

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 220/02.3GCSJM.P1.S1

Relator: RAUL BORGES

Sessão: 25 Novembro 2009

Número: SJ

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

MEDIDA CONCRETA DA PENA

PREVENÇÃO GERAL

PREVENÇÃO ESPECIAL

CULPA

FUNDAMENTAÇÃO

COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO AO SILÊNCIO

ARREPENDIMENTO

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Sumário

I -Com a alteração ao CP operada pelo DL 48/95, de 15-03, a pena passou a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a culpa um papel meramente limitador da pena, tendo-se também proclamado a necessidade, proporcionalidade e adequação como princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental, introduzindo a inovação, com feição pragmática e utilitária, constante do art. 40.º, ao consagrar que a finalidade a prosseguir com as penas e medidas de segurança é a «protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade», ou seja, a reinserção social do agente do crime, o seu retorno ao tecido social lesado.

II - Com esta reformulação do CP não prescindiu o legislador de oferecer aos tribunais os critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na

escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.

III -Para o efeito de determinação da medida concreta ou fixação do quantum da pena que vai constar da decisão, o juiz serve-se do critério global contido no art. 71.º do CP, estando vinculado aos módulos-critérios de escolha da pena constantes do preceito.

IV -Observados estes critérios de dosimetria concreta da pena, há uma margem de actuação do julgador dificilmente sindicável, se não mesmo impossível de sindicá-lo. O dever jurídico-substantivo e processual de fundamentação visa justamente tornar possível o controlo - total no caso dos Tribunais da Relação, limitado às «questões de direito» no caso do STJ, ou mesmo das Relações quando se tenha renunciado ao recurso em matéria de facto - da decisão sobre a determinação da pena.

V - A intervenção do STJ em sede de concretização da medida da pena, ou melhor, do controle da proporcionalidade no respeitante à fixação concreta da pena, tem de ser necessariamente parcimoniosa, porque não ilimitada, sendo entendido de forma uniforme e reiterada que “no recurso de revista pode sindicá-lo a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou do procedimento, à indicação dos factores que devam considerá-lo irrelevantes ou inadmissíveis, à falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do quantum exacto da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a desproporção da quantificação efectuada”.

VI - Considerando, no caso concreto, que:

- está em causa a compra e venda de heroína e cocaína;
- os produtos destinavam-se a um número de consumidores de algum relevo, procedendo-se a comercialização como revendedor, mas apenas por via directa;
- a culpa é acentuada e revelada pelo modo de actuação, operando o recorrente e sua companheira, de modo geral em pleno dia, recebendo clientes na residência e locais públicos;
- a actividade de tráfico perdurou por cerca de 21 meses, de forma ininterrupta, quase diariamente;
- na base do negócio estava uma estrutura organizativa mínima, em que o recorrente dispunha de vários contactos com fornecedores e clientes e da ajuda da companheira, co-arguida, dispondo de quatro telemóveis para tais efeitos e ainda de dois automóveis e um ciclomotor para as deslocações e

transporte, de uma balança digital, não sendo dispicienda a consideração da presença de Noostam;

- a motivação da conduta prende-se com a obtenção de vantagem patrimonial, a fim de garantir o consumo próprio, mas não só, uma vez que o recorrente não desempenhava qualquer actividade profissional;

- o arguido era consumidor de estupefacientes;

- não tem antecedentes criminais e não assumiu a prática dos factos, entende-se ser de manter a pena aplicada de 5 anos e 2 meses de prisão, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. nos termos do art. 21.º do DL 15/93, de 22-01, por não se justificar a intervenção correctiva do STJ.

VII - Salienda-se que o recorrente não assumiu a responsabilidade na prática dos factos, havendo falta de interiorização da culpa e se é verdade que remeter-se ao silêncio é um direito, não menos é que ao prescindir de dar um contributo para a descoberta da verdade, depois não poderá esperar o tratamento que tem quem assume as suas responsabilidades. Sendo certo que a falta de assumpção dos factos cometidos e consequentemente a ausência de qualquer arrependimento não pode, atentos os princípios da legalidade e da presunção de inocência, ser valorada contra o arguido, pois este nem sequer é obrigado a falar sobre os factos que lhe são imputados, sem que o seu silêncio o possa desfavorecer, a verdade é que tal comportamento processual não pode reverter em seu favor, como se o silêncio tivesse a virtualidade de alcançar benefício idêntico ou semelhante à assumpção do acto praticado, o que manifestamente não pode ocorrer.

Texto Integral

No âmbito do processo comum com intervenção do Tribunal Colectivo n.º 220/02.3GCSJM, do 1.º Juízo Criminal de Santa Maria da Feira, integrante do Círculo Judicial de Santa Maria da Feira, foram submetidos a julgamento os arguidos:

- **AA**, conhecido por "...", sucateiro, actualmente sem profissão, nascido a ..., em ..., Santa Maria da Feira, com residência na ..., no Lugar ..., ... Gião, Santa Maria da Feira - actualmente a residir na Rua ..., nº..., Lobão - Santa Maria da Feira;

- **BB**, companheira daquele, nascida a ..., em Lourosa, com a residência do anterior;

- **CC**, pintor de metalomecânica, nascido a ..., em Santa Marinha, Vila Nova de Gaia, com residência na Rua ..., ..., ..., S. Félix da Marinha.

- DD, companheira do arguido CC, actualmente estudante, nascida a ..., em Matosinhos, com a residência do anterior.

Sob acusação do Ministério Público era imputada aos arguidos a prática dos seguintes crimes:

1 - AA e BB, em co-autoria material e concurso real:

a) Um crime de tráfico de droga agravado, p. e p. pelos artigos 21.º, n.º 1, e 24.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - o último com a alteração introduzida pelo artigo 54.º da Lei n.º 11/2004, de 27-03; e,

b) um crime de receptação, p. e p. pelo artigo 231.º, n.º 1, do Código Penal;

2 - CC e DD, em co-autoria material, um crime de tráfico de droga, p. e p. pelo artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro;

3 - CC, em autoria material e ainda em concurso real, quatro crimes de condução de automóvel sem habilitação legal, p. e p. pelos artigos 121.º do Código da Estrada e 3.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro. Por acórdão do Colectivo de Santa Maria da Feira, de 3 de Fevereiro de 2009, constante de fls. 4287 a 4330, do 19.º volume, foi deliberado:

I - Absolver os arguidos AA e BB, da prática de um crime de receptação.

II - Condenar, por autoria material:

1 - O arguido **AA**, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. nos termos do artigo 21.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na pena de cinco anos e dois meses de prisão.

2 - A arguida BB, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. nos termos do artigo 21.º, do Decreto - Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na pena de quatro anos e três meses de prisão, suspensa na execução por igual período, sob a condição de se sujeitar a regime de prova, nos termos que sejam definidos pelo IRS, mediante elaboração de plano de reinserção social, nos termos previstos no artigo 54.º n.º s 1 e 2, do Código Penal.

3 - O arguido CC:

Pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido nos termos do artigo 21.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (moldura especialmente atenuada), na pena de três anos de prisão;

E de quatro crimes de condução sem habilitação legal, pena de um mês de prisão para cada um dos crimes;

Em cúmulo jurídico, na pena de três anos e dois meses de prisão, suspensa na execução por igual período sob a condição de se sujeitar a regime de prova.

4 - A arguida DD, pela prática de um crime de tráfico de menor gravidade, p. e p. nos termos do artigo 25.º do Dec.- Lei n.º 15/93, de 22-01, (moldura especialmente atenuada), na pena de um ano e seis meses de prisão, suspensa na execução por igual período, sob a condição de se sujeitar a regime de prova.

Inconformado, o arguido AA interpôs recurso dirigido ao Tribunal da Relação do Porto, apresentando a motivação de fls. 4339 a 4344, que remata com as seguintes conclusões:

1. A decisão ora posta em crise viola o disposto nos artigos 40º, 70º e 71º do Código Penal.

2. Nos termos dos referidos artigos:

-“A aplicação de penas e de medidas de segurança visa (...) a reintegração do agente na sociedade.” (art.º. 40º nº 1, do CP);

- “Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa liberdade, o t r i b u n a l dá prevalência à Segunda...” (art.º 70º do CP);

-“A determinação da pena... é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.” (a r t. 71º nº 1 do CP);

-“Na determinação da medida da pena, o tribunal atenderá a todas as circunstâncias (...), nomeadamente: os motivos que determinaram o crime; as condições pessoais do agente e sua situação económica, (art. 71º nº 2 alínea c) e d) do CP).

3. Pelo que a sanção adequada para o caso em apreço será:

4. Para o arguido a redução da pena de prisão ao mínimo da respectiva moldura penal,

5. E se assim o entenderem, a suspensão de pena de prisão, sujeitando-o a tratamento.

No provimento do recurso, pede o recorrente a redução da pena de prisão ao mínimo da respectiva moldura penal, suspensa na sua execução, com sujeição a tratamento médico ou a cura em instituição adequada.

O Ministério Público respondeu conforme fls. 4362 a 4366, defendendo a confirmação do decidido.

Por despacho de fls. 4369 foi admitido o recurso.

O processo foi enviado para o Tribunal da Relação do Porto.

Por despacho do Exmo. Relator, de fls. 4384, foi aquele Tribunal declarado incompetente para decidir do recurso, sendo ordenada a remessa para este Supremo Tribunal de Justiça.

A Exma. Procuradora-Geral Adjunta emitiu douto parecer de fls. 4392/6, passando por todas as hipóteses possíveis, pois, começando por dizer não considerar excessiva por demais a pena aplicada, admite uma muito ligeira redução por forma a situar-se, quiçá, entre os 4 anos e 9 meses e os 5 anos de prisão.

Nesse quadro defende que não deveria ser suspensa a execução, mas que se vier a ser suspensa, deverá então a suspensão ser condicionada ao regime de prova assente num exigentíssimo plano de reinserção social.

Termina dizendo entender não merecer provimento o recurso.

Cumprido o artigo 417º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o recorrente silenciou.

Não tendo sido requerida audiência de julgamento, o processo prossegue com julgamento em conferência, nos termos dos artigos 411.º, n.º 5 e 419.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo Penal.

Colhidos os vistos, realizou-se a conferência, cumprindo apreciar e decidir. Como é jurisprudência assente, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso – detecção dos vícios decisórios ao nível da matéria de facto e nulidades previstas no artigo 410.º, n.º 2 e n.º 3, do Código de Processo Penal – é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação, onde sintetiza as razões do pedido (artigo 412.º, n.º 1, do CPP), que se delimita o objecto do recurso e se fixam os horizontes cognitivos do Tribunal Superior.

Questão a decidir

No caso concreto a delimitação do objecto do recurso constante das conclusões imporá a apreciação em primeira linha da justeza da medida da pena aplicada, decidindo se há ou não razões para a sua redução, e após, para o caso de obter vencimento esta pretensão, indagar se será ou não caso de suspensão da execução da pena, ou seja, são as seguintes as questões a apreciar:

I - Medida da pena - redução?

II - Suspensão da execução da pena (suposto o vencimento da primeira pretensão).

Factos Provados

Nota: Optou-se por reduzir o formato relativamente a lugares contendo factos que respeitam em exclusivo a outros co-arguidos, e que não manifestam qualquer ligação com o recorrente, ou interesse para a boa decisão da causa. É a seguinte a matéria de facto definitivamente assente (em transcrição):

01. O arguido AA, conhecido por "...", vive em comunhão de cama, mesa e habitação com a arguida BB, desde data anterior a 2001.

02. O arguido AA foi consumidor de droga e, a partir de data concretamente não apurada, passou também a dedicar-se à compra e venda de produtos estupefacientes, nomeadamente heroína e cocaína, efectuando a venda directa desses produtos a vários.

03. A companheira BB passou a colaborar com ele e a ajudá-lo nas actividades de compra e venda de produtos estupefacientes - designadamente atendendo e fazendo telefonemas com encomendas de heroína e cocaína, entregando pelo menos a um consumidor e recebendo o respectivo preço, junto à sua residência, na Travessa ..., no Lugar ..., Gião.

04. Desde data concretamente não apurada e até 27 de Abril de 2004 — data

em que foi detido à ordem dos presentes autos (fls. 2987) — o arguido AA dedicou-se ininterruptamente à compra para revenda de estupefacientes, passando a ser investigado pelo NIC-D da GNR de S. João da Madeira a partir de Julho de 2002.

05. O arguido AA fazia-se acompanhar regularmente pela companheira BB, a qual o coadjuvava nas vendas de estupefacientes, atendia telefonemas de consumidores a encomendar as quantidades de droga que pretendiam e também procedeu a pelo menos uma entrega desses produtos a um consumidor, recebendo o preço ajustado.

06. Entre 17 de Outubro de 2003 e 27 de Abril de 2004 foi possível identificar vários clientes, conhecidos como consumidores, que adquiriram por muitas vezes várias doses de heroína ou cocaína aos arguidos AA e BB, unicamente para seu consumo, designadamente: EE, conhecido por "..."; FF, conhecido por "...; GG, conhecido por "...", de ...; HH, ident. a fls 3515; II, ident. a fls. 3518; JJ e KK.

07. Os consumidores contactavam directamente com o arguido AA "... e com a arguida "BB", ligando-lhes para os seus telemóveis com os seguintes números: Telemóvel n.º ... - Alvo 1A562; Telemóvel n.º ... - Alvo 1A561; Telemóvel n.º ... - Alvo 1A563 e Telemóvel n.º ... - Alvo 23063.

08. Estes números foram todos alvos de intercepções telefónicas, tendo-se constatado que era através deles números que aqueles arguidos geriam o tráfico de estupefacientes, combinando a hora, local, tipo e quantidade de droga solicitada pelos compradores/consumidores, bem como as encomendas de heroína e cocaína que faziam aos fornecedores CC e DD.

09. Tais contactos efectuados via telemóvel tinham como intuito evitar serem descobertos e surpreendidos pelos agentes da autoridade, facilitar a actividade ilícita desenvolvida pelos arguidos, para além de efectuar marcações de vendas em locais distintos da residência dos arguidos, tais como em ... e na ... (junto aos semáforos) - onde eram efectuadas maioritariamente as vendas da heroína e cocaína pelos arguidos AA e BB, e com maior incidência durante a hora do almoço - entre as 12H30 e as 14H00 - e após as 17H00.

10. Os arguidos AA e BB vendiam aos consumidores que os contactavam quartas (0,25 gramas) de heroína - à qual os consumidores que telefonavam a encomendar, chamavam de "castanha", "tinto" ou "vinho tinto" - e de cocaína - à qual apelidavam de "pó", "branca", ou "vinho branco", conforme constam das sessões de escutas telefónicas 279, a fl.s 672; 319, a fl.s 676; 321, a fl.s 677; 340 e 341, a fl.s 678, do CD n.º 24; 1023 a fls. 2660; , 1052 e 1055, a fls. 2663; 1078 a fls. 2666, 1089 a fls. 2667, 1097 a fls. 2667; 1119 e 1129, a fl.s 2668, do CD n.º 58, Sessão 1134 a fls.2892; 1148 e 1142, a fls. 2894, do CD

n.º 61; Sessão n.º 1224 a fls.2927, do CD n.º 65, todos do alvo 1A561), reproduzidas nas fls. mencionadas e cujo teor se considera reproduzido.

11. Os arguidos AA e BB adquiriam o produto estupefaciente, além de fornecedores em bairros do Porto, também ao arguido CC, residente perto do quartel de Vila Nova de Gaia,

12. Deslocavam-se à residência daqueles ou às suas imediações, na Escarpa da Serra, em Vila Nova de Gaia e compravam entre 1 a 4 gramas de heroína e cocaína para depois revenderam aos seus clientes/consumidores, conforme escutas telefónicas sob sessões 1158, 1190, 1200, 1430, 1479 e 1522, do CD n.º 29, do alvo 23063 a fls. 1384 a 1388; Sessões n.ºs 3959 a fls. 2671, 4157 a fls. 2673, 4259 a fls. 2674 do CD n.º 59 do alvo 23063; Sessões n.º 1214 a fls. 2898, 1481, a fls 2909, do CD n.º 62 do alvo 23685, reproduzidas nas fls. mencionadas e cujo teor se considera reproduzido.

13. Depois de telefonarem para se certificarem que os arguidos AA e BB tinham o tipo de droga e vendiam a quantidade pretendida, normalmente os consumidores deslocavam-se à residência daqueles, no Lugar ..., por vários acessos, mas em grande parte dos casos, aqueles arguidos mandavam os consumidores aproximarem-se pelo lado do mato, para não darem nas vistas, de modo a ninguém suspeitar de que lhes vendiam droga, cfr. sessão n.º 4255 a fls. 2673 do CD n.º 59, Alvo 23063.

14. Os arguidos AA e BB vendiam quase diariamente heroína e cocaína aos consumidores que se lhes dirigiam, chegando a enunciar-se o nome e a quantidade do estupefaciente: “heroína”; “gramas”; “pacotes”; “branca”; “castanha”; “pó”, “tinto”, “branco”.

15. A arguida BB chegou a enunciar por diversas vezes que havia muita gente à espera do produto proferindo as seguintes frases: “está aqui uma seita do caralho, pá” ou “tem pessoal à espera” - o que vem de facto confirmar que tinham um grande lote de “clientes” - cfr, Sessão n.º 1503, a fls. 2910, do CD n.º 62 do alvo 23685; Sessão n.º 1239, a fls. 2930, 1243 a fls. 2931, do CD n.º 68; Sessão n.º 1382, a fls. 3056, do CD n.º 83, do alvo n.º 1A561, cujo teor se considera reproduzido.

16. Os arguidos AA e BB utilizavam para seu transporte, no decorrer do período de tempo em que desenvolveram as referidas actividades ilícitas, os veículos de matrículas ..., de marca Renault Clio; ..., de marca Ford Fiesta; e um ciclomotor marca Yamaha de cor azul, de matrícula

17. A partir pelo menos do mês de Setembro de 2002, os mesmos começaram a utilizar nas suas deambulações diárias o referido Renault Clio, cinza, de matrícula ...;

18. O arguido AA também era consumidor de drogas e passou a deslocar-se *entre a 2 3 vezes por semana*, junto dos arguidos CC e DD, a Vila Nova de

Gaia, com o intuito de adquirir cocaína e heroína para si e para vender aos seus clientes e consumidores.

19. Em regra, cada pacote de heroína e cada base de cocaína era vendido aos consumidores pelos arguidos AA e BB pelo preço de € 5,00 (cinco euros) - sendo que cada grama, já “traçada”, correspondia a € 50,00 (cinquenta euros).

20. Os arguidos AA e BB adquiriram tais produtos aos fornecedores, designadamente aos arguidos “CC ” e “DD”, em regra, pelo preço de 45 euros cada grama, pelo que lucravam, pelo menos, € 5,00 (cinco euros) em cada grama que vendiam.

21. O arguido AA ia comprar droga sozinho, outras acompanhado pela BB ou, quando se deslocava ao Porto, fazia-se acompanhar de outros consumidores que compravam heroína e cocaína.

22. Foram apreendidos ao arguido AA quatro bicicletas de montanha, cinco cubas em inox de 550 litros, duas cubas em inox de 250 litros e um balão em inox, sendo que as sete cubas e o balão em inox estavam em estado novo, valiam mais de €5.000,00, e tinham sido subtraídas nas noites de 3 para 4 de Junho e de 9 para 10 de Agosto de 2003 das instalações da firma “...”, em ..., Ossela, Oliveira de Azeméis - tendo os respectivos furtos sido participados contra desconhecidos pelo gerente daquela firma, LL, no Posto da GNR de Oliveira de Azeméis, dando origem aos NUIPC 374/03.1GBOAZ e 528/03.0GBOAZ - cf.r fl.s 3140 a 3146.

23. Em busca efectuada à então residência dos arguidos AA e BB, na ..., Lugar de Azevedo, Gião, desta comarca, no dia 28 de Abril de 2004, foram encontradas e apreendidos os seguintes objectos:

1. Na Cave da residência:

a) As referidas quatro bicicletas - uma delas de marca “ INDURIAN”; outra de marca “ TEAM NATUTRE 50”; outra “ ESMALTINA SHIMANO SIS”; e outra “TREEK’S MULTI TRACK”;

b) Uma balança digital, operacional, de marca BIALPORT;

c) Uma Câmara de filmar de marca SONNY, mod. Handycam, com estojo de cor preta com todos os acessórios;

d) Uma máquina de barbear de marca PHILIPS, com respectivo estojo;

e) Uma máquina fotográfica de marca PRAKTICA, com respectivo estojo, de cor preta;

f) Uma serra “Tico-Tico”, marca BOSH, mod. PST, de cor verde;

g) Uma aparafusadora marca AKKU-BOHRSCHRAUBER, de cor verde;

h) Uma moto-serra marca JONSERED 2035, de cor vermelha;

i) Um leitor de CD’s de marca PHILIPS;

j) 37 CD’s de vários autores

2. No Primeiro andar da residência:

a) As supra referidas cinco cubas em inox, de 550 litros; duas cubas em inox, de 250 litros; e um balão em inox;

3. Numa Roulotte estacionada junto da casa:

a) Nostan moído, com o peso de 10,3 g, dentro de uma caixa prateada;

b) Uma caixa contendo 35 comprimidos de “Nostan”;

c) Vários sacos de plástico

d) Um auto-rádio com caixa de CD’s, de Mara PIONEER;

e) Uma caixa de leitor de CD’s de marca PHILIPS;

f) Uma máquina de barbear marca GUANGKE;

g) Um auto-rádio de marca JVC;

h) Uma navalha em metal;

i) Uma arma de pressão de marca GAMO, calibre 4,5 mm, com estojo em plástico preto.

24. Os referidos 35 comprimidos de “Nostan” e 10,3 g de “Nostan” já moído destinavam-se para “ traçar” a cocaína e heroína e assim aumentar o respectivo peso e número de doses que os arguidos AA e BB depois vendiam aos consumidores.

25. A balança digital de marca BIALPORT destinava-se a pesar, para dividir em doses a heroína e cocaína;

26. E os sacos de plástico eram para acondicionar a droga e entregar aos consumidores, depois de individualizadas as respectivas doses.

27. No dia 27 de Abril de 2004, cerca das 21H30, os arguidos AA e BB, acompanhados por MM, consumidor conhecido por “...”, dirigiram-se à zona do Porto para comprarem droga, fazendo-se transportar no veículo Ford Fiesta branco, de matrícula ..., conduzido pelo AA.

28. Já no regresso à residência, foram seguidos desde a zona de Avintes por elementos do NIC-D da GNR, por suspeitarem que tinham lá ido para comprar produto estupefaciente.

29. Cerca das 22H30, na estrada perpendicular à ..., em Azevedo, Gião, foi abordado o referido veículo pelos elementos da GNR, quando era conduzido pelo arguido AA, seguindo o “MM” no banco ao lado deste, e a arguida BB no banco de trás, juntamente com as duas filhas menores.

30. No momento da abordagem, o “MM” lançou para fora do veículo um “pacote” em plástico com o peso de 0,2 gramas, que se suspeitou conter droga que lhe pertencia, em virtude de o ter comprado no Porto.

31. Por sua vez, a arguida BB trazia no interior de uma bolsa de cor preta nove pacotes de um produto de cor castanha, com cerca de 1,9 gramas de peso, que lhe foi apreendido por se suspeitar ser heroína.

32. Efectuado o competente exame pericial pelo Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária àqueles produtos apreendidos, apurou-se que o

primeiro dos referidos pacotes continha 0,209 g de heroína, e os restantes nove - que a arguida BB possuía - continham 1,903 g de heroína, substância prevista na Tabela I-A anexa ao Dec- Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - Cfr doc. de fls. 3366 a 3368.

33. No que respeita aos arguidos CC, para além dos arguidos AA e BB, aqueles tinham já uma grande variedade de clientes (AA; Vitó; Rapaz do R 5; Rapaz de S. João da Madeira, NN, OO, PP, QQ, RR, entre outros), a quem vendia droga em maiores quantidades, nomeadamente quantidades superiores a um grama de heroína e cocaína, ao preço de 45 euros por grama.

34. Estes clientes contactavam directamente o arguido, conhecido por “CC” ou por “CC”, bem como a arguida “DD”, ligando-lhes para os telemóveis com os seguintes números: ... - Alvo 23493; e 917023600 - Alvo 23685.

35. O mesmo também era “fornecedor” da “SS” (Irmã do CC) e do “...”, vendendo-lhes quantidades que oscilavam entre as 05 e as 20 gramas de heroína e cocaína, o que aconteceu *por duas vezes*.

36. O arguido CC chegou a comprar para posterior revenda a um indivíduo, cuja identidade não foi possível apurar, sabendo-se apenas que se apelidava de “TT”, pelo menos uma vez, mais de 200 gramas de produto estupefaciente - Cf.r, Sessão n.º 2108, a fls.2939; 2019 a fls. 2936/7, do CD n.º 69, entre outras.

37. Por outro lado, o arguido CC “...” efectuou diversas vendas em estabelecimentos, deslocando-se a conduzir o seu veículo de marca Opel Astra encarnado, cfr. sessão n.º 617, a fls. 2647, de 16/02/2004, do CD n.º 56 - Alvo 23685.

38. E a arguida DD fez, pelo menos, uma entrega / venda de estupefaciente.

39. Foram também registados contactos do arguido CC com outros indivíduos, quer na residência dele, quer no exterior da mesma, cfr. vigilâncias efectuadas por elementos do NIC da GNR de S. João da Madeira.

40. Foram verificadas pelos agentes do NIC-D da GNR, nas diversas vigilâncias efectuadas, algumas “trocas de gestos” (movimento típico da compra e venda de estupefacientes) entre os arguidos CC e DD - os quais utilizavam o veículo de matrícula ---, conduzido pelo CC - com os arguidos AA e BB - quando utilizaram o veículo de matrícula ..., e o ciclomotor de matrícula ... - cfr Relatos de Diligência Externa de 26 de Fevereiro de 2004, pelas 18H50 (Fls. 2262 a 2263); 09 de Março, pelas 20H19 (Fls. 2482); 18 de Março, pelas 20H40 (Fls. 2637); 20 de Março, pelas 20H27 (Fls. 2744) e os Autos de Transcrição Sessão n.º 1053, de 22/02/2004, do CD n.º 56 (Fls. 2656); Sessão n.º 1318, de 26/02/2004, do CD n.º 62 (Fls. 2903); Sessão n.º 2470, de 18/03/2004, do CD n.º 71 (Fls. 3021); Sessão 2511 e 2512, de 20/03/2004, do CD n.º 71 (Fls. 3023 e 3024).

41. O arguido CC conduziu o citado automóvel ligeiro, de matrícula ...,

designadamente, nos dias 26 de Fevereiro e 9, 18 e 20 de Março de 2004, em várias artérias de Vila Nova de Gaia, sem possuir carta de condução ou outro documento que o habilitasse a conduzir tal veículo na via pública - bem sabendo que não o podia fazer naquelas condições, cfr. doc. de fls 3743.

42. No decurso da investigação, foi ordenada busca domiciliária à residência dos arguidos CC e DD, na Rua ..., n.º .., em Santa Marinha, Vila Nova de Gaia, tendo a mesma sido efectuada em 27 de Abril de 2007, e encontrados e apreendidos os seguintes objectos:

1. Na sala da residência:

- a) Em cima do sofá: 7,4 gramas de um produto de cor castanha que se presumiu ser haxixe;
- b) 5,05 euros em cima da televisão, e € 11,03 euros em moedas, espalhada pelo chão;
- c) Um telemóvel de marca NOKIA com IMEI n.º, com o cartão

2. Na entrada para o Sótão:

- a) Uma caixa de Bicarbonato de Sódio;
- c) 207 anéis em metal branco, presumivelmente de prata, etiquetados com o valor ainda em escudos;

3. No Quarto do lado esquerdo - da UU:

- a) Duas notas de vinte, uma de dez, e cinco de cinco euros, e um euro em moedas, no valor total de 76 euros;
- b) Um brinco de cor amarela, em ouro;
- c) Uma navalha de cor amarela, tipo “ borboleta”;
- d) Um casaco de pele de carneiro.

4. No Quarto do CC:

- a) 3,05 euros em moedas;
- b) Duas chaves de carro, quatro brincos, um anel, dois brincos ornamentados e um fio em ouro;
- c) Seis anéis e dois pares de brincos de cor branca, presumivelmente de prata;
- d) Um telemóvel de marca NOKIA utilizado pelo Marca;
- e) Duas cartas escritas, já abertas, endereçadas pelo “RR”, uma delas ao “CC” e ...” e outra à “DD” - que constam de fl.s 2982 a 2985, contendo uma delas uma nota de 5 euros, para que lhe fosse fornecida “Ganza”.

43. Foi também efectuada busca ao veículo “Opel Astra”, de matrícula ..., estacionado junto da residência do arguido CC, e habitualmente conduzido por este, tendo sido encontrado no seu interior 1,2 gramas de um produto de cor castanha que se presumiu ser haxixe.

44. Foi depois efectuada exame pericial pelo LPC da Polícia Judiciária aos supra referidos produto de cor castanha apreendidos na sala e no referido automóvel, concluindo-se que eram 7,289 gramas e 1,163 gramas,

respectivamente, de CANABIS (Resina) - substância prevista na Tabela I-C anexa ao Dec- Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - Cfr doc. de fls. 3366 a 3368.

45. O arguido CC e companheira DD também destinavam este produto à venda lucrativa a consumidores.

46. Por outro lado, a caixa de “Bicarbonato de sódio” que lhes foi apreendida, destinava-se à feitura de “Crak “(cocaína cristalizada) - sendo tal produto vulgarmente utilizado pelos traficantes para tal efeito - para posterior venda a lucrativa a terceiros.

47. De qualquer das vezes, os arguidos agiram de livre vontade e conscientes de que praticavam actos proibidos por lei, bem sabendo que era ilícita a actividade de compra e venda de produtos estupefacientes que levaram a cabo com regularidade

48. Os arguidos AA e BB agiram ainda em conjugação de esforços e intentos, colaborando ambos na venda lucrativa de heroína e cocaína a inúmeros consumidores.

49. Os arguidos CC e DD agiram em conjugação de esforços e intentos, colaborando entre si na venda lucrativa de produtos estupefacientes a várias pessoas - designadamente aos arguidos CC e BB - bem sabendo que tal conduta não lhes era permitida, e também sabiam que era “Canabis” o produto de cor castanha que lhes foi apreendido na sua residência e no interior do automóvel de matrícula ..., e que não podiam deter, nem vender, esse produto.

50. O arguido CC também sabia que não tinha carta de condução e que sem esta não podia conduzir na via pública, em várias Ruas de Vila Nova de Gaia, o automóvel de matrícula ... - como conduziu, pelo menos, nos dias 26 de Fevereiro de 2004, pelas 18H50; 09 de Março de 2004, pelas 20H19; 18 de Março de 2004, pelas 20H40; e 20 de Março de 2004, pelas 20H27.

51. Embora a arguida DD tenha participado com o arguido CC em atender telefonemas e fazer algumas entregas, actuou com a intenção de manter a sua relação com o seu companheiro, retirar o arguido CC do ambiente da toxicodependência, razão por que actuava sob determinação do arguido CC e sem autonomia própria.

52. O arguido AA não trabalha, recebendo o rendimento social de inserção, declarou ter o 6.º ano de escolaridade e 3 filhos.

53. A arguida BB declarou estar a estudar para acompanhante de crianças, ter o 6.º ano de escolaridade e 3 filhos.

54. O arguido CC, outrora toxicodependente, está actualmente recuperado dessa sua patologia.

55. O arguido CC é pintor de metalomecânica, declarando auferir a quantia de € 680,00 mensais, a que acresce subsídio por trabalho extraordinário,

totalizando em média € 750,00 líquidos, ter o 9.º ano de escolaridade e 3 filhos.

56. A arguida DD, posteriormente aos factos dos autos, não teve mais contactos relacionados com a venda de estupefacientes, declarou estar a cursar Línguas e Literatura na Faculdade no Porto e ter 3 filhos.

Apreciando.

Questão I - Medida da pena - Redução?

Ao crime de tráfico de estupefacientes por que foi condenado o recorrente, após a convolação operada na decisão recorrida, cabe a moldura abstracta de 4 a 12 anos de prisão.

O acórdão de Santa Maria da Feira, sobre determinação da medida da pena, a fls. 4322/3, assim discorreu:

“2. (...) Quanto aos arguidos AA e BB, o grau de ilicitude dos factos situou-se num grau elevado (embora com maior incidência pelo arguido AA), atento o modo de execução dos factos. Os arguidos executaram os actos de venda e proporcionando droga a consumidores toxicodependentes durante um largo período de tempo. Agiram com dolo directo, considerando ainda a sua total indiferença para com o flagelo que a sua conduta provocava nas vidas dos toxicodependentes consumidores, quer das suas famílias e da sociedade em geral. A sua motivação prende-se com uma atitude contrária ao Direito, procurando obter vantagens patrimoniais e pessoais de uma situação de vício dos consumidores. A seu “favor” o facto de também ser consumidor de estupefaciente e, nessa medida, estar influenciado por essa sua contingência pessoal, embora a sua conduta não se enquadre na de traficante-consumidor porque não ficou provado que o arguido apenas traficasse para obter proventos para o seu consumo (...).

3. Quanto às exigências de prevenção deste tipo de crimes há que reconhecer que elas são particularmente elevadas, atento o número de crimes desta natureza e a repercussão que tem para os valores de confiança e segurança que estão na base da pacificação social e relativamente aos quais os arguidos não mostraram sensibilidade.

4. De acordo com os factos provados e tendo em atenção o acima exposto, é manifesto que as razões de prevenção geral positiva ou de integração, «a necessidade de manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força da vigência da norma violada», sem esquecer o efeito de intimidação geral e especial, ficam asseguradas, no caso concreto, com uma pena acima do mínimo legal, mas ainda afastada do ponto médio da moldura aplicável”.

E de seguida no segmento “Da medida concreta da pena”, a fls. 4324 e 4326, adiantou:

“3. Importa contudo considerar a frequência da prática de infracções desta

natureza com a conseqüente intranqüilidade comunitária, a intensidade do dolo e o facto de estar em causa um dos produtos estupefacientes com maior potencialidade intoxicante (heroína) que causa graves danos na saúde do consumidor e desagregação na vida social.

4. Quanto às condições pessoais dos arguidos, importa relevar o facto de não terem antecedentes criminais.(...).

6. Ao arguido **AA**, (...) considerando a sua elevada participação criminosa, os actos praticados, a repercussão que tiveram, o período temporal em que praticou os factos e considerando a moldura penal aplicável (*4 a 12 anos de prisão*), o Tribunal julga aplicar a pena de **cinco anos e dois meses de prisão**, situada contudo no limiar mínimo inferior da moldura penal”.

Vejamos da justeza da pena aplicada.

No domínio da versão originária do Código Penal de 1982, alguma jurisprudência dizendo basear-se em posição do Prof. Eduardo Correia (Actas das Sessões, pág. 20) segundo a qual o procedimento normal e correcto dos juizes na determinação da pena concreta, em face do novo Código, seria o de utilizar, como ponto de partida, a média entre os limites mínimo e máximo da pena correspondente, em abstracto, ao crime, adoptou tal orientação, considerando-se em seguida as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depusessem a favor do agente ou contra ele, de que são exemplos os acórdãos de 13-07-1983, BMJ 329, 396; de 15-02-1984, BMJ 334, 274; de 26-04-1984, BMJ 336, 331; de 19-12-1984, BMJ 342, 233; de 11-11-1987, BMJ 371, 226; de 19-12-1994, BMJ 342, 233; de 10-01-1987, processo n.º 38627 - 3ª, Tribuna da Justiça, n.º 26; de 11-11-1987, BMJ 371, 226; de 11-05-1988, processo n.º 39401 - 3ª, Tribuna da Justiça, n.ºs 41/42.

Manifestou-se contra esta interpretação Figueiredo Dias, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, § 277, págs. 210/211.

A refutação de tal critério foi feita por Carmona da Mota, in Tribuna da Justiça, n.º 6, Junho 1985, págs. 8/9 e Alfredo Gaspar, em anotação ao acórdão de 02-05-1985, in Tribuna da Justiça, n.º 7, págs. 11 e 13, dando-se conta em ambos os casos de que o primeiro aresto em que se verificou uma inflexão na jurisprudência foi o acórdão da Relação de Coimbra de 09-11-1983, CJ 1983, tomo 5, pág. 73.

Posteriormente e ainda antes de 1995, partindo da ideia de que a culpa é a medida que a pena não pode ultrapassar nem mesmo lançando apelo às necessidades de prevenção, mesmo que acentuadas, começou a considerar-se não ser correcto partir-se dum ponto médio dos limites da moldura penal para a agravação ou atenuação consoante o peso relativo das respectivas circunstâncias, como vinha sendo entendido, salientando-se que a determinação da medida da pena não depende de critérios aritméticos. Neste

sentido, os acórdãos de 16-12-1986, BMJ 362, 359; de 25-11-1987, BMJ 371, 255; de 22-02-1989, BMJ 384, 552; de 09-06-1993, BMJ 428, 284. E no acórdão de 27-02-1991, A. J., nº 15/16, pág. 9 (citado no acórdão de 15-02-1995, CJSTJ 1995, tomo 1, pág. 216), decidiu-se que na fixação concreta da pena não deve partir-se da média entre os limites mínimo e máximo da pena abstracta. A determinação concreta há-de resultar de a adaptar a cada caso concreto, liberdade que o julgador deve usar com prudência e equilíbrio, dentro dos cânones jurisprudenciais e da experiência, no exercício do que verdadeiramente é a arte de julgar.

Anteriormente, não manifestando preocupações de adesão à pena média, pronunciaram-se, v. g., os acórdãos de 21-06-1989, BMJ 388, 245 e de 17-10-1991, BMJ 410, 360.

H. H. Jescheck, in Tratado de Derecho Penal, Parte General, II, pág. 1194, diz: “o ponto de partida da determinação judicial das penas é a determinação dos seus fins, pois, só partindo dos fins das penas, claramente definidos, se pode julgar que factos são importantes e como se devem valorar no caso concreto para a fixação da pena”.

Definindo o papel que cabe à culpa na determinação concreta da pena, nos termos da teoria da margem de liberdade (Claus Roxin, Culpabilidade y Prevención en Derecho Penal, 94 -113) é ele o seguinte: a pena concreta é fixada entre um limite mínimo (já adequado à culpa) e um limite máximo (ainda adequado à culpa), limites esses que são determinados em função da culpa do agente e aí intervindo dentro desses limites os outros fins das penas (as exigências da prevenção geral e da prevenção especial).

A partir de 1 de Outubro de 1995 foram alterados os dados do problema, passando a pena a servir finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial, assumindo a culpa um papel meramente limitador da pena.

A terceira alteração ao Código Penal operada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, entrado em vigor em 1 de Outubro seguinte, proclamou a necessidade, proporcionalidade e adequação como princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental, introduzindo a inovação, com feição pragmática e utilitária, constante do artigo 40º, ao consagrar que a finalidade a prosseguir com as penas e medidas de segurança é «a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade», ou seja, a reinserção social do agente do crime, o seu retorno ao tecido social lesado.

Com esta reformulação do Código Penal, como se explica no preâmbulo do diploma, não prescindiu o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de

que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa, dispondo o n.º 2 que «Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa».

Em consonância com estes princípios dispõe o artigo 71.º, n.º 1, 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”; o n.º 2 elenca, a título exemplificativo, algumas das circunstâncias, agravantes e atenuantes, a atender na determinação concreta da pena, dispondo o n.º 3, que na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena, injunção com concretização adjectiva no artigo 375.º, n.º 1 do CPP, ao prescrever que a sentença condenatória especifica os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada. (Em sede de processo decisório, a regulamentação respeitante à determinação da pena tem tratamento autónomo relativamente à questão da determinação da culpabilidade, sendo esta tratada no artigo 368.º, e aquela prevista no artigo 369.º, com eventual apelo aos artigos 370.º e 371.º do CPP).

Figueiredo Dias, em *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, no tema *Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal*, págs. 65 a 111, diz que o legislador de 1995 assumiu, precipitando no artigo 40.º do CP, os princípios ínsitos no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, (princípios da necessidade da pena e da proporcionalidade ou da proibição do excesso) e o percurso doutrinário, resumindo assim a teoria penal defendida:

- 1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial.
- 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa.
- 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.
- 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.

Américo Taipa de Carvalho, em *Prevenção, Culpa e Pena*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pág. 322, afirma resultar do actual artigo 40.º que o fundamento legitimador da aplicação de uma pena é a prevenção, geral e especial, e que a culpa do infractor apenas desempenha o (importante) papel de pressuposto (*conditio sine qua non*) e de limite máximo da pena a aplicar por maiores que sejam as exigências sociais de prevenção.

Está subjacente ao artigo 40.º uma concepção preventivo-ética da pena.

Preventiva, na medida em que o fim legitimador da pena é a prevenção; ética, uma vez que tal fim preventivo está condicionado e limitado pela exigência da culpa.

Para o efeito de determinação da medida concreta ou fixação do quantum da pena que vai constar da decisão o juiz serve-se do critério global contido no referido artigo 71º do Código Penal (preceito que a alteração introduzida pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, deixou intocado, como de resto aconteceu com o citado artigo 40º), estando vinculado aos módulos - critérios de escolha da pena constantes do preceito.

Como se refere no acórdão de 28-09-2005, CJSTJ 2005, tomo 3, pág. 173, na dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 71º do Código Penal têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente; a idade, a confissão; o arrependimento) ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.

Observados estes critérios de dosimetria concreta da pena, há uma margem de actuação do julgador dificilmente sindicável, se não mesmo impossível de sindicat.

O referido dever jurídico-substantivo e processual de fundamentação visa justamente tornar possível o controlo - total no caso dos tribunais de relação, limitado às «questões de direito» no caso do STJ, ou mesmo das relações quando se tenha renunciado ao recurso em matéria de facto - da decisão sobre a determinação da pena.

Estando a cognoscibilidade em recurso de revista limitada a matéria de direito, coloca-se a questão da controlabilidade da determinação da pena nesta sede.

Paulo Pinto de Albuquerque, no Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, 2007, págs. 217/8, defende que a questão da determinação da espécie e da medida da sanção criminal redonda numa verdadeira questão de direito.

Segundo Maria João Antunes, em Consequências Jurídicas do Crime, Lições 2007-2008, págs. 19 e 20, no procedimento de determinação da pena trata-se de autêntica aplicação do direito - *na sentença são expressamente referidos*

os fundamentos da medida da pena, por imposição do artigo 71º, n.º 3, do CP. Consequentemente, há uma autonomização do processo de determinação da pena em sede processual penal (artigos 369º, 370º e 371º do CPP) e a possibilidade de controlo da decisão sobre a determinação da pena em sede de recurso, ainda que este seja apenas de revista.

Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, págs. 196/7, § 255, após dar conta de que se revela uma tendência para alargar os limites em que a questão da determinação da pena é susceptível de revista, afirma estarem todos de acordo em que é susceptível de revista a correcção do procedimento ou das operações de determinação, o desconhecimento pelo tribunal ou a errónea aplicação dos princípios gerais de determinação, a falta de indicação de factores relevantes para aquela, ou, pelo contrário, a indicação de factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis. Defende ainda estar plenamente sujeita a revista a questão do limite ou da moldura da culpa, assim como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, e relativamente à determinação, dentro daqueles parâmetros, do quantum exacto de pena, esta será controlável no caso de violação das regras da experiência ou se a quantificação se revelar de todo desproporcionada.

Ainda de acordo com o mesmo Professor, nas Lições ao 5º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, 1998, págs. 279 e seguintes: «Culpa e prevenção são os dois termos do binómio com auxílio do qual há-de ser construído o modelo da medida (sentido estrito ou de «determinação concreta») da pena.

As finalidades da aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela de bens jurídicos e, na medida do possível, na reinserção do agente na comunidade. A pena, por outro lado, não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

Assim, pois, primordial e essencialmente, a medida da pena há-de ser dada pela medida da necessidade de tutela dos bens jurídicos face ao caso concreto e referida ao momento da sua aplicação, protecção que assume um significado prospectivo que se traduz na tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou mesmo no reforço) da validade da norma infringida. Um significado, deste modo, que por inteiro se cobre com a ideia da prevenção geral positiva ou de integração que vimos decorrer precipuamente do princípio político-criminal básico da necessidade da pena».

Anabela Miranda Rodrigues, *O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº 2, Abril/Junho de 2002, págs. 147 e ss., como proposta de solução defende que a medida da pena há-de ser encontrada dentro de uma moldura de prevenção geral positiva e que será definida e concretamente estabelecida em

função de exigências de prevenção especial, nomeadamente de prevenção especial positiva ou de socialização; a pena, por outro lado, não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

Adianta que “é o próprio conceito de prevenção geral de que se parte - protecção de bens jurídicos alcançada mediante a tutela das expectativas comunitárias na manutenção (e no reforço) da validade da norma jurídica violada - que justifica que se fale de uma moldura de prevenção. Proporcional à gravidade do facto ilícito, a prevenção não pode ser alcançada numa medida exacta, uma vez que a gravidade do facto ilícito é aferida em função do abalo daquelas expectativas sentido pela comunidade. A satisfação das exigências de prevenção terá certamente um limite definido pela medida da pena que a comunidade entende necessária à tutela das suas expectativas na validade das normas jurídicas: o limite máximo da pena. Que constituirá, do mesmo passo, o ponto óptimo de realização das necessidades preventivas da comunidade, que não pode ser excedido em nome de considerações de qualquer tipo, ainda quando se situe abaixo do limite máximo consentido pela culpa. Mas, abaixo daquela medida (óptima) de pena (da prevenção), outras haverá que a comunidade entende que são ainda suficientes para proteger as suas expectativas na validade das normas - até ao que considere que é o limite do necessário para assegurar a protecção dessas expectativas. Aqui residirá o limite mínimo da pena que visa assegurar a finalidade de prevenção geral”. Apresenta três proposições em jeito de conclusões e da seguinte forma sintética:

“Em primeiro lugar, a medida da pena é fornecida pela medida de necessidade de tutela de bens jurídicos, isto é, pelas exigências de prevenção geral positiva (*moldura* de prevenção). Depois, no âmbito desta moldura, a medida *concreta* da pena é encontrada em função das necessidades de prevenção especial de socialização do agente ou, sendo estas inexistentes, das necessidades de intimidação e de segurança individuais. Finalmente, a culpa não fornece a medida da pena, mas indica o *limite* máximo da pena que em caso algum pode ser ultrapassado em nome de exigências preventivas”.

E finaliza, afirmando: “É este o único entendimento consentâneo com as finalidades da aplicação da pena: tutela de bens jurídicos e, na medida do possível, a reinserção do agente na comunidade, e não compensar ou retribuir a culpa. Esta é, todavia, pressuposto e limite daquela aplicação, directamente imposta pelo respeito devido à eminente dignidade da pessoa do delinquente”. A intervenção do Supremo Tribunal de Justiça em sede de concretização da medida da pena, ou melhor, do controle da proporcionalidade no respeitante à fixação concreta da pena, tem de ser necessariamente parcimoniosa, porque não ilimitada, sendo entendido de forma uniforme e reiterada que “no recurso

de revista pode sindicarse a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou do procedimento, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, à falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum* exacto da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a desproporção da quantificação efectuada”- cfr. acórdãos de 09-11-2000, processo nº 2693/00-5ª; de 23-11-2000, processo nº 2766/00 - 5ª; de 30-11-2000, processo nº 2808/00 - 5ª; de 28-06-2001, processos nºs 1674/01-5ª, 1169/01-5ª e 1552/01-5ª; de 30-08-2001, processo nº 2806/01 - 5ª; de 15-11-2001, processo nº 2622/01 - 5ª; de 06-12-2001, processo nº 3340/01 - 5ª; de 17-01-2002, processo 2132/01-5ª; de 09-05-2002, processo nº 628/02-5ª, CJSTJ 2002, tomo 2, pág. 193; de 16-05-2002, processo nº 585/02 - 5ª; de 23-05-2002, processo nº 1205/02 - 5ª; de 26-09-2002, processo nº 2360/02 - 5ª; de 14-11-2002, processo nº 3316/02 - 5ª; de 30-10-2003, CJSTJ 2003, tomo 3, pág. 208; de 11-12-2003, processo nº 3399/03 - 5ª; de 04-03-2004, processo nº 456/04 - 5ª, in CJSTJ 2004, tomo1, pág. 220; de 11-11-2004, processo nº 3182/04 - 5ª; de 23-06-2005, processo nº 2047/05 -5ª; de 12-07-2005, processo nº 2521/05 - 5ª; de 03-11-2005, processo nº 2993/05 - 5ª; de 07-12-2005 e de 15-12-2005, CJSTJ 2005, tomo 3, págs. 229 e 235; de 29-03-2006, CJSTJ 2006, tomo 1, pág. 225; de 15-11-2006, processo n.º 2555/06 - 3ª; de 14-02-2007, processo n.º 249/07 - 3ª; de 08-03-2007, processo n.º 4590/06 - 5ª; de 12-04-2007, processo n.º 1228/07 - 5ª; de 19-04-2007, processo n.º 445/07 - 5ª; de 10-05-2007, processo n.º 1500/07 - 5ª; de 04-07-2007, processo n.º 1775/07 - 3ª; de 17-10-2007, processo n.º 3321/07 - 3ª; de 10-01-2008, processo n.º 907/07 - 5ª; de 16-01-2008, processo n.º 4571/07 - 3ª; de 20-02-2008, processos n.ºs 4639/07 - 3ª e 4832/07-3ª; de 05-03-2008, processo n.º 437/08 - 3ª; de 02-04-2008, processo n.º 4730/07 - 3ª; de 03-04-2008, processo n.º 3228/07 - 5ª; de 09-04-2008, processo n.º 1491/07 - 5ª e processo n.º 999/08-3ª; de 17-04-2008, processos n.ºs 677/08 e 1013/08, ambos desta secção; de 30-04-2008, processo n.º 4723/07 - 3ª; de 21-05-2008, processos n.ºs 414/08 e 1224/08, da 5ª secção; de 29-05-2008, processo n.º 1001/08 - 5ª; de 03-09-2008 no processo n.º 3982/07-3ª; de 10-09-2008, processo n.º 2506/08 - 3ª; de 08-10-2008, nos processos n.ºs 2878/08, 3068/08 e 3174/08, todos da 3ª secção; de 15-10-2008, processo n.º 1964/08 - 3ª; de 29-10-2008, processo n.º 1309/08-3ª; de 21-01-2009, processo n.º 2387/08-3ª; de 1-10-2009, processo n.º 185/06.2SULSB.L1.S1-3ª.

Uma síntese destas posições sobre os fins das penas foi feita no acórdão de 10-04-1996, CJSTJ 1996, tomo 2, pág. 168, nos seguintes termos: “A prevenção geral, dita de integração, tem por função fornecer uma moldura de prevenção, cujo limite é dado, no máximo, pela medida óptima de tutela dos bens jurídicos - dentro do que é consentido pela culpa - e, no mínimo, fornecido pelas exigências irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico. Cabe à prevenção especial a função de encontrar o quantum exacto da pena, dentro dessa função, rectius, moldura de prevenção que melhor sirva as exigências de socialização”.

Uma outra formulação é a que consta dos acórdãos do STJ de 17-09-1997, processo n.º 624/97-3ª e de 20-05-1998, processo n.º 370/98-3ª, este publicado na CJSTJ 1998, tomo 2, pág. 205 e BMJ n.º 477, pág. 124, nos seguintes termos: “A defesa da ordem jurídico-penal, tal como é interiorizada pela consciência colectiva (prevenção geral positiva ou de integração), é a finalidade primeira, que se prossegue, no quadro da moldura penal abstracta, entre o mínimo, em concreto, imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada e o máximo que a culpa do agente consente; entre esses limites, satisfazem-se, quanto possível, as necessidades da prevenção especial positiva ou de socialização.

Ou seja, devendo ter um sentido eminentemente pedagógico e ressocializador, as penas são aplicadas com a finalidade primordial de restabelecer a confiança colectiva na validade da norma violada, abalada pela prática do crime, e, em última análise, na eficácia do próprio sistema jurídico-penal”.

Na graduação da pena deve olhar-se para as funções de prevenção geral e especial das penas, mas sem perder de vista a culpa do agente, ou como diz o acórdão de 22-09-2004, processo n.º 1636/04-3ª, in ASTJ, n.º 83: “a pena, no mínimo, deve corresponder às exigências e necessidades de prevenção geral, de modo a que a sociedade continue a acreditar na validade da norma punitiva; no máximo, não deve exceder a medida da culpa, sob pena de degradar a condição e dignidade humana do agente; e, em concreto, situando-se entre aquele mínimo e este máximo, deve ser individualizada no *quantum* necessário e suficiente para assegurar a reintegração do agente na sociedade, com respeito pelo mínimo ético a todos exigível”.

Revertendo ao caso concreto, vejamos se é de manter ou reduzir a pena aplicada, tendo-se em conta as pretensões e argumentos do recorrente.

No que concerne à natureza e qualidade dos produtos estupefacientes em causa, releva a compra e revenda de heroína e de cocaína, encontrando-se tais substâncias previstas nas Tabelas I-A e I-B, anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, sendo ambas consideradas drogas duras, com elevado grau de danosidade,

sendo, pois, a qualidade das substâncias transaccionadas reveladora de considerável ilicitude dentro daquelas que caracterizam o tipo legal.

Na verdade, sendo certo que o Decreto-Lei n.º 15/93 não adere totalmente à distinção entre drogas leves e drogas duras, não deixa de afirmar no preâmbulo que “a gradação das penas aplicáveis ao tráfico, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade”, havendo que atender à inserção de cada droga nas tabelas anexas, o que constitui indicativo da respectiva gradação, pois a organização e colocação nas Tabelas segue, como princípio, o critério da sua periculosidade intrínseca e social.

Está-se, pois, perante substâncias incluídas nas tabelas I-A e I-B, anexas ao DL 15/93, cujo abastecimento e disseminação têm vindo a aumentar, com os efeitos perniciosos conhecidos, sendo de atender às elevadas exigências de defesa do ordenamento jurídico, estando em equação por colocado em perigo e sobressalto constante por forma directa, um dos mais apreciáveis bens da comunidade, a saúde pública, para além dos consabidos efeitos colaterais.

Os produtos destinaram-se a um número de consumidores com algum relevo e pese embora a actividade dada por provada fosse considerada, e bem, insuficiente para caracterizar a qualificativa da alínea b) do artigo 24º, do Decreto-Lei n.º 15/93, constante da acusação, a verdade é que o “negócio” assumiu alguma amplitude, e não foi pequeno, face às vendas quase diárias (ponto de facto provado n.º 14) e a indicação de sete indivíduos identificados, a quem foram feitas várias vendas, não se tratando de casos isolados (ponto de facto provado n.º 6), procedendo-se a comercialização como revendedor, mas apenas por via directa, sem presença de outros revendedores, sendo grande o risco de disseminação das substâncias em causa.

A culpa é acentuada e revelada pelo modo de actuação, operando o recorrente e sua companheira, de modo geral em pleno dia, à hora almoço, e também após as 17 horas, como consta do ponto de facto provado n.º 9, recebendo os clientes na residência e locais públicos.

Relativamente à duração da actividade de tráfico, a delimitação temporal é de considerar como incidindo ao longo de cerca de 21 meses, de Julho de 2002 a 27 de Abril de 2004, de forma ininterrupta, quase diariamente (pontos de facto provados n.º s 4, 14 e 17).

Na base do negócio estava uma estrutura organizativa mínima, em que o recorrente dispunha de vários contactos com fornecedores e clientes e da ajuda da companheira, co-arguida, dispondo de quatro telemóveis para tais efeitos (pontos de facto provados n.º s 7 e 8) e ainda de dois automóveis e um ciclomotor para as deslocações e transporte (ponto de facto provado n.º 16),

de uma balança digital (pontos de facto provados n.ºs 23 e 25), não sendo despicienda a consideração da presença de comprimidos Noostan.

No que tange a motivações da conduta tem-se por certo estar presente a obtenção de vantagem patrimonial, a fim de garantir o consumo próprio, mas não só, uma vez que o recorrente não desempenhava qualquer actividade profissional (ponto de facto provado n.º 52)

Com a actividade desenvolvida visava a obtenção de lucro, pois como resulta dos pontos de factos provados n.ºs 19 e 20, o recorrente vendia os produtos a preço superior ao de aquisição, auferindo o diferencial entre um e outros, para além de traçar os produtos com Noostan (ponto de facto provado n.º 24), como o comprovam os 10,3 gramas desse fármaco moído e os 35 comprimidos apreendidos, a fim de obter mais peso e volume do produto e maior número de doses.

O arguido não tem ocupação laboral profissional (ponto de facto provado n.º 52), beneficiando de rendimento mínimo de reinserção, tendo três filhos.

Era consumidor de estupefacientes (facto provado n.º 18).

O recorrente não tem antecedentes criminais.

Por outro lado, há a considerar o facto de o arguido recorrente não ter assumido a prática dos factos.

Como consta do acórdão, a fls. 4304, os arguidos AA e BB não pretenderam prestar declarações.

O recorrente não assumiu a sua responsabilidade na prática dos factos, havendo falta de interiorização da culpa e se é verdade que remeter-se ao silêncio é um direito, não menos é que ao prescindir de dar um contributo para a descoberta da verdade, depois não poderá esperar o tratamento que tem quem assume as suas responsabilidades, como de resto aconteceu com os co-arguidos.

Como referimos nos acórdãos de 07-11-2007, processo n.º 3225/07, de 28-11-2007, processo n.º 3253/07 e de 20-02-2008, processo n.º 295/08-3ª, por nós relatados, sendo certo que a falta de assumpção dos factos cometidos e consequentemente a ausência de qualquer arrependimento não pode, atentos os princípios da legalidade e da presunção de inocência, ser valorada contra o arguido, pois este nem sequer é obrigado a falar sobre os factos que lhe são imputados, sem que o seu silêncio o possa desfavorecer - acórdão de 21-03-2007, processo n.º 790/07-3ª - a verdade é que tal comportamento processual não pode reverter em seu favor, como se o silêncio tivesse a virtualidade de alcançar benefício idêntico ou semelhante à assunção do acto praticado, o que manifestamente não pode ocorrer.

Como se pode ler no acórdão de 21-02-2006, processo n.º 260/06-5ª, o silêncio, sendo um direito do arguido, não pode prejudicá-lo, mas também dele não

pode colher benefícios. Se o arguido prescinde, com o seu silêncio, de dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem conhecimento pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio.

No acórdão de 24-10-2006, processo n.º 3163/06-5ª, CJSTJ 2006, tomo 3, pág. 215, pode ler-se que o uso do silêncio a perguntas feitas por qualquer entidade, designadamente no decurso do julgamento, não pode prejudicar o arguido, pois é um direito consagrado na lei (arts. 61º, n.º1-c) e 343º do CPP). Todavia, ao não falar, prescinde de poder gozar de circunstâncias atenuantes de relevo, como sejam a confissão e o arrependimento.

No acórdão de 15-02-2007, processo n.º 15/07-5ª, traçando-se os contornos do direito ao silêncio, diz-se: “É certo que a circunstância de o arguido em julgamento se haver remetido ao silêncio não pode ser valorada em seu desfavor, na certeza de que o fez no exercício de um direito - art. 343º, nº 1 do CPP. Mas, como vem alertando o STJ, a opção pelo silêncio pode ter consequências, que não passam pela sua valorização indevida”, citando-se neste aresto vários outros, como os de 30-10-1996, processo 59/96, de 24-10-2001, processo 2762/01-3ª, de 10-03-2004, processo 258/04-3ª, de 20-10-2005, processo 2939/05-5ª, de 14-06-2006, processo 2175/06-5ª, de 14-07-2006, processo 3163/06-5ª (ao não falar o arguido prescinde de poder gozar de circunstâncias atenuantes de relevo, como sejam a confissão e ao arrependimento), dando-se conta no mesmo aresto do que lembra o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tendo presente o artigo 6.º da CEDH e a propósito do silêncio e das presunções judiciais: «(...) 3. As presunções legais (de culpa) e o juízo que se faça do silêncio do arguido não são, em regra e só por si, incompatíveis com a presunção de inocência, não sendo absolutamente interdito que os tribunais nacionais possam inferir uma conclusão do silêncio do arguido, mas tais deduções só serão admissíveis quando a prova reunida é de tal modo concludente que do silêncio do arguido, quando com ela confrontado, apenas se pode inferir que a não pode negar” - cfr., citando este, o acórdão de 20-12-2007, processo n.º 775/06-5ª.

O direito ao silêncio não é um direito ilimitado, sendo um direito do arguido, não pode prejudicá-lo, mas também dele não pode colher benefícios. Se o arguido prescinde com o seu silêncio, de dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem um conhecimento pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio, como refere o acórdão deste Supremo de 10-01-2008, processo n.º 3227/07-5ª. Releva do ponto de vista da apreciação da conduta do arguido e da impossibilidade de quanto a ele formular qualquer juízo positivo acerca da sua personalidade e juízo de prognose favorável, a circunstância de ele não ter

assumido a prática dos factos cometidos e por que foi condenado, pois adoptou uma atitude de total mutismo, o que, correspondendo ao legítimo exercício de um direito, torna inviável qualquer especulação sobre a sua verdadeira motivação, eventual arrependimento e real projecção futura da experiência agora vivenciada.

As razões e necessidades de prevenção geral positiva ou de integração - que satisfaz a necessidade comunitária de afirmação ou mesmo reforço da norma jurídica violada, dando corpo à vertente da protecção de bens jurídicos, finalidade primeira da punição - são muito elevadas, fazendo-se especialmente sentir neste tipo de infracção, tendo em conta o bem jurídico violado no crime em questão - a saúde pública - e impostas pela frequência do fenómeno e do conhecido alarme social e insegurança que estes crimes em geral causam e das conhecidas consequências para a comunidade a nível de saúde pública e efeitos colaterais, justificando resposta punitiva firme, o que de resto foi bem assinalado na decisão recorrida.

Na verdade, há que ter em atenção as grandes necessidades de prevenção geral numa sociedade assolada pelo fenómeno do tráfico de droga, que a juzante gera outro tipo de criminalidade, mas inteiramente relacionada com esta, senão mesmo por ela determinada, pois é das leis do mercado que os bens têm um preço de aquisição e quando escasseia o meio para sua obtenção muitas poderão ser as formas de alcançar o necessário e imprescindível poder aquisitivo, em vista da satisfação das necessidades geradas pela toxicodependência e como é sabido uma dessas formas mais comum é a prática de roubos, havendo que dar satisfação ao sentimento de justiça da comunidade.

As necessidades de prevenção especial avaliam-se em função da necessidade de prevenção de reincidência, colocando-se no caso essas necessidades, apesar de ser primário, pois inexistente condicionalismo que mitigue a culpa, não tendo o arguido apesar da sua idade um projecto de vida

Face a todos estes factores, considerando que a aplicação de penas tem como primordial finalidade a de restabelecer a confiança colectiva na validade da norma violada, abalada pela prática do crime e em última análise, na eficácia do próprio sistema jurídico penal, não devendo ultrapassar o grau de culpa, entende-se ser de manter a pena aplicada, por não se justificar intervenção correctiva deste Tribunal.

Suspensão da execução da pena

O recorrente expressou a pretensão de aplicação de pena que possibilitasse a aplicação desta pena de substituição - concretamente a de quatro anos de prisão.

Atenta a medida da pena aplicada e confirmada, não é de colocar a questão da suspensão da execução da pena, por falecer o pressuposto formal do limite máximo até onde é possível suscitar-se a aplicação de tal pena de substituição, pois que como decorre do artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal, na redacção da Lei n.º 59/07, de 4 de Setembro, em vigor desde 15-09-2007 e aqui aplicável por força do que dispõem os artigos 29.º, n.º 4, da CRP e 2.º, n.º 4, do Código Penal “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos ...”, ficando assim prejudicada a pretensão de suspensão da execução da pena.

DECISÃO

Pelo exposto, acordam neste Supremo Tribunal de Justiça em julgar improcedente o recurso interposto pelo recorrente AA, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente, nos termos dos artigos 513º, n.º s 1, 2 e 3 e 514º, n.º 1, do Código de Processo Penal (na redacção anterior à que lhes foi dada pela Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro - Regulamento das Custas Processuais - com as alterações introduzidas pelo artigo 156º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, uma vez que de acordo com o artigo 27º daquela Lei, o novo regime de custas processuais só é de aplicar aos processos iniciados a partir de 20 de Abril de 2009), e nos termos dos artigos 74º e 87º, n.º 1, alínea a) e n.º 3, do Código das Custas Judiciais, com taxa de justiça de 4 unidades de conta.

Consigna-se que foi observado o disposto no artigo 94º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Lisboa, 25 de Novembro de 2009

Raul Borges (Relator)

Fernando Fróis