

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 159/08.9PQLSB.S1

Relator: SOUSA FONTE

Sessão: 18 Junho 2009

Número: SJ

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO O RECURSO

REINCIDÊNCIA

PRESSUPOSTOS

ACUSAÇÃO

INSUFICIÊNCIA DA MATÉRIA DE FACTO

Sumário

I - São pressupostos formais da reincidência, para além da prática de um crime, «por si só ou sob qualquer forma de participação»:

- ser o crime agora cometido doloso;
- ser este crime, sem a incidência da reincidência, punido com pena de prisão efectiva superior a 6 meses;
- que o arguido tenha antes sido condenado, por decisão transitada em julgado, também em pena de prisão efectiva superior a 6 meses, por outro crime doloso;
- que entre a prática do crime anterior e a do novo crime não tenham decorrido mais de 5 anos [este prazo suspende-se durante o tempo em que o arguido tenha estado privado da liberdade, em cumprimento de medida de coacção, de pena ou de medida de segurança].

II - Além daqueles pressupostos formais, a verificação da reincidência exige ainda um pressuposto material: que, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente seja de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

III - À reincidência - melhor, ao afastamento da eventual prescrição da reincidência - interessam a data da prática do crime anterior (e não a da sentença condenatória) e a data da prática do crime actual.

IV - Desconhecendo-se as datas em que os crimes anteriores foram praticados e as da detenção e da colocação do arguido em liberdade não é possível concluir que, descontado o tempo em que esteve preso, não decorreram mais de 5 anos entre a prática dos crimes anteriores e do actual, como erroneamente se fez na decisão recorrida.

V - Podendo a reiteração criminosa resultar de causas meramente fortuitas ou exclusivamente exógenas - caso em que inexistente fundamento para a especial agravação da pena por não se poder afirmar uma maior culpa referida ao facto -, e não operando a qualificativa por mero efeito das condenações anteriores, a comprovação da íntima conexão entre os crimes não se basta com a simples história criminosa do agente, antes exige uma «específica comprovação factual, de enunciação dos factos concretos dos quais se possa retirar a ilação que a recidiva se explica por o arguido não ter sentido e interiorizado a admonição contra o crime veiculada pela anterior condenação transitada em julgado e que conduz à falência desta no que respeita ao desiderato dissuasor» (cf., entre outros, os Acs. do STJ de 28-02-2007, Proc. n.º 9/07 - 3.ª, de 16-01-2008, Proc. n.º 4638/07 - 3.ª, de 26-03-2008, Procs. n.ºs 306/08 - 3.ª e 4833/07 - 3.ª, de que foi retirado o trecho transcrito, de 04-06-2008, Proc. n.º 1668/08 - 3.ª, e de 04-12-2008, Proc. n.º 3774/08 - 3.ª).

VI - Tem sido sufragada, sem dissidências, pelo STJ a doutrina segundo a qual «o critério essencial da censura ao agente por não ter atendido a admonição contra o crime resultante da condenação ou condenações anteriores, se não implica um regresso à ideia de que verdadeira reincidência é só a homótopa [homogénea ou específica], exige de todo o modo, atentas as circunstâncias do caso, uma íntima conexão entre os crimes reiterados que deva considerar-se relevante do ponto de vista daquela censura e da conseqüente culpa. Uma tal conexão poderá, em princípio, afirmar-se relativamente a factos de natureza análoga segundo os bens jurídicos violados, os motivos, a espécie e a forma de execução; se bem que ainda aqui possam intervir circunstâncias (...) que sirvam para excluir a conexão, por terem impedido de actuar a advertência resultante da condenação ou condenações anteriores. Mas já relativamente a factos de diferente natureza [reincidência polítropa, genérica ou heterogénea] será muito mais difícil (se bem que de nenhum modo impossível) afirmar a conexão exigível. Desta maneira, ..., é... a distinção criminológica entre o verdadeiro reincidente e o simples multiocasional que continua aqui a jogar o seu papel» - cf. Figueiredo Dias, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, pág. 268.

VII - Em concreto, estando em causa crimes de natureza muito diferente, não bastava alinhar o percurso criminoso do arguido. Impunha-se um especial cuidado na descrição dos factos e circunstâncias que, ligando entre si o cometimento dos diversos crimes, indiciassem que a sucumbência agora verificada foi, é, consequência de uma qualidade desvaliosa enraizada na personalidade do arguido e não fruto de causas fortuitas, acidentais, exclusiva ou predominantemente exógenas que caracterizam a pluriocasionalidade - cf. Ac. do STJ de 04-12-2008.

VIII - Ora, o crime anterior indicado na acusação (roubo) e o agora reiterado (tráfico de estupefacientes) são de natureza diferente, quer em função dos bens jurídicos violados, quer porventura em função da forma de execução. A acusação, porém, é completamente omissa quanto à forma de execução do primeiro, bem como quanto aos fins e motivos que presidiram à respectiva prática. Por isso que aquela "íntima conexão", não podendo retirar-se automaticamente da condenação anterior, teria de assentar num conjunto de factos cuja avaliação e ponderação abalizasse o juízo decisivo de que o recorrente, ao traficar haxixe, não se sentiu suficientemente advertido ou intimado com aquela pesadíssima condenação para se manter fiel ao direito ou que, pelo contrário, o conjunto das circunstâncias que rodearam a vivência do arguido depois de colocado em liberdade condicional, não autorizando aquele juízo de culpa agravada, apenas indicia mera pluriocasionalidade.

IX - Padece de insuficiência de factos, sendo, por isso, manifestamente infundada (art. 311.º, n.º 3, al. d), do CPP), a acusação que fundamenta a reincidência apenas na prática do crime anterior, fazendo-a derivar da anterior condenação como sua consequência automática, sem arrolar nenhum facto específico capaz de indiciar o pressuposto material - qualquer relação, radicada na personalidade do arguido, entre o crime de roubo e o de tráfico de estupefacientes, uma vez que a gravidade objectiva de um e de outro não basta.

X - Em caso de insuficiência factual da acusação, se o tribunal a quo alargar a investigação para além dos limites de facto traçados por aquela estará a violar, além da garantia constitucional consagrada no art. 32.º, n.º 5, da CRP, o art. 339.º, n.º 4, do CPP e a tornar nula a decisão de procedência que vier a firmar, nos termos dos arts. 359.º e 379.º, n.º 1, al. b), do mesmo Código.

XI - Assim, nestes autos, é, pois, na acusação que radica de forma processualmente relevante a insuficiência factual, quer para completo e inequívoco preenchimento dos pressupostos formais da reincidência, quer

para a integração do respectivo pressuposto material. E a consequência dessa insuficiência é a de ter de ser julgada manifestamente infundada, com a consequente e correspondente revogação do acórdão recorrido, por a ter julgado procedente.

Texto Integral

Acordam na Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça:

1. O arguido **AA**, solteiro, carpinteiro, nascido em 31-12-1977, filho de D...A...dos S... e de M... F... L..., cidadão português nascido em São Tomé e Príncipe, residente, antes de preso, na Rua Tito de Morais, nº ..., 2-B, Lisboa, foi julgado e condenado na 7ª Vara Criminal de Lisboa, como autor de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artº 21º do DL 15/93, de 22 de Janeiro, e como reincidente, na pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de prisão.

Inconformado, interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, terminando a respectiva motivação com as seguintes conclusões:

«1ª - A discordância do recorrente em relação à decisão recorrida, diz respeito a duas questões concretas, por um lado a respectiva condenação como reincidente e, subsidiariamente o quantum da pena a que chegou o Tribunal "a quo".

2ª - Desde logo importa referir que o instituto da reincidência consagrado no art. 75º do CP não é de aplicação automática.

3ª - Não basta a verificação dos pressupostos formais, previstos no art. 75º do CP para se condenar uma pessoa como reincidente, terá que ser feito um juízo global sobre o comportamento do agente com base no qual se conclua no sentido de maior censura e, também, uma culpa agravada relativamente ao facto cometido pelo reincidente, definida pelo desrespeito em relação às condenações anteriores.

4ª - E para este efeito torna-se essencial aferir o espaço de tempo que mediou entre a prática de um e outro crime e bem assim o comportamento do arguido nesse espaço de tempo.

5ª - Entre a prática destes factos e a restituição à liberdade no processo mencionado na acusação decorreram quase 4 anos.

6ª - Ora durante este período relativamente longo de tempo o arguido reorganizou a sua vida em termos familiares com a companheira que teve dois filhos um dos quais quando já se encontrava preso uma filha (factos provados ponto 17º).

7ª - O arguido reorganizou também a vida em termos profissionais passou a auxiliar a companheira na venda ambulante de frutas e legumes (factos provados ponto 14º).

8ª - Se é certo que, após ter sido restituído à liberdade e respectiva prisão à ordem destes autos praticou crimes, registando duas condenações por condução sem carta em pena de multa e uma por ofensas à integridade física simples em 10 meses de pena suspensa na respectiva execução, o facto é que estamos perante crimes de pouca gravidade, habitualmente apelidados de bagatelas penais.

9ª - De qualquer modo são insuficientes para concluir no sentido de uma inversão na evolução positiva do recorrente supra mencionada.

10ª - Logo o comportamento global do arguido durante este tempo foi positivo a todos os níveis pelo que [entendemos] não se justificar na punição do actual crime, uma necessidade de censurar a respectiva conduta de forma mais gravosa recorrendo à figura jurídica da reincidência até pelas circunstancias que rodearam a prática designadamente um acto ocasional de detenção de uma droga leve, desacompanhado de qualquer acto de tráfico anterior.

11ª - Em face do exposto deve o arguido ser absolvido da prática do crime a título de reincidência com as legais consequências, nomeadamente um abaixamento da pena para valor próximo do mínimo da moldura pena abstracta.

Subsidiariamente;

12ª - A correcta e ponderada valoração de todas as atenuantes que a seu favor militam, à luz e atentos os critérios referidos nos artºs 70º e 71º do CP, sempre tendo como pano de fundo a vertente preventiva/ressocializadora dos fins das penas, deverá conduzir à aplicação de pena não superior a 5 (anos) e 6 (seis) meses, de prisão».

A Senhora Procuradora da República respondeu, tendo concluído pela inteira confirmação do acórdão recorrido.

A Senhora Procuradora-geral Adjunta do Supremo Tribunal de Justiça, no parecer que emitiu, sufragou a condenação do Arguido como reincidente, admitindo, quanto à medida concreta da pena, que ela possa quedar-se mais próximo dos 6 anos de prisão.

Cumprido o disposto no artº 417º, nº 2, do CPP, o Arguido reiterou o sentido

da motivação.

Não tendo sido requerida a realização de audiência, vai o recurso ser julgado em conferência.

Tudo visto, cumpre então decidir.

2. É do seguinte teor a **decisão sobre a matéria de facto**:

«1)

No dia 21 de Março de 2008, pelas 17.40 horas, o arguido estava dentro do veículo "...-...-UC", marca "Hyundai", cor branca, na Rua Maria Alice, bairro da Cruz Vermelha, em Lisboa.

2)

Ao avistar elementos da P.S.P., saiu do interior do mesmo, fechando-o com o comando do alarme.

3)

Foi então abordado por Agentes da P.S.P., a fim de procederem a operação de fiscalização.

4)

Nesta operação, os Agentes da P.S.P. detectaram, colocados em frente ao passageiro da frente 3 784,876 kgs. (três quilos, setecentos e oitenta e quatro gramas, oitocentos e setenta e seis miligramas) de haxixe - [então devia ter-se escrito 3,784876 kgs. ou, então, 3784,876 grs.] em várias tabletes, envoltas em plástico.

5)

Tal estupefaciente encontrava-se dentro de um saco de viagem, com o fecho de correr aberto, no interior do porta-luvas.

6)

Sendo que, no porta-luvas se encontrava ainda outro pedaço de haxixe, com o peso líquido de 0,801 grs. (oitocentos e um miligramas).

7)

Na mesma altura, foram ainda apreendidos ao arguido:

- 101 (cento e uma) notas de 20€, no total de 2 020€ (dois mil e vinte euros);
- 38 (trinta e oito) notas de 10€ (dez euros), no total de 380€ (trezentos e oitenta euros);
- um computador portátil, marca "Sony Vanyo", cor de rosa, com bolsa de transporte e cabos de ligação;
- um "PDA" de cor cinza, com o n.º de série ..., da "Vodafone";
- o automóvel matrícula "...-...-UC", que foi utilizado no transporte do

estupefaciente.

8)

O arguido sabia que transportava consigo haxixe e estava ciente de que tal substância é considerada estupefaciente.

9)

Tinha por intenção auferir proventos económicos, decorrentes da sua venda.

10)

Com efeito, pelo menos 9/10 (nove décimos) de tal produto destinava-se à venda a terceiros e só cerca de 1/10 (um décimo), ao seu consumo.

11)

Agiu livre, deliberada e conscientemente.

12)

Sabia da ilicitude dos seus actos.

13)

Tem os seguintes antecedentes criminais:

- por posse de arma proibida, factos de Março de 1 997 e condenação do mesmo dia - pena de multa (Proc.º 67/97);
- por roubo e sequestro, factos de Julho de 1 997 e condenação de Janeiro de 1 999 - penas parcelares de 20 (vinte) meses de prisão (Proc.º 508/97);
- por roubo, furto e sequestro, condenação de Junho de 1 999 - pena única de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de prisão, com 1 (um) ano e 6 (seis) meses perdoados, em cúmulo com processos anteriores (Proc.º 29/98);
- por roubo, condenação de Julho de 1 999 - pena única de 9 (nove) anos e 8 (oito) meses de prisão, em cúmulo com outras condenações (Proc.º 535/99);
- por roubo, condenação de Março de 2 000 - pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão, em cúmulo com as condenações anteriores (Proc.º 842/97);
- neste Proc.º, foi-lhe concedida liberdade condicional por decisão de Outubro de 2 004 e até Abril de 2 008 (Proc.º 5 144/99);
- por condução sem carta, factos e condenação de Janeiro de 2 008 - pena de multa (Proc.º 128/08);
- por condução sem carta, factos e condenação de Novembro de 2 007 - pena de multa (Proc.º 1 125/07);
- por ofensa à integridade física simples, factos de Maio de 2 007 e condenação de Novembro de 2 008 - pena de 10 (dez) meses de prisão, com execução suspensa por 1 (um) ano (Proc.º 563/07).

14)

Sem actividade fixa à data dos factos, ajudava por vezes a Companheira, que é Vendedora-Ambulante de fruta e hortaliças.

15)

Nessa actividade, esta ganhava cerca de 1 000€ (mil euros)/mês.

16)

Ganhava o “Rendimento Social de Inserção”.

17)

Vivia com a referida Companheira e dois filhos, de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de idade e dois enteados.

18)

É consumidor de haxixe.

19)

Tem o 7º ano de escolaridade.

20)

Nunca teve estabilidade laboral.

21)

Confessou os factos praticados, encontrando-se arrependido.

22)

O automóvel “...-...-UC” é propriedade de C...S....

23)

Tendo sido cedido ao arguido, a título de empréstimo.

24)

Sendo o mesmo, quem pagava a respectiva prestação, pois tinha comprado o veículo a crédito.

Factos Não Provados

A)

O dinheiro, computador e PDA tinham vindo à posse do arguido, por este ter praticado anteriores actos de tráfico de estupefacientes.

B)

O dinheiro que o mesmo trazia era proveniente do “Rendimento Social de Inserção”.

C)

O portátil tinha sido oferta da companheira e o PDA adquirido, com os proventos obtidos na venda de frutas e legumes».

2. Objecto do recurso

Como logo se vê da 1ª das conclusões que encerram a motivação do recurso, são duas as questões suscitadas pela Recorrente:

1ª - a condenação como reincidente;

2ª - a medida concreta da pena.

2.1. Quanto à reincidência

O acórdão recorrido justificou a sua decisão sobre esta questão do seguinte modo:

«Vem pedida na acusação, a condenação do arguido como reincidente (art.º 76º C.P.).

E, com efeito - art.º 75º C.P.:

- a pena a aplicar será sempre superior a 6 (seis) meses de prisão;

- está em causa tipo doloso;

- a condenação anterior em pena de prisão efectiva, muito superior a 6 (seis) meses, ocorreu há menos de cinco anos - descontado o tempo sofrido de prisão efectiva.

Antes, estiveram em causa crimes contra o património e a liberdade individual; agora, um crime contra a saúde pública.

Os tipos são diferentes, mas tratam-se sempre de crimes graves - lembre-se que o consumo de estupefacientes está, muitas vezes, na génese dos crimes contra o património.

Acresce, que o arguido já cometeu três outros crimes, depois de sair em liberdade: dois de condução sem carta e um de ofensa à integridade física simples.

Da conjugação destes factos, resulta que a anterior condenação não foi suficiente para afastar o arguido, da prática de outros crimes.

A dureza dos números é flagrante: trata-se do quarto crime doloso cometido pelo arguido em menos de cinco anos, depois de sair em liberdade condicional sendo que cumpria uma pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão.

Considera-se assim e também, que a anterior condenação foi insuficiente para que o arguido se reinserisse e deixasse de praticar crimes.

Deve pois ser punido como reincidente».

O Recorrente, porém, contesta os pressupostos e a conclusão tirada, porquanto,

«Entre a prática destes factos e a restituição à liberdade no processo

mencionado na acusação decorreram quase 4 anos.

Ora durante este período relativamente longo de tempo o arguido reorganizou a sua vida em termos familiares com a companheira de quem teve dois filhos um dos quais quando já se encontrava preso uma filha (factos provados ponto 17°).

O arguido reorganizou também a vida em termos profissionais passou a auxiliar a companheira na venda ambulante de frutas e legumes (factos provados ponto 14°).

Se é certo que, após ter sido restituído à liberdade e respectiva prisão à ordem destes autos praticou crimes, registando duas condenações por condução sem carta em pena de multa e uma por ofensas à integridade física simples em 10 meses de pena suspensa na respectiva execução, o facto é que estamos perante crimes de pouca gravidade, habitualmente apelidados de bagatelas penais .

De qualquer modo são insuficientes para concluir no sentido de uma inversão na evolução positiva do recorrente supra mencionada.

Logo o comportamento global do arguido durante este tempo foi positivo a todos os níveis pelo que estendemos não se justificar na punição do actual crime, uma necessidade de censurar a respectiva conduta de forma mais gravosa recorrendo á figura jurídica da reincidência até pelas circunstancias que rodearam a prática designadamente um acto ocasional de detenção de uma droga leve, desacompanhado de qualquer acto de tráfico anterior».

Ora bem.

2.1.1. Nos termos do nº 1 do artº 75º do CPenal, *«é punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a seis meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a seis meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime».*

E o nº 2 acrescenta: *«o crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de cinco anos; neste prazo não é computado o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade»*

São, assim, **pressupostos formais** da reincidência, para além da prática de

um crime, «por si só ou sob qualquer forma de participação»,

1º - que o crime agora cometido seja um crime doloso;

2º - que este crime, sem a incidência da reincidência, deva ser punido com pena de prisão efectiva superior a 6 meses;

3º - que o arguido tenha antes sido condenado, por decisão transitada em julgado, também em pena de prisão efectiva superior a 6 meses, por outro crime doloso;

4º - que entre a **prática** do crime anterior e a do novo crime não tenham decorrido mais de 5 anos, prazo este que se suspende durante o tempo em que o arguido tenha estado privado da liberdade, em cumprimento de medida de coacção, de pena ou de medida de segurança.

Além daqueles pressupostos formais a verificação da reincidência exige ainda um **pressuposto material**: o de que, *de acordo com as circunstâncias do caso, o agente seja de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.*

2.2. O Recorrente não questiona a verificação dos pressupostos formais. A sua divergência incide apenas sobre o preenchimento do pressuposto material. Apesar da posição assumida pelo Arguido, nada nos impede, designadamente o artº 403º do CPP, que, analisados os factos acusados e julgados provados, apreciemos e critiquemos todas as conclusões jurídicas que deles tirou o Tribunal *a quo* a propósito da reincidência, designadamente as relativas ao preenchimento integral dos pressupostos formais. Ao Supremo Tribunal de Justiça cabe a última palavra na aplicação do direito, independentemente da posição assumida pelos sujeitos processuais, salvo nas hipóteses em que, por lei, é relevante a limitação do objecto do recurso. Como lhe cabe escrutinar, agora sem aquela limitação, se foram ou não respeitados os princípios gerais do processo penal, nomeadamente os erigidos em garantias constitucionais. Uma das garantias do processo criminal constitucionalmente consagradas é a de que o processo criminal tem estrutura acusatória - artº 32º, nº 5, da CRP. Um processo de estrutura acusatória pressupõe, desde logo, a cisão entre a entidade acusadora - no nosso sistema o Ministério Público e, quando requerida a instrução, o juiz de instrução, pelo despacho de pronúncia - e a entidade julgadora. E não é concebível sem o princípio da acusação que reclama que a entidade julgadora, sem funções de investigação preliminar e de acusação, apenas possa investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado [Figueiredo Dias, "Direito Processual Penal", Primeiro Volume, (1974), 136]. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira - "CRP, Constituição da

República Portuguesa”, Anotada, Vol.I (4ª edição revista), 522 – o princípio do acusatório é um dos princípios estruturantes da constituição processual penal e significa essencialmente «que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento».

No nosso caso, o feito foi introduzido em juízo por via da acusação do Ministério Público que, assim, fixou os limites de investigação atribuídos ao Tribunal de julgamento, limites esses que só podiam ser relevantemente ultrapassados se verificadas as condições excepcionais estabelecidas no artº 359º do CPP – que, no caso *sub judice* não está documentado que se hajam verificado (cfr. actas de fls. 351 e segs. e 391 e segs.).

Importa, por isso, ter também presentes, com mais rigor – é mesmo fundamental ter presentes – os próprios termos da acusação deduzida a fls. 217 e segs. pelo Ministério Público do DIAP de Lisboa contra o Arguido.

Aí, depois de ter descrito os factos integrantes do crime de tráfico de estupefacientes (artigos 1º a 11º), acrescentou:

«12º O arguido foi condenado, por duto acórdão cumulatório, proferido no processo nº 842/97.2PKLSB, o qual correu termos na 1ª Vara Criminal de Lisboa, na pena única de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão, transitado em julgado no dia 17/03/2000, pela prática do crime de roubo:

13º Cumpriu parcialmente esta pena, tendo-lhe sido concedida liberdade condicional no âmbito do processo gracioso de concessão de liberdade condicional, nº 5144/99.7TXLSB, 3º Juízo, no dia 19 de Outubro de 2004.

14º Não obstante a condenação e a pena de prisão efectiva aplicada, o arguido, em Março de 2008, não se coibiu de cometer factos ilícitos aqui descritos, o que manifestamente reflecte que a aludida condenação não surtiu os devidos efeitos, não tendo sido suficientemente dissuasora do cometimento de actividade delituosa».

Quer dizer: a acusação retira indubitavelmente o requisito material da reincidência apenas e tão só da condenação anterior.

Postas estas considerações preliminares, é altura de nos debruçarmos sobre o caso trazido ao nosso julgamento.

Começemos pelos pressupostos formais.

a) O preenchimento do primeiro e do terceiro desses pressupostos não suscita qualquer dúvida: tanto o crime actual (tráfico de estupefacientes) como o(s) anterior(es) por que o Arguido foi condenado (em alternativa porque, enquanto a acusação refere que, no Pº 842/97.2PKLSB, o Arguido foi condenado na pena única de 10 anos e 6 meses de prisão, «pela prática de

crime de roubo», o acórdão explicita que essa pena, imposta nesse processo, é o resultado do cúmulo jurídico «com as condenações anteriores», onde se referem os crimes de roubo, sequestro e furto - o que não importa alteração substancial dos factos) são crimes dolosos. E por estes últimos foi punido com prisão efectiva bem superior a 6 meses: concretamente com a pena conjunta de 10 anos e 6 meses de prisão.

b) Quanto ao segundo, o que releva, como vimos, é que o novo crime deva ser punido, sem a consideração da reincidência, com pena de prisão efectiva superior a 6 meses.

Como explica Figueiredo Dias ("Direito Penal Português, As Consequências...", 270) ao enunciar as operações que o juiz tem de efectuar para determinar a medida da pena no caso de reincidência, o tribunal tem, em primeiro lugar, de determinar a pena que concretamente deveria caber ao agente se ele não fosse reincidente, seguindo o procedimento normal de determinação da pena, por duas razões: para assim determinar se se verifica um dos pressupostos formais - o de o crime reiterado ser punido com prisão efectiva; e, por outro lado, para tornar possível a última operação, imposta pela 2ª parte do nº 1 do artº 76º - a agravação resultante da reincidência não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.

O acórdão recorrido não procedeu desse modo.

Limitou-se a dizer que «a pena a aplicar será sempre superior a 6 (seis) meses de prisão», expressão em que, ao menos formalmente, parece não caber a consideração da outra exigência imposta pelo requisito - a de que o Arguido devesse ser condenado em prisão efectiva.

Apesar disso, pensamos que, no caso concreto, atendendo à moldura penal do crime que agora lhe é imputado - o p. e p. no artº 21º, nº 1, do DL 15/93, de 22 de Janeiro, a que corresponde pena de prisão de 4 a 12 anos - e a ausência de quaisquer circunstâncias susceptíveis de reclamar a atenuação especial da pena, a suspensão da sua execução ou, ainda, a sua substituição por pena não privativa da liberdade, mesmo que viesse a ser fixada abaixo dos 5 anos de prisão, é suficiente aquela afirmação do acórdão recorrido. Como é igualmente suficiente para acautelar a limitação imposta pela 2ª parte do nº 1 do artº 76º: considerando aquele limite mínimo e a pena conjunta anteriormente sofrida (10 anos e 6 meses de prisão), a agravação de um terço daquele nunca excederá esta.

c) Já o quarto pressuposto não está factualmente demonstrado.

Como já antes sublinhamos, é a **data da prática** do crime anterior e a **data**

da prática do crime actual que interessam à verificação da reincidência - melhor, talvez, que interessam para afastar a eventual prescrição da reincidência - e não as datas das respectivas condenações ou do seu trânsito em julgado.

Tanto a acusação como o acórdão recorrido referem a data em que foi cometido o crime actual - 21 de Março de 2008

Mas tanto uma como o outro **são omissos ou insuficientemente esclarecedores sobre a data em que foi(ram) praticado(s) o(s) crime(s) anteriore(s) decisivos para a verificação do pressuposto**. O acórdão recorrido consigna, é certo, a data em que foram praticados os crimes dos dois primeiros processos que arrola. Todavia, o do primeiro foi punido com pena de multa, logo sem interesse. Quanto ao segundo, se é certo que diz ter sido cometido em Julho de 1997 e punido «com penas parcelares de 20 (vinte) meses de prisão», não esclarece se aquelas penas parcelares entraram ou não no cumulo efectuado no ou nos processos seguintes. E, como a seguir veremos, faltam os elementos factuais indispensáveis para se poder concluir que a reincidência, em relação a ele não prescreveu, isto é, ao fim e ao cabo, se esse crime pode ou não contar para o efeito.

O que aquelas peças processuais contêm relativamente a todos os processos são as datas das respectivas decisões condenatórias (no caso da acusação, a data do trânsito em julgado da decisão que convoca). Mas tal, repetimos, não releva para este efeito. Mas foi justamente à data das condenações que, contra o estatuído no nº 2 do artº 75º, o Tribunal *a quo* atendeu - «a condenação anterior em pena de prisão efectiva, ..., ocorreu há menos de cinco anos...», diz-se no 5º parágrafo do capítulo “3.2 - Da Escolha e Medida da Pena” do acórdão recorrido.

Além do que vem sendo exposto, de duas outras falhas enfermam a acusação e o acórdão recorrido.

Em primeiro lugar, afirmando que o Arguido foi condenado em cúmulo jurídico ou em «pena única» - o que pressupõe a verificação de um concurso real de infracções -, **impunha-se a indicação da data em que os diversos crimes em concurso foram cometidos**, se cometidos, naturalmente, em épocas diferentes, por ser a da prática do último dos crimes dolosos integrados no concurso a relevante para a contagem daquele prazo de 5 anos.

Por outro lado, constata-se que nem a acusação nem o acórdão recorrido **fixam o(s) período(s) de tempo em que o Recorrente esteve privado da liberdade**, em cumprimento de pena, de medida de coacção ou de medida de segurança, **entre a prática dos crimes anteriores e do actual**. Uma e outra peça referem apenas a data da decisão que colocou o Arguido em liberdade

condicional, o que é absolutamente irrelevante.

Ora, **desconhecendo as datas em que os crimes anteriores foram praticados e as da detenção e da colocação do Arguido em liberdade, não podemos concluir que, descontado o tempo em que esteve preso, não decorreram mais de 5 anos entre a prática dos crimes anteriores e do actual.**

Quanto ao pressuposto material.

A punição agravada pela reincidência só tem lugar «*se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime*».

Como refere Figueiredo Dias, ob. cit., 268, «*é no desrespeito ou desatenção do agente por esta advertência que o legislador vê fundamento para uma maior censura e portanto para uma culpa agravada relativa ao facto cometido pelo reincidente*».

E, continua o mesmo Mestre, «*o critério essencial da censura ao agente por não ter atendido a admonição contra o crime resultante da condenação ou condenações anteriores, se não implica um regresso à ideia de que verdadeira reincidência é só a homótopa [homogénea ou específica], exige de todo o modo, atentas as circunstâncias do caso, uma íntima conexão entre os crimes reiterados que deva considerar-se relevante do ponto de vista daquela censura e da conseqüente culpa. Uma tal conexão poderá, em princípio, afirmar-se relativamente a factos de natureza análoga segundo os bens jurídicos violados, os motivos, a espécie e a forma de execução; se bem que ainda aqui possam intervir circunstâncias (...) que sirvam para excluir a conexão, por terem impedido de actuar a advertência resultante da condenação ou condenações anteriores. Mas já relativamente a factos de diferente natureza [reincidência polítropa, genérica ou heterogénea] será muito mais difícil (se bem que de nenhum modo impossível) afirmar a conexão exigível. Desta maneira, ..., é... a distinção criminológica entre o verdadeiro reincidente e o simples multiocasional que continua aqui a jogar o seu papel*».

Esta doutrina tem sido sufragada, sem dissidências, pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Assim é que se tem julgado que, podendo a reiteração criminosa resultar de causas meramente fortuitas ou exclusivamente exógenas - caso em que inexistente fundamento para a especial agravação da pena por, então, não se poder afirmar uma maior culpa referida ao facto - e não operando a qualificativa por mero efeito das condenações anteriores, a comprovação da

intima conexão entre os crimes não se basta com a simples história criminosa do agente, antes exige uma *«específica comprovação factual, de enunciação dos factos concretos dos quais se possa retirar a ilação que a recidiva se explica por o arguido não ter sentido e interiorizado a admoção contra o crime veiculada pela anterior condenação transitada em julgado e que conduz à falência desta no que respeita ao desiderato dissuasor»* (cfr. entre outros, os Acórdãos de 28.02.07, Pº 9/07-3ª, 16.01.08, Pº 4638/07-3ª, de 26.03.08, Pºs 306/08-3ª e 4833/07-3ª, de que foi retirado o trecho transcrito, de 04.06.08, Pº 1668/08-3ª e de 04.12.08; Pº 3774/08-3ª).

No nosso caso, o crime anterior indicado na acusação e o agora reiterado são de natureza diferente, quer em função dos bens jurídicos violados quer porventura em função da forma de execução. A acusação, porém, é completamente omissa quanto à forma de execução do primeiro. Como omissa é quanto os fins e motivos que presidiram à prática desse mesmo crime. Por isso que aquela “intima conexão”, não podendo retirar-se automaticamente das condenações anteriores, teria de assentar num conjunto de factos cuja avaliação e ponderação abalizasse o juízo decisivo de que o Recorrente, ao traficar o haxixe, não se sentiu suficientemente advertido ou intimado com a aquela pesadíssima condenação para se mater fiel ao direito ou se, pelo contrário, o conjunto das circunstâncias que rodearam a vivência do Arguido depois de colocado em liberdade condicional, não abalizando aquele juízo de culpa agravada, apenas indiciam mera pluriocasionalidade. A acusação, como vimos, apoia a reincidência tão só na prática do crime anterior. Fá-la derivar da anterior condenação, como sua consequência automática. Não arrola nenhum facto específico capaz de indiciar o pressuposto material.

Nada indicia, pois, que haja qualquer relação, radicada na personalidade do Arguido, entre aquele crime de roubo e o de tráfico de estupefacientes. A gravidade objectiva de um e do outro não basta.

Estando em causa crimes de natureza muito diferente, não bastava alinhar o percurso criminoso do Arguido. Impunha-se um especial cuidado na descrição dos factos e circunstâncias que, ligando entre si o cometimento dos diversos crimes, indiciassem que a sucumbência agora verificada foi, é, consequência de uma qualidade desvaliosa enraizada na personalidade do Arguido e não fruto de causas fortuitas, acidentais, exclusiva ou predominantemente exógenas que caracterizam a pluriocasionalidade (Ac. STJ de 04.12.08 acima citado).

A insuficiência de factos torna a acusação, quanto a esta questão,

manifestamente infundada, nos termos da alínea d) do nº 3 do artº 311º do CPP. De tal sorte que, se o Tribunal recorrido tivesse alargado a investigação para além dos limites factuais traçados pela acusação, teria seguramente violado, além da garantia constitucional consagrada no artº 32º, nº 5, da CRP, o artº 339º, nº 4, do CPP e teria tornado nula a decisão de procedência que viesse a firmar, nos termos dos arts. 359º e 379º, nº1-b), do mesmo Código. **É, pois, na acusação que radica de forma processualmente relevante essa insuficiência**, quer para completo e inequívoco preenchimento dos pressupostos formais, como ficou acima explicado, quer para a integração do pressuposto material.

E a consequência dessa insuficiência é a de ter de ser julgada manifestamente infundada, **quanto á questão da reincidência**, com a consequente e **correspondente revogação do acórdão recorrido** por a ter julgado procedente.

2.2. Quanto à Medida da Pena

É evidente que, claudicando a acusação quanto à reincidência, algum ganho de causa terá de ter o Arguido relativamente á pena reclamada.

O crime de tráfico de estupefacientes é punível com prisão de 4 a 12 anos. Para fixar a medida concreta da pena, o Tribunal recorrido considerou:

«Constituem agravantes:

- estar em causa detenção para venda, isto é uma intenção lucrativa que se sobrepõe aos interesses de integridade física e psicológica (art.º 71º/2, c), C.P.);
- o dolo, directo e intenso (art.º 71º/2, b), C.P.);
- a quantidade, já relevante e suficiente para mais de mil doses individuais (art.º 71º/2, a), C.P.);
- os vastos antecedentes criminais do arguido (art.º 71º/2, d), C.P.);
- a instabilidade profissional do arguido, não se lhe conhecendo um emprego que perdurasse (art.º 71º/2, d), C.P.).

Tem como atenuantes:

- a confissão, com alguma relevância e o arrependimento (art.º 71º/2, C.P., circunstância inominada);
- estar em causa uma “droga leve”, pelo menos até agora tida como menos perigosa (art.º 71º/2, a), C.P.);
- estar em causa um único acto de tráfico e não a sua prática reiterada (art.º 71º/2, a), C.P.)».

O Recorrente não impugna estes considerandos.

E a nós também não nos merecem qualquer reparo.

Deste modo, tendo presente o disposto nos arts. 40º e 71º do CPenal e considerando

- que é mediano o grau da ilicitude, atendendo conjuntamente à quantidade (já bastante significativa) e à espécie da droga (dita droga “leve”) e à modalidade da acção (venda ocasional);

- que é elevado o grau de culpa, considerando, desde logo, os antecedentes criminais;

- que são elevadas quer as exigências de prevenção geral positiva quer as de prevenção especial, tanto de socialização como de intimidação, apesar da confissão – sem grande relevo, porque o Arguido foi detido em flagrante delito

- mas por causa da sua instabilidade profissional,

condenamos o Arguido pela autoria do crime p. e p. no artº 21º, nº 1, do DL 15/93, de 22 de Janeiro, na pena de 5 (cinco) anos de prisão.

3. Em conformidade com o exposto e **no provimento do recurso**, embora por razões diferentes das alegadas, acordamos em:

- **revogar** o acórdão recorrido, na parte em que condenou o Arguido como reincidente e,

- consequentemente, **condená-lo pelo crime que foi julgado ter praticado na pena de 5 (cinco) anos de prisão.**

Sem custas.

Lisboa, 18 de Junho de 2009

Sousa Fonte (relator)

Santos Cabral

Processado e revisto pelo Relator