

O DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO DA DETERMINAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA PENA

Nuno Fernando Correia Neves Pereira

Docente, Tempo parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

“O processo de medida da pena é (e só pode ser) um puro derivado da posição tomada pelo ordenamento jurídico-penal em matéria de sentido, limites e finalidades da aplicação das penas”

Jorge de Figueiredo Dias¹

1. Introdução

O problema da determinação da medida concreta da pena é sem dúvida a tarefa mais complexa no sistema de determinação da pena e que mais relevância tem no âmbito da doutrina das consequências jurídicas do crime. No entanto, tem sido um dos que mais evoluiu nos últimos tempos graças ao labor científico da doutrina e da grande influência que exerceu junto do legislador, bem como na alteração profunda que teve na mudança da atitude jurisprudencial perante aquele problema.

Por isso, quando fui convidado para apresentar uma breve comunicação na Quinta Conferência Internacional sobre as “Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global” dedicada à temática do “Direito Penal e Protecção de Direitos Fundamentais”, imediatamente aceitei o repto, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque esta temática ainda hoje constitui um dos mais recentes desafios em matéria penal, não apenas pelo extraordinário relevo que possui na “Doutrina da Pena”, mas sobretudo pelas suas implicações jurídico-

1 *In* Direito Penal Português. Parte Geral II - As consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 215.

processuais e constitucionais, daí a escolha do tema específico da presente comunicação: o direito fundamental ao recurso da determinação da medida concreta da pena.

Em segundo lugar, como forma de prestar a minha singela homenagem aos dois grandes professores de Coimbra que mais tiveram responsabilidades nesta “revolução” doutrinal: o Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, com a publicação em 1993 da obra fundamental “Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime”² e a Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues que a aprofundou como mais ninguém na sua dissertação de doutoramento publicada em 1995 “A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade”³.

Num dos mais recentes acórdãos do nosso Tribunal de Última Instância concluiu-se o seguinte:

- «Ao Tribunal de Última de Instância, como Tribunal especialmente vocacionado para controlar a boa aplicação do Direito, não cabe imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, desde que não tenham sido violadas vinculações legais – como por exemplo, a dos limites da penalidade – ou regras da experiência, nem a medida da pena encontrada se revele completamente desproporcionada, pelo que se não se estiver perante essas situações, como é o caso vertente, o Tribunal de Última Instância não deve intervir na fixação da dosimetria concreta da pena»⁴.

Para se chegar até aqui, um longo e “revolucionário” processo foi iniciado pela doutrina, executado pelo legislador e ainda em curso na jurisprudência, pois os tribunais superiores sempre tiveram alguma relutância em aceitar a alteração da medida concreta da pena pela via do recurso, porque dizia-se na altura, que se tratava de simples “matéria de facto” e que aos tribunais superiores, como tribunais de revista, apenas caberia dirimir conflitos em “matéria de direito”!

Para melhor compreendermos este longo processo, convém assinalar, com a maior brevidade possível, a evolução doutrinal, legislativa e jurisprudencial em matéria de determinação da pena, para depois referir a consagração por via legislativa da controlabilidade em via de recurso da determinação da medida concreta da pena e terminar com algumas sugestões no sentido de garantir de uma forma efectiva o direito ao recurso da determinação da medida concreta da

2 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. Parte Geral II - As consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993.

3 Anabela Miranda Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Os critérios da Culpa e da Prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

4 Cfr. Acórdão de 31 de Julho de 2012 (Processo n.º 53/2012) do Tribunal de Última Instância (TUI) da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) da República Popular da China (RPC).

pena por ser um verdadeiro direito fundamental.

2. A evolução doutrinal, legislativa e jurisprudencial em matéria de determinação da pena

Ultrapassado o dogma das penas fixas e perante a pequena atenção concedida pela doutrina, nomeadamente para saber como se compatibilizariam entre si as diversas finalidades da pena na determinação da sua medida concreta e da limitada intervenção do legislador, o qual não oferecia ao aplicador critérios regulativos para a actividade de determinação concreta da pena, predominou durante muito tempo o pensamento que se tratava de uma matéria onde actuava a plena discricionariedade judicial, a que alguns davam o nome de “arte de julgar”⁵ e que esteve na base de um procedimento jurisprudencial diferenciado, com uma actuação puramente subjectivista, intuitiva e não racionalizável para fixar a medida concreta da pena.

Coube à doutrina o afastamento definitivo do dogma da “arte de julgar” na determinação da medida concreta da pena contribuindo, por um lado, com o fornecimento dos critérios de determinação concreta da pena através das finalidades da punição e, por outro lado, clarificando o conteúdo destas finalidades e a forma do seu relacionamento no procedimento para a fixação do seu *quantum*.

A evolução legislativa nesta matéria ajuda-nos a melhor compreender e aceitar o direito actualmente vigente.

No artigo 88.º do Código Penal de 1886 passou a constar um verdadeiro critério de determinação da medida concreta de “qualquer pena temporária”:

- “Quando for aplicada qualquer pena temporária (de duração variável entre o máximo e o mínimo fixados por lei), o juiz fixará na sentença condenatória a duração dessa pena dentro do máximo e do mínimo legais, tendo em atenção a gravidade do crime.”

No artigo 84.º do Código Penal de 1886, após a Revisão de 1954, com a epígrafe “medida da pena”, estabeleceu-se pela primeira vez um critério geral de graduação da pena, independentemente do concurso de circunstâncias atenuantes ou agravantes:

- “A aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do delinquente, tendo-se em atenção a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos do crime e a personalidade do delinquente”.

O Projecto da parte geral do Código Penal apresentado em 1963 por Eduardo Correia, dando ainda predominância à culpa na determinação da medida

5 Para maiores desenvolvimentos cfr. Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal Português. Parte Geral II - As consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 185 e ss.

concreta da pena, introduziria pela primeira vez no artigo 85.º também a prevenção:

- “A determinação da medida concreta da pena entre o máximo e o mínimo legais far-se-á em função da culpa do agente pelo facto e pela sua personalidade, procurando-se nos limites que a aplicação deste critério torne possíveis, aproximar o quanto da pena, assim fixado, daquele que a prevenção de futuros crimes exigiria”.

O novo Código Penal 1982 no n.º 1 do artigo 72.º, retirando a concepção material da culpa de Eduardo Correia, manteve contudo a subalternização da prevenção de futuros crimes em relação à culpa no procedimento para a determinação da medida concreta da pena:

- “1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes”.

Na Revisão de 1995 do Código Penal português e no novo Código Penal de Macau, projectos que contaram com a orientação e a responsabilidade científica do Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, registou-se uma inversão no papel subalternizado da prevenção perante a culpa e clarificou-se quais seriam as finalidades da punição na tarefa de determinação da medida concreta da pena.

Assim, o legislador no n.º 1 do artigo 71.º do Código Penal português (Revisão de 1995) e no n.º 1 do artigo 65.º do Código Penal de Macau colocou ao mesmo nível a culpa e a prevenção como critérios regulativos no processo de determinação da medida concreta da pena:

- «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».

Sabendo que a clara distinção entre culpa e prevenção seria a chave para a compreensão da doutrina da pena e que as finalidades da aplicação de uma pena, num Estado Social de Direito, só poderiam ser primordialmente a tutela de bens jurídicos e, na medida possível, a reinserção do agente na comunidade, e que a pena não poderia ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa, pois colocaria em causa o respeito pela dignidade humana do delinquente, o legislador legitimamente vazou estas preposições de política criminal no artigo 40.º, quer do Código Penal português (Revisão de 1995), quer no Código Penal de Macau, procedendo a uma necessária harmonização entre a função do direito penal, o sentido e as finalidades da pena e a determinação da sua medida no caso concreto⁶:

- “1. A aplicação de penas (...) visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2. Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. (...)”.

6 Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. Parte Geral II - As consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 227.

3. Controlabilidade em via de recurso da determinação da medida concreta da pena

No entanto o legislador foi ainda mais longe. No sentido de alterar a atitude jurisprudencial, tradicionalmente relutante em aceitar nos tribunais superiores a alteração da medida concreta da pena, estabeleceu um sistema penal e processual penal que garantisse de uma forma racional o direito de recurso da medida concreta da pena.

Partindo do pressuposto que a actividade judicial de determinação da medida concreta da pena já não é mais uma actividade discricionária, antes pelo contrário, que se trata de verdadeira aplicação do direito, uma vez que estamos perante uma actividade juridicamente vinculada, consagrou no n.º 3 do artigo 65.º do Código Penal de Macau⁷, um especial dever de fundamentação, referindo que «na sentença são expressamente referidos os fundamentos da determinação da pena», e exigiu, em termos processuais, no n.º 1 do artigo 356.º do Código de Processo Penal (Macau)⁸ que «a sentença condenatória especifica os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada», ao mesmo tempo que autonomizou a “questão da culpabilidade” da “questão da determinação da sanção” nos termos, respectivamente, dos artigos 349.º e 350.º do Código de Processo Penal (Macau)⁹, permitindo que o tribunal expressamente delibere e vote sobre a espécie e a medida da sanção a aplicar.

Este sistema resultou num alargamento da sindicabilidade, tornando possível o controlo pelos tribunais superiores sobre a decisão da determinação da medida concreta da pena.

Sabemos bem que o procedimento de determinação da pena apresenta importantes diferenças face ao procedimento «comum» de aplicação do direito, pois o juiz é obrigado a traduzir os critérios jurídicos de determinação numa certa quantidade de pena e ele não pode furtar-se à quantificação numérica das suas valorações¹⁰.

A racionalização do procedimento da determinação da medida concreta da pena que o legislador levou a cabo, através da formalização dos procedimentos e dos resultados de determinação da pena, veio permitir a recorribilidade da questão da medida concreta da pena, através da consagração de um recurso de revista ampliada podendo ter como fundamento quaisquer questões de direito de que pudesse conhecer a decisão recorrida, mas também dos vícios constantes dos

7 Cfr. o n.º 3 do artigo 71.º do Código Penal (Portugal).

8 Cfr. o n.º 1 do artigo 375.º do Código de Processo Penal (Portugal).

9 Cfr. os artigos 368.º e 369.º do Código de Processo Penal (Portugal).

10 Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. Parte Geral II - As consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 195.

autos nos termos, respectivamente, dos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (Macau)¹¹, tendo-se verificado desde então uma tendência para alargar os limites em que a questão da determinação da pena é susceptível de revista, nomeadamente, nas seguintes situações:

- A correcção do procedimento ou das operações de determinação da pena, a errónea aplicação dos princípios gerais de determinação da pena, a falta de indicação de factores relevantes ou a indicação dos irrelevantes ou inadmissíveis para a determinação da pena;

- Controlo da determinação da medida concreta se tiverem sido violadas regras da experiência ou se a quantificação se revelar de todo desproporcionada¹².

Concordamos que a valoração judicial das questões de justiça ou de oportunidade possam eventualmente estar subtraídas ao controlo do tribunal de revista, o qual, pela sua própria natureza, tem apenas poderes de cognição para reexame de matéria de direito.

No entanto, suscita-nos algumas dúvidas a interpretação que alguma jurisprudência faz da doutrina que defende que a questão do limite da culpa e a forma de actuação dos fins das penas no quadro de prevenção estariam plenamente sujeitos a revista, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum* exacto de pena, para controlo do qual o recurso de revista seria inadequado, salvo se tivessem sido violadas regras de experiência ou se a quantificação se revelar de todo desproporcionada.

4. O direito ao recurso da determinação da medida concreta da pena como uma garantia de defesa do arguido em processo penal

Aquela orientação jurisprudencial obtida com a juridificação da determinação da pena foi novamente colocada em causa quando o legislador, afastando o inicial sistema de recursos projectado, procedeu a algumas alterações legislativas no sentido de garantir o duplo grau de jurisdição em matéria penal, embora mitigado com o princípio da dupla conforme e com a gravidade das penas aplicadas, mantendo no entanto os poderes de cognição dos tribunais de segunda instância em matéria de facto e de direito dos recursos das decisões dos tribunais de primeira instância, mas restringindo apenas a matéria de direito os poderes de cognição dos recursos legalmente admissíveis para os tribunais de última instância.

Em Macau, nos recursos para o Tribunal de Segunda Instância (TSI) não se tem colocado o problema visto que, em regra, quando o TSI julga em recurso,

11 Cfr. os n.ºs 1 e 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal (Portugal).

12 «O Tribunal de Última de Instância altera a medida concreta da pena quando esta se revele desproporcionada», cfr. Acórdão do Tribunal de Tribunal de Última Instância de 08/07/2011 (Processo n.º 30/2011).

conhece de matéria de facto e de direito¹³.

O mesmo acontece quando estivermos perante recurso para o Tribunal de Última Instância (TUI) de decisões proferidas em 1.ª instância pelo TSI, pois nestes casos o TUI conhece de matéria de facto e de direito¹⁴.

Já quando estivermos perante recurso de decisões proferidas pelo TSI em instância de recurso o TUI apenas conhece de matéria de direito¹⁵.

Em Portugal, perante um enquadramento jurídico similar, foi fazendo caminho uma jurisprudência que perante a redacção da alínea d) do artigo 432.º do Código de Processo Penal, antes da revisão de 2007¹⁶, que permitia recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça «de acórdãos finais proferidos pelo tribunal colectivo, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito», entendia que o STJ não podia tomar posição sobre o *quantum* exacto da pena, por não se mostrar na decisão de primeira instância violação das regras da experiência ou da desproporção da quantificação efectuada.

Em 2003, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre essa orientação jurisprudencial do STJ e no Acórdão n.º 505/03, de 28 de Outubro, julgou «inconstitucional a norma do artigo 432.º, alínea d), do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que o Supremo Tribunal de Justiça só pode conhecer da medida concreta da pena nos casos de desrespeito dos respectivos parâmetros (culpa do arguido, exigências de prevenção, moldura penal abstracta e tipo legal de crime em causa), violação de regras de experiência ou desproporção da quantificação efectuada, sem que tal restrição dos seus poderes de cognição implique a remessa do processo para outro tribunal de recurso».

Foi precisamente para evitar o sacrifício do direito fundamental ao recurso do arguido em matéria de determinação da medida concreta da pena que o Tribunal Constitucional determinou que nos aspectos em que o Supremo Tribunal de Justiça não pudesse controlar a medida concreta da pena teria de remeter o processo para o tribunal considerado competente para apreciação desses aspectos por forma a salvaguardar essa garantia fundamental de defesa do arguido em processo penal.

13 Cfr. o artigo 39.º da Lei n.º 9/1999 (Lei de Bases da Organização Judiciária) e artigos 390.º e 400.º do Código de Processo Penal (Macau).

14 Cfr. o n.º 1 do artigo 47.º da Lei n.º 9/1999 (Lei de Bases da Organização Judiciária) e a alínea 3) do artigo 36.º da Lei n.º 9/1999 (Lei de Bases da Organização Judiciária).

15 Cfr. O n.º 2 do artigo 47.º da Lei n.º 9/1999 (Lei de Bases da Organização Judiciária) e n.º 1 do artigo 390.º do Código de Processo Penal (Macau) (*a contrario sensu*), com a nova redacção dada pelo artigo 73.º da Lei 9.º/1999 (Lei de Bases da Organização Judiciária).

16 Com a nova redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, passou a ser a alínea c) do artigo 432.º, com a seguinte redacção: «De acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo que apliquem pena de prisão, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito».

O direito ao recurso constitui uma garantia fundamental de defesa do arguido¹⁷. Essa garantia de defesa está expressamente prevista no n.º 5 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), onde se refere que «qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei». O artigo 40.º da Lei Básica da RAEM estipula que «as disposições, que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (...), continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da Região Administrativa Especial de Macau». Faz parte do núcleo essencial do direito de defesa do arguido como verdadeiro sujeito do processo penal, o direito de recorrer das decisões que lhe forem desfavoráveis ou contra ele proferidas nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 50.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 391.º, ambas do Código de Processo Penal (Macau)¹⁸.

Sendo a determinação da medida concreta da pena verdadeira aplicação de direito e, como tal, uma questão de direito, e sendo permitido recorrer dos acórdãos e sentenças cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei nos termos do artigo 389.º do Código de Processo Penal (Macau), podemos afirmar que não foi só consagrado o direito ao recurso, mas também o princípio da recorribilidade.

Daí que concordemos com a posição defendida pelo Tribunal Constitucional em Portugal, no sentido de que sendo o direito ao recurso uma garantia fundamental de defesa do arguido em processo penal, a sindicabilidade da medida concreta da pena deve abranger toda a decisão, mesmo no plano de valoração do seu *quantum*.

5. O direito ao recurso da fixação do *quantum* na determinação da medida concreta da pena

Na determinação da medida concreta da pena, dentro dos limites definidos na lei, manda o legislador no n.º 1 do artigo 65.º do Código Penal de Macau, atender à culpa do agente e às exigências de prevenção criminal que no caso concreto se façam sentir. Tendo em conta que a função do direito penal é a protecção de bens jurídicos, o legislador legitimamente definiu como finalidades de aplicação de penas a tutela e a defesa desses bens jurídicos e, sempre que possível, a reintegração do agente na sociedade, deixando para a culpa o importante e fundamental papel de constituir o limite que nenhuma pena, em caso algum, pode ultrapassar, nos termos, respectivamente, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 40.º do Código Penal de Macau.

Perante este quadro legislativo, qualquer modelo que não tenha em

17 Em Portugal, só com a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, se incluiu expressamente no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa o direito ao recurso como uma das garantias de defesa do arguido em processo penal.

18 Cfr. a alínea i) do n.º 1 do artigo 61.º e alínea b) do n.º 1 do artigo 401.º do Código de Processo Penal (Portugal).

conta simultaneamente as finalidades da prevenção e da culpa na determinação concreta da pena não é aceitável como acontece com a chamada “teoria do valor de posição ou de emprego”, bem como também não é aceitável qualquer modelo que atribuindo prioridade e importância à culpa relegue a prevenção para um papel subalternizado, como acontece com as chamadas “teoria da pena da culpa exacta” e “teoria do espaço da liberdade ou da moldura da culpa”¹⁹.

A harmonização entre a função do direito penal, o sentido e as finalidades da pena e a determinação da sua medida no caso concreto só é possível com a adopção do chamado “modelo da prevenção”²⁰ proposto pelo Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, que parte da ideia fundamental que “as finalidades da aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela dos bens jurídicos e, na medida possível, na reinserção do agente na comunidade” e que a medida da “pena não pode ultrapassar, em caso algum, a medida da culpa”²¹.

Algo que a citada jurisprudência que defende a insindicabilidade da determinação do *quantum* da pena pelo tribunal de revista parece não ter conta, é que “dentro dos limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração, isto é, entre o ponto óptimo e o ponto ainda comunitariamente suportável de medida de tutela dos bens jurídicos, podem e devem actuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que vão determinar, em último termo, a medida da pena”²² até ao limite consentido pela medida da culpa.

Daí que caiba ao tribunal de revista como tribunal especialmente vocacionado para a boa aplicação do direito imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, não apenas quando tenham sido violadas vinculações legais, como por exemplo, os limites da penalidade ou as regras da experiência, ou quando

19 Cfr. o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 03/02/2000 (Processo n.º 2/2000) que considerou, incorrectamente na perspectiva aqui defendida, que «na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau, no seu artigo 65.º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites».

20 Em Macau a jurisprudência também tem evoluído nesse sentido, podendo referir-se a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 30/03/2006 (Processo n.º 32/2006), que refere que «na determinação da pena concreta, dentro da moldura abstracta, estabelecer-se-á o máximo constituído pelo ponto mais alto consentido pela culpa do agente e o mínimo que resulta do *quantum* da pena imprescindível à tutela dos bens jurídicos e expectativas comunitárias (“moldura da prevenção”). E será dentro desta moldura da prevenção que irão actuar as considerações de prevenção especial (função de socialização, advertência individual ou segurança)».

21 Cfr. para maiores desenvolvimentos, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 227 e ss.

22 Cfr. autor e obra anteriormente citada, p. 231.

a medida concreta da pena encontrada se revele completamente desproporcionada, mas também quando o *quantum* de pena fixado não corresponda às necessidades especialmente preventivas para o agente naquele caso concreto.

Sendo o pedido de revista em matéria de determinação concreta da pena uma questão de direito, que implica normalmente uma subsunção de factos numa norma jurídica ou a sua não aplicação, parece-nos que aqui o tribunal de revista terá de decidir no âmbito dos seus poderes de cognição mesmo que sejam apenas limitados à apreciação de matéria de direito. Partindo do pressuposto de que não estão em causa os limites de pena determinados para a “moldura da prevenção” constituída pelo ponto óptimo de tutela do ordenamento jurídico consentido pela culpa e o ponto de defesa do ordenamento jurídico, se os factos invocados no recurso tiverem sido dados como provados e forem considerados relevantes pela via da prevenção especial para a valoração de algum (ou alguns) dos factores de determinação da medida concreta da pena previstos no n.º 2 do artigo 65.º do Código Penal de Macau, o tribunal de revista não os poderá deixar de reapreciar e valorar, devendo pronunciar-se sobre a quantificação exacta da pena determinada pelo tribunal recorrido. É com base no critério da socialização do agente que o tribunal de revista poderá aferir se o *quantum* de pena concretamente fixado pelo tribunal recorrido corresponde ou não à medida das necessidades de socialização do agente, podendo assim, caso não concorde com a dosimetria fixada, alterar o *quantum* de pena determinado pelo tribunal recorrido.

Uma das finalidades mais importantes do processo penal é a busca da verdade material e da justiça na tentativa de restabelecer a paz jurídica que foi violada, sendo para isso necessário procurar a solução que melhor respeite o núcleo essencial de um direito fundamental.

Nesta perspectiva, se for possível ao tribunal de revista inferir uma divergência relevante com o resultado final da pena concreta aplicada pelo tribunal recorrido, considero importante para a descoberta da verdade material e para a boa decisão da causa no sentido de garantir o direito fundamental ao recurso da determinação da medida concreta da pena, que se alargue o âmbito de sindicabilidade à fixação do *quantum* da pena, com base no critério das necessidades especiais preventivas do arguido no caso concreto.

Tendo em conta as finalidades do processo penal acima mencionadas, aos tribunais criminais não é permitido fundamentar as suas decisões em factos falseados, incorrectos ou incompreensíveis, desde que os respectivos vícios se enquadrem nas previsões do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (Macau).

Daí que, se o tribunal de revista se deparar com uma insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, com uma contradição insanável da fundamentação ou com um erro notório na apreciação da prova para a decisão

da medida concreta da pena, e como o tribunal de revista só tem poderes de cognição para o reexame de matéria de direito, deve reenviar o processo para novo julgamento relativamente à questão concretamente identificada na decisão de reenvio nos termos do artigo 418.º do Código de Processo Penal (Macau), garantindo assim, na sua plenitude, o direito ao recurso da determinação da medida concreta da pena, o qual é uma garantia fundamental de defesa do arguido em processo penal.

Solução esta que ainda tem guarida na ressalva que é feita no n.º 2 do artigo 47.º da Lei n.º 9/1999 (Lei de Bases da Organização Judiciária), quando excepciona disposição em contrário das leis de processo, ao delimitar os poderes de cognição do TUI apenas ao conhecimento de matéria de direito quando julgue em recurso não correspondente a segundo grau de jurisdição²³.

5. Conclusão

Concluindo e para que não restem dúvidas quanto à posição aqui defendida, não havendo uma divergência de valoração em relação ao factor de determinação da pena que foi considerado relevante pela via da prevenção especial e que esteve na base da fixação final do *quantum* de pena pelo tribunal recorrido, não pode o tribunal de revista alterar esse *quantum* exacto de pena, isto é, alterar a quantificação numérica, por estarmos aqui perante aquele “núcleo de irracionalidade da medida da pena, no sentido da impossibilidade de controlo a nível de critérios oferecidos pelo direito positivo”²⁴

Neste já longo e “revolucionário” processo impulsionado pela doutrina, executado pelo legislador e ainda em curso na jurisprudência, já foi possível racionalizar este complexo procedimento de determinação da medida concreta da pena, o que permitiu, por um lado, o afastamento definitivo do dogma de ser esta uma actividade em que se revelava a “arte de julgar” do juiz, e, por outro lado, reduzir cada vez mais os espaços de discricionariedade não vinculada do julgador.

No entanto, parece-nos ainda ser possível que o legislador venha a ocupar um espaço actualmente partilhado apenas pela doutrina e pela jurisprudência.

Ao legislador cabe concretizar as preposições político-criminais que legitimamente possam contribuir para uma melhor aplicação do direito, no sentido de garantir o direito a um efectivo e amplo recurso da determinação da medida concreta da pena.

Sabemos hoje que uma das formas mais relevantes de protecção dos direitos

23 Solução expressamente consagrada no artigo 434.º do Código de Processo Penal português: «Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 410.º, o recurso interposto para o Supremo Tribunal de Justiça visa exclusivamente o reexame de matéria de direito».

24 Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, A Determinação da medida da Pena Privativa da Liberdade, Coimbra Editora, 1995, p. 594.

fundamentais é precisamente a regulação dos respectivos procedimentos tendentes a garantir a sua aplicação efectiva.

Pode o legislador fazê-lo de duas formas.

Em primeiro lugar, o legislador poderia “traduzir” as orientações doutrinárias e já maioritariamente aceites pela jurisprudência do “modelo da prevenção” em critérios normativos, com o objectivo de delimitar com alguma clareza e segurança jurídicas a função e o modo de relacionamento que cada uma das finalidades na aplicação de penas exerce no procedimento de determinação da medida concreta da pena.

Em segundo lugar, o legislador deve de uma forma clara e inequívoca alargar os poderes de cognição do tribunal de revista mesmo quando apenas conheça de matéria de direito, a todo o procedimento para a determinação da medida concreta da pena no sentido de permitir a sindicabilidade da fixação do *quantum* de pena.

Termino, apelando ao legislador para que, seguindo a tendência que ainda hoje existe de ampliar o recurso de revista, tenha a coragem necessária para dar mais estes “dois passos em frente”, por forma a garantir este direito fundamental do arguido em recorrer da determinação da medida concreta da pena de uma forma abrangente, incluindo a valoração do seu *quantum*, como a mais importante das garantias de defesa em processo penal.

ANEXO

MEDIDA DA PENA (Evolução Legislativa)

CÓDIGO PENAL (1886)

Artigo 88.º

Quando for aplicada qualquer pena temporária (de duração variável entre o máximo e o mínimo fixados por lei), o juiz fixará na sentença condenatória a duração dessa pena dentro do máximo e do mínimo legais, tendo em atenção a **gravidade do crime**.

CÓDIGO PENAL (1886 - Reforma de 1954)

Artigo 84.º

(Medida da pena)

A aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da **culpabilidade do delinquente**, tendo-se em atenção a **gravidade do facto criminoso**, os seus **resultados**, a **intensidade do dolo** ou **grau de culpa**, os **motivos do crime** e a **personalidade do delinquente**.

§ único – Na fixação da pena de multa, atender-se-á sempre à situação económica do condenado, de maneira que o seu quantitativo, dentro dos limites legais, constitua pena correspondente à culpabilidade do delinquente.

PROJECTO DE CÓDIGO PENAL (Parte Geral de 1963)

Artigo 85.º

A determinação da medida concreta da pena entre o máximo e o mínimo legais far-se-á em função da culpa do agente pelo facto e pela sua personalidade, procurando-se nos limites que a aplicação deste critério torne possíveis, aproximar o quanto da pena, assim fixado, daquele que a prevenção de futuros crimes exigiria.

CÓDIGO PENAL (1982)

Artigo 72.º

(Determinação da medida da pena)

1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa do agente, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes.

2. (...)

3. (...)

CÓDIGO PENAL (1982 - Revisão de 1995)

Artigo 40.º

Finalidades das penas e medidas de segurança

1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.

3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Artigo 71.º

(Determinação da medida da pena)

1. 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.

2. (...)

3. (...)

CÓDIGO PENAL DE MACAU (1995)

Artigo 40.º

(Finalidades das penas e medidas de segurança)

1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens

jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Artigo 65.º

(Determinação da medida da pena)

1. 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 criminal.