

— Medida da pena (agravantes e factores atenuativos especiais)

— Anotação ao Acórdão  
do Supremo Tribunal de Justiça  
de 2 de Maio de 1996 [Colectânea de Jurisprudência  
(Acórdãos do STJ) — 1996 T. II — pp. 175-177]\*

JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA

1. Parece relativamente simples de enunciar a principal questão a que o presente Acórdão visa dar solução: a de saber, verificando-se um concurso entre uma circunstância modificativa atenuante (no caso concreto, a tentativa) e uma circunstância modificativa agravante (no caso concre-

---

\* *Sumário*: I — Para a determinação da pena quando ocorram agravantes especiais, como a reincidência e factores atenuativos também especiais, como a tentativa, que conduzem à aplicação do regime dos arts. 72.º e 73.º, há que atender, em primeiro lugar, ao conjunto dos elementos agravativos para se obter a correspondente moldura penal, para depois se fazerem actuar os requisitos atenuativos e se determinar a respectiva moldura punitiva. II — Assim, segundo o C. Penal de 1995, o furto qualificado agravado por reincidência tem como moldura penal uma punição entre 2 anos e 8 meses e 8 anos de prisão; sendo ele especialmente atenuado deve ser punido com prisão entre 30 dias e 5 anos e 8 meses de prisão. III — E, tratando-se de crime de homicídio, a existência de circunstâncias que demonstrem a sua especial censurabilidade, exclui a possibilidade de aplicação de pena especialmente atenuada baseada no art. 72.º, por serem inconciliáveis a especial censurabilidade e a especial diminuição da culpa.

to, a reincidência), qual o procedimento, em termos de prioridade de aplicação entre uma e outra, que o juiz deve seguir para determinar a moldura legal aplicável ao facto. A resposta é inequívoca: a prioridade, neste caso, deve ser concedida à circunstância modificativa agravante, intervindo, posteriormente, a circunstância atenuante. Louvando-se exclusivamente na *doutrina que resulta da filosofia do Código*, o resultado que o STJ defende coincide, pelo menos à primeira vista, com a doutrina que mais recentemente se pronunciou sobre este tema (assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português Parte Geral II*, 1993, §273).

É sobre a doutrina que o presente Acórdão explanou para esta questão de direito, e a consequência final — a medida da pena — que dela resulta, que se nos afiguram pertinentes algumas reflexões de ordem crítica.

Isto não significa que não fossem susceptíveis de análise outros aspectos que deveriam ter merecido, eventualmente, uma consideração mais detida por parte do STJ. Assim:

a) *A questão da aplicação da lei penal no tempo.* De facto, o STJ considerou exclusivamente as molduras legais aplicáveis (determinadas de acordo com a doutrina aceite para a questão principal), segundo as regras do CP (82) e do CP (95). Ora, como decorre do teor do art. 2.º-4 do CP, do que se trata é de averiguar qual o regime *concretamente* mais favorável — faltaria saber, pois, se a determinação da medida concreta é realizada pelo mesmo processo face a um e outro normativo; por outro lado, o regime de reincidência sofreu algumas alterações e, uma vez que se não trata de uma circunstância actuante *ope legis*, haveria que proceder a uma mais ponderada avaliação; por último, o STJ parece manter-se apegado à teoria da *ponderação unitária* dos regimes punitivos, com as dúvidas que tal solução implica (cf. sobre a ponderação unitária ou ponderação diferenciada, no âmbito da aplicação da lei penal no tempo, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais* 1990 154 ss.)

b) *A questão do limite da agravação da moldura penal por força da punição por reincidência (art. 76.º-1-2ª parte).* O STJ seguiu, implicitamente, a linha interpretativa tradicional ao entender que a agravação, que não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores, é a resultante do acréscimo de um 1/3 no limite mínimo (no caso concreto, a agravação foi de 4 ou 8 meses, em função do diploma legal em causa, o que não excederia a medida da pena da condenação anterior — 1 ano — pelo que o STJ não colocou qualquer obstáculo às molduras penais determinadas pelo juiz *a quo*). Há, porém, quem aponte uma outra via interpretativa — como é o caso de FIGUEIREDO DIAS [cit. §§ 381 (387) ss.], defendendo que aquele limite à agravação se refere ao procedimento da determinação concreta da pena (isto é, a averiguação do respeito do limite referido, deveria ser resultante do confronto entre a pena concreta do facto sem a reincidência e da

pena concreta determinada já com a agravação resultante da punição por reincidência). No caso em apreço, e aplicando correctamente o princípio do regime concretamente mais favorável na sucessão de leis penais, esta orientação implicaria que o juiz tivesse que proceder a 4 operações de determinação da pena (duas, determinando a pena sem a intervenção da agravação — uma para cada diploma legal em causa — e duas para a determinação da pena já com a agravação do limite por força da reincidência, uma por cada um dos diplomas em causa). Ora, como se vê, esta via interpretativa implicaria uma diferente consideração da questão da aplicação da lei penal no tempo e conduziria, eventualmente, a uma solução diferente para a questão principal resolvida pelo Acórdão.

Poderá certamente questionar-se a proposta interpretativa que é avançada, como se pode também admitir que não era esta a questão que estaria sujeita aos poderes de cognição do STJ, mas que tais considerações estão, ao menos indirectamente, conexas com essa questão principal parece evidente.

2. A análise do presente acórdão, supõe, assim o julgamos, uma caracterização do tipo de circunstâncias modificativas que concorrem no caso. Usando uma classificação, mais ou menos consensual na doutrina portuguesa, estas duas circunstâncias seriam categorizadas como circunstâncias modificativas *comuns* (ou *gerais*), pois são aplicáveis em abstracto a qualquer tipo de crime (e, por isso, estão previstas na Parte Geral do CP), por oposição às circunstâncias *específicas* (ou *especiais*) aplicáveis a certo tipo de crimes (e, por isso, previstas na Parte Especial do CP).

Desta caracterização, podemos, então, tomar como hipóteses três casos de concorrência de circunstâncias:

*a) o concurso de circunstâncias específicas* — trata-se, de entre todas as formas de concurso, da que mais problemas coloca (cf. FIGUEIREDO DIAS, *cit* § 273). Embora não seja este o caso de concurso em discussão, o STJ apresenta como fundamento para a sua solução exactamente um caso de concurso (meramente aparente, porém) de circunstâncias específicas (o concurso entre homicídio qualificado e privilegiado). Trata-se, porém, de um concurso meramente aparente, pois, como de resto o STJ reconhece, há uma solução de mútua *exclusão* (que conduz à efectiva aplicação de apenas uma delas) De concurso apenas se poderá falar quando se verifique a efectiva aplicação de duas circunstâncias modificativas. No caso, porém, de concurso de circunstâncias específicas como refere FIGUEIREDO DIAS (*cit.* §273) não se pode reconhecer uma doutrina geral de resolução mas remeter para um correcto estudo de cada particular situação.

*b) o concurso entre circunstâncias comuns e específicas.* Neste caso, de acordo com as regras gerais da aplicação de leis, o princípio é o da

prioridade da circunstância específica (atenuante e/ou agravante) face à circunstância comum. De resto, assim procede o STJ no caso concreto ao discutir da aplicabilidade entre reincidência e tentativa face a um furto praticado com uma circunstância específica agravante e, por isso, qualificado.

c) por último, o *concurso de circunstâncias modificativas gerais* — sendo esta, pois, a questão base da decisão. E a resolução da questão deve ser em função deste tipo de circunstâncias (e não, como supomos, por recurso a casos paralelos à primeira hipótese de concurso — como procedeu o STJ).

3. Definido genericamente o tipo de concurso de circunstâncias que se verifica no caso, caberá então indagar da correcção da via de solução por parte do STJ. É desde logo duvidosa a caracterização de uma e outra figura como circunstâncias modificativas. Assim CAVALEIRO DE FERREIRA (*Direito Penal II* 1989 73 s.) contesta, com alguma justeza, a consideração da tentativa como circunstância modificativa, pois, de facto, o que se estabelece é uma regra de determinação da moldura legal para o crime de tentativa, portanto, uma regra de atenuação especial (em relação à moldura do crime consumado inexistente) de aplicação *ope legis*. Por sua vez FIGUEIREDO DIAS (*cit.* §§ 358 ss.) refere a reincidência, não como uma circunstância modificativa agravante, mas como um *caso especial de determinação da pena* (até porque, no caso de punição da reincidência, só estará em causa a agravação do limite mínimo). De qualquer modo, e mesmo a despeito da qualificação das figuras em causa, a questão é, tal qual se passa nas circunstâncias modificativas, de proceder à determinação da moldura legal da pena aplicável ao caso. Mas estas hesitações na qualificação não deixam de ter relevância para a questão principal que o STJ pretende resolver.

3.1 Sendo pressuposto (formal) para a consideração hipotética da punição por reincidência o facto de que *o crime praticado deva ser punido com pena de prisão efectiva superior a seis meses* (isto, já na versão do CP revisto) e atendendo a que a atenuação especial para a tentativa é de verificação *ope legis*, parece-nos claro que o juiz tem de proceder à determinação da pena, que ao caso seria aplicada, com base na moldura penal que ao crime tentado cabe. Isto significa, evidentemente, que, mesmo antes da consideração mental, ideal, da possibilidade da punição por reincidência, o juiz tem de operar com a moldura penal do crime tentado (e não, como é claro, partindo da moldura penal de um

crime consumado inexistente). Pois, para poder considerar a reincidência, o juiz está obrigado a resolver as seguintes questões prévias: a) o da *punibilidade* da tentativa (pois esta pode nem sequer ser punida); b) o da comprovação *positiva* da aplicação de uma pena de prisão superior a seis meses — o que supõe a consideração da moldura penal da tentativa; c) o da comprovação *negativa* sobre a possibilidade de substituição da pena de prisão por pena não detentiva (para o que a moldura penal da tentativa pode ser decisivo).

Daqui decorre também que a questão — aparentemente lateral — da aplicação da lei penal do tempo não deveria ter sido resolvida pela forma algo simplificada a que o STJ procede e que o regime de ponderação diferenciada parece ser o mais correcto, nestes casos em que houve alterações dos pressupostos da circunstância modificativa. Por outro lado, parece claro que um dos eventuais óbices que se poderia aduzir contra a via interpretativa seguida por FIGUEIREDO DIAS — nomeadamente o da complexidade que estaria subjacente à dupla determinação concreta da pena aplicada (pena concreta sem a consideração da reincidência e pena concreta com a consideração da reincidência) — é aqui eliminada, na medida em que, pelo menos face à redacção do actual CP, o juiz estará, em regra, obrigado a proceder à concretização da pena antes da consideração da punição por reincidência; ou seja: para que se verifique um dos pressupostos formais da reincidência, o juiz poderá ver-se obrigado a proceder à determinação da pena concreta, pelo que aquela dupla determinação não resulta aqui como algo de excessivo, mas resultante da própria natureza da reincidência.

Decorre daqui que a verificação do pressuposto formal da reincidência implica que o juiz tenha previamente de determinar a moldura penal com base na atenuante especial *ope legis* decorrente da tentativa. E é, pois, sobre a moldura legal assim determinada que há-de (verificando-se os restantes pressupostos) operar posteriormente a agravação por reincidência.

3.2 Em segundo lugar, pressuposto (agora material) da punição por reincidência seria ainda que, «*de acordo com as circunstâncias do caso*», o agente seja de censurar (...). Ora, um dos aspectos a considerar, dentro das circunstâncias do caso, é, evidentemente, o facto de o crime não se ter consumado.

3.3 Por fim, só deste modo se impede o resultado, *político-criminalmente indesejável*, que o STJ alcançou de a moldura penal do crime, antes ou após a reincidência, ser exactamente idêntica. Pela solução que

reputamos mais ajustada (a da precedência da tentativa face à reincidência na determinação da moldura legal), o agente tornar-se-ia punível com uma nova moldura penal, cujo limite mínimo seria de facto (ligeiramente) agravado.

4. Dir-se-á, porém, que a doutrina que o STJ seguiu (a da prioridade de aplicação da circunstância comum agravante face à circunstância comum atenuante) continua a ser, em geral, válida, apenas não cabendo de pleno no caso concreto face à «especialidade» de ambas as circunstâncias.

Podemos acrescentar que julgamos ser aplicável a solução por nós perfilhada — a da prioridade da circunstância atenuante da tentativa — a todos os casos de atenuação *ope legis* — com o que, além da tentativa, se abrange o caso da cumplicidade e o caso especial, mas com analogia à tentativa, previsto no art. 38.º-4 do CP.

Nos outros casos, em que a aplicação da circunstância se verifique *ope judicis*, seja ela uma circunstância nominada ou inominada, a solução já se nos afigura algo duvidosa e dependente, em muito, do fundamento que preside à circunstância atenuante. E isto, porque a resolução da questão sobre a prioridade de aplicação da reincidência ou da circunstância atenuante pode estar dependente da questão prévia da admissibilidade da aplicação conjunta de uma e outra (isto é, da possibilidade de um efectivo concurso de circunstâncias), o que, nos casos em que a atenuação especial derive de uma menor censurabilidade do agente (em especial, os casos reconduzíveis à ideia de menor exigibilidade do agente), pode ser duvidoso (tal como se passa no exemplo que serviu de fundamento à argumentação do STJ). De facto, a razão de ser da agravação pela reincidência está conexionada com uma ideia de *culpa agravada* (cf. FIGUEIREDO DIAS *cit* §§ 367 e 378), que pode estar em *contradição valorativa* com a aplicação de uma circunstância modificativa baseada numa menor censurabilidade. Tal seria violar o princípio básico da *dupla valoração* — aliás contraditória, pois a mesma circunstância é valorada como atenuante e como agravante — que preside à determinação da medida da pena.

Estando, porém, em causa uma circunstância comum atenuante, baseada num qualquer outro fundamento (prevenção, personalidade do agente, etc.), parece-nos que tal circunstância não poderá deixar de ser, prioritariamente, considerada na comprovação do pressuposto formal (a punibilidade com prisão efectiva superior a seis meses) ou mesmo na

comprovação do pressuposto material (as circunstâncias do caso), antecedendo, necessariamente, a própria discussão da reincidência — pois a verificação daquela circunstância pode contender com a *dignidade* ou *necessidade* punitiva do facto que pode ser objecto da punição por reincidência.

5. Significa isto, conclusivamente, que, nesta matéria, não parece, seguro erigir a princípio geral a doutrina que o STJ consagrou. De facto, é discutível a consideração da reincidência como circunstância modificativa agravante, como nos parece que, no caso do seu hipotético concurso com regras de atenuação *ope legis*, a prioridade deve ser concedida a estas últimas. Nos outros casos, em que se verifique uma concorrência entre reincidência e circunstâncias modificativas comuns, a solução dependerá, desde logo, da possibilidade lógica da sua aplicação conjunta (como de resto se passa em todo o caso de concorrência de circunstâncias e a sua compatibilidade com o *princípio da proibição da dupla valoração*). Definida a sua aplicação conjunta parece-nos — até para evitar a solução de uma punição por reincidência sem verdadeira agravação no limite mínimo — que a prioridade deve ser concedida à circunstância atenuante.

