

A JURISPRUDÊNCIA DO S.T.J. SOBRE FUNDAMENTAÇÃO
E CRITÉRIOS DA ESCOLHA E MEDIDA DA PENA.

O tratamento do tema que me é proposto apresentará pelo menos duas limitações. Por um lado, não tem a pretensão de traduzir a análise exaustiva, de todos os acórdãos tirados no Supremo Tribunal que se debruçam sobre o assunto, ainda que num período limitado.

Por outro lado, a natureza do S.T.J., como tribunal de revista alargada que se debruça sobre a criminalidade mais grave, vocaciona-o pouco para decidir da aplicação de penas de prisão, executadas por exemplo em regime de permanência na habitação, de prisão por dias livres, de semi-detenção, ou ainda da aplicação de penas de multa ou de trabalho a favor da comunidade.

Assim sendo, seleccionei o período de 2005 a 2010, e procurando assumir a qualidade de observador da jurisprudência em foco, tentei eleger as principais linhas de força que ela revelava. Sempre que a tentação me arrastou para posições pessoais, com expressão nos acórdãos em que fui relator, não deixarei de o assinalar.

Assim, as notas que se seguem serão sistematizadas à roda de cinco aspectos principais, que me pareceram os que afloram com maior frequência, dentro do tema.

A saber:

- a) O critério de escolha da pena (art.º 70º do Código Penal [C.P.]
- b) A determinação da medida da pena (art.º 71º do C.P.)
- c) A pena conjunta aplicável ao concurso de crimes (art.ºs 77º e 78º do C.P.)
- d) A punição do crime continuado (art.º 79º do C.P.)
- e) A atenuação especial da pena relativamente a jovens adultos (art.º 4º do D.L. 401/82 de 23 de Setembro).

a) O CRITÉRIO DE ESCOLHA DA PENA.

Como se sabe, o art.º 70º do C.P. estabelece, com clareza, uma preferência pelas penas não detentivas, sempre que tal se mostre possível. Diz aquele preceito que, “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 da punição”.

Neste ponto, como aliás noutros a seguir tratados, para além da explícita referência ao comando aplicável, as decisões não se demoram prolongadamente na fundamentação dogmática da opção tomada. É possível, não obstante, recolher elementos que justificam a preferência pela pena não privativa de liberdade.

Alude-se uma ou outra vez aos efeitos criminógenos da prisão, às dificuldades em promover a reinserção social do condenado recluso, e até se chega a aludir, implicitamente, à problemática do sobrelotação das cadeias ou a da despesa que representa para o Estado, cada dia de prisão, de cada condenado.

1 – As decisões são muito claras, quanto à necessidade de os acórdãos recorridos fundamentarem, sempre, a opção pela pena privativa ou não privativa de liberdade. Sob pena de nulidade por omissão de pronúncia, nos termos do art.º 379º nº1 al. a) do Código de Processo Penal (C.P.P.).

2 – Na medida em que o art.º 70º do C.P. elege como critério da escolha da pena a melhor prossecução das finalidades da punição, na aplicação deste preceito importa, naturalmente, ter em atenção o disposto no art.º 40º do mesmo C.P.. O qual, como se verá adiante, atribui à pena, sempre, um fim utilitário, pelo menos de acordo com a leitura largamente maioritária que é feita do preceito.

Assim sendo, a culpa, ou o grau de culpa, não são realidades a ponderar especificamente na tarefa de escolher a espécie da pena, antes têm o seu campo de incidência, privilegiado, na escolha da medida da pena. Daí que importe ver, se a opção pela pena de prisão se mostra necessária, adequada e proporcionada, ao serviço dos

objectivos da prevenção geral e especial.

E, se em regra são razões de prevenção especial que respondem pela não aplicação da prisão, em nome de uma melhor reinserção social do arguido, também geralmente são motivos de prevenção geral, que afastam a aplicação de uma pena de substituição, não detentiva.

Diz-se, aqui e ali, que a escolha de uma pena não detentiva não pode ser encarada pela comunidade, nem ao jeito de uma clemência que o próprio legislador previu, nem como um verdadeiro perdão judicial.

3 - No que se refere concretamente à pena de multa, podemos encontrar decisões em que se desaconselha a aplicação desta pena, quando estão em causa crimes de abuso de confiança fiscal ou de abuso de confiança contra a segurança social, condução de veículos automóveis sem habilitações, reiteradamente, com ou sem desobediência ou resistência aos agentes da autoridade.

Também se percebe, nalguns acórdãos, que subjacente ao afastamento da pena de multa, está a constatação de que a insuficiência de meios económicos do arguido levará à impossibilidade de cumprimento deste tipo de pena.

O passado criminal do arguido é um factor tido geralmente em conta, na opção pela pena de substituição.

A preocupação em se evitarem as penas mistas de prisão e multa aflora também sistematicamente.

Na ocorrência de ter que se fazer um cúmulo, em que se contam penas de prisão efectivas, a aplicação de uma nova pena, se for de multa, implicará o cumprimento da pena única mantendo as penas de prisão e multa a sua natureza. E, do mesmo modo, se a pena a aplicar for de prisão, estando o arguido já condenado em multa que tem que pagar. Esta posição é, aliás, tanto mais razoável, quanto mais se atender aos inconvenientes das penas curtas de prisão.

A ideia mestra é a de que a pena de multa, sendo por regra aplicada em dias, tem o propósito de impor ao condenado um sacrifício financeiro, que o reduza às necessidades económicas essenciais, aferidas diariamente. Ora, dificilmente o condenado numa pena de

prisão estará em condições de angariar meios para pagar a multa, certo que, se ele dispuser já antecipadamente desses meios, será então a pena de multa que não atinge os seus objectivos.

4 – Em matéria de aplicação da pena de substituição, de suspensão da execução da pena de prisão, especificamente, volta a ter que se considerar a problemática dos fins das penas. Na verdade, o artº 50º nº1 do C.P. considera determinante da substituição, para além da pena de prisão não ser superior a cinco anos, que a simples censura do facto, e a ameaça da prisão, sejam adequadas e suficientes para se assegurarem, ainda aqui, as finalidades da punição. Portanto, as exigências de prevenção geral e especial que o caso coloque.

No que toca à prevenção geral, importa que a comunidade não sinta a suspensão da execução da pena de prisão como sinal de impunidade.

A respeito da prevenção especial, é necessário que a suspensão implique, de facto, uma “mudança de vida” do delinquente, é preciso que a suspensão leve o delinquente a “interiorizar o mal feito”, e estas são mesmo expressões empregues em acórdãos.

Ora, estes desideratos só se conseguirão, por regra, estabelecendo condições para a suspensão, sem falar já da necessidade ou adequação do regime de prova propriamente dito.

É de concluir, em face de inúmeras decisões analisadas, que a suspensão da execução da pena de prisão não se mostra adequada, em princípio, nos crimes de homicídio doloso, ainda que privilegiado, e nos crimes de tráfico de estupefacientes, do art.º 21º do D.L. 15/93 de 22 de Janeiro. Mesmo que a medida da pena escolhida o autorizasse.

Diga-se à margem que, por vezes, se encontram condenações em cinco anos e dois meses, ou cinco anos e três meses de prisão, em que somos levados a interrogarmo-nos, sobre se esses meses não foram acrescentados só para que não se tivesse que justificar a não suspensão da pena.

Por outro lado, a partir dos acórdãos do S.T.J. extrai-se, no fundo, a preocupação em evitar que a suspensão de execução da prisão seja lida, não só pela comunidade, como pelo próprio condenado, como uma forma mitigada de dispensa de pena. Será de evitar tal erro, encarando a pena de substituição em foco como verdadeira pena.

Vem a propósito referir que as próprias decisões e/ou as palavras dos julgadores podem bem iludir essa pretensão. No Público do passado dia 8 de Dezembro de 2009 (pág. 8), pode ler-se a notícia de um acidente de viação em que interveio um automóvel ligeiro e um pesado, ocorrendo o falecimento de 17 pessoas. O colectivo absolveu o motorista do autocarro e condenou a condutora do veículo ligeiro a quatro anos e quatro meses de prisão, suspensa na sua execução. Segundo o jornal, a presidência do colectivo terá produzido então a afirmação, segundo o qual, o tribunal não quis atribuir uma penalização à condutora do veículo ligeiro (sic). E terá acrescentado: “No meio disto tudo são de lamentar as vítimas mas o raciocínio do tribunal não vai no sentido de a penalizar”. E ainda, “O que lhe aconteceu podia ter acontecido a qualquer um de nós. Todos andamos na estrada”.

b) A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA.

O art.º 71º do C.P. estabelece no seu nº 1 a orientação base para a medida da pena a aplicar: “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”.

No nº 2 do preceito faz-se referência às “circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor do agente ou contra ele.”

O nº 3, por último, obriga a explicitar na sentença os fundamentos da medida da pena que se elegeu.

1 – Perante este artigo, a primeira questão que vem sendo posta, em inúmeros acórdãos do S.T.J., é a de se saber se o S. T. J. pode, e de que maneira, sindicar a medida concreta da pena escolhida na decisão recorrida. E é bom de ver que a referida exigência, de fundamentação da concreta pena aplicada, no que diz respeito à sua medida, pode estar ao serviço da respectiva sindicabilidade em sede de recurso (nº3 do art.º 71º do C.P.).

Ao contrário do que acontece com os recursos para as Relações, o S.T.J. está

limitado ao controlo da matéria de direito, nos termos do art.º 434º do C.P.P. (ou seja, sem prejuízo da detecção oficiosa de vícios da matéria de facto). À partida, importa então distinguir o que deve ser considerado “facto”, e o que deve ser considerado “direito”, na escolha da medida da pena.

As várias decisões analisadas socorrem-se da lição de Figueiredo Dias, (in “Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime”, pág. 197), para optarem pela viabilidade de se sindicarem, em sede de revista, os seguintes aspectos:

O procedimento adoptado, os passos que se deram até se chegar, na decisão recorrida, à escolha da medida da pena, com observância (ou não) dos princípios gerais que regem a matéria.

A relevância que se deu, ou o desprezo em que se tiveram, elementos de facto que interessam à medida da pena.

Daí resulta que o S.T.J. acaba por ter que se pronunciar sobre o grau de culpa do agente, como indicador do limite intransponível da medida da pena, e bem assim sobre a correspondência na medida da pena das exigências da prevenção.

No entanto, sempre que o procedimento adoptado se tenha mostrado correcto, se tenham eleito os factores que se deviam ter em conta para quantificar a pena, a ponderação do grau de culpa que o arguido pode suportar tenha sido feita, e a apreciação das necessidades de prevenção reclamadas pelo caso não mereçam reparos, sempre que nada disto seja objecto de crítica, então o “quantum” concreto de pena já escolhido deve manter-se intocado.

2 - Por regra, os acórdãos encontrados não vão ao ponto de explicitar o procedimento que foi acolhido, para conjugação do princípio geral do nº1 do art.º 71º do C.P. com a ponderação das circunstâncias que depuseram a favor ou contra o agente, e que se acham nomeadas exemplificativamente no nº2 do preceito. E a questão seria de saber, se a ponderação do grau de culpa e das finalidades da prevenção constitui uma operação autónoma, em relação à consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes.

Creio porém que, subjacente às decisões, está uma forma de encarar o nº1 e o nº2 do dito art.º 71º do C.P., no seu relacionamento, que se não afasta do que tenha acolhido

“para uso próprio”, nas decisões de que tenho sido relator.

Direi, antes do mais, que por muito “prático” que se mostre o procedimento de partir do meio da moldura, e elevar essa medida, ou baixá-la, de acordo com o peso das agravantes e atenuantes gerais, não será esse o único modo de compatibilizar o jogo das circunstâncias do caso com a ponderação da culpa e da prevenção.¹

Depois de seleccionados os elementos de facto que preenchem o tipo legal (tipo fundamental, qualificado ou privilegiado), momento em que só interessa ver se ocorreu um crime, e qual, transita-se para outro momento em que se pondera, já, qual a consequência do crime praticado. Aqui se inclui a escolha da medida da pena a aplicar, suportada por elementos de facto que estão para além daqueles elementos típicos.

Ora, o ponto a salientar é que, neste segundo momento, não haverá que distinguir duas fases, elegendo primeiro a medida da pena, fruto do jogo das circunstâncias gerais, e aferindo depois a compatibilização da medida da pena escolhida, com a ponderação da culpa do agente e das exigências de prevenção, como se fossem valências independentes.

Na verdade, o peso das circunstâncias estabelece com a ponderação da culpa e das exigências de prevenção uma relação de convergência. De tal modo que, por um lado, essas circunstâncias fundamentam a reflexão e conclusões a que se chegue em matéria de prevenção e limite imposto pela culpa, e, por outro lado, nenhuma circunstância que interesse à ponderação da medida da pena deixará de se repercutir naquela reflexão.

O grau de culpa e as exigências de prevenção não são variáveis autónomas em relação ao peso das circunstâncias. E se antinomias surgirem, elas manifestar-se-ão logo ao nível das circunstâncias (agravantes e atenuantes a neutralizarem os efeitos respectivos), reflectindo-se necessariamente, na culpa que o agente pode suportar e a prevenção que interessa prosseguir.

3 – Relacionado com o critério geral do nº1 do art.º 71º do C.P. está o próprio enunciado sobre fins das penas que se lê no art.º 40º do C.P.. Porque se no artigo 71º nº1,

¹ Segundo um acórdão analisado, a média entre o limite máximo e mínimo da moldura deve ser considerada, apenas, como um ponto de referência do julgador, na actividade intelectual desenvolvida para encontrar a sanção adequada, o que não é um critério geral.

se diz que a medida da pena se elege “em função da culpa do agente”, para além das exigências de prevenção, importa então saber se o art.º 40º consente que, “em função de” possa ter o sentido de “em retribuição” da culpa do agente.

Estamos assim caídos na problemática dos fins das penas, que o referido art.º 40º quis trazer para o seio do C. P., ao estabelecer que “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Isto no seu nº1. Quanto à culpa, rege um nº 2, separado, onde se diz que “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

Parece-me que o art.º 40º do C.P. se debruça sobre matéria que é já meta jurídica, porque, ao procurar tocar na questão central de todo o sistema penal, defende implicitamente uma certa concepção do homem. Ora, a antropologia filosófica é metafísica, e em matéria de metafísica nada pode ser imposto, antes simplesmente proposto. Daí o carácter discutível da sua inclusão no C. P., certo que a congruência que se descortine entre o dito artº 40º e a ordem de valores que informa a Constituição desloca, no fundo, a questão, para o diploma fundamental.

Com a preocupação da reinserção social encara-se o delinvente com inegável optimismo, e com o papel assinalado à culpa aceita-se a liberdade e a responsabilidade moral do homem, em geral. Mas, vai-se mais longe, ao excluir das tarefas do Estado a retribuição da culpa, enquanto tal.

É óbvio que não me cumpre, aqui e agora, dissertar sobre fins das penas. Mas é útil reflectir, ainda que brevemente, sobre algo que se apresenta tão mutável, e, no entanto, com repercussão decisiva no modo como se configura o sistema.

O núcleo duro de toda a repressão penal nem sempre foi encarado, como se sabe, da mesma maneira.

Lembro que Kant teorizou a concepção que já vinha de séculos em matéria de retribuição. A pena, enquanto sofrimento infligido, é um postulado da razão prática, uma exigência ética primária. No fundo, está aqui em causa um desejo de igualdade (ou a ilusão de que se consegue essa igualdade), na medida em que o mal da pena equilibraria o mal do crime, tal como as vantagens do prémio que se receba compensam o bem que se tenha feito

a outrem.

Hegel envereda por uma retribuição situada exclusivamente ao nível lógico, traduzida em termos dialécticos numa tese (ordem jurídica), oposta a uma antítese (crime que viola essa ordem jurídica), a que se segue uma síntese (pena que “repõe”, supostamente, a ordem jurídica violada).

Com o iluminismo e os seus ideais humanitários (Fenerbach, Beccaria) elege-se a intimidação de potenciais delinquentes como fim fundamental da pena.

Mas o positivismo de novecentos desloca para o próprio delincente a reacção ao crime por ele cometido. A prevenção especial aproxima-se então de uma medicina social e a pena de uma forma de tratamento, o que levaria no limite, ao desaparecimento do próprio direito penal tal como o continuamos a conhecer, assente na culpa, e portanto com uma inegável dimensão ética.

Muito mais recentemente, surgiram posições ecléticas que pretenderam conciliar a retribuição da culpa com a prevenção especial e a prevenção geral intimidatória, e teorias a que se chamou “diacrónicas”, que assinalam à ameaça corporizada na lei penal o momento geral-preventivo por excelência, à condenação concreta de um certo agente a altura da ponderação sobre retribuição da culpa, e ao tempo de cumprimento da pena a oportunidade de se implementarem os propósitos de prevenção especial.

Foi só nos anos setenta do século passado que, pelo menos entre nós, começou a falar-se de prevenção geral positiva como finalidade da pena. E no entanto, é esse o fim primeiro que se assinala hoje às penas, o que não deixa de dar que pensar.

4 – A presente reflexão só me responsabiliza a mim e terá tradução nos acórdãos que relatei. Prosseguirá ainda a propósito da aplicação do art.º 40º do C.P..

Com ele se pretende consagrar uma posição, segundo a qual, a retribuição da culpa, ou a expiação da culpa, são afastadas dos fins das penas que assim se reduzem a propósitos preventivos. A pena é pois sempre “utilitária”, na linha do que dispõe o art.º 18º da Constituição, segundo o qual “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Ora, para exprimir as finalidades exclusivamente preventivas da pena, o nº1 do art.º 40º serve-se das expressões “protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade”, o que levanta algumas dificuldades. Por um lado, a reintegração social, como forma de prevenção especial positiva, é ela mesma uma forma de protecção de bens jurídicos, que não deveria, pois, cumular-se com esta última finalidade. Mas, sobretudo, a protecção de bens jurídicos é no fundo o objectivo de toda a política criminal, repressiva e também preventiva, pelo que não representa nada que se possa considerar específico das penas. Tanto protege os bens jurídicos uma pena aplicada num tribunal como um polícia de giro ou uma câmara de vigilância.

Somos então levados a englobar na expressão “protecção de bens jurídicos” todas as finalidades que, sendo preventivas, se não confundam com a prevenção especial positiva, ou seja, com a reinserção social do delinquente. Desde logo, portanto, as outras modalidades de prevenção especial: negativa, enquanto intimidação do próprio agente do crime, e neutralizadora, como afastamento do delinquente da sociedade por certo período, para que, pelo menos durante esse tempo, não cometa mais crimes.

Depois, haverá evidentemente que prosseguir as finalidades geral-preventivas. Não está excluída do preceito um efeito de prevenção geral negativa, como intimidação de todos os potenciais delinquentes, mas, de acordo com a doutrina mais autorizada, importa assinalar, como fim essencial da pena, a prevenção geral positiva ou de integração.

É sabido que com a prevenção geral positiva se almeja, antes de mais, a criação de um sentimento de **confiança** no sistema, por parte da população em geral. A segurança das pessoas resulta também da convicção de que o direito é mesmo para ser respeitado.

Mas, numa perspectiva de prevenção geral positiva, a pena tem ainda um **efeito pedagógico**. O auto-refreamento de eventuais solicitações para o crime que assaltem os não delinquentes é compensado com a satisfação moral de não se sofrer qualquer pena, facto contraposto à pena que se vê aplicada ao delinquente.² Finalmente, assinala-se à prevenção geral positiva, um **efeito de coerência lógica**: a coercibilidade do direito em geral, e do direito penal, em particular, impõe que o desrespeito das respectivas normas

² Neste efeito pedagógico da pena não podem deixar de ver-se ingredientes de prevenção geral negativa e até de retribuição.

tenha consequências efectivas.³

Depois de se terem passado em revista construções teóricas sobre as finalidades (preventivas) prosseguidas pela pena, importa ter em conta que as necessidades de prevenção relevam quando despoletadas pelo cometimento de um crime concreto. É o evento histórico que reclama exigências específicas de prevenção, as quais hão-de traduzir um certo “quantum” de pena.

A pena justifica-se, portanto, dentro do limite imposto pela culpa do agente, considerando as necessidades de reinserção social reveladas por este, mas também, no que respeita às exigências de prevenção geral positiva, auscultando as expectativas comunitárias de reacção a certo crime.

Ora, a auscultação das referidas expectativas comunitárias a que há-de corresponder uma medida (ou uma moldura) de pena, terá que ser rodeada de alguns cuidados.

Em primeiro lugar, há crimes que se cometem e são pouco ou nada conhecidos. A maior parte, no entanto, conhece-se. Ora esse conhecimento pode ter uma extensão muito diferente, desde por exemplo o grupo restrito dos que conviviam com a vítima, até ao alarme nacional, ou mundial, relacionado com a notoriedade do agente (ou da vítima). O juiz atende ao sentimento de indignação forte, da comunidade local, ou ao sentimento mais vago, de comunidades alargadas?

Outra questão que pode colocar-se é a que resulta de algum pluralismo de valores da sociedade global que teve conhecimento do crime. Boa parte pode reprovar firmemente o facto tendo expectativas fortes de punição, e outra parte pode tender para a desculpabilização, desinteressando-se da punição daquele delinquente. Penso, por exemplo, na maneira díspar como se reage, na nossa sociedade, a crimes fiscais, de um modo geral à fuga ao fisco, ao tráfico de influências e à corrupção, ao aborto, à violação do segredo de justiça, aos crimes chamados “de honra” praticados ao seio de certas etnias, ao pequeno tráfico de droga etc. etc.

Finalmente, vivemos numa sociedade em que a comunicação social se interessa

³ O que também lembra a retribuição, dita jurídica, propugnada por Hegel.

cada vez mais pelos casos de justiça, sobretudo se respeitam a crimes que envolvem gente conhecida ou menores. Haverá pois que ter em conta a diferença entre expectativas reais da população e o que for resultado de empolamentos da comunicação social.

Tudo isto nos leva a concluir que a auscultação das expectativas da comunidade tem que ser realizada de uma forma bastante crítica.

A leitura do sentimento comunitário tem que ser temperada pela adequação desse sentimento, em primeiro lugar, à ordem de valores jurídico-constitucional, e, em segundo lugar, ao padrão de um homem médio razoavelmente bem formado que o julgador construa para uso próprio.

Em muitas situações o julgador terá que precaver-se da influência de certa comunicação social no estado de espírito dos membros da comunidade (e de si próprio), e tantas vezes terá mesmo que configurar o efeito provável que o crime teria na comunidade, se aí tivesse tido conhecimento alargado, nos casos em que isso não ocorreu.

5 – É tempo de voltar agora às orientações subjacentes à jurisprudência das secções criminais do S.T.J..

De um modo largamente maioritário⁴, poderá dizer-se que, as decisões acolhem as lições da doutrina (Figueiredo Dias, Anabela Rodrigues v. g.), com o sentido que passa a expor-se:

No que toca ao papel de culpa, ele é o pressuposto e o limite da medida da pena. É o pressuposto da aplicação de uma pena porque uma punição sem culpa significaria uma coisificação do indivíduo, e, portanto, uma ofensa à dignidade da sua pessoa. E a dignidade da pessoa humana é o valor primeiro do Estado de Direito consagrado na nossa Constituição (cf. art.ºs 1º, 9º b), 25 nº1 ou 26 nº 2 da C. R. P.). Mas também é o limite da punição, porque punir para além da culpa significa punir sem culpa, pelo menos na medida do excesso.

Assim sendo, quando o art.º 71º do C.P. nos diz que a medida da pena é

⁴ São pontuais os pontos de vista dissonantes. Referiremos um acórdão de 1993 em que se defende que a pena deve resultar, entre o mais, “da retribuição justa do mal praticado” e outro de 2000 em que se afirma que não está ausente dos fins das penas “a justa retribuição da culpa”.

determinada “em função da culpa do agente”, será de excluir qualquer entendimento que veja, na expressão, a cobertura para a retribuição da culpa do agente, através da pena.

Mas o mesmo art.º 71º estabelece como parâmetro da medida da pena as exigências de prevenção. Vem-se entendendo, então, que dentro da moldura penal prevista na lei se encontrará uma sub moldura adequada ao caso e aferida pelas necessidades de prevenção geral positiva. O limite inferior dessa sub moldura corresponderá então ao mínimo de pena suportável pela comunidade, em face do facto, e o limite superior à medida óptima de defesa dos bens jurídicos violados com aquele crime. Dentro desta sub moldura, configurada pelas exigências de prevenção geral de integração haverá que encontrar então, um “quantum” certo de pena, ditado pelas necessidades de prevenção especial. Conforme se pode ler em acórdão relatado pelo Presidente da 5ª Secção Conselheiro Carmona da Mota, as necessidades de prevenção geral atendem ao abalo sentido pela comunidade das expectativas na validade da norma violada. A sub moldura aludida estabelece-se entre o ponto óptimo da realização das necessidades preventivas e o absolutamente imprescindível para se realizar essa finalidade de prevenção geral sob a forma de defesa da ordem jurídica.

É evidente que a tradução numérica do grau de culpa se socorre das referências, também numéricas, do mínimo e máximo de pena previstos na moldura legal. Claro que o tipo de dolo, eventual, necessário ou directo, terá que ser levado em conta, do mesmo modo que uma negligência que se repute de grosseira, e não tenha tido já, enquanto tal, tradução explícita na moldura legal.

Haverá obviamente circunstâncias gerais a ter em conta para estabelecer o limite de culpa, e nada impede que uma mesma circunstância desempenhe este papel, ao mesmo tempo que serve para ponderar as necessidades de prevenção.

É uniforme o entendimento, segundo o qual, o respeito pelo princípio “ne bis in idem” não permite que a mesma circunstância seja ponderada, ao mesmo tempo como circunstância geral e como circunstância modificativa, já que, neste último caso, constituirá, afinal, um elemento do tipo qualificado ou privilegiado.

Já não assim, porém, estando em causa a valorização de uma mesma circunstância para efeito da medida da pena aplicada a um crime, portanto de uma pena parcelar, e como

da medida da pena única a aplicar em cúmulo. Neste último caso, a circunstância será atendida numa perspectiva diferente, qual seja a de apreciação do ilícito global praticado, integrado por mais do que uma infracção, e da personalidade do arguido que se revele através dessa pluralidade criminosa.

6 – Para quem esteja a ser julgado pela prática de um crime, constitui uma garantia fundamental o tratamento próprio, que as especificidades do seu caso reclama. Mas também constitui uma evidência que, em muitas situações, as variáveis a ponderar se repetem.

E então, é possível chegar a resultados parecidos em matéria de medida da pena, os quais, podem ser lidos como “bitolas” da jurisprudência do S.T.J. para certo tipo de casos.

A utilidade da informação que a esse respeito se transmita à primeira e segunda instâncias, advirá, então, de se poderem eliminar as discrepâncias das decisões proferidas, para as quais se não descortine razão perceptível. A semelhança possível da medida das penas aplicadas, e sublinho, possível, será factor de segurança na aplicação dessas penas. As indicações fornecidas pelos acórdãos do S.T.J., poderão ser um contributo para se conseguir essa semelhança.

Deve-se à Assessoria das Secções Criminais do Supremo Tribunal o trabalho de recolha de alguns dados que permitirão a leitura comparada das várias decisões aqui produzidas, nunca sendo demais alertar para os cuidados de que essa leitura terá que rodear-se.

Assim, a respeito do crime de tráfico de estupefacientes do art.º 21º do D.L. 15/93 de 22 de Janeiro, protagonizado pelos chamados “correios de droga” foi possível extrair conclusões como as que se seguem:

- Analisados 152 acórdãos do S.T.J., produzidos entre 1997 e 2007, verificamos que, em relação à medida das penas aplicadas na primeira instância, em 99 decisões aquela medida foi mantida.
- Em 50 decisões, as penas foram baixadas. Às vezes, só de meses, e,

frequentemente, em virtude de atenuação especial resultante da aplicação do art.º 4º do D.L. 401/82 de 23 de Setembro (arguidos menores de 21 anos).

- Só em 3 decisões o S.T.J. aumentou as penas, o que pode explicar-se pelo respeito do princípio da proibição da “reformatio in pejus”, e por ser raríssimo o M.P.º interpor recurso, nestes casos, para que o tribunal “ad quem” eleve as penas.
- Quanto ao tipo de produto apreendido só em quatro casos se tratava de heroína, e em onze casos de haxixe ou cannabis. A esmagadora maioria dos “correios de droga” foram condenados, portanto, pelo tráfico de cocaína, e a partir da América do Sul para a Europa.
- A respeito da medida das penas propriamente dita, verificámos uma relação entre a quantidade de produto estupefaciente apreendido e a sanção aplicada. O que se verificou foi que, em quantidades transportadas de mais de 8 Kg de cocaína, e até 14Kg, as penas estenderam-se de 5 a 7 anos e seis meses de prisão. Para quantidades inferiores a 8Kg de cocaína, as penas foram em regra mais baixas do que os 5 anos de prisão, e até ao limite de 4 anos e 3 meses.

Outra recolha de elementos efectuada pela Assessoria disse respeito ao crime de homicídio, que poderíamos enquadrar na designação de crime passional, envolvendo homem e mulher (cônjuges, ex-conjuges, companheiros ou, de qualquer modo, casal relacionado amorosamente).

- O período analisado foi de 2005 a 2010, e chegaram ao Supremo, naquele âmbito, 33 casos. Destes, 16 crimes objecto de condenação foram de homicídio qualificado do art.º 132º do C.P. e outros 16 de homicídio simples do art.º 131º do C.P.. Só uma condenação respeitou ao crime de homicídio privilegiado do art.º 133º do C.P., que foi também o único caso em que uma mulher matou um homem. Em todos os outros o homicida

era do sexo masculino.

- Nas 33 decisões do S.T.J. atrás referidas, em 26 foi mantida a pena da anterior condenação, sendo que 2 respeitavam a condenação da primeira instância entretanto modificada na Relação. Em 7 decisões o Supremo baixou a pena em que o arguido estava condenado, e portanto, em nenhum caso, o S.T.J. agravou a pena.
- Quanto às concretas penas aplicadas pelo crime de homicídio qualificado (há uma decisão com duas condenações), foram: 14 anos, 15 anos , 15 anos e 6 meses, 16 anos, 16 anos, 17 anos, 17 anos, 17 anos, 17 anos, 18 anos, 20 anos, 20 anos, 20 anos, 20 anos e 20 anos de prisão. Num caso de tentativa o arguido foi condenado em 6 anos de prisão.
- Pelo crime de homicídio simples: 6 anos e 6 meses (tentado), 9 anos, 9 anos, 9 anos, 9 anos e 6 meses, 11 anos, 11 anos, 12 anos, 12 anos, 12 anos, 12 anos e 6 meses, 13 anos, 13 anos, 14 anos, 14 anos e 14 anos de prisão (agravado, um, pela reincidência).
- Pelo crime de homicídio privilegiado a pena aplicada foi de 4 anos de prisão.

Assim se vê que, nos crimes de homicídio qualificado consumado, as penas nunca baixaram dos 14 anos, num limite legal inferior, de 12 anos, e nunca ultrapassaram os 20 anos, num limite legal, superior, de 25 anos.

Na moldura de 8 a 16 anos de prisão, prevista para o crime de homicídio simples consumado, as penas nunca baixaram dos 9 anos, e nunca excederam os 14 anos de prisão.

c) A PENA CONJUNTA APLICÁVEL AO CONCURSO DE CRIMES.

1 – A questão da medida da pena única aplicada em cúmulo será ela mesma

objecto de uma comunicação no âmbito deste curso. Diremos pois, só, o essencial, a tal respeito, e referido à jurisprudência do S. T. J..

O pano de fundo da determinação dessa medida é, como se sabe, a ponderação em conjunto, dos factos e da personalidade do agente, conforme estipula o nº1 do art.º 77º do C.P..

Não se encontraram decisões em que se divergisse do entendimento, segundo o qual, ponderar em conjunto os factos é atender, fundamentalmente, à ilicitude global de toda a conduta do agente em análise. Que interessa a essa ponderação a conexão entre os factos, e a abordagem destes, independentemente de quem os praticou, releva sobretudo para efeitos de prevenção geral. A gravidade dos vários crimes cometidos, a frequência com que eles ocorrem na comunidade e o próprio impacto que têm nessa comunidade, terão, pois, que ser tidos em conta.

Paralelamente, à apreciação da personalidade do agente interessa sobretudo ver se se está perante uma certa tendência, que no limite se identificará com uma carreira criminosa, ou se se está perante uma mera pluriocasionalidade, que não radica na personalidade do arguido.

Como é bom de ver, as necessidades de prevenção especial aferir-se-ão, sobretudo, tendo em conta a dita personalidade do agente. Nela, far-se-ão sentir factores como a idade, a integração ou desintegração familiar, com o apoio que possa encontrar a esse nível, as condicionantes económicas e sociais que tenha vivido e que se venham a fazer sentir no futuro.

Esta postura é pacificamente aceite na jurisprudência do S.T.J..

2 - Em relação à escolha do concreto “quantum” de pena a aplicar em cúmulo, ela terá que ser feita entre a parcelar mais alta e a soma de todas as parcelares, segundo determina o nº 2 do art.º 77 do C.P.

Embora os resultados finais a que se chega possam aproximar-se uns dos outros, percebe-se que em certas decisões, se tem em melhor apreço a técnica de aplicação, de fracções aritméticas da soma das parcelares que acrescem à mais grave, do que noutras decisões.

Importa referir, a este propósito, a posição que defende o Conselheiro Carmona da Mota, e que se encontra espelhada tanto nos acórdãos de que foi relator, bem como em vários outros aqui do Supremo (acessível em “Coloquios”, “Colóquio de Direito Penal e Processo Penal, 2009-06-18 ” na página do S. T. J., <http://www.stj.pt/>).

Poder-se-á dizer que, segundo essa posição, a pena conjunta será quantificada a partir do jogo de forças protagonizado pela tendência expansiva da parcelar mais alta, e pela tendência repulsiva (ou repressiva) da soma aritmética de todas as parcelares. Ao que cremos, está em causa a introdução de uma variável autónoma, para além da ponderação do ilícito global e da personalidade do arguido, variável que traduz um factor de proporcionalidade no jogo de forças expansiva e repulsiva aludidas. Tratar-se-á então da proporcionalidade entre o peso relativo de cada parcelar e o peso do conjunto das penas todas.

Fica portanto criado um “terceiro espaço de referência”, à volta do qual se possa, subsequentemente, e com flexibilidade, considerar conjuntamente os factos e a personalidade do agente. Esse terceiro espaço de referência molda-se através da implementação de um certo número de regras formais “que resolvam na generalidade e sem excepções, problemas da mesma natureza”.

Poderá assim chegar-se à utilização de um algoritmo, onde contará, fundamentalmente, o seguinte:

- A representação das penas singulares na pena conjunta é em regra parcial. Só se admite que a pena conjunta corresponda à soma material das parciais, ou dela se aproxime, se as penas singulares co-envolvidas corresponderem a crimes de gravidade similar, e essa soma material acabe por se conter na moldura abstracta dos crimes concorrentes (v.g. 4 penas de 1 ano por crimes com moldura de 1 a 5 anos de prisão).
- Ao invés, a pena conjunta só deverá excepcionalmente conter-se no seu limite mínimo (parcelar mais alta) ou dele aproximar-se, se houver uma grande disparidade entre o parcelar mais grave (v.g. 15 anos), e a outra ou outras parcelares a acrescentar (v. g. todas somadas serem 1 ano de

prisão).

- Em todos os demais casos, a “representação” das parcelares que acrescem à mais grave, na pena conjunta, não deve ser de mais de 1/3, podendo ser evidentemente inferior.
- Importa traduzir na operação de cálculo um tratamento diferente para a criminalidade bagatelar, média e grave, de tal modo que a “representação” das parcelares que acrescem à pena mais grave se possa saldar por uma fracção cada vez mais alta, conforme a gravidade do tipo de criminalidade em julgamento.
- O limite máximo dos 25 anos só deverá ter lugar em casos extremos (v.g. 4 penas de 20 anos), devendo o efeito repulsivo a partir desse limite, fazer-se sentir tanto mais, quanto mais baixo for a parcelar mais grave, e maior o somatório das restantes penas parcelares.

3 – A jurisprudência do Supremo debruçou-se várias vezes sobre situações em que importa proceder a cúmulo, e em que só algumas das parcelares são abrangidas por perdão.

O procedimento que acabou por impor-se passa por se fazer, em primeiro lugar, um cúmulo parcial provisório só das penas abrangidas pelo perdão. Calcula-se depois o perdão da pena conjunta parcial obtida.

Faz-se então o cúmulo de todas as penas, como se não houvesse lugar a perdão nenhum, e aplica-se aquele quantitativo de perdão já calculado, à pena conjunta obtida em último lugar.

Outro campo em que a jurisprudência do S.T.J. se estabilizou e é uniforme é o do chamado cúmulo por arrastamento.

O cúmulo por arrastamento é repudiado, e essa recusa traduz-se, as mais das vezes, na feitura de dois cúmulos (ou mais), havendo lugar ao cumprimento sucessivo das penas conjuntas encontradas.

A ideia mestra que vem sendo transmitida é a de que, perante um determinado conjunto de crimes cometidos pelo agente, em que só alguns deles estão em concurso de

infracções com todos os restantes, não pode haver uma pena única que abranja todas as penas parcelares, por «arrastamento». E assim, sempre que haja uma decisão transitada em julgado que aplicou certa pena, as penas aplicadas por todos os factos praticados depois desse trânsito, não podem ser cumuladas com aquela primeira pena.

d) A PUNIÇÃO DO CRIME CONTINUADO.

Deixámos para o fim duas questões. A da punição do crime continuado e a da atenuação especial da pena a aplicar a jovens entre os 16 e 21 anos. Trata-se de sectores em que a jurisprudência do S.T.J. ainda não é uniforme.

Vejamos então quais as posições em confronto, começando pelo crime continuado. Sabe-se que a nossa lei o manda punir com uma pena encontrada na moldura penal da conduta mais grave que integra a continuação, nos termos do art.º 79º n.º1 do C.P.⁵

As divergências constatadas prendem-se com o disposto no n.º 2 do preceito, segundo o qual, “Se, depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior”.

A jurisprudência deste S.T.J. havia maioritariamente abandonado a posição de Eduardo Correia, nos termos da qual, nenhuma das condutas anteriores à condenação transitada em julgado, descobertas após esta, e integradas na continuação, poderiam ser tidas em conta (vimos pelo menos um acórdão de 2006 ainda em consonância com a posição deste autor). Segundo aquele ilustre Professor, “(...) se algumas actividades que fazem parte de uma continuação criminosa foram já objecto de sentença definitiva, ter-se-á que considerar consumido o direito de acusação relativamente a quaisquer outras que

⁵ Note-se que, por exemplo, o C.P. brasileiro adopta no seu art.º 71º o mesmo procedimento, mas manda “exasperar” a pena encontrada com a sua fracção de 1/6, até ao limite de 4/6, consoante o número de actos que integram a continuação.

E o C.P. espanhol, no seu art.º 74º, parte do mesmo modo da moldura prevista para a conduta mais grave, mas manda encontrar a pena na metade superior dessa moldura, ou então passar para uma pena “de grau

pertençam a esse mesmo crime continuado, ainda que elas de facto tivessem permanecido estranhas ao conhecimento do juiz.” Ou, adiante, “(...) Se o juiz se convence, na verdade, de que tais actividades constituem tão só elementos de um crime continuado, que foi já objecto de um processo, será forçado a concluir que elas *deveriam* ter sido aí apreciadas. Ainda, pois, que o não tivessem sido, tudo se passa como se assim fosse, estando, por isso, consumido e extinto o direito de as acusar e podendo-se opor sempre ao exercício da respectiva acção penal a excepção *ne bis in idem*” (in “A Teoria do Concurso em Direito Criminal”, edição de 1963, pág. 350 e 351).

A jurisprudência dominante entendia, ao contrário, ser possível a ultrapassagem do suposto limite derivado do caso julgado, o qual, no caso de crime continuado, se assumiria sob a condição *rebus sic stantibus*, embora dentro de certos parâmetros. È que, conforme se decidiu num aresto deste S.T.J., “o princípio *ne bis in idem*, se constitui obstáculo a que uma pessoa seja condenada duas vezes pelos mesmos factos, não pode constituir fundamento para que fiquem por punir factos que nunca foram julgados.” E assim, quando o artº 29º nº 5 da Constituição refere, que “Ninguém pode ser julgado mais que uma vez pela prática do mesmo crime”, está no fundo a pretender que um objecto do processo idêntico não possa fundar dois procedimentos crime separados e sucessivos.

Mas, em matéria de crime continuado, dada a ficção jurídica em que assenta a sua construção, poder-se-á considerar desfeita a identidade do objecto do processo, não só em face do acrescentamento de condutas que, isoladas, seriam, cada uma delas, um crime, como sobretudo se uma das novas condutas, considerada em si, representasse um crime punido mais severamente.

A divisão passou a ser então, entre os que pensavam que deviam ser consideradas as condutas novas, só no caso de entre elas haver alguma que assumisse maior gravidade, leia-se, constituir um crime punido mais gravemente, e quem entendia que as condutas novas sempre deveriam ser tidas em conta, por o seu número acrescido se traduzir num grau mais elevado de ilicitude que devia ter reflexo na punição.

superior”, o que não tem paralelo entre nós.

Pessoalmente, entendo que, embora esta posição se apresente como mais próxima do princípio da legalidade (na vertente *nullum crimen sine poena*), a última alteração legislativa do preceito em apreço vai no primeiro sentido.

Na verdade, o acrescentamento do nº 2 do artº 79º do C.P. afastou as objecções que antes ainda se podiam levantar à consideração de toda e qualquer conduta nova, objecções que se baseariam no respeito pelo caso julgado ou pelo princípio *ne bis in idem*, mas também mandou atender à conduta que integre a continuação, e que se tenha descoberto depois do trânsito em julgado da primeira condenação, já transitada, desde que se trate de uma conduta mais grave do que as que já tinham sido conhecidas, determinando-se que nesse caso “a pena que lhe for aplicável substitui a anterior”.

A lei terá vindo consagrar uma solução de compromisso, entre a tese “preclusiva” de Eduardo Correia, impeditiva da consideração de toda e qualquer conduta nova, e a tese da maior abertura, segundo a qual toda e qualquer conduta nova terá que ser ponderada, para efeitos de reflexo na pena.

Se o legislador tivesse querido dizer que, depois de uma decisão transitada, o conhecimento de novos factos que integram a continuação, originaria [sempre] o repensar de uma nova pena que substituísse a anterior, então exprimiu-se muito mal. A redacção apresentada aponta claramente para o estabelecimento de uma condição: o repensar de uma nova pena que substitua a anterior, é possível, só, “Se (...) for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação”.

É que, se depois de se admitir a ultrapassagem do caso julgado, o legislador tivesse querido que se reflectissem na pena todos os factos novos conhecidos, não precisava de acrescentar, porque demasiado óbvio, que se deveria ter em conta a pena abstracta mais grave que fosse aplicável a um desses factos novos.

Acresce que as “condutas mais graves” de que fala o legislador, só poderão ser aquelas que integrem um tipo próximo do da condenação transitada mas com uma moldura penal mais severa. É que a expressão “conduta mais grave”, do nº 2 do artº 79º do C.P., é também empregue no nº 1 do preceito, e aí não oferece dúvida que a gravidade da conduta

se afere pela pena **aplicável**, e portanto, pela moldura abstracta do crime. Em dois números seguidos do mesmo artigo o legislador não pode ter querido usar a mesma expressão com dois sentidos diferentes.

**e) A ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA, DO ARTº 4º DO D. L. 401/82, DE
23 DE SETEMBRO**

O artº 9º do C. P. remete para legislação especial normas a aplicar a menores de 21 anos e maiores de 16. E nos termos do artº 4º daquele decreto-lei, o juiz deve atenuar a pena de prisão “quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado”.

A partir daqui, as decisões do Supremo apresentam duas concepções diferentes do regime. Numa primeira posição, a regra é a atenuação e a não atenuação a excepção. Subjacente está a ideia de que, tendo em conta a idade do arguido, este beneficiaria sempre da atenuação em termos de reinserção social. Em princípio, deveria entender-se que, tendo em conta essa idade, quanto menos tempo ele estivesse na cadeia, melhor se conseguiria a sua reintegração. E então, só se se descobrirem factores negativos, impeditivos, que justificassem, no caso, uma pena mais longa, é que a atenuação não deveria ter lugar.

Valoriza-se acima de tudo, nesta postura, a imaturidade do delincente jovem, e faz-se uma transição entre o regime de inimputáveis e imputáveis em razão da idade.

Numa segunda maneira de encarar o artº 4º citado, entende-se que a idade, só por si, deve ser factor de atenuação, mas geral. Assim, a regra seria a de não haver atenuação especial, e só a consideração de concretos factores, elencados pela positiva, para

além do factor idade, a justificaria. Já se tem invocado em abono desta tese a letra da lei. Na verdade, aí se fala em “sérias razões” para se esperar que o arguido beneficie com a atenuação especial. Ora essas sérias razões teriam então que estar sempre para além da consideração do factor idade, porque este já está contemplado como condição da aplicação do regime especial.

É esta uma posição em que se tem em conta o facto, de a maturidade se atingir em certos extractos sociais cada vez mais cedo e, sobretudo, as necessidades de prevenção geral reclamadas pela delinquência juvenil. No fundo, o sentimento mais comum, de insegurança das populações, seria alimentado pela actuação de delinquentes, em relação aos quais a reacção seria a mais fraca. O perigo desta posição seria o seu uso menos ponderado, alimentando uma deriva securitária que é sempre uma tentação para o julgador.

As recentes reformas legislativas, em matéria de recursos para os Supremos Tribunais (e aqui penso também no Supremo Tribunal Administrativo), acentuaram o respectivo papel como fonte de orientação jurisprudencial, além de serem os órgãos competentes para a fixação, propriamente dita, de jurisprudência. Justifica-se assim, cada vez mais, o levantamento das decisões proferidas a este nível, devidamente agrupadas por temas, e analisadas por quem melhor o possa fazer. Com isso se proporcionará uma informação que pode reverter em segurança do arguido, e assim um sistema penal ainda com mais garantias, sem qualquer prejuízo para a repressão.

Lisboa, 26 de Abril de 2010

José Souto de Moura

