

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA

Medida da Pena e Direito de Execução da Pena

Regência: Inês Ferreira Leite

11/01/2018 – 120 minutos

EXAME ESCRITO

I. Responda, sucintamente (máximo 50 linhas), mas fundamentadamente, a uma das seguintes questões:

1. «1- No dia 20 de setembro de 2010, pelas 20h00m, o arguido dirigiu-se ao supermercado “C...”, sito na ..., na ..., nesta comarca. 2- Aí, apoderou-se, contra a vontade do dono, de três embalagens de desodorizante roll-on D..., no valor de € 17, 34, fazendo deles coisa sua, bem sabendo que não lhe pertenciam, e agia contra os interesses do seu legítimo proprietário. 3- O arguido agiu consciente e voluntariamente. Mais se provou que: 4- O arguido praticou os factos referidos em 2. a fim de adquirir produtos estupefacientes (cocaína e heroína), de que era consumidor àquela data. 5- Os objetos referidos em 2. foram recuperados pela ofendida naquela ocasião. 6- O arguido confessou integralmente os factos de que vinha acusado. 7- O arguido vive sozinho, num quarto de uma Pensão pago pela Segurança Social; recorre a Instituições de Solidariedade Social para se alimentar; é acompanhado pela Associação para o Planeamento da Família; está desempregado, com inscrição ativa no Centro de Emprego. 8- O arguido está a efetuar tratamento à toxicodependência, em programa de substituição com metadona. 9- O arguido sofreu já a seguinte condenação: pela prática, em 28.9.10, de um crime de furto simples, p. e p. pelo artigo 203º/1 Código Penal, na pena de 120 dias de multa, à taxa diária de 5,00 euros, por sentença transitada em julgado a 5.11.10, proferida pelo 1º juízo criminal do Tribunal Judicial da Póvoa do Varzim, no Proc. Comum Singular nº 1071/10.7 PAPVZ.» (Factos dados como provados no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/05/2012).

Atendendo aos factos dados como provados, e á luz dos princípios jurídico-constitucionais aplicáveis, seria legítima a aplicação de uma pena de prisão efetiva, atendendo à toxicodependência e ao elevado risco de reincidência? E, ainda, seria adequada a aplicação de uma pena de multa?

- *Referência ao contexto social do arguido (poderia incluir alguma análise das teses criminológicas, mas não era necessário, nem era suposto elencar as teses, como se fosse uma questão teórica);*

- *Referência aos arts. 1.º, 2.º, 18.º/2, e 27.º da CRP como sede dos princípios da proporcionalidade e da culpa, dando conta da sua influência na determinação da medida da pena e na interpretação dos arts. 40.º e 70.º e ss.;*

- *Conclusão pela violação dos princípios da proporcionalidade e da culpa na determinação de pena de prisão efetiva, o primeiro na vertente da proibição do excesso (apesar das fortes necessidades preventivas, gerais e especiais, a gravidade objetiva do crime é quase insignificante e, tratando-se de bagatela penal, nunca pode legitimar uma longa privação da liberdade); o segundo por se tratar de pena que vai além da culpa (a medida da culpabilidade era baixa, no caso concreto).*

- *Conclusão pela violação do princípio da proporcionalidade, no que toca à adequação, na determinação de pena de multa, por haver um contexto de manifesta insuficiência económica e por ser altamente previsível o cumprimento de prisão subsidiária.*

2. «FACTOS PROVADOS: 1 No dia 15.10.2010, pelas 4 horas, em Portimão, o arguido tinha consigo 25 saquetas de cocaína que destinava à venda a consumidores e que tinham o peso total de 1,952 gramas; 2 Agiu de forma livre, deliberada e consciente, sabendo que a detenção e venda de cocaína são proibidas; 3 O arguido nasceu a 6.04.1990, é cidadão de Cabo verde e não tem antecedentes criminais. Faltou injustificadamente à audiência. 4 O arguido, a partir daquela data continuou a encontrar-se, tal como naquele dia, nos locais frequentados por consumidores, sem desenvolver qualquer ocupação útil. FUNDAMENTAÇÃO: Embora a idade do arguido seja de molde a , em abstracto , ser aplicável o regime do Dec.Lei nº 401/82 de 32.9, a verdade é que, atenta a personalidade do arguido demonstrada pelos factos apurados, não se vislumbra qualquer vantagem para a respectiva reinserção social com uma atenuação especial da pena a aplicar , nos termos dos artos 1º a 4º daquele diploma. Não se apresentou em audiência, injustificadamente. Continua a sua actividade de tráfico. A aplicação de medidas de atenuação, nestas circunstâncias, revelar-se-ia perniciosa porque reforçaria o sentimento de impunidade e aumentaria a perigosidade do agente, podendo resultar na persistência na prática de crimes. A gravidade da conduta é elevada , se se atentar no qualidade e quantidade de droga pronta para traficar , na sua modalidade mais grave , a venda , lucrativa e à custa da miséria e destruição alheias. Mostra-se justa por adequada e proporcional à culpa do arguido a pena de 4 anos e 6 meses de prisão. Atendendo à continuação da actividade criminosa pelo arguido é impossível concluir que a ameaça de pena e a censura do facto serão bastantes para o afastar da criminalidade, pelo que a execução da pena não poderá ser suspensa , nos termos do artº 50º do Código Penal. Acresce que se trata de comportamento de grande disseminação , este da vinda de cidadãos estrangeiros para Portugal com o fito de se dedicarem a tal actividade , pelo que se postulam razões de prevenção geral de intimidação que marcam uma forte presença. Impõe-se ainda a expulsão do arguido AL, nos termos do nº 2 do artº 151º da Lei nº 23/2007 de 4.7 , já que aquele não desenvolve qualquer actividade útil no País, entregando-se pelo contrário a actuação altamente danosa e grave, demonstrando total desinserção social. Cabe ainda vedar-lhe a entrada no território nacional por período de tempo apto a apagar o dano social que aqui levou a cabo, por isso necessariamente longo.» (factos dados como provados e excerto da decisão do 1º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Portimão, a qual foi revista em recurso pelo Tribunal da Relação de Évora, por acórdão de 22/11/2011. Atendendo aos factos dados como provados, e á luz dos princípios jurídico-constitucionais aplicáveis, concorda com a pena aplicada? E considera legítima a aplicação da pena acessória de expulsão?

- *Referência aos arts. 1.º, 2.º, 18.º/2, 27.º e 30.º da CRP como sede dos princípios da proporcionalidade, da culpa, e da proibição de penas acessórias ou efeitos da pena de carácter obrigatório ou automático, dando conta da sua influência na determinação da medida da pena e na interpretação dos arts. 40.º e 70.º e ss.;*
- *Análise dos critérios de fixação de penas acessórias, concretizando a propósito da pena acessória de expulsão (pontos adicionais pela demonstração de conhecimento da evolução legislativa e da tomada de posição do Tribunal Constitucional)*
- *Conclusão pela desnecessidade da pena de expulsão por se tratar de residente de longa duração em Portugal e de criminalidade esporádica não violenta.*

- II. Comente (máximo 50 linhas), em conformidade com os princípios constitucionais, um dos seguintes trechos de decisões judiciais/textos doutrinários:

1. Excerto do artigo de -JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A Jurisprudência do S.T.J. sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena”, publicado a 26-04-2010, disponível http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf. / Excerto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 61/2006:

«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, com o 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”.» (Souto de Moura)

«É óbvio que qualquer leitor desta decisão pode tentar determinar, até por con traposição à decisão de suspensão da execução da pena tomada quanto ao arguido, quais as razões que terão levado o tribunal a não adoptar idêntica medida relativamente à arguida. O Ministério Público entende que tal se deveu aos antecedentes criminais desta. Outros acharão que terá antes sido devido à “inserção sócio-familiar” daquele, não apurada relativamente à arguida. Outros ainda que terá sido decisiva a conjugação dos dois factores. É bom de ver que a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais não fica satisfeita com a mera possibilidade destas tentativas de “adivinhação” das razões que terão conduzido o tribunal a, tendo o dever de ponderar a determinação da suspensão da pena de prisão, decidir não a decretar relativamente à recorrente. A imposição constitucional só fica satisfeita com formulação expressa das razões específicas dessa decisão, feita pelo seu próprio autor, em termos de habilitar o seu destinatário a, ciente dessas razões, se conformar com a decisão ou impugná-la de forma consciente e eficiente.» (Tribunal Constitucional)

- *Referência ao contexto de populismo penal e ao impacto que a narrativa mediática sobre o crime tem na determinação da medida da pena, a partir das correntes preventivo-gerais dos fins da pena;*

- *Referência e análise crítica da compatibilização entre os clamores mediáticos da pena o respeito pelo princípio da culpa e pelas reais necessidades preventivas (com especial destaque para a ressocialização)*

- *Referência ao dever de fundamentação, à função clarificadora do concurso aparente e à função pedagógica da fundamentação da sentença, especialmente na parte da determinação da medida da pena, na satisfação das necessidades preventivas gerais (evitando-se o recurso à pena quantitativamente expressiva como única solução para o conflito)*

- *Análise crítica do discurso de Souto Moura num caso de manifesta culpa baixa, e fundamentação razoável (com recurso à empatia e consciência social).*

2. Excerto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014:

«4. Importa ter presente que o Tribunal Constitucional se pronunciou já, em diversas ocasiões, relativamente a normas que impõem uma responsabilidade subsidiária aos administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de

administração em sociedades comerciais pelas coimas aplicadas em processo contraordenacional, e, em especial, em relação às normas do artigo 8º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Geral das Infrações Tributárias e do artigo 7º-A do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras, que estabelecem uma responsabilidade subsidiária por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores «quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa coletiva se tornou insuficiente para o seu pagamento». Ainda que tenha havido divergência jurisprudencial nas secções, o Tribunal Constitucional, em Plenário, acabou por firmar o entendimento segundo qual a responsabilidade dos gerentes ou administradores prevista naquelas disposições é uma responsabilidade civil por facto próprio, que não prescinde da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade aquiliana, e relativamente à qual se torna inadequada a convocação de qualquer dos parâmetros contidos nos artigos 30.º e 32.º da Constituição. Assentando-se, por isso, na ideia de que a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes não provém do próprio facto típico que é caracterizado como infração contraordenacional, mas de um facto autónomo, inteiramente diverso desse, que se traduz num comportamento pessoal determinante da produção de um dano para a Administração Fiscal, concluiu-se que não pode falar-se aí de uma qualquer forma de transmissão da responsabilidade contraordenacional ou de violação dos princípios da culpa ou da proporcionalidade na aplicação das coimas (acórdãos n.ºs 437/11 e 561/11). Ao contrário, na hipótese prevista no artigo 8º, n.º 7, do RGIT – que constitui objeto do processo de generalização -, o gerente está sujeito a uma responsabilidade solidária pela multa aplicada à pessoa coletiva, responsabilidade que deriva da atuação dolosa que pode determinar a sua própria condenação a título pessoal, e em coautoria material com a pessoa coletiva, por infração tributária. Poderá dizer-se que a razão de ser do regime legal decorre da necessidade de acautelar o pagamento das multas aplicáveis às pessoas coletivas, prevenindo a possibilidade de estas virem a ser colocadas numa situação de insuficiência patrimonial que inviabilize por motu próprio a satisfação do crédito fiscal. Ainda que essa medida seja compreensível no plano de política legislativa, e numa perspetiva utilitarista de eficácia da prevenção criminal, ela não pode justificar, por si, por via de um princípio civilístico de solidariedade passiva, a transferência da responsabilidade penal da pessoa coletiva para o seu administrador ou gerente.»

- *Referência à polémica doutrinária e jurisprudência em torno da natureza da responsabilidade solidária e subsidiária pelas coimas e multas à luz do art. 30.º da CRP e do conceito material de pena (com análise crítica e tomada de posição fundamentada)*

- *Referência à jurisprudência do STJ e do TC sobre a matéria*

- *Referência e análise crítica à potencial violação do ne bis in idem nestes casos, e identificação dos critérios para cumulação de responsabilidade pela multa entre gerente, administrador e pessoa coletiva*

III. Determine, em conformidade com os princípios constitucionais e as regras legais, a(s) pena(s) concreta(s) aplicável(eis) ao arguido no seguinte caso:

ANTÓNIO, funcionário da Administração do Porto de Lisboa, S.A., empresa de capitais públicos, exercendo funções na área do apoio ao cliente (atendimento telefónico), foi acusado da prática dos seguintes crimes:

- 1 crime de tráfico de estupefacientes, nos termos do art. 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93 (Legislação de Combate à Droga), por ter auxiliado na importação, através da cedência de um espaço de armazenamento do produto, entre janeiro de 2016 e setembro de 2017, das seguintes quantidades de droga (valor estimado atendendo à droga que foi apreendida num armazém em Lisboa, registado em seu nome, dois dias antes da detenção do arguido):

- a) Cocaína – cerca de 500 kilos, com o valor comercial aproximado de 23.500.000 euros;
- b) Haxixe: 472 525 Doses Individuais, com o valor comercial aproximado de 135.000 Euros.

- 1 crime de tráfico de estupefacientes, nos termos da alínea b) do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 15/93, por referência à Tabela IV, por terem sido encontradas, na sua na posse aquando da detenção, as seguintes quantidades de droga:

a) 3 embalagens de Clonazepam sem prescrição médica, com o valor comercial aproximado de 100 euros;

b) 5 embalagens de Oxazolam sem prescrição médica, com o valor comercial aproximado de 200 euros.

- 1 crime de associação criminosa, nos termos do n.º 2 do art. 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, por fazer parte de um conjunto de pessoas que, conjuntamente e de modo organizado, se dedicava à importação, distribuição e venda de produtos estupefacientes, na medida em que, enquanto proprietário do armazém X (onde foram apreendidas grandes quantidades de estupefaciente), o cedía à associação criminosa para armazenamento do produto.

- 1 crime de branqueamento de capitais, nos termos dos n.os 1 e 2 do art. 368.º-A do CP, por ter colocado os lucros da atividade criminosa – as “rendas” avultadas que recebida da associação criminosa pela cedência do armazém, no valor de 10.000 por mês – numa conta bancária em nome da sua filha menor, e pela compra, com esse mesmo lucro, de um veículo automóvel.

- Foi também pedida a aplicação da pena acessória de proibição do exercício de função, nos termos do art. 66.º do CP.

- Foi pedida a perda a favor do Estado do armazém onde era mantida a droga (no valor de 100.000 euros), a perda do veículo adquirido com o produto do crime, no valor de 30.000 euros, e a perda das vantagens detetadas na conta bancária Y, em nome da sua filha menor, no valor de 60.000, nos termos do disposto no art. 36.º do Decreto-Lei n.º 15/93. Foi ainda pedida a perda de vantagens no valor de 90.000 euros, correspondentes aos valores dos lucros que se estimam que o arguido terá tido, pelo pagamento das rendas, nos termos do n.º 5 do art. 36.º já referido, a qual, não podendo ser obtida em espécie, deverá ser obtida através da condenação em pagamento ao Estado.

Admitindo que todos os factos são dados como provados, determine, fundamentadamente, a(s) medida(s) da(s) pena(s) dos crimes que considere estarem preenchidos, bem como a pena única final, e a(s) medidas das eventuais penas acessórias e efeitos do crime peticionados na acusação, caso as considere admissíveis.

Na resposta deverão ser respeitadas as questões de concurso de crimes e as fases da determinação da medida da pena, sendo também resolvidas quaisquer questões relativas a sanções acessórias ou efeitos da pena.

Tópicos de resolução:

- Identificação dos crimes em concurso aparente e efetivo, de modo fundamentado (haveria concurso aparente entre os crimes de tráfico de estupefacientes, por se tratar de um crime de trato sucessivo que integra todas as condutas descritas no tipo, e entre estes e o crime de branqueamento de capitais por não estar preenchido, na conduta em causa, o perigo típico que permite autonomizar, em concurso, o branqueamento; poderia haver concurso efetivo ou aparente entre o crime de tráfico de estupefacientes e o crime de associação criminosa consoante a interpretação do caso – caso se entendesse que a única contribuição de A foi a cedência ocasional ou única do espaço, teria que haver concurso aparente, sob pena de violação do ne bis in idem material, por haver total identidade do ilícito típico; caso se entendesse que havia uma

colaboração contínua de A com a associação criminosa, e uma disponibilidade permanente para esta contribuição, então poderia haver concurso efetivo por haver autonomia suficiente entre as condutas);

- Determinação das molduras concretas dos crimes em concurso: a moldura era igual, de 5 a 15 anos de prisão, para ambos crimes, o tráfico, art. 25.º, n.º 2, e a associação criminosa, art. 28.º, n.º 2, ambos do DL 15/93;

- Determinação das penas concretas, respeitando as fases de determinação da medida da pena (limite máximo da culpa, determinação concreta, escolha da pena). Estas penas teriam um mínimo de 5 anos de prisão cada uma, e um máximo (atendendo às circunstâncias concretas, por se tratar de ilicitude mais baixa – condutas de mera cumplicidade, caso os tipos não equiparassem a cumplicidade à autoria – e culpa leve a moderada) de 7/8 anos de prisão. Não seria de excluir a suspensão da pena, embora não tivessem dados suficientes para decidir de modo definitivo;

- Caso tivessem concluído pelo concurso aparente, bastaria fixar a pena do tráfico de estupefacientes;

- Caso optassem pelo concurso efetivo entre o tráfico e a associação criminosa, teriam que fazer a pena do cúmulo, nos termos do art. 77.º. Mesmo nesta opção, caso tivesse fixado 5 anos para cada um dos crimes, não ficaria excluída a fixação final de 5 anos de prisão (ou mesmo a suspensão da pena);

- Análise do art- 66.º, n.º 1, do CP e dos critérios de fixação de penas acessórias (e de cumulação destas com as penas principais). Era legítimo entender que, dadas as funções de A (distantes de qualquer acesso privilegiado ao Porto), não estavam preenchidos os requisitos do art. 66.º. Mas também não estaria incorreto concluir pela aplicabilidade da pena acessória, já que é também legítimo admitir a perda de confiança necessária para o exercício da função.

- Análise do regime de perda de bens e vantagens, arts. 35.º e ss. do DL 15/93 e arts. 109.º e ss. do CP. Identificação de um problema de falta de critérios para a perda do armazém (não é perigoso, nem é vantagem, não devendo ser visto como mero instrumento da prática do crime) e de um problema de violação do ne bis in idem caso fosse declarada a perda cumulativa das vantagens recebidas pelo crime (em valor compensatório) e dos bens já adquiridos com essas mesmas vantagens.

COTAÇÕES: Q.1 (3,5), Q.2 (3,5 valores), Q.3 (12 valores), ponderação global, 1 valor.