocorre qualquer alteração factual (“factos diversos”) que a nulidade prevista no artigo 379.º, n.º 1, al. b), pressupõe.³⁶ Neste sentido, também Ac. do TRL, de 22/11/2012, P.º 1667/10.7TDLSB.L1-9: “A condenação do arguido por uma qualificação diferente dos factos constantes da acusação ou

³⁵ Pereira Madeira, *Idem*, p. 1189.

³⁶ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 189.

da pronúncia, sem o cumprimento do disposto no artigo 358.º/1 do CPP, não integra a nulidade prevista no artigo 379.º/1-b) do CPP”.

Mas em sentido contrário, Ac. do TRP, de 18/05/2008, P.º 143/10.2GBSTS.P1, Ac. do TRC, de 04/06/2008, CJ, 2008, T 3, pág. 52, e Ac. do TRC, de 22/02/2017, P.º 19/16.0GAFIG.C1: “A condenação do arguido por crime de ameaça agravada, o qual vinha acusado por um crime de violência doméstica, do qual foi absolvido, sem que o tribunal *a quo* tenha comunicado previamente a alteração da qualificação jurídica, nos termos do artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, para aquele se pronunciar sobre o novo enquadramento penal dos factos, tem como consequência a nulidade da sentença, prevista no artigo 379.º, n.º 1, al. b), do mesmo diploma legal.”

Tratando-se de alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, a mesma não poderá ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso – n.º 1 do artigo 359.º do CPP. Ressalvando-se os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal, concedendo o presidente ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário – artigo 359.º, n.ºs 3 e 4. Sendo proferida sentença condenatória, na qual se tomou em conta uma alteração substancial, sem o prévio cumprimento dos preceitos acima referidos, tal sentença será nula, nos termos do disposto no artigo 379.º, n.º 1, al. b), do CPP.

O que a lei não exige, nem materialmente se justificaria que exigisse, é além da mera comunicação dos factos que traduzam uma alteração dos descritos na acusação ou na pronúncia, também a comunicação das provas que pudessem sustentar uma tal alteração, tanto mais que após a comunicação da alteração poderão ainda vir a ser produzidas mais provas, tanto as que faltam produzir, já indicadas, como outras que venham ainda a ser requeridas ou determinadas, quer ao abrigos dos artigo 358.º, n.º 1, e 359.º, n.º 4, no exercício do direito de defesa relativamente aos factos objeto de alteração, quer ao abrigo do artigo 340.º do CPP.

– Em processo por crime de condução perigosa de veículo ou por crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, não constando da acusação ou da pronúncia a indicação, entre as disposições legais aplicáveis, do n.º 1 do artigo 69.º do Código Penal, não pode ser aplicada a pena acessória de proibição de conduzir ali prevista, sem que ao arguido seja comunicada, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 358.º do Código de Processo Penal, a alteração da qualificação jurídica dos factos daí resultante, sob pena de a sentença incorrer na nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º deste último diploma legal – Ac. do STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 7/2008, DR, I Série, de 30-07-2008;

– É nula a sentença que condenar o arguido por crime diverso do que constava da acusação ou por crime que importe a agravação dos limites máximos das sanções

aplicáveis, se a nova qualificação jurídica foi comunicada ao arguido como alteração não substancial. A nulidade prevista no artigo 379.º, n.º 1, al. b), do CPP só é possível de suprir pelo tribunal *a quo* – Ac. do TRL, de 2-12-2009, CJ, 2009, T5, pág.127.

– Caso o Tribunal adite na sentença o carácter “livre” da conduta do agente sem que cumpra previamente o disposto no artigo 359.º do Código de Processo Penal, a sentença proferida é nula nos termos do artigo 379.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal, devendo o Tribunal de recurso ordenar, em princípio, a remessa dos autos ao Tribunal recorrido a fim de o mesmo comunicar a alteração substancial em causa com observância do preceituado naquela primeira disposição legal. Se além daquele vício a sentença enferma igualmente de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito, justifica-se o reenvio do processo para novo julgamento, sendo que na situação em causa tal determina a remessa dos autos para tramitação subsequente sob a forma comum – e não sumária – Ac. do TRG, de 22-11-2010, p.º 114/09.GFPRT.G1.

– A alteração na sentença da participação do agente constante da acusação, de coautor para cúmplice, traduz alteração não substancial dos factos, havendo que cumprir o preceituado no n.º 1 do artigo 358.º do CPP. A não notificação da arguida da referida alteração da qualificação jurídica antes da prolação da sentença consubstancia a nulidade da sentença prevista na al. b) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP – Ac. TRC de 1-06-2011, CJ, T III, pág.65.

– A noção de crime diverso, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 1.º, n.º 1, al. f), e 359.º, ambos do CPP, não é atinente apenas à imputação de crime previsto em diferente normativo legal, cabendo também naquele conceito o ilícito penal previsto na mesma norma, mas cometido noutras circunstâncias quanto a algum dos elementos essenciais do tipo. Tanto ocorre alteração substancial quando diverso é o contexto objetivo do cometimento do crime, como quando diferente se revelam os parâmetros subjetivos da sua perpetração, mormente a intenção, quando ela integra o respetivo tipo legal. Integrando a sentença, a nível subjetivo, substrato factológico sem qualquer coincidência com a factualidade descrita na acusação, traduzindo essa realidade, por conseguinte, uma alteração substancial dos factos, a condenação do arguido tendo por base os novos factos, sem observação do disposto no artigo 359.º, n.º 1, do CPP, do mesmo diploma, conduz à nulidade da dita peça processual [cf. artigo 379.º, n.º 1, al. b)], a implicar a reabertura da audiência, no tribunal da 1.ª instância, para cumprimento do preceituado na primeira das duas referidas normas – Ac. TRC, de 24.05.2017, p.º 2642/11.0TACBR.C1.

C – Nulidade por omissão de pronúncia ou excesso de pronúncia – al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP

No primeiro segmento da norma, o tribunal deixa de se pronunciar sobre questão ou questões que legalmente se impõe que o tribunal conheça, seja porque as deva conhecer oficiosamente, seja porque foram suscitadas pelos sujeitos processuais.

Relativamente ao pedido cível, a pronúncia em excesso referida na al. c) deverá ser também entendida com o sentido e alcance que é dado pela norma do artigo 615.º, n.º 1, al. d), do CPC, isto é, a sentença não poderá condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do que se pedir. Ainda que tal aplicação se dê por via do artigo 4.º do CPP.

Só não constituirá omissão de pronúncia aquela omissão que se refira a questão cuja decisão haja ficado logicamente prejudicada pela solução dada a outras questões – artigo 608.º, n.º 2, do CPC, *ex vi* artigo 4.º do CPP.

Sendo que uma tal falta de pronúncia tem por objeto a omissão do dever de pronúncia “sobre questões e não sobre os motivos ou argumentos invocados pelos sujeitos processuais (...) em sustentação das questões que submetem à apreciação do tribunal, entendendo-se por questão o dissídio ou problema concreto a decidir e não os simples argumentos, razões, opiniões ou doutrinas expendidos pela parte em defesa da sua pretensão”³⁷.

Exemplos de omissão de pronúncia:

- Omissão de pronúncia relativamente a algum dos crimes imputados ao arguido na acusação ou na pronúncia;
- Omissão de pronúncia sobre o pedido de indemnização cível;
- Omissão de aplicação de perdão ou amnistia, quando aplicável;
- Omissão de pronúncia sobre a prescrição do procedimento criminal, tendo ela já ocorrido à data da sentença;
- Omissão sobre a aplicação de pena acessória;
- Omissão sobre a possibilidade de aplicação das penas de substituição;
- Omissão da ponderação da possibilidade de aplicação do regime penal aplicável a jovens delinquentes – DL n.º 401/82, de 23 de setembro;

³⁷ Oliveira Mendes, *Idem*, p. 1182; e ac. do STJ, de 15/12/2011, p.º nº 17/09.0TELSB.L1.S1.

– Quando seja invocada a legítima defesa pelo arguido na contestação e o tribunal não se pronuncie sobre ela – e não ocorra insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, pois neste caso, precipuamente à omissão, teremos essa insuficiência.

– Sendo plausível a convolação do crime de furto, do qual o arguido veio a ser absolvido, para o crime de furto de uso de veículo, deverá o tribunal pronunciar-se expressamente sobre uma tal convolação, sob pena de a sentença que vier a ser proferida padecer de nulidade por omissão de pronúncia. E dando-se como provados factos constitutivos do tipo objetivo do crime de furto de uso de veículo, nomeadamente a utilização de veículo sem autorização de quem de direito, mas deixando-se de fora do objeto da prova os factos que pudessem integrar o tipo subjetivo, padecerá a sentença ainda de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada – Ac. Do TRP, de 10/07/2019, P.º n.º 993/16.6PIVNG.P1;

– Mas o facto do Tribunal da Relação não se ter pronunciado sobre a alegada utilização de prova proibida, referente a escutas telefónicas, não consubstancia omissão de pronúncia quando tais escutas não serviram para a formação de convicção do tribunal na decisão condenatória – Ac. STJ de 9-06-2011, CJ (STJ), T II, pág. 186.

– A nulidade de sentença por omissão de pronúncia refere-se a questões e não a razões ou argumentos invocados pela parte ou pelo sujeito processual em defesa do seu ponto de vista. O que importa é que o tribunal decida a questão colocada e não que tenha que apreciar todos os fundamentos ou razões que foram invocados para suporte dessa pretensão – Ac. TRC, de 28/09/2018, p.º 480/09.9JALRA.C1

– A pronúncia cuja omissão determina a consequência prevista no artigo 379.º, n.º 1, al. c), do CPP – a nulidade da sentença – deve incidir sobre problemas, os concretos problemas, as questões específicas sobre que é chamado a pronunciar-se o tribunal (*o thema decidendum*), e não sobre motivos ou argumentos; é referida ao concreto objeto que é submetido à cognição do tribunal e não aos motivos ou razões alegadas. A doutrina e jurisprudência distinguem entre questões e razões ou argumentos; a falta de apreciação das primeiras consubstancia a verificação da nulidade; o não conhecimento dos segundos, será irrelevante – Ac. do STJ, de 15/12/2012, p.º 17/09.0TELSB.L1.S1;

– A omissão de pronúncia sobre a questão da não suspensão da execução da pena de prisão, imposta a cada um dos arguidos em medida superior (antes de 3 anos e, presentemente, de 5 anos de prisão) constitui nulidade que deve ser suprida pelo tribunal “a quo” – Ac. do STJ, de 10-10-2007, CJ (STJ), 2007, T3, pág. 210.

– Há nulidade da sentença, a qual é de conhecimento oficioso, por omissão de pronúncia, prevista no artigo 379.º, n.º 1, al. c), do CPP, quando tenha havido condenação do arguido por crime de violência doméstica e o tribunal não tenha ponderado o arbitramento de indemnização à vítima, de acordo com os artigo 82.º-A, n.º 1, do CPP e 21.º, n.º 2, da Lei 112/2009, de 16/9, sempre que a vítima não deduzir

pedido civil nos autos e não se tenha expressamente oposto à sua atribuição, questão que, nestas condições, deve ser objeto de decisão com observância do contraditório – Ac. do TRC, de 06/07/2017, p.º 267/14.7PAMGR.C1

Mas o mesmo deverá valer para as vítimas especialmente vulneráveis – Artigo 16.º, n.º 2, do Estatuto da Vítima, Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro – “*Há sempre lugar à aplicação do disposto no artigo 82.º-A do Código de Processo Penal em relação a vítimas especialmente vulneráveis, exceto nos casos em que a vítima a tal expressamente se opuser.*” Sobre o conceito de vítima especialmente vulnerável, ver artigo 67.º-A, n.º 1, al. b), do CPP.

- A omissão de pronúncia na sentença sobre a aplicação ou não, no caso, do Regime Penal Especial Para Jovens (D.L. n.º 401/82, de 23/09) consubstancia nulidade que é de conhecimento oficioso (artigo 379.º, n.ºs 1, al. c), e 2, do C. Proc. Penal) – Ac. TRC de 23-05-2012, P.º 174/07.0PCCBR.C1, e Ac. do TRE, de 2016-06-2, p.º n.º 222/11.9GBCTX.E1.
- O tribunal não está dispensado de considerar, na decisão, a pertinência ou inconveniência da aplicação do regime decorrente do DL 401/82, de 23-09, ainda que o julgue inaplicável, razão pela qual o tribunal *a quo* estava obrigado a pronunciar-se sobre se aquele regime é de aplicar ou não à arguida (tinha 20 anos à data da prática dos factos). Não tendo o tribunal *a quo* emitido pronúncia sobre a aplicação ou não daquele regime, a sentença enferma de nulidade, conforme estabelece a al. c) do n.º 1 do artigo 379.º do CPP. Atenta a circunstância de os autos disporem de todos os elementos necessários à decisão da eventual aplicação do regime penal especial para jovens, pode tal nulidade ser suprida pelo STJ, tanto mais que de acordo com a redação introduzida pela Lei 20/13, de 21-02, ao n.º 2 do artigo 379.º do CPP, passou a constituir um dever do tribunal de recurso o suprimento das nulidades da sentença recorrida – Ac. do STJ, de 04/06/2014, p.º 262/13.3PVLSB.L1.S1.
- A nulidade por omissão de diligências (artigo 120.º, n.º 1, al. d), do CPP), não sendo uma nulidade da sentença, mas uma nulidade do procedimento, não pode estar sujeita ao regime do artigo 379.º, mas ao regime de invocação e sanação das nulidades em geral, decorrente dos artigos 120.º e 121.º, do mesmo Código, pelo que tinha de ser invocada no prazo de dez dias (artigo 105.º, n.º 1, do CPP), se outra coisa não resultar do n.º 3 do mesmo artigo 120.º, nomeadamente da sua alínea a), que impõe que a nulidade deve ser arguida ‘antes que o acto esteja terminado’, tratando-se de nulidade de ato a que o interessado assista – Ac. do TRL, de 19-02-2013, p.º 475/08.0SZLSB.L1-5.
- A sentença não tem que constituir um repositório de todas as possíveis penas previstas em abstrato no Código. Bastando que da motivação resulte, de forma fundamentada, em concreto, aquela que dentro das múltiplas penas de substituição é tida por mais ajustada ao caso concreto. Não faz sentido exigir que o tribunal enuncie, em abstrato, todas as penas aplicáveis e afaste, uma a uma, a sua aplicação, quando da opção fundamentada por uma elas resulta o afastamento das restantes ou quando os

pressupostos das não aplicadas não se mostram verificados em concreto – Ac. do TRC, de 25-09-2013, p.º 33/13.7PAPBL.C1;

– Ao suspender a execução da pena aos arguidos sem condicionar essa suspensão ao pagamento ao Estado da prestação tributária e legais acréscimos exigidos obrigatoriamente no art.14.º, n.º 1, do RGIT, e não emitindo qualquer juízo de prognose de razoabilidade acerca da satisfação dessa condição legal por parte dos condenados, tendo em conta a sua concreta situação económica, presente e futura, como o acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 8/2012 impunha, verifica-se a nulidade da sentença, por omissão de pronúncia, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP – Ac. TRC de 20.03.2018.

Acórdãos de fixação de jurisprudência – artigo 379.º do CPP

– Não é insanável a nulidade da al. a) do artigo 379.º do CPP de 1987, consistente na falta de indicação na sentença penal das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, ordenada pelo artigo 374.º, n.º 2, parte final do mesmo Código, por isso não lhe sendo aplicável a disciplina do corpo do artigo 119.º daquele diploma legal – Assento STJ n.º 180/92 , DR, I Série, de 6-08-92;

– Em processo por crime de condução perigosa de veículo ou por crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, não constando da acusação ou da pronúncia a indicação, entre as disposições legais aplicáveis, do n.º 1 do artigo 69.º do Código Penal, não pode ser aplicada a pena acessória de proibição de conduzir ali prevista, sem que ao arguido seja comunicada, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 358.º do Código de Processo Penal, a alteração da qualificação jurídica dos factos daí resultante, sob pena de a sentença incorrer na nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º deste último diploma legal – Ac. do STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 7/2008, DR, I Série, de 30-07-2008;

– A falta de descrição, na acusação, dos elementos subjetivos do crime, nomeadamente dos que se traduzem no conhecimento, representação ou previsão de todas as circunstâncias da factualidade típica, na livre determinação do agente e na vontade de praticar o facto com o sentido do correspondente desvalor, não pode ser integrada, em julgamento, por recurso ao mecanismo previsto no artigo 358.º do Código de Processo Penal – Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2015 – Diário da República n.º 18/2015, Série I, de 2015-01-27;

– Em julgamento de recurso interposto de decisão absolutória da 1.ª instância, se a relação concluir pela condenação do arguido deve proceder a determinação da espécie e medida da pena, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 374.º, n.º 3, alínea b), 368.º, 369.º, 371.º, 379.º, n.º 1, alíneas a) e c), primeiro segmento, 424.º, n.º 2, e 425.º, n.º 4, todos do Código de Processo Penal – Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 4/2016, de 22 de fevereiro;

– No processo de determinação da pena por crime de abuso de confiança fiscal, p. e p. no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT, a suspensão da execução da pena de prisão, nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal, obrigatoriamente condicionada, de acordo com o artigo 14.º, n.º 1, do RGIT, ao pagamento ao Estado da prestação tributária e legais acréscimos, reclama um juízo de prognose de razoabilidade acerca da satisfação dessa condição legal por parte do condenado, tendo em conta a sua concreta situação económica, presente e futura, pelo que a falta desse juízo implica nulidade da sentença por omissão de pronúncia – Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2012, D.R. n.º 206, Série I, de 2012-10-24).

Vídeo da apresentação



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



5. Dosimetria da pena: fundamentos, critérios e limites

Manuel José Carilho de Simas Santos

Pedro Freitas

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

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 também 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 combinadas 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 fixados em lei anterior;
- (ii) Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente combinadas 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 (eminente 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 proporcionalidade¹¹**, 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 fenômeno.

(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 recurrentes (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 conterá 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 *aggravantes 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

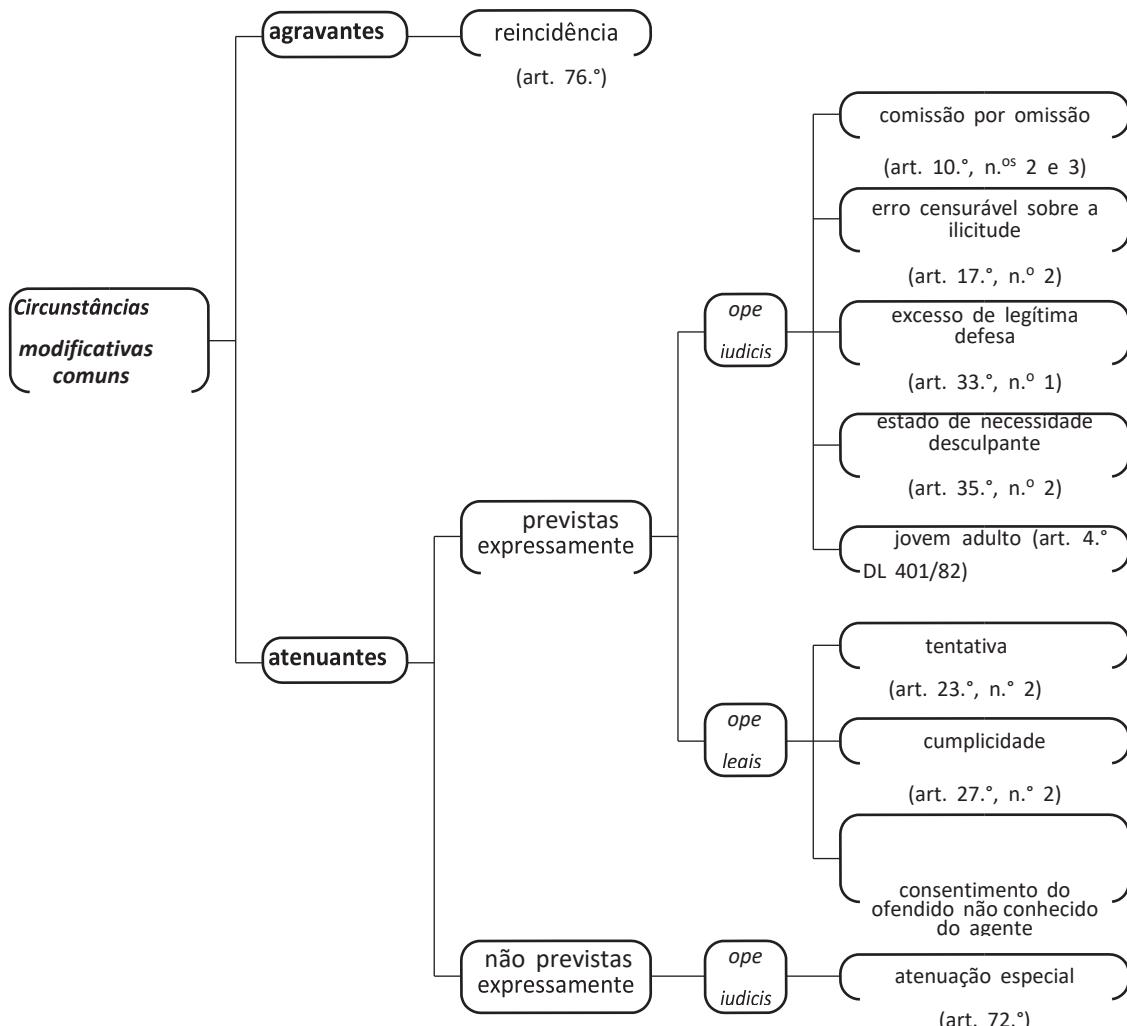
²⁰ Como o homicídio qualificado do art. 132.º

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 caráter 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 outro, 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 *concurso 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 *concurso 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 «salvaguarda 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 vêm 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 inoculação 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 pena “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”³⁴³⁵.

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 inocuação – 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 inocuação” (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 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 proteção 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. Desta 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 proteção dos bens jurídicos. Este o entendimento de Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, 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 proteção, 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, *Direito 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: desmantelamento, reforço e parálisia 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.º 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 revisitar 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 graus***⁵⁴ – 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

Não é incomum o entendimento de que o legislador português, nos arts. 71.º e 72.º, se decidiu pela *teoria da margem de liberdade*, por 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):

- Cculpa 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 esperá, 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 consumar, 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:

– Não se pode recorrer às circunstâncias que fazem parte do tipo legal do crime (n.º 2 do art. 71.º)	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
– Os sentimentos manifestados no	São os elementos que caracterizam a atitude interna ou atitude moral do delinquente e que não cabem no dolo, nem nos

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 constituisse 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: 1º 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 diminuírem 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 relate 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 esticão», 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 crie 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 partidão 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 címulos, 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 attenuação 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 provação 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 *séries 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 consequente 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 indicar 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 obstat 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:

- *Límite mínimo* – elevado de 1/3;
- *Límite 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 címulo 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 entre 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, acrescendo esse címulo 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 ilesos;
 - 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 címulo 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 címulo) 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 címulo *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 címulo 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 címulo 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 noutro ou outros 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 constitucionais 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 1202/99-5^a e de 01.04.24, proc. n.º 3413/00-5^a.

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 cômulo 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 ver “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 tardeamente 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, comprehende-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 noutro 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 alcada 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>

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Anexo - Estado da Doutrina das Consequências Jurídicas em Portugal*
Manuel José Carilho de Simas Santos
Pedro Freitas

* Para complementar o texto "Dosimetria da pena: fundamentos, critérios e limites", e com autorização dos seus autores, pela relevância do estudo e pela sua utilidade pública-se também o presente texto, inicialmente publicado em "O Estado da Doutrina das Consequências Jurídicas em Portugal", em separata.

C E N T R O
D E ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

MANUEL SIMAS SANTOS
PEDRO FREITAS

O ESTADO DA
DOUTRINA DAS
CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS EM
PORTUGAL

SEPARATA DO LIVRO
A COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS



MANUEL SIMAS SANTOS
PEDRO MIGUEL FREITAS

A COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS

O ESTADO DA DOUTRINA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS
EM PORTUGAL

COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Recomendação n.º R (92) 17, de 92.10.19 do Conselho da Europa

DISPARIDADES NA APLICAÇÃO DAS PENAS: CAUSAS E SOLUÇÕES
Oitavo Colóquio Criminológico (1987)



2018

ÍNDICE

Nota de Abertura.....	9
O estado da doutrina das consequências jurídicas em Portugal.....	11
Da cooperação legislativo-judicial na determinação da medida da pena: o ponto de partida.....	18
Da amplitude das molduras abstratas	23
Da determinação da medida concreta da pena.....	29
A determinação da medida da pena no Código Penal português	31
Considerações finais	41
Bibliografia	43

Recomendação n.º R(92)17 do Conselho da Europa

Anexo à recomendação

A. Princípios base da aplicação das penas.....	49
B. Estrutura das Penas.....	50
C. Factores agravantes e atenuantes.....	53
D. Condenações anteriores	53
E. Obrigação de motivar as penas.....	54
F. Proibição da <i>reformatio in pejus</i>	54
G. Tempo passado em detenção	54
H. Papel do Ministério Público.....	55
I. Estudos e informação em matéria de aplicação das penas.....	55
J. Estatística e investigação	55
K. Cooperação europeia no que respeita à informação sobre a aplicação das penas.....	56

NOTA DE ABERTURA

Com a obra que agora se dá à estampa pretendemos cumprir sobre tudo dois objetivos. Em primeiro lugar, enfatizar a urgência de uma reflexão profunda, de natureza eminentemente político-criminal e dogmática, embora orientada, como não podia deixar de ser, pelos estudos oferecidos pela criminologia, em torno das consequências jurídicas e, em particular, quanto ao modelo de determinação da medida da pena e sua concretização prática no ordenamento jurídico-português. Trata-se de um tema que, dentro da constelação de problemáticas usualmente analisadas pela doutrina portuguesa, não tem granjeado atenção e interesse coadunáveis com a sua importância teórico-prática. O contributo que humildemente aqui apresentamos é, sabemos, singelo atendendo à imensidão e complexidade de questões que este tema demanda. Esperamos, porém, que o traçar das linhas essenciais do estado atual das consequências jurídicas constitua alento suficiente para (re)despertar a comunidade jurídica portuguesa para a premência e utilidade da investigação científica sobre as consequências jurídicas. Em segundo lugar, moveu-nos no sentido da publicação a oportunidade de divulgarmos o texto, em língua portuguesa, da Recomendação N.º R(92) 17, de 92.10.19, relativa à coerência na aplicação das penas. Estamos certos que este documento constituirá um instrumento de grande utilidade para a reflexão no domínio que nos ocupa.

Aproveitamos este espaço para deixar uma palavra de profundo agradecimento ao Dr. Marcelo Correia Ribeiro, responsável pela tradução da Recomendação N.º R(92) 17, que muito gentilmente nos concedeu autorização para aqui a incluirmos.

Porto, Dezembro de 2018

O ESTADO DA DOUTRINA DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS EM PORTUGAL

É consabido que o direito penal corresponde a um ramo jurídico, de atuação subsidiária e fragmentária¹, eminentemente caracterizado pelas suas consequências jurídicas. Se relembrarmos o conceito de direito penal delineado por Figueiredo Dias, de acordo com o qual este corresponde a “conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo do direito”², verificamos que as consequências jurídico-penais, quer pela sua natureza quer pela sua função e finalidades, assumem aqui um papel muito específico que distinguem o direito penal de qualquer outro ramo jurídico, mesmo daqueles com uma dimensão igualmente sancionatória. De modo que se pode afirmar que a impostação sistémica de uma norma legal no seio do direito penal depende claramente de uma ordem relacional com as consequências jurídico-penais. É porventura uma conclusão simples na sua formulação, que pouco ou nada contribui para a percepção do seu conteúdo material³, mas tem o indelével mérito de assinalar o que em definitivo pertence ao direito penal. Não se pretende com isto defender que no direito penal tudo se reconduz às consequências jurí-

¹ Fernando Torrão, «Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção: perspectiva pluridisciplinar», em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, ed. Manuel da Costa Andrade et al. (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), 331–62.

² Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.^a ed., 2.^a reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 5.

³ Germano Marques Silva, *Direito penal português, Parte geral, Volume I, Introdução e teoria da lei penal*, 3.^a ed. (Lisboa: Verbo, 2010), 31.

dicas – pena ou medida de segurança – ou que estas constituam fórmulas interpretativas dos preceitos penais: uma configuração teleológico-funcional do sistema penal *pela* e *para* a pena⁴. Mas não será arriscado, porém, defender que, por um lado, o direito penal gravita especialmente em redor de dois núcleos, indissociáveis entre si, o crime e a pena⁵, e, por outro, a pena, mais não seja pela razão acima aludida, detém posição de particular importância no domínio jurídico-penal⁶.

Seria, pois, natural que o processo de conexão ou ligação da consequência jurídico-penal a um concreto comportamento merecesse por parte dos estudiosos da ciência penal, nomeadamente em Portugal, especial atenção. Não podíamos estar mais longe da verdade. É certo que, como anota Anabela Miranda Rodrigues⁸, o tópico da determinação da pena assistiu, a partir da segunda metade do século XX, designadamente com a publicação em 1967 do *Strafzumessungsrecht* de Bruns, a uma progressiva e sólida densificação na doutrina alemã, à qual a doutrina portuguesa não permaneceu indiferente. No entanto, sobrevém ainda hoje uma certa

⁴ Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 5, postula que “[d]eve, nesta acepção, afirmar-se que o direito penal e a sua ciência se orientam “para o resultado” (sc., para a consequência jurídica) e devem, a partir dele, ser definitivamente adquiridos e fixados”. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2004), 21–22 e 221–23, por seu turno, desloca o ponto referencial (*Bezugs-punkt*), que Eberhard Schmidhäuser havia colocado num elemento intersistemático – a pena –, para o bem jurídico e, reflexamente, a danosidade social, introduzindo, assim, valências hermenêuticas que que excedem as linhas divisórias do sistema penal.

⁵ Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de direito penal, Parte geral, I-II*, reimpr. (Coimbra: Almedina, 2010), 8 (salvo indicação em contrário, o número de página refere-se à Parte II da obra).

⁶ Não ignoramos, porém, que no catálogo sancionatório português surge ainda a medida de segurança, embora esta se ligue não ao crime (ou à culpa), mas antes ao facto ilícito típico e à perigosidade do agente.

⁷ Não podemos esquecer, aqui, a definição de crime avançada pelo Código de Processo Penal (CPP), no seu artigo 1.º, al. a): Crime é o “conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”. Sobre o conceito de pena, Germano Marques Silva, «O conceito europeu de pena e a sua relevância no Direito interno português», em *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. 6 (Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012), 729740.

⁸ Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção* (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), 11–14.



secundarização deste *topos* enquanto objeto de estudo científico dos cultores do direito penal.

Talvez o manto da subjetividade que se aponta ao processo de determinação da medida da pena continue a motivar o aludido afastamento da maioria dos penalistas e, em sentido inverso, a trazer ao terreiro investigadores dedicados à psicologia da justiça, entre outras ciências. Porém, diante da centralidade da função das sanções penais para a própria realização do direito penal, (des)credibilização do sistema de justiça penal e cumprimento do programa político-criminal inscrito na lei fundamental, esta questão, de natureza dogmática e não apenas político-criminal⁹ e hierarquia jurídico-científica idêntica àquela habitualmente apontada à doutrina geral do crime, merece, mais do que uma revisitação, um contínuo aprofundamento e tratamento doutrinal sistemático.

De facto, a colocação em crise da visão tradicional sobre a ciência conjunta do direito penal veio igualmente abalar a ideia das consequências jurídicas como algo pertencente exclusivamente à política-criminal. Assim, como consequência do burilar da questão controversíssima do estatuto e hierarquia que cada uma das ciências criminais – dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia – ocupa na ciência conjunta do direito penal, passou a adotar-se a posição de que a dogmática não mais é, parafraseando Franz von Liszt, “barreira intransponível da política criminal”. De “mera *ancilla* da dogmática” a um estatuto de transcendência e domínio na ciência conjunta do direito penal, as proposições da política criminal conheceram enorme evolução metodológica. Aliás, no modo atual de ver as coisas, detêm elas a tarefa de fornecer o padrão crítico a partir do qual se cunham e determinam, numa ótica de unidade cooperativa ou funcional¹⁰, as categorias e conceitos estruturais da dogmática, tanto numa perspetiva de *iure constituendo* como – sobretudo – de *iure constituto*¹¹. Estas duas ciências não coexistem hermeticamente. Seria assim se a política criminal – com a função própria que tem de estabelecer o rumo, criminologicamente sustentado, da luta contra o crime, a ser con-

⁹ Rodrigues, 12 e Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal português, Parte geral, Tomo II, As consequências jurídicas do crime*, 2.ª reimp. (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 39–41.

¹⁰ Dias, *Direito Penal I*, 2012, 34 e 38.

¹¹ Essencial, Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde, 2.ª ed., 1.ª reimp. (Buenos Aires: Hammurabi, 2002), 31 e ss.

cretizado pela dogmática – permanecesse asséptica e subsidiariamente contribuinte da dogmática, num claro aportamento do ideário positivista formal de Liszt. Mas já não se, apelando a um conceito de Estado de Justiça ou Estado de Direito material contemporâneo¹², se erigir a justiça material concreta a vetor prioritário, ainda que se mantenha intacto o princípio da legalidade¹³. Afirmar isto é, no final de contas, assegurar que o pensamento do problema – e a solução justa no caso concreto – marca posição¹⁴ – a par do pensamento do sistema – no processo de resolução de concretos problemas jurídicos¹⁵.

Realçada a importância metodológica do pensamento do problema, torna-se então evidente, e mesmo comprehensível¹⁶, que a doutrina das consequências jurídicas não se atenha (somente) ao domínio da política criminal e configure, também, uma questão dogmática¹⁷.

¹² Dias, *Direito Penal I*, 2012, 26–27.

¹³ Jorge Figueiredo Dias, «Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro», *ROA* 43, n. 1 (1983): 10.

¹⁴ Podendo mesmo, para alguns autores, impor-se ao problema do sistema. Cf., em especial, Roxin, *Política criminal*, 36–37, quando responde negativamente à questão de saber se a solução jurídica, clara e uniforme, mas político-criminalmente errada, é preferível a uma decisão satisfatória no caso concreto, ainda que não seja integrável no sistema. De entre a constelação de hipóteses em que se suscita tensão entre o pensamento do problema e o pensamento do sistema, veja-se, a título exemplificativo, a situação em que um agente que atua numa situação objetiva de justificação sem que a tenha conhecido ou representado. Embora, a solução dogmaticamente mais correta destes casos pareça ser a punição do agente pela realização do crime consumado, poder-se-á suscitar a aplicação analógica (porventura mais justa) do regime da tentativa. Cf., sobre os elementos subjetivos dos tipos justificadores, Dias, *Direito Penal I*, 2012, 391 e ss. e, oferecendo exemplos dos perigos inerentes ao pensamento do sistema, Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo, e Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1999), 210 e ss.

¹⁵ Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia: o Homem delinquente e a sociedade criminógena*, reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 95; Jorge Figueiredo Dias, «Sobre o estado actual da doutrina do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* A. 1, n. 1 (1991): 14–21 e Dias, *Direito Penal I*, 2012, 27–33.

¹⁶ Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 12.

¹⁷ Diego-Manuel Luzón Peña, «Antinomias penales y medición de la pena», em *La reforma del derecho penal*, ed. Mir Puig (Barcelona: Belaterra, 1980), 195. Contra, Gonzalo Quintero Olivares, «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, n. 4 (1978): 64.

De outro lado, a penetração da racionalidade e sistematização no juízo de determinação da medida concreta da pena – ou pelo menos, a sua advocação¹⁸ – e, bem assim, na doutrina das consequências jurídicas do crime, parece desvendar nesta questão uma relevância dogmática que a resgata do âmbito exclusivo da política criminal. Na verdade, da leitura da doutrina atual a este respeito¹⁹, extrai-se a conclusão de que a determinação da medida da pena não é exclusiva ou determinantemente produto da arte e subjetividade do julgador²⁰, confirmando-se, a partir desta ideia, uma vez mais, que será, em definitivo, “estruturalmente aplicação do direito”²¹ e, assim, respeitante à dogmática.

Compreendemos por isso a posição de Cavaleiro de Ferreira segundo a qual “(...) é útil acentuar a importância e a função da teoria na aplicação penal, e nenhum assunto melhor se presta a demonstrar a unidade fundamental da teoria e da praxe do que a medida da pena”²². Não ignorando o carácter práctico desta matéria²³, o Autor faz confluir a um mesmo fim a teoria e a prática²⁴, que constituem assim “momentos diversos dum mesmo movimento”²⁵ dirigido à medida da pena. Para depois concluir que “(...) é de repelir toda e qualquer tentativa de considerar problemas estruturalmente diversos a aplicação da lei, tomada em sentido estrito como subsunção dos factos aos preceitos penais e a mensuração da pena, enquanto compreendida dentro da faculdade discricionária do juiz”²⁶, rejeitando, ao mesmo passo, “a opinião dos partidários do direito livre,

¹⁸ Dias, *Direito Penal II*, 40–41. e Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 12–13.

¹⁹ Por todos, Dias, *Direito Penal II*, 40–41.

²⁰ Sobre esta conclusão sobrevêm dúvidas que merecerão a nossa atenção ao longo do texto.

²¹ Bruns, *Stratzumessungsrecht*, 1974, 91, *apud* Dias, *Direito Penal II*, 41.

²² Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Obra dispersa*, I (1933–1959), 1.^a (Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996), 91. O que não se compagina – de todo! – com o tratamento dos nós problemáticos relacionados com a medida da pena que, até então, era feito pelas “(...) obras mais clássicas de Direito Penal em meia dúzia de linhas (...)”, aliado ao facto dos “tribunais e homens de foro [considerarem] reservado ao domínio incontestado da praxe [o problema da medida da pena].”, *vd.* Ferreira, 91.

²³ Dias, *Direito Penal II*, 41, sublinha a sua importância prática para o delinquente, vítima e sociedade.

²⁴ Ferreira, *Obra dispersa*, 93–94.

²⁵ Ferreira, 94.

²⁶ Ferreira, 98.

segundo o qual a regra jurídica não limitaria o arbítrio judicial (...)”²⁷. Ideia que viria a repisar, já em análise do critério legal estabelecido no artigo 72.º do Código Penal de 1982, nas suas Lições de 1989, ao constatar como função judicial, legalmente vinculada, a determinação da medida da pena²⁸.

O estudo das consequências jurídico-penais em Portugal não é (felizmente) terreno completamente árido. Embora a prática judiciária, pelo menos inicialmente, só se tenha detido maioritariamente sobre um ponto desta matéria – se o juiz deveria partir do ponto médio ou do mínimo da moldura penal abstrata na determinação da pena concreta²⁹, foram emergindo estudos e publicações que não podemos deixar de dar conta. Figueiredo Dias³⁰ e Anabela Rodrigues³¹ surgem como figuras incontornáveis na doutrina mais recente³². Também nós temos devotado a nossa atenção a este tema³³.

Do ponto de vista legislativo, é de relevar a publicação da Lei-Quadro da Política Criminal, Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, onde se encontram os objetivos, prioridades e orientações de política criminal e a afirmação de postulados fundamentais nesta matéria. Por um lado, aqui se destaca o princípio da congruência da política criminal com as valorações da Constituição e da lei sobre os bens jurídicos, que deve ser respeitado

²⁷ Ferreira, 99.

²⁸ Ferreira, *Lições de Direito Penal*, 98.

²⁹ Cf. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*, págs. 210-1, Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, págs. 142-8 e Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal* 1.ª Ed., I, pág. 378 e 2.ª Ed., I, pág. 556.

³⁰ Dias, *Direito Penal II*.

³¹ Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*.

³² Relevante, de um ponto de vista empírico, o estudo *Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais* de Cândido da Agra (coordenador); Jorge Quintas, Pedro Sousa e André Lamas Leite.

³³ Manuel Simas Santos e Marcelo Correia Ribeiro, *Medida concreta da pena: disparidades* (Lisboa: Vislís Editores, 1998) , Manuel Simas Santos e Manuel Matos, «Medida concreta da pena, no Supremo Tribunal de Justiça, no tráfico de estupefacientes: esboço de estudo empírico», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* A. 14, n. 14 (2004): 453–507, Manuel Simas Santos, «As penas no caso do concurso de crimes», *Revista do CEJ*, n. 13 (2010): 115–58 e Pedro Miguel Freitas, *Determinação da medida da pena privativa da liberdade, um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, 2016, Lisboa: Rei dos Livros.

na prevenção e repressão da criminalidade e reparação dos danos individuais e sociais dela resultantes, tomando em consideração as necessidades concretas de defesa dos bens jurídicos. Por outro, estabelece prioridades nas ações de prevenção, na investigação e no procedimento, bem como orientações de política criminal sobre a pequena criminalidade.

Seguidamente, a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto³⁴, veio concretizar os objetivos gerais e específicos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2007-2009.

A interconexão entre a política criminal e a determinação da medida da pena foi oportunamente salientada por Luís Miranda Pereira³⁵ no decurso dos trabalhos da Unidade de Missão da Reforma Penal (UMRP). Sugeriu, aquando da discussão do anteprojeto da Lei-Quadro da Política Criminal, a inclusão no artigo 1.º de uma referência à execução das penas e às *sentencing guidelines*. Embora a criação de *sentencing guidelines* pudesse servir de instrumento para lograr uma uniformização da intervenção dos tribunais de execução de penas, no seu entender, possíveis dificuldades de articulação destas com o princípio da independência dos tribunais seriam de ter em atenção³⁶.

No mesmo sentido, e momento, Paulo Pinto de Albuquerque defendeu a explicitação da possibilidade do uso de *sentencing guidelines*, pois estas decorriam já dos artigos 1 e 4 do anteprojeto. Para o mesmo Autor a criação de *sentencing guidelines* não vinculativas para os tribunais “constitui o núcleo duro da política criminal e o ponto de que se partiu nos sistemas anglo-saxónicos”³⁷. Reforçou ainda a ideia de que da política criminal deverão surgir critérios indicativos para a individualização das sanções criminais, sustentado nos seguintes argumentos: “1. esta é a posição sustentada pelo Conselho da Europa desde a sua recomendação sobre a coerência na fixação da pena, de 19.10.1992, reiterada na recomendação sobre sobrelocação das prisões de 30.9.1999; 2. este é o ensinamento do direito comparado e, designadamente, da França, da Holanda e da Suécia, onde as instruções genéricas sobre política criminal incluem a individua-

³⁴ Seguiram-se as Leis de Política Criminal n.ºs 38/2009, de 20 de julho, 72/2015 de 20 de julho e 96/2017, de 23 de Agosto.

³⁵ Cf. 2.ª ata da UMRP de 2005.

³⁶ Cf. 3.ª ata da UMRP de 2005.

³⁷ Cf. 2.ª ata da UMRP de 2005.

lização das sanções criminais, sendo nestes países estas instruções vinculativas para o Ministério Público, que deve conformar a sua intervenção na audiência de julgamento e a interposição de recursos de acordo com essas instruções genéricas, mas não sendo essas instruções genéricas vinculativas para os tribunais; 3. em Portugal, o Ministério Público já se pronunciou repetidas vezes sobre matéria de individualização das sanções criminais, por via do direito “circulatório” e “parecerístico” da PGR; 4. o conteúdo do artigo 4.º do anteprojecto de Lei-Quadro, ao referir-se à repressão da criminalidade, já inclui esta matéria da individualização das sanções criminais no objecto da política criminal, pelo que há que corrigir o artigo 1.º, que na sua redacção actual é mais restritivo do que o artigo 4.º, e alargar o âmbito do artigo 1º de modo a pô-lo de acordo com o disposto no artigo 4.^º³⁸.

Com um artigo intitulado *Por uma política criminal mais justa*³⁹ retomamos este tema com o mesmo Autor, Paulo Pinto de Albuquerque. Na altura afirmámos que um dos princípios fundamentais do direito penal é o da igualdade nas decisões da justiça e de ausência de disparidades injustificadas na aplicação das penas. Para tanto torna-se imprescindível, a nosso ver, a materialização de uma política criminal da qual se possam extraír orientações para a atuação dos operadores judiciários no domínio da escolha e determinação das sanções jurídico-penais aplicáveis.

Da cooperação legislativo-judicial na determinação da medida da pena: o ponto de partida

O ponto de partida no estudo da determinação da medida da pena reside na compreensão de que esta é resultado da atuação conjunta do legislador e julgador⁴⁰.

³⁸ Cf. 3.ª ata da UMRP de 2005.

³⁹ De Manuel Simas Santos e Paulo Pinto Albuquerque, publicado no Jornal Expresso de 7-02-2009.

⁴⁰ O texto que se segue tem como base o nosso Pedro Miguel Freitas, *Determinação da medida da pena privativa da liberdade, um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, 2016, Lisboa: Rei dos Livros.

Se atentarmos aos ensinamentos de Figueiredo Dias, são três as fases da determinação da pena⁴¹: investigação e determinação da moldura legal ou abstrata⁴²; investigação e determinação da medida concreta da pena dentro da moldura legal e, finalmente⁴³, escolha da espécie da pena⁴⁴.

⁴¹ Eduardo Correia, *Direito criminal, II*, reimpr. (Coimbra: Almedina, 2010), 141 e s. não identifica as fases do processo de determinação da pena. Ainda assim, apesar desta omissão, pode depreender-se da sua explanação os passos seguintes: em primeiro lugar há de haver a escolha do tipo de crime que terá respetivamente uma moldura penal abstrata. Esta moldura abstrata poderá, em certas situações, ser alterada por força de circunstâncias modificativas, agravantes ou atenuantes, comuns ou especiais (p. 141-142). Em fase posterior, caberá ao julgador individualizar a pena concreta dentro da moldura abstrata (p. 315 e ss.). Todavia, em determinadas situações poderá ocorrer a substituição da pena (p. 392 e ss.). Ferreira, *Lições de Direito Penal*, 98 e ss. é mais claro no que concerne à identificação dos diferentes momentos que compõem o processo de determinação da pena: determinação do tipo de crime, escolha da pena ou determinação da pena aplicável e determinação da pena aplicada (graduação ou fixação da pena).

⁴² A investigação e determinação da moldura penal ou, nas palavras de Figueiredo Dias, da pena aplicável, corresponde a uma primeira fase onde o juiz determina qual o tipo legal previsto na parte especial do CP ou legislação extravagante e a moldura aí indicada. Se ao invés de fundamental, o ilícito-típico surgir numa forma qualificada – contendo elementos respeitantes à ilicitude e/ou culpa, que agravam a moldura prevista para o crime fundamental – ou numa forma privilegiada – que pressupõe uma moldura menos grave –, não se impõe um especial procedimento de determinação: tudo se passa como se de crimes fundamentais se tratassem, ou seja, a moldura penal será aquela indicada pelo tipo legal concretamente em causa. Estamos portanto de acordo com Anabela Rodrigues quando afirma que não assiste razão a Cavaleiro Ferreira ao cunhar como “casos de estruturação abnorme da penalidade” as hipóteses em que se suscita uma participação ativa do juiz, um seu juízo de valor, na escolha do tipo legal de crime, nomeadamente quando em dúvida esteja a escolha entre um tipo fundamental e um qualificado – Ferreira, *Lições de Direito Penal*, 71. De facto, tem de haver, como assinala Anabela Rodrigues, uma valoração judicial no momento da determinação da pena aplicável que não põe em causa a tarefa legislativa de definição dos comportamentos legalmente relevantes e sanções aplicáveis – cf. Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 16, n. 26.

⁴³ Pode por vezes porém não constituir a última fase de determinação da pena – Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 19, n. 31. A escolha da pena que deva ser cumprida pelo agente poderá ocorrer em momento anterior à determinação da medida concreta da pena designadamente quando o julgador, ao investigar o tipo legal de crime aplicável, se deparar com tipo legal que preveja, em alternativa, a aplicação de pena de prisão ou de uma pena de multa, v.g., artigo 137.º, n.º 1. Nesta hipótese, ter-se-á de lançar mão do critério geral estabelecido no artigo 70.º do CP. Cf., igualmente, Dias, *Direito Penal II*, 211-12.

⁴⁴ Dias, *Direito Penal II*, 198.

O mesmo é dizer, depois de determinado o tipo legal de crime preenchido pela conduta do agente e aplicada (ou não, dependendo do caso concreto) uma circunstância modificativa – agravante ou atenuante –, cujo efeito residirá na alteração da moldura definida pelo legislador⁴⁵, incumbirá ao julgador encontrar o ponto concreto da pena dentro dessa mesma moldura. Esta tarefa de materialização da medida da pena em sentido estrito⁴⁶ – inscrita na segunda fase da determinação da pena – traz as maiores dúvidas, nomeadamente quando em causa esteja determinar a medida concreta da pena principal de privação da liberdade.

O que significará a convocação, pelo menos como pano de fundo, da questão da discricionariedade da atividade judicial de determinação da pena. Não se pode negligenciar, bem pelo contrário!, a presença dominante de discricionariedade numa matéria particularmente sensível ao princípio da culpa e princípio da igualdade e em que, as mais das vezes, se discute o papel (e sua extensão) que ao legislador e ao julgador deverá caber.

Pode pois afirmar-se, com satisfatória certeza, que, no direito penal português vigente, a tarefa de determinação da medida concreta da pena é resultado, pelo menos de forma mediata, da cooperação entre o legislador e o juiz⁴⁷. É ao legislador que incumbe fixar molduras penais abstratas (molduras legais) que se impõem a certos comportamentos descritos no Código Penal e em legislação extravagante, no âmbito das quais o juiz deverá encontrar o ponto exato da medida da pena. Poder-se-á dar o caso de se tornar necessária a aplicação de circunstâncias modificativas que, nas palavras de Figueiredo Dias, constituem “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 (...)**⁴⁸. Estas circunstâncias modifica-

⁴⁵ Dias, 199 e ss.

⁴⁶ Usamos esta expressão no sentido que lhe é dado por Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 17, e que corresponde à “medida judicial ou individual” empregada por Dias, *Direito Penal II*, 198.

⁴⁷ Castanheira Neves, «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I*, por AA.VV. (Coimbra: s/e, 1984), 346.

⁴⁸ Dias, *Direito Penal II*, 199–200.

tivas, constituindo autênticas “válvulas de segurança”⁴⁹, asseguram a conformação da moldura legal a diferentes degraus de gravidade do crime, quer no sentido de elevar o limite mínimo e/ou máximo da moldura penal – circunstâncias modificativas agravantes⁵⁰ –, quer promovendo o desagravamento do seu limite mínimo e/ou máximo – circunstâncias modificativas atenuantes⁵¹. Mas mesmo aqui se mostra a estreita cooperação entre legislador ou juiz: embora condicionado ou vinculado pelas molduras abstratas definidas pelo legislador, tal como resultam do tipo legal de crime ou obtidas por efeito de circunstâncias modificativas, ao juiz, e apenas a este, cabe investigar e determinar qual a moldura aplicável ao caso, para, mais tarde, determinar o *quantum* concreto da pena e a espécie da pena.

A determinação da pena é assim resultado de uma conjugação de esforços – do legislador e juiz – delimitados e separados quanto aos respectivos campos de atuação, embora se possa argumentar, com mediana razão, que existe na fase de determinação da medida concreta da pena um certo esbatimento de fronteiras⁵². Mais concretamente quando o legislador, de acordo com o regime legal vigente em Portugal, avança, apenas exemplificativamente, com fatores de medida da pena⁵³, relativos à exe-

⁴⁹ Cf. Dias, 192, para quem as circunstâncias modificativas constituem um modo de garantir justiça e eficácia.

⁵⁰ Como seja a reincidência, art.º 76.º do CP.

⁵¹ Cf., por exemplo, o artigo 73.º do CP, onde se prescreve o regime da atenuação especial da pena.

⁵² Para além do texto que se segue, o problema da repartição de tarefas entre legislador e julgador levar-nos-ia também para o campo da metodologia jurídica. Como recorda Castanheira Neves, a distinção entre criação do direito (“criação do direito formalmente positivo pela deliberada constituição, legislativa ou não, das suas normas”) e sua aplicação (“determinativo-concretizadora e judiciativo-decisória realização”), e implicativamente entre política do direito e jurisprudência, entre o método da legislação ou do legislador e o método da jurisprudência ou dos juristas, é hoje posta em crise, na medida em que os dois momentos ou espaços parecem reconduzir-se a um só método do direito, a um só sentido global. Conclusão reforçada pelo significado normativamente constitutivo ou construtivo assestado à “aplicação do direito”, de um lado, e pela pré-existência de vetores constitucionais, comunitários e ordem jurídica constituída que parametrizam e vinculam a criação de direito positivo. Cf. Castanheira Neves, «Método jurídico», em Pólis: encyclopédia Verbo da sociedade e do Estado, Vol. IV, por AA.VV., 2.ª ed. (Lisboa: Verbo, 2004), 224–25.

⁵³ Cf. artigo 71.º, n.º 2, do CP.

cução do facto, à personalidade do agente e à conduta do agente anterior e posterior ao facto⁵⁴, dos quais o juiz se amparará para delinear a conceção do legislador “quanto às finalidades visadas com a aplicação das penas e, porventura mesmo, quanto ao modo como devem ser compatibilizadas aquelas finalidades, quando conflituantes no caso concreto”⁵⁵, para depois determinar o seu efeito numa medida da pena. Parece claro porém que a definição dos concretos fatores de medida da pena, de importância primacial não apenas para a materialização das finalidades almejadas com a imposição de uma pena, mas igualmente para a controllabilidade em via de recurso da sentença judicial, não é fruto exclusivo do labor legislativo, tanto que de fora da lista exemplificativa do artigo 71.º, n.º 2, do CP, ficam fatores relativos à vítima e à necessidade da pena⁵⁶.

A mesma crítica não é passível de ser feita à opção do legislador quanto aos critérios em função dos quais os fatores de medida da pena devem ser apreciados e, por essa via, alcançada a medida da pena: o artigo 71.º, n.º 1, do CP, estabelece que “[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”.

Tudo somado, há de encontrar-se um ponto de equilíbrio entre a responsabilização total do juiz e a responsabilização total do legislador pelas tarefas de determinação da pena⁵⁷. Enveredando-se por esse caminho, poupa-se, na hipótese de uma responsabilização total do juiz, uma violação do princípio da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – cujo conteúdo se encontra, em primeira linha, no artigo 29.º da CRP⁵⁸. O princípio da legalidade, como é consabido, torna vedado ao juiz a criação do regime sancionatório atinente a um crime. O mesmo é dizer que somente a lei é competente para definir os crimes e impor-lhes sanções criminais.

⁵⁴ Dias, *Direito Penal II*, 245–55.

⁵⁵ Dias, 192. O Autor vai em sentido oposto ao apresentado, considerando clara a repartição de tarefas entre legislador e juiz, mesmo neste domínio.

⁵⁶ Admitindo isto, Dias, 245.

⁵⁷ Dias, 192 e ss.

⁵⁸ Para uma anotação sobre este normativo, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 491–99 e Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, 2.ª ed. (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 667–76.

O inverso – de responsabilização absoluta do legislador – também apresenta óbices inultrapassáveis, como seja a da sua inconformidade com um direito penal de culpa⁵⁹.

Da amplitude das molduras abstratas

Para uma compreensão englobante do problema da disparidade das penas faz-se necessário notar que este decorre não apenas da complexidade de determinação da medida da pena concreta em si, mas é influenciado logo pela construção das molduras abstratas dentro das quais as medidas das penas são definidas. É, portanto, um nó problemático complexo que exige um estudo sério e aprofundado da atuação do legislador na sua função complementar de definição dos limites mínimos e máximos abstratos das penas, nomeadamente no sentido de se saber em que medida contribui para a disparidade e incoerência na aplicação das penas.

Olhemos, pois, para a figura do legislador, tentado perceber se afinal a sua atuação estará completamente isenta de críticas neste domínio. Quanto a isto torna-se imprescindível, em primeiro lugar, chamar à colação Autores como Gomes Canotilho, Vital Moreira e Figueiredo Dias que chamam a atenção para o princípio da proibição de molduras abstratas de penas demasiado amplas⁶⁰⁶¹. Embora, como denota Figueiredo Dias, a exigência jurídico-constitucional de legalidade e determinação da pena se satisfaça com a previsão legislativa de mínimos e máximos legais da pena que corresponde a certo comportamento⁶², haverá sempre um limite decorrente do princípio da proporcionalidade da pena à amplitude da moldura abstrata.

A propósito do princípio da proibição de molduras demasiado amplas há que dizer que para Figueiredo Dias uma pena de prisão com

⁵⁹ Dias, *Direito Penal II*, 193. O mesmo Autor avulta ainda a possibilidade do princípio da igualdade poder ser lesado.

⁶⁰ Canotilho e Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 495 e 501–3, interpretam o princípio da tipicidade no sentido de dele extrair a exigência jurídico-constitucional de determinação legal do tipo de pena cabida a cada crime e, concomitantemente, a proibição de penas indefinidas ou de moldura “tão ampla que em tal redunde”.

⁶¹ Dias, *Direito Penal II*, 193.

⁶² Dias, 193.

uma moldura abstrata entre 1 mês e 20 anos constitui um exemplo de uma moldura demasiado ampla. É incontroverso, cremos, que uma moldura desta amplitude violaria frontalmente os princípios constitucionais que norteiam esta matéria. Um tal exemplo é apodítico mais não seja porque corresponde exatamente ao artigo 41.º, n.º 1, onde se definem os limites gerais mínimos e máximos da pena de prisão. Temos para nós, porém, que o problema não se coloca apenas aqui. A questão de saber a amplitude a partir da qual se põe em crise o princípio da tipicidade, para Gomes Canotilho e Vital Moreira, ou o princípio da proporcionalidade da pena é *res* que continua por determinar na doutrina. Qualquer moldura menos ampla do que aquela que consta do artigo 41.º, n.º 1, cumprirá automaticamente o princípio da proporcionalidade? Se assim for, poderemos dizer que as molduras abstratas previstas no nosso Código Penal cumprem, por um lado, o princípio da proporcionalidade e promovem, por outro, consistência e coerência na determinação da medida da pena? A resposta não é simples e imediata.

É evidente que as molduras penais em que o julgador se move na tarefa de determinação das penas concretas desempenham um papel ineigável na promoção da coerência na determinação da pena. Mas em que medida?

O legislador do DL n.º 48/95, de 15 de Março escreveu no Preâmbulo que «[n]a verdade, mais do que a moldura penal abstratamente cominada na lei, é a *concretização da sanção* que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma, *funcionando, assim, como referência para a comunidade*» (itálico nosso). O que impõe que as referidas molduras devam constituir um sólido ponto de partida para a determinação da sanção.

No domínio do texto de 1982 as molduras penais, considerando somente a pena de prisão, previstas no Código eram, excluindo as que resultariam da atenuação especial e da reincidência, em número de 49, como se ilustra a págs. 254-256 de O Código Penal de 1982⁶³. Esse número baixou no texto de 1995, mas de forma pouco sensível, passando então a 43, como se indicou na 3.ª edição do Código Penal, a págs. 582-585⁶⁴.

⁶³ De Simas Santos e Leal-Henriques, Lisboa, 4 volumes, 1986-7.

⁶⁴ Cfr Simas Santos, Código Penal, nas diversas edições, em anotação ao art. 41.º 1.ª edição, pás. 254-256, 2.ª edição, págs. 389-393 e 3.ª edição, págs. 582 a 585.

Mas subiu significativamente no texto atual, para as seguintes 62:

30 dias a 3 meses	6 meses a 6 anos e 3 meses
30 dias a 6 meses	8 meses a 6 anos e 8 meses
30 dias a 1 ano	8 meses a 10 anos e 8 meses
30 dias a 2 anos	9 meses a 7 anos e 6 meses
30 dias a 3 anos	9 meses a 12 anos
30 dias a 4 anos	1 a 5 anos
30 dias a 5 anos	1 a 8 anos
37 dias a 3 anos e 9 meses	1 ano e 3 meses a 6 anos
37 dias a 5 anos	1 ano e 3 meses a 10 anos
40 dias a 4 meses	1 ano e 4 meses a 6 anos e 8 meses
40 dias a 8 meses	1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses
40 dias a 1 ano e 4 meses	1 ano e 6 meses a 12 anos
40 dias a 2 anos e 8 meses	2 a 5 anos
40 dias a 4 anos	2 a 8 anos
40 dias a 6 anos e 8 meses	2 a 10 anos
40 dias a 5 anos e 4 meses	2 a 12 anos
45 dias a 1 ano e 6 meses	2 anos e 6 meses a 12 anos e 6 meses
45 dias a 3 anos	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses
45 dias a 4 anos e 6 meses	3 a 10 anos
60 dias a 6 meses	3 a 12 anos
60 dias a 1 ano	3 a 15 anos
60 dias a 2 anos	3 anos e 9 meses a 15 anos
60 dias a 3 anos	2 anos e 8 meses a 13 anos e 4 meses
60 dias a 6 anos	4 anos a 13 anos e 4 meses
6 meses a 3 anos	4 a 16 anos
6 meses a 4 anos	4 anos e 6 meses a 15 anos
6 meses a 5 anos	5 a 15 anos
6 meses a 8 anos	6 anos e 8 meses a 20 anos
8 meses a 3 anos e 9 meses	8 a 16 anos
8 meses a 4 anos	10 a 20 anos
8 meses a 5 anos e 4 meses	10 anos e 8 meses a 21 anos e 4 meses
	12 a 25 anos

Escreveram então os seus AA.:

«Esta representação permite constatar, para além do grande número de molduras, a existência de assimetrias e a circunstância de algumas das medidas serem bastante mais amplas do que seria de esperar da sua localização no gráfico.

Teria interesse analisar as molduras penais não só do ponto de vista da diferença entre o mínimo e máximo, mas também do ponto de vista da relação entre o máximo e mínimo (na música e no ruído, v.g., aquilo que apercebemos iguais não são diferenças, mas relações – ex: subir de 10 para 20 equivale a subir de 20 para 40). Por exemplo, numa moldura penal de 30 dias a 5 anos de prisão, essa relação é de 60, enquanto a diferença entre o máximo e o mínimo é de 4 anos e 11 meses e numa moldura de 1 a 10 anos de prisão a relação é de 10 enquanto a diferença é de 9, consentindo a primeira moldura maior disparidade na aplicação concreta das penas do que esta última, não obstante a diferença ser nesta maior.

Seria também interessante fazer estudos quantitativos, quer no âmbito da reforma penal, quer no âmbito da investigação, sobre a frequência de ocorrência das molduras, a frequência de ocorrência prática dos respectivos crimes e a distribuição das penas concretas dentro de cada moldura.

Seria finalmente interessante verificar se a ponderação do resultado do Projecto de Revisão, em termos de número de molduras penais e respectivas amplitudes, teria conduzido ao seu repensar.»

Na verdade, esta atomização e multiplicação de molduras penais, agora agravada, não partiu de considerações éticas explicitadas e claras quanto ao valor dos respetivos bens jurídicos numa inter-relação que apoie e esclareça os magistrados, dificultando que eles criem, neste domínio, um quadro referencial pessoal a partir da sua prática, e é muito vulnerável à modificação pontual dessas mesmas molduras, normalmente ao agravamento, numa legisferação à flor da pele e das derivas securitárias⁶⁵.

Quadro que se agrava se se considerarem as molduras penais que incluem a pena de multa e os casos de atenuação especial previstos na

⁶⁵ Código Penal Anotado I volume. 2014, págs. 632-639.

Parte Especial do Código Penal, multiplicando-se então o número de molduras penais já referidas e identificadas, bem como as dificuldades enunciadas⁶⁶. Dificuldades essas que se agravam quando se ponderam os resultados concretos, quer em termos de resultados dos critérios usados na construção das molduras bases, quer em termos das atenuações e agravações determinadas na Parte Especial. Com efeito, somos surpreendidos, *v.g.* por molduras penais de uma amplitude tal que põem em crise o princípio da legalidade; por tipos legais de diversas gravidades, previstos no mesmo artigo, punidos com a mesma moldura penal, com lesão do princípio da proporcionalidade; com a atribuição de diversos valores à proporcionalidade entre a pena de multa e a pena de prisão, ao longo da Parte Especial, sem explicação explícita; a adoção de frações de agravação difficilmente divisíveis por 12. Os exemplos e incredulidades são muitas, mas é matéria que, pela dimensão e complexidade, exigiria uma análise minuciosa do tecido legislativo penal português, o que não constitui objeto deste texto, que mais não serve do que suscitar alguns questionamentos. Apesar disso não resistimos a deixar aqui alguns exemplos.

Há pouco aludimos, em forma de pergunta, ao primeiro dos problemas aqui levantados, i. e., a amplitude das molduras abstratas, questionando se qualquer moldura menos ampla do que aquela que consta do artigo 41.º, n.º 1, cumprirá automaticamente o princípio da proporcionalidade e legalidade. Vejamos um exemplo concreto. A prática de ato sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, do qual resulte gravidez, é punida com pena de prisão de nove meses a doze anos (art.º 165.º, n.º 1 e 177.º, n.º 5 do CP). Pondo de parte, neste instante, a questão de saber se nove meses poderá em algum caso ser pena adequada para um comportamento desta gravidade, sublinhe-se que estamos perante um crime que contempla como sanção uma pena de prisão que permite a aplicação de uma pena de longa duração (superior a 5 anos) ou de curta duração (inferior a um ano), cobrindo desse modo todo o espetro dos graus da pena de prisão. Não podemos perguntar-nos, ou melhor, não devemos perguntar-nos se será admissível a configuração de uma moldura abstrata tão ampla que permita, numas ocasiões, a aplicação

⁶⁶ Podem ver-se as diversas tabelas apresentadas em notas prévias nos volumes da Parte Especial do mencionado Código Penal: volumes III já publicado e volume IV, no prelo.

de penas de substituição como a de multa (art.º 45.º) ao passo que, noutras ocasiões, se imponha a aplicação de uma pena de prisão efetiva de 12 anos, afastando-se terminantemente qualquer hipótese de suspensão da execução da pena de prisão (art.º 50.º) por ultrapassar em mais do dobro o limite máximo de prisão em relação ao qual esta funciona?

E que dizer da moldura abstrata de 6 meses a oito anos (art.º 165.º, n.º 1) ou, no caso do art.º 223.º, n.º 3, al. a), de 3 a 15 anos?

Por outro lado, não estaremos perante comportamentos de gravidade distinta, e por isso merecedores de uma moldura abstrata também ela distinta, por exemplo no caso do artigo 152.º, n.º 2, al. a)? Veja-se, o legislador português reconduz à mesma moldura abstrata de 2 a 5 anos o crime de violência doméstica praticado contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima. É, no mínimo, criticável que se tenha definido exatamente a mesma moldura abstrata para as hipóteses em que a violência doméstica tenha ocorrido no domicílio comum e aqueles casos em que a vítima do crime é menor de idade. É certo que o julgador deverá atender ao circunstancialismo concreto do caso para ajustar a medida concreta da pena à culpa do agente e necessidades preventivas, mas o que aqui está em causa é a visão político-criminal e jurídico-penal, a montante, do legislador de que estaremos perante condutas que à partida, e em termos abstratos, se situam na mesma dimensão de gravidade.

Num outro plano problemático, é também discutível certas opções legislativas em matéria de determinação de molduras abstratas se tomarmos como matriz os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais de crime. Quando o legislador define molduras abstratas estabelece concomitantemente uma hierarquia entre os diversos bens jurídico-penais. De um modo simples, quanto maior a gravidade da moldura abstrata da sanção aplicável à lesão ou colocação em perigo de certo bem jurídico-penal maior será, em regra, a sua importância no quadro de valores jurídico-constitucionais. Para muitos Autores é apodítico, por exemplo, afirmar-se que os bens jurídicos integridade física ou liberdade pessoa são de hierarquia superior a bens jurídicos puramente patrimoniais.⁶⁷ Esta conclusão

⁶⁷ Por todos, Jorge Figueiredo Dias, *Direito penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., 2.ª reimpr. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 447. Embora este Autor reconheça que “através das molduras penais aplicáveis – sobretudo num CP

aparentemente simples choca, porém, contra a realidade jurídico-sancionatória do nosso Código Penal⁶⁸.

Imaginemos o seguinte caso: António, recorrendo a chaves falsas, entra na casa de João e leva consigo um relógio de 150 euros. A conduta de António preenche o tipo legal de crime de furto qualificado previsto no artigo 204.º, n.º 2, al. e) e artigo 202.º, al. f), sendo punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Ora, se o mesmo agente, António, constrangesse outra pessoa a praticar consigo cópula, coito anal ou coito oral seria punido com uma pena de prisão de 1 a 6 anos (art.º 164.º, n.º 2), portanto inferior aquela outra prevista no artigo 204.º.

Para além da perplexidade que esta diferença de molduras abstratas poderá suscitar, não podemos esquecer o efeito prático que poderá daí advir, nomeadamente a possibilidade, em abstrato, de no caso de violação operar-se a substituição da pena de prisão por pena de multa (art.º 45.º), quando a medida da pena de prisão aplicada seja a do limite mínimo legal, ao passo que no crime de furto qualificado tal constitui uma impossibilidade.

Da determinação da medida concreta da pena

Devotemos agora a nossa atenção para a etapa seguinte da determinação da medida da pena e a sua relação com o problema da disparidade e incoerência na aplicação das penas.

Antes de mais, relembramos que o Conselho da Europa, na sequência do 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa (1987) sobre o tema “Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções”⁶⁹, alertou

como o nosso –, esta conclusão não seja absolutamente segura, tornando-se necessário apelar para o critério complementar, que claramente penetra a ordem axiológica constitucional e a correspondente ordem legal dos bens jurídicos, da prevalência de princípio dos bens jurídicos pessoais sobre os patrimoniais”, no fundo dando razão ao que temos vindo a afirmar.

⁶⁸ Os Autores querem deixar uma nota de agradecimento ao contributo da Prof. Doutora Conceição Cunha para a nossa reflexão sobre esta questão.

⁶⁹ Os relatórios apresentados nesse colóquio podem ser lidos em Santos e Ribeiro, *Medida concreta da pena: disparidades*, 91-257.

para o problema das disparidades injustificadas na determinação e aplicação das penas, avançou com a Recomendação n.º R(92) 17, de 19 de setembro de 1992, relativa à coerência na aplicação das penas⁷⁰.

Partindo da recomendação aos Estados Membros para que, assegurando o respeito pelos seus princípios constitucionais ou as respetivas tradições jurídicas, tomassem as medidas adequadas para evitar disparidades injustificadas⁷¹ na pronúncia das penas, o Conselho da Europa propõe duas técnicas que, no seu entender, poderão revelar-se úteis para se lograr uma maior coerência na aplicação das penas: orientações para a aplicação das penas (*sentencing orientations*)⁷² e pontos de partida (*starting points*). Nas orientações para a aplicação das penas temos um conjunto meramente indicativo de medidas da pena para diferentes variantes de uma infração, em função da presença ou da ausência de diversos fatores agravantes ou atenuantes⁷³. Já nos pontos de partida o que está em causa é a indicação, para diferentes variantes de uma infração, de uma medida de pena que poderá ser aumentada ou diminuída pelo julgador verificada a presença de fatores agravantes ou atenuantes⁷⁴.

⁷⁰ Disponível em Santos e Ribeiro, 45–89 e Conselho da Europa, «Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum», *Criminal Law Forum* 4, n. 2 (1993): 355–92.

⁷¹ Conforme explicita a Exposição de Motivos da Recomendação, disparidades injustificadas correspondem às “diferenças na aplicação das penas que resultem de concepções variáveis que não fazem parte da política declarada da jurisdição em matéria de aplicação as penas – por exemplo, as variações que provêm de opiniões pessoais, de tradições locais ou regionais que se perpetuam sem justificação, ou variações influenciadas pelos “media”.

⁷² Karl Larenz, *Metodologia da ciéncia do direito*, trad. José Lamego, 3.ª ed. (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), 411–12, a propósito dos métodos de comparação de casos, estabelece uma metodologia que, não estando para isso explicitamente pensada pelo Autor, pode provar-se útil para a edificação de linhas de orientação para a determinação da pena (*sentencing guidelines*): “[e]mbora nenhum caso singular seja igual a outro em todos os aspectos, muitos casos assemelham-se a outros no que toca a certas características e em determinada medida. Uma vez que é postulado fundamental da justiça que «casos iguais» devem ser tratados de modo igual, importa, em primeiro lugar, saber que circunstâncias são importantes, e em que medida, para a valoração aqui exigida (em conformidade com o critério geral), pois que só aqueles, e todos aqueles, casos que são iguais em relação a todas essas circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico».

⁷³ Santos e Ribeiro, *Medida concreta da pena: disparidades*, 50.

⁷⁴ Santos e Ribeiro, 51.

A determinação da medida da pena no Código Penal português

A solução para o problema da determinação da medida da pena que decorre do Código Penal, tal como é perspetivada pela doutrina⁷⁵ e jurisprudência⁷⁶ dominantes, assenta na teoria da moldura de pre-

⁷⁵ Por todos, Dias, *Direito Penal II*, 227 e ss. Em sentido contrário, v.g., José Sousa Brito, «Os fins das penas no Código Penal», em *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*, ed. AA.VV. (Lisboa: Universidade Lusíada, 2002), 163 e ss. Com interesse, num exercício relacional entre o Código Penal e a Constituição da República Portuguesa em matéria de fins da pena, Maria Fernanda Palma, «Constituição e direito penal», em *Casos e materiais de direito penal*, ed. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, e José Manuel Vilalonga, 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2009), 26, Maria Fernanda Palma, «Constituição e direito penal – as questões inevitáveis», em *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, ed. Jorge Miranda, vol. II (Coimbra: Coimbra Editora, 1997), 227 e ss., Maria Fernanda Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», em *Casos e materiais de direito penal*, ed. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, e José Manuel Vilalonga, 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 2009), 40 e ss. e *Direito constitucional penal* (Coimbra: Almedina, 2006), 122 e ss.

⁷⁶ Atente-se, por exemplo, aos seguintes arrestos gizados pelo Supremo Tribunal de Justiça, consultados em 30 de junho de 2015: Ac. STJ de 19-01-2006, processo n.º 05P4301, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/27a31ba32533d7b080257213002f3155?OpenDocument>; Ac. STJ de 04-06-2014, processo n.º 262/13.3PVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b3427c1c70d074780257d70003fa445?OpenDocument>; Ac. STJ de 14-05-2014, processo n.º 561/02.0TAABF.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1eded8181bbe9eeb80257d4d00473262?OpenDocument>; Ac. STJ de 07-11-2012, processo n.º 8717/11.8TDPRT.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5a1efde45ff8cfdb80257ac20050d674?OpenDocument>.

De entre a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça encontrámos alguns arrestos, relatados por Carmona da Mota, em que a chegada à medida concreta da pena é inusitadamente visível. Não é pois comum, tanto quanto nos apercebemos, que o raciocínio de atribuição de um quantum da pena ao limite máximo e mínimo da moldura de prevenção e, a montante, à prevenção especial esteja tão patentemente descrito. A título de exemplo, veja-se o sumário do Ac. STJ de 26-10-2006, processo n.º 06P3049, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13911e60043bc768025726600568c77?OpenDocument>, consultado em 30 de Junho de 2015: "I – É sabido que, de um modo geral, «a medida da pena há-de ser encontrada dentro de uma moldura de prevenção geral positiva», vindo a ser «definitiva e concretamente estabelecida em função de exigências de prevenção especial, nomeadamente de prevenção especial positiva ou de socialização».

II – No caso (em que a moldura penal abstracta do crime de tráfico comum de drogas ilícitas é a de prisão de 4 a 12 anos: art. 21.º, n.º 1, do DL 15/93), o ponto óptimo de realização das necessidades preventivas da comunidade – ou seja, a medida da pena que a comunidade entenderia necessária à tutela das suas expectativas na validade e no reforço da norma jurídica afectada pela conduta da arguida situar-se-ia nos 6 anos de prisão (ante o facto de ela, embora mera retalhista de drogas ilícitas – heroína, cocaína e haxixe –, haver vendido, entre 29-07 e 05-10-04, cocaína e heroína «a vários consumidores (...)» e obtido, nessas revendas, pelo menos € 4316,8, tendo ainda em casa no dia 05-11-04, para venda a retalho, 138 embalagens de heroína + diazepam com o peso líquido global de 82,32 g, 1 saco + 105 embalagens de cocaína com o peso líquido global de 70,396 g e vários pedaços de haxixe com o peso líquido total de 111,9 g).

III – Todavia, «abaixo dessa medida (óptima) da pena de prevenção, outras haverá – até ao “limite do necessário para assegurar a protecção dessas expectativas” – que a comunidade ainda entenderá suficientes para proteger as suas expectativas na validade da norma». O «limite mínimo da pena que visa assegurar a finalidade de prevenção geral» coincidirá, pois, em concreto, com «o absolutamente imprescindível para se realizar essa finalidade de prevenção geral sob a forma de defesa da ordem jurídica» (e não, necessariamente, com «o limiar mínimo da moldura penal abstracta»). E, no caso, esse limite mínimo (da moldura de prevenção) poderá encontrar-se por volta dos 5 anos de prisão (uma vez que a arguida, apesar de tudo, ocupava, na cadeia comercial de drogas ilícitas, uma posição, das menos remuneradas e de maior risco, de contacto directo com o consumidor).

IV – «Os limites de pena definida pela necessidade de protecção de bens jurídicos não poderão ser desrespeitados em nome da realização da finalidade de prevenção especial, que só poderá intervir numa posição subordinada à prevenção geral», mas, concorrendo esta, dentro dos limites da moldura de prevenção, para a concretização da pena, o comportamento anterior da arguida (primária, «sempre trabalhou, tendo emigrado para Espanha para poder criar os 4 filhos»), a sua idade algo avançada (pois que preste a completar 63 anos), a sua conduta ulterior (preventivamente presa desde 05-11-04, «tem mantido bom comportamento no EP») e o seu estado de saúde («sofre, além do mais, de hipertensão arterial, asma, esofagite, lesão grave parcial do nervo meridiano esquerdo e depressão») poderão invocar-se para aferir o quantum exacto da pena – impelindo-a para o sopé [5 anos de prisão] – da moldura de prevenção» (negritos nossos). Idênticos no método descritivo da determinação da pena, o Ac. STJ de 05-07-2007, processo n.º 07P1496, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2f0c5fb905338b0f80257375002d9fec?OpenDocument>, o Ac. STJ de 19-04-2007, processo n.º 07P445, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b32c3e8894b9c2e802573080046ca5e?OpenDocument>, o Ac. STJ de 21-12-2006, processo n.º 06P4540, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e5722b314170daf802572890034afef?OpenDocument>, o Ac. STJ de 01-02-2007, processo n.º 06P4257, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/727795a7eb110f40802572d7002eea6f?OpenDocument>, o Ac. STJ de 15-02-2007, processo n.º 06P4339, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8d36d0c7991b7cd8802572d6003cb7a7?OpenDocument>, o Ac. STJ de 25-01-2007, processo n.º 06P3839, dis-

venção⁷⁷. A sua fonte de inspiração foi, indubitavelmente, a fórmula pro-pugnada no § 2, n.º 1 e 2, primeira parte, do *Alternativ-Entwurf* alemão de 1966⁷⁸. O enunciado é aliás praticamente idêntico⁷⁹, mas as proposições que lhe corpo e sentido em Figueiredo Dias são subtilmente diferentes daquelas que Claus Roxin – um dos professores alemães que redigiram o *Alternativ-Entwurf* – perspetivava⁸⁰.

ponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e9f38e22b072156802572c60054d648?OpenDocument>, o Ac. STJ de 18-01-2007, processo n.º 06P4055, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1e0ada68463440bd802572c600342a69?OpenDocument>, o Ac. STJ de 30-11-2006, processo n.º 06P4076, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/af66d5b56a9fc4f8025728a004be859?OpenDocument>, o Ac. STJ de 09-11-2006, processo n.º 06P3761, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/01adef97b37207780257289005803c4?OpenDocument>, o Ac. STJ de 27-04-2006, processo n.º 06P548, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/198339ecb35bb00d8025723600559a89?OpenDocument>, o Ac. STJ de 27-04-2006, processo n.º 06P957, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13a6dca866a5ac9b8025722700345171?OpenDocument>, o Ac. STJ de 28-06-2006, processo n.º 06P1935, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fed8b29784f7539c802572410035e08d?OpenDocument>, o Ac. STJ de 28-06-2006, processo n.º 06P2035, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fd57b5bb1b61947b80257241002f6a5d?OpenDocument>, o Ac. STJ de 20-04-2006, processo n.º 06P1052, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bc70dc60597d75938025722c005327ba?OpenDocument>.

⁷⁷ Maria João Antunes, *Consequências jurídicas do crime* (Coimbra, 2007), 24.

⁷⁸ Stephan Quensel e Jürgen Baumann, eds., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches: Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., vol. 1 (Alemanha: Mohr Siebeck, 1969), 28.

⁷⁹ A diferença reside em duas locuções adverbiais – “primordialmente” e “na medida do possível”. O texto original é o seguinte: “Zweck und Grenze von Strafe und Maßregel (1) Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter und der Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft. (2) Die Strafe darf das Maß der Tatschuld nicht überschreiten, die Maßregeln nur bei überwiegendem öffentlichen Interesse angeordnet werden”.

⁸⁰ A fórmula do *Alternativ-Entwurf* é suficientemente abrangente do ponto de vista normativo para nela poderem subsumir-se teorias de fins das penas contraditórias entre si, como são, de um lado, a de Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues e, de outro, Claus Roxin. Sobre isto, Brito, «Os fins das penas no Código Penal», 161. Laconicamente conclui este Autor que há “algo de quixotesco em levar a bandeira do § 2º do *Alternativ-Entwurf* de 1966, com uma interpretação contrária à dos seus autores, quando a proposta destes não vingou no direito alemão e especialmente quando Hans Schultz, que especialmente o influenciou, entendeu não dever adotar a sua anterior proposta no seu Anteprojeto de revisão da Parte Geral do Código suíço” (Brito, 163.).

De acordo com a teoria dos fins das penas dominante em Portugal, a medida da pena deverá ser encontrada dentro “da medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos, face ao caso concreto, num sentido prospectivo de tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou mesmo no reforço) da vigência da norma infringida”⁸¹. A prevenção geral positiva fornece uma moldura com um ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias – o limite superior da moldura preventiva – e um ponto mínimo de tutela do ordenamento jurídico – o limite inferior da moldura preventiva – abaixo do qual a medida da pena se torna comunitariamente insuportável por pôr em causa a função de protecção de bens jurídicos⁸². Assim se percebe que o enfoque é concedido à função de protecção de bens jurídicos em um sentido prospetivo, mesmo que de uma infração já cometida estejamos a falar.

Dentro desta moldura, cabe a última palavra na determinação do *quantum* concreto da pena à prevenção especial positiva ou de socialização⁸³. É com estas coordenadas que os defensores da teoria da moldura de prevenção balizam o comando político-criminal presente no artigo 40.º, n.º 1, do CP, de que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. O número 2 do artigo 40.º do CP estabelece que em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa, acometendo-lhe, deste modo, a tarefa concretizar um limite máximo inquebrantável por quaisquer considerações preventivas, sejam elas gerais ou especiais.

Em suma, as finalidades atendíveis na aplicação de uma pena “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”⁸⁴.

⁸¹ Antunes, *Consequências jurídicas do crime*, 24.

⁸² Antunes, 24–25.

⁸³ Dias, *Direito Penal II*, 227.

⁸⁴ 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 conceção político-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 esta-

No exercício de aplicação concreta desta conceção 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 negativa⁸⁵, 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 ótimo 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”⁸⁶.

Num exercício crítico à leitura dominante do artigo 40.º, n.º 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

beleça em certa medida uma espécie de hierarquia entre a função de socialização – função primordial – e as de advertência, segurança e inocuação – 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 inocuação” (Dias, *Direito Penal I*, 81–82).

⁸⁵ 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 (Dias, *Direito Penal I*, 81; Dias, *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.

⁸⁶ Dias, *Direito Penal I*, 83; Dias, *Direito Penal II*, 230.

tal finalidade “se cobre com a ideia da *prevenção geral positiva* ou *prevenção de integração*”⁸⁷, 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 pena pontos de vista que não relevam para a função primária do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos?⁸⁸

Estas 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 proteção 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 pena⁸⁹. Coisa absolutamente diferente é, contudo, o modo como a pena deve cumprir este desiderato final do direito penal, pois que com

⁸⁷ Dias, *Direito Penal I*, 79.

⁸⁸ 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 proteção 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 proteção dos bens jurídicos. Este o entendimento de Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, reforço e parálisia 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.

⁸⁹ Claus Roxin, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», em *Determinación judicial de la pena*, por Claus Roxin et al. (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.

a concreção da missão do direito penal “nada está decidido, sem mais, de que maneira deve atuar 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”⁹⁰.

Certas vozes avalizadas na doutrina jurídico-penal portuguesa fazem-se ouvir contra a interpretação corrente do artigo 40.º, n.º 1. Taipa de Carvalho⁹¹, Fernanda Palma⁹² e José Souto Moura⁹³ são apenas alguns

⁹⁰ 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 combinações legais justificam-se apenas e sempre pela necessidade de proteção, 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, Carvalho, *Direito 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 proteção, 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 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.

⁹¹ 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”.

⁹² Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995: desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», 2009, 32. e Maria Fernanda Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do código penal na revisão de 1995:

exemplos. Estamos em crer que se impõe ou uma alteração legislativa de modificação do texto legal ou a simples eliminação do artigo 40.⁹⁴, remetendo, à imagem do Código Penal alemão, a questão das finalidades da pena para o artigo 71.º, n.º 1, cindindo-as da enunciação da função do direito penal.

Adicionalmente, impõe-se saber por que motivo o artigo 40.º do CP não contempla a possibilidade de a prevenção especial negativa jogar um papel relevante na determinação da medida da pena. É demais consabido que nem sempre o agente carece de socialização ou que as perspetivas de socialização de um agente concreto são por vezes infundadas rechaçando a consideração da prevenção especial positiva.

Por outro lado, 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*)⁹⁵.

Uma outra questão prende-se com o problema da concreção da medida ótima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias e saber se tem necessariamente de equivaler ao limite máximo permitido pela prevenção geral positiva. Esta medida ótima da pena que na teoria de Claus Roxin se entendia como aquela que se situasse na moldura da culpa⁹⁶ 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

desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», 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.

⁹³ José Souto Moura, «A jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena», *Revista do CEJ*, n.º 13 (2010): 101 e ss.

⁹⁴ Semelhante proposta é realizada por Brito, «Os fins das penas no Código Penal», 160 e ss.

⁹⁵ Fernando Conde Monteiro, *Consequências jurídico-penais do crime* (Braga: AEDUM, 2013), 57.

⁹⁶ Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981), 112.

unificadora preventiva dialética a medida ótima corresponde ao espaço da moldura abstrata 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 ótima sem apelar à medida da culpa, como o faz Claus Roxin, poder-se-ia, em alternativa, optar por defender que a medida ótima 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 ótima, dado que não é possível que esta se situe fora da moldura de prevenção⁹⁷, tornando assim o possível em ótimo e o ótimo em possível – ou, recuperando um pouco a ideia de Claus Roxin, sustentar que a medida ótima 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 ótima, fazendo-a coincidir, por exemplo, como o limite máximo da moldura de prevenção.

Numa 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 exatamente pela última alternativa, isto é, a de que o ponto ótimo “de tutela dos bens jurídicos” é dado pelo limite máximo da moldura preventiva⁹⁸. Esta ideia faz coincidir a medida ótima com o limite mais exasperado da moldura preventiva, obviando a concretização de medidas ótimas abaixo desse limite máximo.

Apesar de todas as dúvidas político-criminais e dogmáticas que a teoria da moldura de prevenção nos oferece, é indiscutível que tem o mérito de fornecer uma estrutura teórica com a qual os tribunais podem trabalhar. Pena é que, com relevante frequência, os julgadores optem, no momento de determinação da medida concreta da pena, por um discurso

⁹⁷ Dias, *Direito Penal I*, 84.

⁹⁸ Nas palavras de Figueiredo Dias (Dias, 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, Dias, *Direito Penal II*, 227-28.

opaco e simplificado que, partindo de uma enunciação teórica do problema das finalidades da pena e solução que lhe é oferecida pela maioria da doutrina, isto é, uma mera descrição acrítica da doutrina jurídico-penal, enumera os fatores de medida da pena em causa e, no final, materializa a medida concreta, sem que, em momento algum, se saibam quais os concretos limites da moldura da prevenção, a medida concreta da culpa ou de que modo cada um dos fatores de medida da pena influenciou o *quantum* da pena por via da culpa ou da prevenção. No fundo, apesar de os contributos da doutrina jurídico-penal estarem presentes na decisão judicial, o condenado (e a comunidade) não entende exatamente *se e como* esses contributos, expressamente acolhidos pelo julgador, conduziram à medida concreta da pena. Obviamente que, sem uma fundamentação suficientemente profunda, se abre o espaço da opacidade, disparidade e incoerência na aplicação das penas.

As causas do aparecimento de disparidades na aplicação das penas, que se apresentam como injustificadas, não se resumem apenas ao que dissemos. São múltiplas e incluem:

- a pressão mediática, potenciando expectativas punitivas exasperantes e de sobrecarga;
- as origens sociais, ideologias, morais e sentimentos próprios de cada magistrado na valoração dos atos e assim na sua censurabilidade penal e da idade daqueles⁹⁹;
- fatores circunstanciais, emergentes de situações/limite que no momento se façam sentir e que gerem sobretudo expectativas de exemplaridade da decisão mesmo que no sentido da sua benignidade, mas frequentemente em prol da sua mais drástica punição;
- a eventual presença de atavismos culturais quanto ao sentenciado, e sua condição cultural ou social¹⁰⁰;

⁹⁹ Parece certo que, do ponto de vista da psicologia social, o envelhecimento acaba por gerar lógicas de contemporização e de conformismo, em suma de compreensão e de relativização que concorrem claramente na menor exasperação de critérios punitivos.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, José António Barreiros, Intervenção sobre a Coerência na aplicação das penas e o papel do Supremo Tribunal de Justiça Colóquio de Direito Penal e Processo levado a cabo no Supremo Tribunal de Justiça a 3 de Junho de 2009.

- as *recomendações do Ministério Público*, importantes preditores das sentenças, as recomendações da defesa para a caução, relevando ainda as recomendações da reinserção social (*probation*), os antecedentes criminais e a gravidade do crime¹⁰¹.

Considerações finais

O estudo das consequências jurídicas do crime é um campo de análise fértil, quer do ponto de vista jurídico quer extrajurídico, que, pela sua importância prática, demanda uma atenção maior.

As dúvidas sobre a adequabilidade do modelo de determinação da medida concreta da pena atualmente previsto em Portugal no Código Penal, bem como as demais propostas teóricas sobre o mesmo problema, são muitas, não se vislumbrando uma solução definitiva. Em causa está uma das questões mais importantes que se pode colocar ao (nossa) direito penal que é a de saber qual o cunho político-criminal que deve ser impresso às consequências jurídico-penais para que o direito penal possa cumprir a função que lhe é adstrita. É *res* que bole com as características definidoras do paradigma jurídico-axiológico-constitucional prevalente num tempo e lugar específicos.

Ao legislador e ao julgador impõe-se um exercício, de complexidade assinalável, de transposição do *zeitgeist* comunitário em letra de lei e pronunciamento judicial, respetivamente. Para que não nos quedemos num exercício puramente subjetivo (mostra de “arte” legiferante ou jurispru-

¹⁰¹ No que se refere à posição de José António Barreiros sobre as intervenções dos sujeitos processuais, mormente do Ministério Público, sobretudo quando em audiência propugna por medidas concretas de penas, afastamo-nos do seu pensamento quando entende que essas intervenções dos sujeitos processuais, mormente do Ministério Público, abre «a porta, em sede de decisão, a um jogo em que o tribunal, ao decidir, terá de corresponder, gerando ganhadores e perdedores, desvirtuando-se assim, a lógica intrínseca do sistema que deveria ser de convergência e não de dissonância». Com efeito, entendemos da maior importância essa intervenção do Ministério Público na execução das Leis de Política Criminal, devendo o Ministério Público inclusive recorrer quanto à medida da pena quando o tribunal se afastar, sem fundamentação adequada, da pena tendencialmente proposta e que se mostre conforme às posições da jurisprudência mais comum dos Tribunais Superiores, para os casos idênticos.

dencial) impõe-se, de um lado, a racionalização do processo de determinação da medida da pena e, de outro, o aprofundamento teórico-empírico da doutrina das consequências jurídico-penais.

Atrevemo-nos a dar conta de um estudo por nós apresentado na EUROCRIM, Conferência Anual da ESC¹⁰², sob o título "*Sentencing guidelines nos sistemas continentais?: Um relato das percepções dos Magistrados*" e que pode servir para refletir sobre possíveis caminhos para a racionalização do processo de determinação da medida da pena. Este estudo teve na sua base um questionário implementado com o objetivo de perceber se os magistrados portugueses estariam receptivos a adotar *sentencing guidelines* (linhas de orientação para a determinação da medida da pena). Concluímos na altura que (1) em geral, a coerência deve ser procurada; (2) os sistemas de suporte à decisão seriam bem acolhidos, embora os contactos formais e informais atuais entre os colegas sejam vistos como suficientes; (3) há receptividade para as *sentencing guidelines*; (4), são necessárias respostas e estudos adicionais¹⁰³.

Pedro Miguel Freitas

Manuel Simas Santos

¹⁰² Que teve lugar em Praga entre 10 e 13 de Setembro de 2014.

¹⁰³ Cf. <https://goo.gl/kzT6eB>.

BIBLIOGRAFIA

- Agra, Cândido; Quintas, Jorge; Sousa, Pedro; e Lamas, André. *Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais*. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2015.
- Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Antunes, José Engrácia. *Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português*. Revista da Ordem dos Advogados A. 53, n. 2 (1993): 427–520.
- Antunes, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra, 2007.
- Barreiros, José António. «Coerência na aplicação das penas e o papel do Supremo Tribunal de Justiça». Em *Colóquio de Direito Penal e Processo STJ* em 3 de Junho de 2009.
- Brito, José Sousa. «Os fins das penas no Código Penal». Em *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*, editado por AA.VV., 155–75. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- Carvalho, Américo Taipa de. «As penas no direito português após a revisão de 1995». Em *Jornadas de direito criminal: revisão do código penal: alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, por AA.VV., 13–29. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998.
- . *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2.^a ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- Conselho da Europa. *Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum*. Criminal Law Forum 4, n. 2 (1993): 355–92.
- Correia, Eduardo. *Direito criminal*, II. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

Título:
Processo e Decisão Penal – Textos

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-83-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt