

A determinação Concreta da Medida da Pena no Novo Código Penal de Macau

— Algumas Questões —

João A. G. Gil de Oliveira
Juiz do Tribunal de Competência Genérica de Macau

“Com efeito, ninguém pune o delinquente só pela simples razão de que cometeu uma injustiça, a não ser aquele que, como um animal irracional se procura vingar; mas aquele que pretende punir de modo racional, não castiga por causa do acto ilícito já cometido - pois não pode fazer que o que está feito não esteja feito - mas em vista do futuro, para que daí em diante o delinquente não volte a cometer injustiça e também não os outros que vêem como ele é punido.”

Palavras de Protágoras in Górgias, Platão.

I - O TEMA

1. A previsibilidade do Direito Penal exige uma elaboração exacta dos elementos géneros do crime, o que constitui tarefa da dogmática deste ramo do direito cada vez mais orientada para a solução dos concretos problemas jurídico-penais¹.

Na verdade, como diz o Professor Figueiredo Dias, “Não tem já hoje sentido pensar que a solução dos problemas suscitados na doutrina das consequências jurídicas do crime depende apenas ou predominantemente da ‘arte’ de aplicação do Juiz — é dizer, da sua sensibilidade, do seu sentimento e da sua consequente capacidade para captar as valorações político-criminais —, pelo que se manteria estranho ao domínio da dogmática e portanto da ‘ciência’ jurídico-penal”².

¹ Roxin, Claus (1977) “*Strafrecht and Strafrechtreform*”, *Das Fisher Lexikon, Recht*, in *Textos de Apoio de Direito Penal - AAFDL*, 1983/84.

² *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*, 1993, pág. 40.

A análise do exame da punibilidade, na teoria do crime por ela desenvolvida, deve observar diversos e sucessivos passos: acção (ou omissão) humana, a ilicitude, culpa e imputabilidade.

No trabalho que nos propomos, pressupõe-se o respeito por tais passos, como se pressupõe decorrida a operação de “subsunção”, ou “julgamento jurídico da situação de facto”, operação olhada sempre sob o ponto de vista do caso concreto.

Encontrado o tipo do crime, preenchidos os respectivos elementos objectivos e subjectivos, o Juiz, ainda que não despido das vestes do julgador de facto, a dado passo da prolação da sentença, questiona-se acerca da busca e graduação da pena concreta.

Procede, então, a uma série de operações de forma a encontrar a pena adequada e é essa abordagem que aqui tentaremos.

2. Função jurisdicional individualizadora da pena

Sobre tal função individualizadora cometida ao Juiz e sua evolução não deixaremos de tecer algumas brevíssimas considerações.

Ao julgar um facto criminoso, o Juiz não se limita a aplicar a lei criminal ao facto nem a determinar quais os preceitos que o punem. Pede-se-lhe antes que decida qual a concreta penalidade e, porque o único fundamento da pena é o crime, à medida daquela há-de corresponder a medida deste, pelo que as respectivas teorias se devem constituir em perfeito paralelismo³.

Das preocupações naturais de limitação ao máximo da individualização judicial da pena – determinar a consequência jurídica dos factos devia ser função exclusiva do legislador – e consequente criação de um sistema de penas fixas, de que o Código francês de 1791 é paradigma, evoluiu-se para técnicas legislativas diferentes, em que, radicando ainda naquele sistema, se enumeravam taxativa ou exemplificativamente as circunstâncias que presidiam à variação judicial da pena, ou noutras, em que se não fornecia ao Juiz nenhuma nova indicação para além dos princípios gerais em matéria dos fins das penas.

No Código Penal português de 1852 optou-se pela enumeração das circunstâncias atenuantes e agravantes na sua Parte Geral, na esteira dos Códigos da Áustria (1803), Brasil (1830) e Espanha (1848).

O estudo das circunstâncias fazia-se em sede da teoria geral da infracção, ao invés do que acontecia com o Código Prussiano (1851), depois transformado no Código Imperial (1870) e Códigos Alemães, em que só na teoria da pena se fazia uma referência indiscriminada às causas de agravação ou atenuação como causas ou condicionalismos da individualização judicial.

³ José de Sousa e Brito, *Sentido e Valores da Análise do Crime*, in *Textos de Apoio de Direito Penal* - AAFDL, 1983/4, pág. 102.



Não bastava, contudo, àquela individualização a análise das circunstâncias, importando considerar ainda os elementos da infracção. Como dizia lapidariamente Levy Maria Jordão⁴. “Se o crime é composto de vários elementos, a intenção, o dano, etc., os quais podem todos ser susceptíveis de maior ou menor intensidade, era mister que o legislador tratasse de caracterizar quais as causas que, influindo nele, vão por isso tornar o crime mais ou menos grave, pois devendo a pena ser proporcionada ao delito era justo determinar a natureza e as variações deste para se poder depois estabelecer na penalidade uma escala correspondente a essas multiplicadas variações”.

Com os trabalhos para a reforma do direito penal nos anos 30, na Alemanha, desenvolve-se o entendimento de que a medida da pena devia ser ancorada na teoria do crime e com reflexo, em Portugal, no conteúdo do artigo 84º do CP de 1886 que o Prof. Cavaleiro de Ferreira introduziu com a reforma de 1954. Fixava-se aí o critério que, até há bem pouco tempo, 1 de Janeiro de 1996, se seguia em Macau e onde se estabelecia que “a aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do delinquent, tendo-se em conta a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, os motivos do crime e a personalidade do delinquent”.

As posições defendidas pela doutrina sobre os fins das penas, orientavam-se no sentido de se levarem em linha de conta ora as exigências da culpa (confundida com a intensidade do dolo e a gravidade da negligência), ora as exigências de prevenção especial e da individualização da pena, ou ainda de umas e outras⁵.

O legislador, por seu turno, intervinha, consagrando penas, em princípio, de duração variável, oferecendo ou não critérios reguladores da actividade individualizadora da pena e estabelecendo fórmulas que cobriam todos os procedimentos possíveis, às quais acrescentava listas (por vezes longas) de circunstâncias que serviam para agravar ou atenuar a responsabilidade.

Daqui se evoluiu para a ideia de que o legislador deve fornecer ao Juiz indicações precisas, através da criação de “tipos”, que lhe permitam determinar com o máximo rigor possível o valor da medida da pena. Assim se estabelece que a pena, a mostrar-se integrado dado tipo, nunca pode ultrapassar um certo limite máximo ou ficar aquém do limite mínimo. A individualização judicial já não será correcção mas sim “complemento de lei”⁶ e traduzir-se-á na função de subsunção e de valoração individualizadora, racionalizada, não se permitindo que ela seja deixada à discricionariedade não vinculada do Juiz.

⁴ *Comentário ao Código Penal Português*, 1853, I, pág. 46.

⁵ Figueiredo Dias, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, pág. 188.

⁶ José de Sousa e Brito, *ob. cit.*, pág. 119.



3. Fins das penas

3.1. Como vimos, face ao esforço de compatibilização entre as diversas finalidades das penas e determinação da sua medida concreta, importará fazer uma referência sumária ao que vulgarmente se denomina por fins das penas.

Respondendo à questão seguinte de Roxin⁷ – “Com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?” –, diremos que até hoje não se encontraram mais do que três respostas.

A primeira é dada pela “teoria da retribuição” segundo a qual o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do agente seja compensada mediante a imposição de um mal penal. O crime é expiado pelo sofrimento da pena e tal concepção decorre da corrente filosófica do idealismo e da tradição cristã, em que a pena é considerada como execução da função judicial divina.

A segunda resposta parte do princípio de que com a pena não se visa retribuir o facto passado, mas a sua justificação assenta na prevenção dos novos delitos do autor. Tal finalidade pode ocorrer através da sua ressocialização, intimidando-o à abstenção da prática de futuras delinquências ou tornando o agente inofensivo através da privação de liberdade.

A terceira das teorias tradicionais sobre o sentido e fim da pena assenta na chamada prevenção geral, o que significa que, por via dela, se prossegue a intimidação geral, a partir da ideia de que se pode motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com a lei.

3.2. Não é o momento próprio para elencar as críticas que dos diversos quadrantes se levantaram em relação a cada uma das teorias, importando apenas constatar que se abriu caminho à teoria unificadora e eclética, assim se consagrando as virtualidades das diversas versões.

Mas ainda aqui a problemática não chega ao seu termo, na medida em que a teoria unificadora aditiva não supera as críticas, antes as acumula. Na verdade, continuaria a deixar na obscuridade os pressupostos da punibilidade e, como compensação da culpa, não seria, em muitos casos, vinculante; continuaria sem delimitar os pressupostos e consequências do direito penal e sem explicar a punibilidade dos crimes insusceptíveis de repetição; continuaria sem justificar a punição por referência aos outros que não o agente, permanecendo discutível sob o ponto de vista político-criminal.

Superando as dificuldades, constrói-se uma teoria unificadora e eclética e que se pode sintetizar nas seguintes palavras de Roxin⁸, delimitando o sentido e limites do direito penal, como “protecção subsidiária de bens jurídicos e

⁷ Claus Roxin, *Problemas Fundamentais do Direito Penal*, pág. 15.

⁸ *Ob. cit.*, pág. 43.



prestação de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial que salvaguarde a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual”.

Nesta perspectiva e em síntese, uma teoria da pena que não pretende manter-se na abstracção ou em propostas isoladas tem de se basear no estabelecimento de um ordem em que o direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade das pessoas no sentido da prevenção geral se, ao mesmo tempo, preservar a individualidade de quem a ela está sujeito, não perdendo de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ela aponta.

3.3. É este o sentido que nos atrevemos a adivinhar como consagrado na redacção do artigo 40º do Código Penal, sob a epígrafe “Finalidade das penas e medidas de segurança”, tanto mais que não houve o propósito de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das reacções criminais⁹. Na verdade, aí se estabelece:

“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”.

Sentido tanto mais reforçado quanto ganha foros programáticos logo no preâmbulo do Decreto-Lei nº 58/95/M, de 14 de Novembro, ao proclamar-se que o Novo Código Penal (NCP) assenta as “suas prescrições na liberdade individual e na correspondente responsabilização de cada um de acordo com o princípio da culpa”, enaltecendo-se o “sentido pedagógico e ressocializador do sistema penal, respeitando os direitos e a personalidade dos condenados”, enquanto “repare a violação dos bens jurídicos protegidos e sirva de referência tranquilizadora para a comunidade”.

Não interessa agora querelar acerca da justeza da inserção pragmática do preceito. Cremos, no entanto, que as razões que justificaram a sua introdução no Código Penal português, com a revisão levada a efeito pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, são perfeitamente válidas e muito mais prementes em Macau, dado o período de transição que se vive e a necessidade de enquadrar a referência dos valores que por via dos Códigos se pretendem implementar na sociedade sua destinatária.

II - ESCOLHA DA PENA

Visto o quadro referencial doutrinário e legislativo em que se deve operar a valoração e individualização da pena, há que referir que nos pautaremos pela sequência lógica e cronológica a que o Juiz se há-de ater para a sua concretização.

A concretização da pena impõe que, perante um dado tipo, cujos elementos se mostrem integrados, se proceda a uma série de operações, a saber:

⁹ Maia Gonçalves, *Código Penal Anotado*, 1996, Pag. 291.



escolha entre um dado alternativo, ou entre a pena e a pena de substituição, determinação da moldura abstracta entre um máximo e um mínimo, graduação e fixação, não necessariamente por esta ordem cronológica.

Na abordagem feita por alguns dos autores, o estudo da escolha dentre as penas postas à disposição do Juiz através das penas alternativas (e excluimos aqui as penas de substituição) precede a determinação da moldura abstracta¹⁰, enquanto que noutros a sucede¹¹.

Seguindo o raciocínio a que o Juiz procede, se há um primeiro momento em que se encontra o tipo e a moldura abstracta da pena (no caso das penas compósitas em alternativa), v.g., uma situação de ofensa simples à integridade física (artigo 137º, nº 1, do NCP), punível com uma pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, logo se coloca a questão de ter de se optar por uma das espécies das penas ali previstas: prisão ou multa.

O artigo 64º do NCP estatui: “Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades de punição”.

Com tal critério orientador dá-se corpo, como assinala Robalo Cordeiro¹² “a um dos pensamentos fundamentais do novo sistema punitivo, subjacente a este e ‘particularmente grato’ ao autor do projecto: o da reacção contra as penas institucionalizadas ou detentivas, por sua própria natureza lesivas do sentido ressocializador que deve presidir à execução das reacções penais”.

Realça-se a ideia de reinserção do delincente e dos malefícios das penas detentivas, em particular quanto às penas curtas de prisão e, nos casos menos graves, tanto mais reforçada quanto o legislador entendeu assim não se limitar às reacções penais substitutivas de prisão num momento posterior (vd. os institutos da suspensão de execução de pena, regime de prova, dispensa da pena).

A razão do preceito em análise não referir expressamente as finalidades da punição – tal como era previsto na redacção originária do artigo 71º do Código Penal em vigor na República e onde expressamente se referia a recuperação social do delincente e as exigências de reprobção e prevenção do crime – dever-se-á ao facto de elas virem referidas numa outra disposição, o já referido artigo 40º.

Uma vez que a medida da pena depende fundamentalmente da culpa, a escolha entre a pena de prisão e a alternativa dependerá unicamente de considerações de prevenção geral e especial^{13 14}, escolha que não deixará de dever ser fundamentada, apesar da ausência a tal referência expressa (cfr. artigos 65º, nº 3 do Código Penal e 208º da CRP).

¹⁰ Robalo Cordeiro, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 238.

¹¹ Prof. Figueiredo Dias, *ob. Cit.*, 198.

¹² *Ob. cit.*, pág. 238.

¹³ Maia Gonçalves, *Código Penal Anotado*, 1996, pág. 354.

¹⁴ Ac. STJ de 21/3/90, BMJ 395/296.



Questão que se coloca não raras vezes ao Juiz é a necessidade de ter de ponderar por diversas vezes os mesmos critérios de prevenção geral e especial, seja no momento da escolha da pena do artigo 64º, seja no momento da determinação da medida da pena no artigo 65º, nº 1, seja no momento da ponderação da suspensão de execução da pena de prisão no artigo 48º, nº 1, todos do NCP. E se neste contexto será ou não legítimo optar por uma pena detentiva para a suspender mais adiante?

Estamos em crer que não é fácil responder linearmente a tal questão e só perante a ciência do caso concreto – cada caso é um caso – será possível descortinar as razões que conduzirão a uma ou outra solução. Tal resposta passa por um critério necessariamente exigente, fundamentado e vinculado jurídico-constitucionalmente que se impõe aos aplicadores do direito e de aplicação tanto mais espinhosa quanto mais reduzidas as penas substitutivas, inexistentes os instrumentos de análise (perícias e relatórios sociais) e maior o desconhecimento individualizado do delinquente, desde logo desenraizado na maior parte dos casos, dada a mobilidade e flutuação que o caracteriza neste espaço geográfico e cultural específico. Tudo isto, no quadro de um Código de Processo Penal por enquanto desajustado à nova realidade jurídico-penal (Código de Processo Penal de 1929).

III - MOLDURA DA PENA APLICÁVEL (MEDIDA ABSTRACTA DA PENA)

1. Circunstâncias modificativas gerais

Para determinar, em cada caso, a medida da pena, parte-se do tipo fundamental e consideram-se depois as circunstâncias que modificam, atenuando ou agravando, a moldura abstracta.

Entre as circunstâncias modificativas gerais consideraremos o caso da reincidência e o caso da atenuação especial.

Seguindo o esquema proposto, uma vez que tanto a pena relativamente indeterminada, como o concurso de crimes pressupõem que se tenha determinado já a pena concreta (artigo 71º, nº 2, NCP) passaremos a analisar aquelas circunstâncias modificativas gerais. Deixaremos de fora as circunstâncias modificativas especiais – as que impendem sobre a medida legal ordinária de determinado tipo de crime –, que, aliás, não oferecem dificuldade de maior na sua aplicação e que devem ser estudadas a propósito de cada uma das incriminações particulares.

2. Reincidência

Como circunstância modificativa agravante surge-nos a reincidência que radica numa especial propensão do delinquente para o crime.

Assinalam-se importantíssimas diferenças em relação ao regime anterior quanto aos seus elementos constitutivos e efectivos.

2.1. Para que houvesse reincidência era necessário que tivesse havido condenação anterior no período de oito anos por crime da mesma natureza (artigo 35º do CP de 1886).

Nos termos do artigo 69º do NCP estabelecem-se agora como pressupostos da reincidência: cometimento de um crime doloso com pena de prisão efectiva superior a 6 meses sobre crime doloso anterior punido com pena de prisão efectiva superior a 6 meses, independentemente da mesma natureza de crimes, se o agente for de censurar por a condenação anterior não lhe ter servido de suficiente advertência contra o crime; lapso de tempo entre os crimes de 5 anos, não contando neste prazo o tempo em que o agente tenha estado privado de liberdade por decisão judicial; relevam as condenações proferidas por outros tribunais que não os de Macau, desde que o facto anterior constitua crime segundo a lei do Território; não obstat à verificação da reincidência a prescrição das penas, a amnistia (necessariamente a amnistia imprópria, pois esta pressupõe que o julgamento já tenha sido realizado), o perdão e o indulto (no CP de 1886 os crimes amnistiados não contavam para tal efeito).

Assinalam-se, pois, gigantescas diferenças como resultado da crítica à legislação anterior, crítica oriunda da doutrina germânica¹⁵, assim se ultrapassando muitas das dificuldades que a rigidez do sistema gerou (v.g., a determinação da mesma natureza de crimes, se a diversidade das penas aplicadas obstará à sua verificação¹⁶, início do prazo da reincidência).

Inclui-se agora na reincidência a velha circunstância da sucessão de crimes, aceitando-se o princípio de que tanto a mesma natureza como a natureza diferente são susceptíveis de revelar maior culpabilidade.

Na esteira da recente reforma do Código Penal da República não é apenas a condenação anterior em prisão que releva, mas exige-se que se trate em ambas as condenações de uma pena de prisão efectiva superior a 6 meses ainda que não cumprida.

Quanto à relevância de condenação por outros tribunais fora da organização judiciária de Macau (ao contrário do que acontecia com o CP de 1886 em relação a sentenças estrangeiras), se bem que inserida na doutrina mais actual, continua sem se dar resposta à questão da confirmação e exequibilidade dessas sentenças e do perigo que decorre de se atender apenas às declarações do arguido. Aliás, pode colocar-se até a questão, “de jure condendo”, da legitimidade de proceder ao julgamento em presença do certificado de registo criminal ou de inquirir o arguido sobre os seus antecedentes, perguntas a que não pode deixar de responder e com verdade em termos processuais.

A principal dificuldade resultará do facto de a reincidência passar a funcionar “ope judicis” e não “ope legis” como acontecia até aqui. Qual é a real

¹⁵ Vd. Beleza dos Santos, in RLJ, Ano 75º.

¹⁶ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, pág. 180.

possibilidade de indagar, de acordo “com as circunstâncias do caso”, se o agente merece censura “por as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime?”

Antes de mais, cabe assinalar que na redacção primitiva do Código da República se falava de prevenção e não de advertência contra o crime, o que parece reforçar a ideia da diferença entre o verdadeiro reincidente e o pluriocasional.

Mas como se distingue o reincidente do pluriocasional?

Ter-se-á querido afastar, na reincidência, toda a consideração acerca da personalidade do agente que, na delinquência por tendência, terá o seu lugar próprio (v. artigo 77º, nº 1, alínea b), do NCP). No entanto, como diz o Prof. Cavaleiro de Ferreira¹⁷ “esta separação não alcança uma nitidez absoluta, na medida em que a formação paulatina do hábito se enraíza na personalidade e pode, portanto, revelar-se de algum modo na reincidência”.

As dificuldades têm de se vencer a partir da averiguação em sede de matéria de facto e com respeito pelo princípio do contraditório de modo a poder concluir-se que as condenações anteriores não serviram de suficiente advertência contra o crime¹⁸ ou se este não terá sido apenas motivado por causas furtivas ou exógenas, não bastando, portanto, a análise do certificado do registo criminal junto aos autos¹⁹. Entendeu-se, aquando da entrada em vigor do Código Penal de 1982, na República, que as condenações anteriores só relevariam para a reincidência, na medida em que delineada com outros pressupostos, se cometidas no âmbito do novo Código²⁰.

Como a agravação resultante da reincidência radica no desrespeito pela advertência que a condenação anterior encerra, daí resultava que para esta poder ser censurada ao agente teria de ocorrer no domínio do novo Código Penal, pois que tal previsão não vigorava anteriormente.

Vemos com alguma dificuldade que as condenações anteriores não relevem, desde que se respeitem os requisitos respectivos, pois de outra forma não se compreenderia facilmente a razão da relevância das condenações estranhas à organização judiciária de Macau (que não as da República com regime similar).

Uma última questão que se nos suscita é a forma processual adequada à indagação em sede de matéria de facto, com respeito pelo princípio do contraditório, demonstrativa da advertência ao afastamento do crime.

Será necessário, para mais com o velho Código do Processo Penal de 1929 ainda em vigor, quesitar tal factuality? Afigura-se-nos que não, desde logo

¹⁷ *Lições de Direito Penal*, II, 1989, pág. 149.

¹⁸ Ac. do STJ de 16/10/91, proc. 42168.

¹⁹ Ac. do STJ de 10/10/90, proc. 41213 e 19/12/90, proc. 41235.

²⁰ Ac. do STJ de 29/02/84, BMJ 328/332. Contra, porém, Ac. RP, BMJ nº 341/473.

pela impossibilidade da formulação de um quesito conclusivo, havendo que extrair tal juízo de valor dos factos que, no entanto, terão de constar da acusação ou da pronúncia, não bastando o simples recurso ao certificado do registo criminal.

Contrariamente ao que se chegou a defender no seio da 1ª Comissão Revisora do Código Penal da República – a condenação anterior corresponderia a uma presunção “*juris tantum*” da falta de eficácia preventiva que caberia ao Réu elidir –, apesar da dificuldade na prova dessa falta, tal ónus probatório deve sujeitar-se sempre às regras gerais do processo penal²¹.

2.2. *Efeitos*

Quanto aos efeitos da reincidência, estabelece-se agora um sistema muito mais simples do que o previsto no artigo 100º do Código Penal de 1886, desaparecendo desde logo a figura da 2ª reincidência e afastando-se a agravação nos casos da pena de multa, excluída do objecto da previsão de reincidência, mesmo nos casos de punição de prisão e multa (casos de legislação especial).

Prevê-se, assim, no artigo 70º do NCP que o limite mínimo da pena é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado, não podendo a agravação exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores, o que significa que o limite mínimo é agravado em um terço ou no montante da pena anterior se aquele terço lhe for superior.

As normas relativas à reincidência não são aplicáveis às contravenções (artigo 127º do NCP) o que parece decorrer obviamente da sua própria natureza e dos seus pressupostos. E será de considerar aí a reiteração como agravante geral.

No encadeamento que vimos seguindo, denunciámos já, porventura, a nossa adesão ao entendimento de que as regras de punição da reincidência delimitarão a moldura abstracta e é, fixada esta, que se encontrará a pena concreta.

Colocamos algumas reservas à posição que vai no sentido de que importará previamente determinar a pena que concretamente caberia ao agente se não fosse reincidente. Embora pareça à primeira vista que a questão não tem relevo prático de maior, o certo é que ao elevar-se o limite mínimo da pena abstracta qualquer pena que dentro daquele quadro venha a ser fixada não deixará de estar agravada na medida de um terço do limite mínimo ou na medida da pena mais grave de condenação anterior se aquela medida for superior.

Estaremos de acordo com o facto de ser necessário proceder à escolha prévia da pena do tipo, pois que, se for escolhida a pena de multa quando faça parte de uma pena compósita que inclua a prisão, não haverá reincidência.

Apesar da diferença de regimes, permanecendo muito embora idêntica a

²¹ Robalo Cordeiro, in *ob. cit.*, pág. 244.

última “ratio” do instituto, já no velho regime o Prof. Eduardo Correia²² defendia que devia ser repudiado o entendimento²³ da concretização prévia da pena.

Mas se assim resultava tão claramente no regime do Código Penal da República, na redacção primitiva, do mesmo modo não se passam as coisas presentemente, pois que há sempre uma concretização a fazer, a de achar uma pena de prisão superior a seis meses, pressuposto da reincidência.

3. Atenuação especial da pena

3.1. Na supra referenciada função de “completamento da lei” é na aplicação deste regime que se pode adequar a pena à ilicitude e à culpa do caso concreto, em situações particulares que não caberiam nos casos comuns de determinação da pena concreta.

Desde logo se verifica que o regime previsto no artigo 66º do NCP é substancialmente diferente do do artigo 94º do CP de 1886, no âmbito do qual se fazia uso sistemático de tal instituto como instrumento de recurso para anular os conhecidos desajustamentos das penas às realidades actuais e locais.

Ao caracterizar a função de tal circunstância modificativa, como correctora da punição, vaticina-se destarte que, no futuro, o uso da atenuação extraordinária será, seguramente, mais limitado, desde logo por uma maior adequação da moldura abstracta das penas do novo Código aos crimes praticados no Território.

O efeito atenuante deixou de resultar do número e importância das circunstâncias para assentar numa diminuição, por forma acentuada, da ilicitude, da culpa do agente ou da necessidade da pena (artigo 66º, nº1, do N.C.P.), o que já vinha na linha de ensinamento do Prof. Eduardo Correia²⁴.

Assinala-se o facto de já no anterior regime, com a reforma de 54, se ter eliminado a referência ao “número” de circunstâncias para se passar a referir o seu “especial valor”.

Na verdade, só circunstâncias de forte relevo atenuativo justificavam o uso da faculdade extraordinária do artigo 94º, nº 1 do CP de 1886, sem embargo de os Tribunais poderem recorrer ao dispositivo do artigo 91º, nº 1 do citado diploma (parte final) ainda que o circunstancialismo apurado não revestisse tal carácter²⁵.

Mesmo quando o nº 2 do artigo 66º do NCP prevê expressamente a existência de várias circunstâncias elas não devem deixar de ser observadas sob referência ao que dispõe o nº 1. Ou seja, só se lhes atribui valor atenuante especial

²² Maia Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 373.

²³ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, II, 1971, pág. 188.

²⁴ BMJ, 149/81

²⁵ Ac. do TSJ de 13/02/96, proc. 439; 26/01/94, proc. 110; 28/09/94, proc. 201; 15/06/94, proc. 175; 09/03/94, proc. 142.

se elas diminuírem acentuadamente a ilicitude, a culpa ou a necessidade da pena. Se não diminuírem, terão valor de atenuante geral. Influenciarão aquelas a moldura abstracta da pena e estas a sua medida concreta.

É evidente que utilizamos aqui o termo atenuante geral no sentido que tinha como circunstância geral no domínio do Código Velho (circunstâncias previstas no artigo 39º do CP de 1886), mas como dado de facto a relevar em sede de ponderação dos critérios estabelecidos no artigo 65º do NCP e determinante da menor ilicitude e culpabilidade do arguido.

Estamos a considerar as circunstâncias não previstas expressamente, deixando de fora as previstas expressamente na parte geral: comissão por omissão (artigo 9º, nº 3), erro censurável sobre a ilicitude (artigo 16º, nº 2), excesso de legítima defesa (artigo 32º, nº 1), estado de necessidade desculpante (artigo 34º, nº 2), tentativa (artigo 22º, nº 2), cumplicidade (artigo 26º, nº 2), consentimento não conhecido do agente (artigo 37º, nº 4) – e as previstas na parte especial - v.g., artigos 156º (rapto e tomada de reféns), 201º, nº 2 (terrorismo), 297, nº 3 (alteração violenta do sistema estabelecido), 328º (crimes contra a realização da justiça) e 339º (corrupção activa) – todos os artigos do NCP.

3.2. “O tribunal atenua especialmente a pena, 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” (artigo 66º, nº 1, NCP).

Esta previsão baliza os limites da atenuação especial e há-de orientar na concretização de quais sejam essas circunstâncias, de que o nº 2 do citado preceito elenca alguns exemplos.

Dir-se-ia que o nº 2 seria desnecessário, não fora a consagração de critérios que facilitassem a compreensão do que se estabelece no nº 1.

Introduziu-se, com esta redacção, a expressão “atenua” em vez de “pode atenuar” (expressão contemplada na anterior versão da norma correspondente do CP da República) e a alternativa “necessidade da pena”, o que inculca e reforça a vinculação a um poder-dever e às exigências (desnecessidade) de prevenção²⁶.

Dir-se-á ainda que o uso da faculdade de atenuação especial da pena só pode ter lugar quando, ao lado das circunstâncias previstas, não concorram outros factos que lhes diminuam, por forma acentuada, tal efeito atenuativo²⁷.

3.3. O nº 2 do artigo 66º do NCP concretiza as causas que directamente possibilitam o efeito da atenuação especial.

²⁶ Maia Gonçalves, *ob. Cit.*, pág 361.

²⁷ Ac. do STJ de 21/07/83, BMJ 329/466.

- a) “Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência” (alínea a), do nº2, do artigo 66º).

Pode dizer-se que engloba aqui as circunstâncias de certa forma delineadas pelas circunstâncias 7ª, 11ª, 12ª e 15ª do artigo 39º do Código Velho; só que, como vimos, elas têm agora que evidenciar os requisitos previstos no nº 1 do citado preceito.

Dir-se-á que tal circunstância atenuará tanto mais quanto maior for o constrangimento a que o agente seja submetido na sua actuação.

- b) “Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação própria da vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida” (alínea b), do nº2, do artigo 66º).

Era uma circunstância, enquanto geral, prevista no artigo 39º, nº 4 do Código Velho e quando se verifique em sede de homicídio (artigo 130º, do NCP) e ofensas corporais (141º, do NCP) constitui uma circunstância especial.

Se tal circunstância colidir com a prevista no homicídio ou ofensa corporal, como refere o Prof. Cavaleiro de Ferreira, “por não ser o mesmo o grau de atenuação há que resolver a colisão pela seguinte maneira: não pode a mesma circunstância ser apreciada duplamente, como circunstância modificativa comum e como circunstância modificativa especial, que também é a circunstância que permite um limite inferior menor da penalidade”²⁸.

Tal doutrina tem hoje assento expresso no nº 3 do artigo 66º do NCP, aí se consagrando, no fundo, o princípio do “ne bis in idem”.

- c) “Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados” (alínea c), do nº 2, do artigo 66º).

Dando apenas como provado que o arguido prestou confissão, colaborou na descoberta da verdade e que se mostra arrependido, tal não é suficiente para atenuar especialmente a pena. Para os efeitos em apreço há que traduzir o arrependimento em factos e, quando se trata de reparação, não sendo esta total, não pode deixar de corresponder até aos limites das capacidades, de quem a prestar. Se o arrependimento não for sincero não é arrependimento.

A sua previsão, como circunstância geral, tinha assento nas circunstâncias 10ª e 23ª do artigo 39º do Código anterior.

- d) “Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta” (alínea d), do nº 2, do artigo 66º).

Não é apenas o decurso do tempo que aqui releva, mas sim a inadequação do facto à personalidade do agente a comprovar pelo decurso do tempo.

Não chega ter sido o crime cometido há muito tempo e haver o delinquente mantido boa conduta. Há que ligar tal circunstancialismo ao previsto no nº 1 do

²⁸ Ob. cit., pág. 135.

citado preceito e, assim, que isso tenha mexido no facto, no agente ou comprovada a inadequação do facto à sua personalidade real²⁹.

e) “Ter o agente sido especialmente afectado pelas consequências do facto” (alínea e), do nº 2, do artigo 66º).

Circunstância não prevista no Código da República com esta formulação, não deixará de ser um corolário das enunciadas anteriormente sempre que, no fundo, seja reveladora, pela conduta posterior, da conformação da personalidade a um comportamento que anule e reprove a conduta desviante, ou seja, demonstrativa de um arrependimento sincero.

f) “Ter o agente menos de 18 anos ao tempo do facto” (alínea f), do nº 2, do artigo 66º).

Na falta de uma legislação especial sobre os jovens delinquentes, o legislador teve necessidade de introduzir esta circunstância já com tradição no direito penal pré-vigente (cir. 3ª do artigo 39º, 107º e 108º, do CP de 1886).

Num regime que se pretende parta da confiança na capacidade de ressocialização dos delinquentes e perante um dado estatístico de uma população delincente muito jovem, urge criar um corpo de princípios e normas de direito reeducador para a franja de agentes aqui prevista, facilmente assimilada pelos comportamentos de grupos ou núcleos de interesses marginais fortemente implantados no Território³⁰.

3.4. *Termos da atenuação especial (artigo 67º do NCP)*

a) Quanto à prisão o limite máximo da pena é reduzido de um terço (nº 1, alínea a)).

O limite mínimo da pena de prisão é reduzido a um quinto se for igual ou superior a 3 anos e ao mínimo legal (1 mês – artigo 41º, nº 1), se for inferior (nº 1, alínea b)).

Se o limite máximo da pena de prisão não for superior a 3 anos pode a mesma ser substituída por multa, dentro dos limites referidos no nº 1 do artigo 45º (nº 1, alínea d)).

No que concerne a este último comando (substituição nos termos do nº 1 do artigo 45º), trata-se de um poder-dever do julgador quanto aos limites da multa, o que não significa que se confundam as substituições no domínio geral da aplicação da pena e na área da atenuação especial³¹. Naquele domínio, uma pena concreta de prisão é substituída pelo número correspondente de dias de multa. Neste, trata-se de uma substituição facultativa de uma pena abstracta de prisão

²⁹ Ac. do STJ de 18/07/84, BMJ 339/297.

³⁰ Onde as seitas detêm uma valência de poder real de 22,8%, na análise de dados por Boaventura Sousa Santos, *Justiça e Comunidade, Administração e Estruturas Comunitárias perante os Problemas Sociais*, 1991, pág. 35 e segs.

³¹ Robalo Cordeiro, *ob. cit.*, pág. 261.

não superior a 3 anos por outra de multa, dentro dos limites gerais desta, sem correspondência com um número prefixado de dias de prisão.

Apesar da letra do nº 2 do artigo 67º, não se pode concluir que a pena de multa resultante de atenuação especial possa ser suspensa, instituto não aplicável àquela pena no Novo Código.

- b) Tratando-se de pena de multa, a atenuação especial obedece ao critério fixado na alínea c) do artigo 66º: “O limite máximo da pena de multa é reduzido de um terço e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal”.

Parece não oferecer dúvidas esta redacção, preferível àquela do texto pré-vigente na República e segundo a qual o Tribunal reduzia a pena “na medida que fosse razoável”.

Questão que se pode colocar é a de saber, nos casos em que a pena abstracta de multa preveja já o limite mínimo, qual a atenuação a aplicar. Afigura-se-nos que o mínimo legal não pode ser ultrapassado e que só deverá haver lugar à dispensa da pena (artigo 68º) se se verificarem os respectivos requisitos³².

Uma vez que o legislador do Código Penal de Macau não optou por penas cumulativas (prisão e multa), embora elas estejam consagradas em vários diplomas de aplicação quotidiana, importará indagar dos termos em que tal atenuação deve ser feita. Creio que o critério mais seguro será o de operar a atenuação de acordo com os critérios fixados para cada uma das penas, na esteira, aliás, do que vigorava no domínio do Código Velho pelo Assento do STJ de 23 de Fevereiro de 1966³³, ao consagrar que a atenuação extraordinária da pena abrangia a multa complementar variável. Nada impedirá, em tais casos, que, se da atenuação da pena de prisão resultar uma pena de multa, se fixe uma única pena de multa.

Nos casos de pena alternativa (prisão ou multa), a existência de atenuação especial reforçará, em princípio, o comando que determina a opção pela pena não detentiva³⁴.

Referirei ainda que, numa primeira análise, dos termos da atenuação especial, se me afigura que o artigo 67º parece não contemplar a dupla atenuação, o que no domínio do Código anterior havia sido resolvido pela sua admissibilidade através do Assento do STJ de 23 de Julho de 1957³⁵.

4. Concurso de circunstâncias

A questão precedente leva-nos à determinação da moldura abstracta da pena quando concorrem várias circunstâncias modificativas agravantes, atenuantes ou umas e outras.

³² Em sentido contrário, parece, o Prof. Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, pág. 141, no domínio do CPRep.

³³ BMJ 154/134; DG de 16/03/66.

³⁴ Robalo Cordeiro, *ob. cit.*, pág. 141.

³⁵ BMJ 64/486.

4.1. No caso das agravantes o CP de 1886 previa um sistema de absorção agravada – artigo 90º, parágrafo único – segundo o qual só teria lugar a agravação resultante da circunstância qualificativa mais grave, apreciando-se as demais circunstâncias dessa espécie como se fossem de carácter geral.

Hoje, no essencial, a questão coloca-se em situações de acumulação da reincidência (no fundo, a única circunstância modificativa comum) com as situações de modificação da pena sem modificação do crime (v.g. crime de furto) e a solução que merece acolhimento é a da acumulação, devendo começar-se pelas circunstâncias especiais, seguindo-se as comuns, ou seja, a reincidência.

4.2. No caso da concorrência de circunstâncias modificativas atenuantes, também nada impedirá a adopção do sistema de acumulação, devendo, no entanto, ter-se em atenção o princípio da proibição da dupla valoração em matéria de determinação da pena³⁶.

Situação que é diferente da que decorre da existência de vários fundamentos de atenuação especial de aplicação sucessiva (v.g. tentativa sob ameaça grave), caso em que o Conselheiro Maia Gonçalves propõe o procedimento seguinte: “a solução é a de proceder à fixação dos limites abstractos da pena mediante uma atenuação especial e, da pena assim abstractamente fixada, como se ela fosse a da moldura geral abstracta, partir para nova atenuação especial, não se fixando porém a pena concreta, em qualquer caso, em medida inferior à do seu mínimo legal”³⁷.

4.3. Igual critério – acumulação – deve reger no caso de concurso de circunstâncias modificativas agravantes e atenuantes, fazendo funcionar primeiro as agravantes e depois as atenuantes³⁸.

Embora não seja impossível de configurar, chama-se a atenção para as dificuldades que resultarão da compatibilização entre o circunstancialismo fáctico que o levará a relevar em sede de análise da “advertência contra o crime”, nos casos de reincidência, e o circunstancialismo que o leva a relevar, em sede de atenuação especial, de modo a diminuir, por forma acentuada, “a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena”.

IV - MEDIDA CONCRETA DA PENA

Temos analisado alguns dos institutos indispensáveis e fundamentais para determinar a moldura da pena aplicável (pena abstracta). Importa, agora, não sendo caso de dispensa da pena (artigo 68º), individualizá-la, isto é, determinar o seu “quantum”.

³⁶ Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pág. 207.

³⁷ *Ob. cit.*, pág. 365.

³⁸ Robalo Cordeiro, *ob. cit.*, pág. 266.



Seguiremos o critério que nos é fornecido pelo artigo 65º, condensado anteriormente no artigo 84º do CP de 1886.

1. O nº 1 do artigo 65º do NCP preceitua 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 criminal”.

Tal enunciado reflecte, no fundo, a discussão travada sobre as teorias dos fins das penas e a escolha, no essencial, entre o predomínio da correspondência da pena à culpabilidade ou à realização dos fins de prevenção³⁹.

Remetemo-nos, neste passo, para a enunciação do que atrás expusemos sobre o assunto.

Recorda-se apenas o que já dizia o Prof. Eduardo Correia no âmbito da 1ª Comissão Revisora do Código, em 1964, no respeitante ao princípio da culpa: “o que importa verdadeiramente é que, ao julgar-se o homem na base dos seus factos, se não esqueça a autonomia ética que a ele essencialmente pertence (...) a personalidade que se avalia não é uma qualquer personalidade referida, expressa no facto”.

Importa, assim, indagar qual a referência da culpa do agente plasmada no novo Código. Culpa em sentido ético-jurídico, encarada na dupla perspectiva de culpa pelo facto e pela personalidade? Culpa no sentido ético-social, alicerçada nos valores comunitários, constitucionalmente consagrados?

A síntese do conceito da culpa, com projecção na medida da pena, pode encontrar-se nas palavras do Prof. Figueiredo Dias⁴⁰: “o Juiz, ao emitir o seu juízo de culpa ou ao medir a pena, não pode furtar-se a uma compreensão da personalidade do delinquente, a fim de determinar o seu desvalor ético-jurídico e a sua desconformação em face da personalidade suposta pela ordem jurídico-penal. A medida desta desconformação constituirá a medida da censura pessoal que ao delinquente deve ser feita e assim o critério essencial da medida da pena”.

Desaparece uma referência expressa à culpa na formação da personalidade, sendo que esta continua ainda a conformar várias disposições ao longo do Código (artigos 16º, nº 2, 48º, 65º, nº 2, alínea f), 71º, nº 1, 71º, alínea b)).

Haverá que considerar, na apreciação da culpa, o grau de liberdade da determinação do agente, em virtude de forças causais endógenas e a sua personalidade, na perspectiva da adequação ao facto.

A disposição substantiva em apreço determina a aferição da medida para além da culpa, em função das exigências da prevenção criminal. Tratar-se-á aqui tanto da prevenção geral como da prevenção especial, considerações que não devem conduzir a que o limite máximo adequado à culpa seja ultrapassado⁴¹.

³⁹ Vd. *Actas das Sessões da Comissão Revisora*, BMJ 140, 235 e segs.

⁴⁰ *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, 1983, pag. 184.

⁴¹ Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - As consequências Jurídicas do Crime*, cit., pag. 238 e 242.

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 de prevenção”). E será dentro desta moldura de prevenção que irão actuar as considerações de prevenção especial (função de socialização, advertência individual ou segurança)^{42 43}.

2. Mas como é que se quantifica o montante da pena?

O n.º 2 do artigo 65º parece apontar o caminho, ao estabelecer que “na determinação da medida da pena o Tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. E concretiza nas alíneas seguintes, exemplificativamente, algumas dessas circunstâncias.

Proclama-se, ainda aqui, o princípio do “ne bis in idem”, pois que, integrando o tipo, não devem os mesmos factos ser apreciados em sede de dosimetria penal. O Conselheiro Robalo Cordeiro⁴⁴ faz, no entanto, uma ressalva a essa proibição e que consiste em relevar uma dada circunstância que, apesar de integrante do tipo, exceda a intensidade prevista pelo legislador ao configurar a moldura penal.

Apesar da ordem constante do normativo do referido no n.º 2 do artigo 65º, entendo que, primeiramente, se devem analisar as circunstâncias que depuserem contra o agente e só depois as que depuserem a seu favor. Era essa ordem que se seguia no caso do concurso de circunstâncias modificativas e porque haverá sempre, como vimos, que estabelecer o “quantum” máximo adequado à culpa.

3. No domínio do CP de 1886, as circunstâncias agravantes e atenuantes gerais eram exaustivamente enunciadas nos artigos 34º e 39º. O legislador adopta agora critérios genéricos, ainda que supostamente concretizados no n.º 2.

Como inovação, ainda, a consideração da conduta posterior ao crime.

Reportam-se as circunstâncias previstas no NCP à gravidade da ilicitude, à culpa do agente e à influência da pena sobre o delinquente.

3.1. Quanto à primeira, prevê a alínea a), do n.º 2, do art. 65º “o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente”.

Importará apurar da intensidade ou grau concreto da violação ou perigo de violação do interesse ofendido (v.g., o valor do dano no crime de furto, o número

⁴² Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - As consequências Jurídicas do Crime*, cit., pág. 238 e 242.

⁴³ Ac. do STJ de 24/02/88, BMJ 374/229.

⁴⁴ *Ob. cit.*, pág. 272.



de dias de doença e de pessoas agredidas ou lesadas, instrumentos utilizados, o número de agressores, a elaboração de um plano, diminuição da possibilidade de defesa por uso de fraude, artifício, aleivosia, traição).

A ilicitude varia ainda em função do número dos interesses ofendidos ou das consequências que lhe estejam ligadas.

3.2. Como elementos relativos à culpa, incluem-se as previsões da alíneas:

- b) A intensidade do dolo ou da negligência;
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
- d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;
- e) A conduta anterior ao facto e posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;
- f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através de aplicação da pena.

Quanto às formas de imputação da culpa, há que considerar o dolo em qualquer das suas formas (directo, necessário e eventual) e a negligência (consciente e inconsciente).

Os fins e a motivação não devem deixar de ser apurados, não se devendo confundir a sua elevação ou nobreza com desculpabilidade, mas antes, com uma maior ou menor reprovabilidade.

A conduta anterior ou posterior aos factos criminosos (e até ao momento da decisão), o bom ou mau comportamento, as condições de vida, pessoais e económicas e a falta de preparação para o agente manter uma conduta lícita, são elementos a ponderar na graduação da pena, na medida em que reveladores de uma personalidade pautada pelos valores que devem reger a vida em sociedade ou na medida em que denunciem uma maior ou menor censurabilidade pela conduta desconforme a tais valores.

No que respeita à pena de multa fixada em dias, como anota Robalo Cordeiro⁴⁵, há agora condições para adequar a culpabilidade ao número de dias da pena e o montante da taxa diária em função da situação económica do agente.

3.3. Na medida em que as circunstâncias previstas no artigo 66º (atenuação especial da pena) podem assumir a natureza de atenuantes gerais, desde que não diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, na medida em que as circunstâncias acima referidas são meramente exemplificativas, descortinamos, como pertencendo à terceira das categorias – influência da pena sobre o agente –, a contida nas alíneas c) e e) do artigo 66º e, em certa medida, também a referida na alínea e) do artigo 72º, sendo que, por vezes, a tipologia avançada não é necessariamente estanque.

⁴⁵ *Ob. cit.*, pág. 274.

3.4. Uma questão que tem suscitado alguma controvérsia é a de determinar o ponto de partida do Juiz para determinação da pena concreta.

Temos visto, até aqui, que ele ora sobe de acordo com a medida máxima da culpa, ora desce de acordo com a pena indispensável à prevenção geral, ora volta a subir, eventualmente, em função da prevenção especial.

Mas donde parte?

No domínio do CP de 1886 era hábito os Juízes fixarem as penas, particularmente as de prisão maior, no seu mínimo geral abstracto, a não ser que houvesse visível circunstancialismo agravativo, o que resultava, tal como o recurso frequente à atenuação extraordinária, do desajustamento flagrante das penas previstas aos factos praticados.

O Prof. Eduardo Correia chegou a defender⁴⁶ que o Juiz, no âmbito do novo Código, devia partir do meio da pena, o que foi levado à letra em algumas decisões com consequências extremamente desajustadas em função da pena final a que chegava e da pequena margem para prevenir futuras agravações na cumulação de crimes.

Ultimamente, porém, a jurisprudência tem-se orientado no sentido que não há que partir do chamado ponto médio de arranque para punir os agentes da infracção, sob pena de não haver mais margem no limite superior da moldura abstracta em casos de particular gravidade e sem possibilidade de prevenir o agravamento da ilicitude e da culpa, para além de que, seguir essa doutrina, seria converter as penas variáveis em fixas⁴⁷.

Em nosso entender, o ponto de arranque para a primeira operação de graduação da pena em correspondência com a culpa deve situar-se até no limite mínimo. A partir daí, tanto mais pena quanto maior a culpa, havendo que a ajustar, atingida a correspondência, em função das razões de prevenção geral e especial nos termos acima expostos.

3.5. Estabelece ainda o artigo 65º, nº 3 que “na sentença são expressamente referidos os fundamentos da determinação da pena”, o que, aliás, já decorre do artigo 208º, nº 1, da Constituição.

Embora já se tenha defendido que bastará a referência ao artigo onde se elencam os critérios de aplicação⁴⁸, afigura-se-nos mais correcto que o Juiz, na sentença, faça indicação das circunstâncias a que atendeu para chegar àquela pena em concreto, pois só assim se permite que a medida da pena seja apreciada pelos Tribunais de recurso.

⁴⁶ Comissão Revisora do Projecto Parte Especial, Actas, BMJ 286, 19.

⁴⁷ Ac. do STJ de 13/11/85, in BMJ 351/211 de 10/07/85, in BMJ 349/258. Ac. da RC de 23/02/83, in CJ, VIII, p. 73 e Ac. RE, in BMJ 336/482. Ac. do STJ de 24/02/93, Ac. do STJ, CJ 1, p. 204, 11/06/92, proc. 42717. Ac. do STJ de 30/01/90, proc. 40185. Maia Gonçalves, *ob. cit.*, p. 358.

⁴⁸ Ac. da RP de 09/10/91, proc. 389/91.

3.6. Não curaremos nesta sede de apreciar da aplicação dos institutos referentes à dispensa, prorrogação e suspensão da execução da pena e concurso de crimes, todos eles tendo que ver ainda de alguma forma com a determinação da pena concreta, se bem que em momento posterior àquele que temos vindo a tratar.

É o momento de encerrar. Constatando, no fundo, que por melhor elaborada que seja a teoria da determinação concreta da pena caberá sempre ao Juiz a responsabilidade de, perante o caso concreto, proceder a um “acto de conformação social” do mínimo da pena em abstracto fixada pelo legislador.

Com a consciência e responsabilidade de quem, por via da incorrecta aplicação da pena, não queira contribuir para um processo de exclusão no sentido das palavras de Protágoras: “E quanto àquele que não melhore ou eduque através da pena, terá de ser expulso da cidade, como incurável ou então morto” - *apud* Platão, *ob. cit.*.

Macau, 15/03/96

