

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 56/09.OPFAMD.L1-5

Relator: NETO DE MOURA

Sessão: 12 Julho 2012

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

RELATÓRIO SOCIAL

DECLARAÇÕES DO ARGUIDO

PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DE PROVAS

Sumário

- I. O relatório social, mesmo que elaborado com base em informações prestadas pelo arguido, tem valoração autónoma face à prova por declarações, não ficando o tribunal impedido de o valorar, caso o arguido opte por não prestar declarações em audiência;
- II. Constando do processo o relatório social, em relação ao qual o arguido teve oportunidade de exercer o contraditório, considerando o tribunal que não é necessária a produção de prova suplementar, nada obsta a que nele se alicerce e o valore para dar como provados os factos relevantes para a determinação da espécie e da medida da pena a cominar;

Texto Integral

Acordam, em conferência, na 5.^a Secção (Criminal) do Tribunal da Relação de Lisboa

I - Relatório

No âmbito do processo comum que, sob o n.º 56/09.0 PFAMD, corre termos pelo Juízo de Grande Instância Criminal do Tribunal da Comarca da Grande Lisboa-Noroeste, foram submetidos a julgamento, por tribunal colectivo, os arguidos A..., B..., C... e D..., mediante acusação do Ministério Público que lhes imputou a prática, em co-autoria material, de um crime de tráfico de estupefacientes, consubstanciado nos factos descritos na respectiva peça

acusatória.

Realizada a audiência, com documentação da prova nela oralmente produzida, após deliberação do Colectivo, por acórdão de 23.01.2012 (fls. 1648 e segs.), foram os arguidos C... e D... absolvidos, mas os demais condenados nos seguintes termos:

“c) Operando a requalificação jurídica dos respectivos factos da acusação, condenar o Arguido A..., como co-autor material de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, p. e p. pelo artigo 25º, al. a) do Dec.-Lei nº 15/93, de 22-1, com referência à tabela I - C anexa a esse diploma, na pena de 2 anos e 3 meses de prisão;

d) Operando a requalificação jurídica dos respectivos factos da acusação, condenar a Arguida B..., como co-autora material de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, p. e p. pelo artigo 25º, al. a) do Dec.-Lei nº 15/93, de 22-1, com referência à tabela I - C anexa a esse diploma, na pena de 1 ano e 3 meses de prisão;

e) Suspender a execução da pena em que é condenada a Arguida B..., pelo período de um ano e três meses (artigo 50º, nºs 1 e 5 do Código Penal)”.

Inconformado com tal decisão, o arguido A... dela interpôs recurso para este Tribunal da Relação, concluindo assim a respectiva motivação (em transcrição):

1. Padece de vícios de erro notório na determinação da sanção, pois o aqui recorrente foi condenado a uma pena de prisão de 2 anos e 3 meses e nos termos do art.º 50.º do CP essa pena pode ser suspensa;

2. O Relatório do Instituto de Reinserção Social não foi valorado para apreciação e determinação da sanção, pois o Tribunal pensa que se o arguido, que tem o direito ao silêncio e que por esse silêncio não pode ser prejudicado, não tem direito a que o Relatório que tem declarações suas (do arguido) seja valorado para a determinação da pena;

3. O Arguido está integrado social, profissional e familiarmente;

4. Nunca foi condenado por tráfico de droga;

5. Todas as condenações anteriores são condução sem habilitação legal e ofensa à integridade física e ambas as penas foram cumpridas e encontram-se extintas;

6. Encontram-se preenchidas todas as condições para fazer a suspensão da pena, pois a pena de prisão é a ultima ratio da punição dos crimes, nos termos do art.º 70.º do Código Penal.

*

Na 1.ª instância, a digna Magistrada do Ministério Público apresentou resposta, que conclui nos seguintes termos:

1 - No duto acórdão recorrido foi feito o enquadramento jurídico-penal dos

factos, o tribunal procedeu à escolha e determinação da medida da pena recorrendo aos basilares princípios, constantes dos arts. 40º e 70º e ss. do CP.
2 - Escolhida a pena, foi fixada a sua medida concreta, à luz dos critérios estabelecidos no art. 71º do CP.

3 - Bem andou o Tribunal quando considerou não estarem preenchidos os pressupostos a que se refere o art. 50º do C. Penal, uma vez que este normativo prevê a suspensão da execução da pena desde que se possa concluir que a simples censura do facto e a ameaça de prisão se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

4 - O arguido tem antecedentes criminais que denunciam a sua personalidade afastada do cumprimento da lei, assim como não mostrou arrependimento, mostra-se desinserido socialmente e tem hábitos de consumo prolongados, circunstâncias que impedem um juízo favorável acerca da sua ressocialização em liberdade, sendo prementes as exigências de prevenção geral e especial.

5 - Não houve qualquer violação de normas legais nomeadamente dos artigos acima referidos.

Entende, por isso, que o recurso deve ser julgado totalmente improcedente.

*

Admitido o recurso e já nesta instância, na intervenção a que alude o n.º 1 do art.º 416.º do Cód. Proc. Penal, a Ex.ma Procuradora-Geral Adjunta manifestou a sua concordância com a posição tomada pela Magistrada do Ministério Público na 1.ª instância, pronunciando-se pela improcedência do recurso.

*

Foi cumprido o disposto no art.º 417.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal, tendo o recorrente apresentado resposta (embora a tenha designado como “motivação do recurso”) ao parecer do Ministério Público, alegando que está, actualmente, empregado, que não é toxicodependente, está afastado das drogas e constituiu família, estando, pois, socialmente integrado.

*

Colhidos os vistos e realizada a conferência, cumpre decidir.

*

II - Fundamentação

Como se sabe, é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação, onde sintetiza as razões do pedido, que se delimita o objecto do recurso e se fixam os limites do horizonte cognitivo do tribunal de recurso (cfr. artigos 412.º, n.º 1, e 417.º, n.º 3, do Cód. Proc. Penal e, entre outros, o acórdão do STJ de 27.05.2010, [www.dgsi.pt/jstj\[1\]](http://www.dgsi.pt/jstj[1]), sem prejuízo da apreciação das questões que são de conhecimento officioso.

A questão essencial que o recorrente pretende seja apreciada por este tribunal

é, como está bom de ver, a da suspensão da execução da pena de prisão por que pugna, pois entende estar reunido o respectivo condicionalismo legal e insurge-se contra a decisão recorrida por não ter tido em consideração o conteúdo do relatório social.

O Ministério Público afirma, na sua resposta, que o arguido “não recorre da matéria de facto mas apenas de direito, quanto à medida concreta da pena”, mas não é assim[2].

Como é bem sabido, uma das vias de impugnação da decisão sobre matéria de facto é a invocação do erro de julgamento, detectável pela análise da prova produzida e valorada na audiência de 1.ª instância.

Quando pretende impugnar a decisão sobre matéria de facto com esse fundamento, o recorrente tem de especificar, além do mais que para o caso não interessa,

§ os concretos pontos de facto que considera terem sido incorrectamente julgados pelo tribunal recorrido e

§ as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida.

Não pode dizer-se que o recorrente tenha acatado, rigorosamente, as prescrições legais, mas percebe-se perfeitamente que o seu inconformismo se dirige à decisão na parte em que o tribunal teria ignorado factos relevantes para a escolha e determinação da sanção, por ter desconsiderado o relatório social.

Por isso mesmo, pela simplicidade das questões colocadas à apreciação do tribunal de recurso e porque as razões da discordância do recorrente são facilmente identificáveis, não se impõe um convite para o aperfeiçoamento das conclusões.

Assim, as questões que o recorrente coloca à apreciação deste tribunal e que por isso se impõe apreciar e decidir são as seguintes:

§ se é de alterar a decisão sobre matéria de facto, por erro na apreciação da prova e, concretamente, por injustificada desconsideração do relatório social;

§ se se justifica, no caso, a suspensão da execução da pena de prisão cominada ao arguido/recorrente.

*

Os factos que o tribunal deu como provados são os seguintes:

1. “O Arguido A... e a Arguida B... vivem um com o outro.
2. Desde pelo menos Julho de 2009 a 10-2-2010 o Arguido A... procedeu à venda de haxixe a terceiros.
3. A Arguida B... colaborava nessa actividade, quer entregando-lhe haxixe, para ele, por sua vez, entregar a interessados compradores, quer ela própria também acordou algumas entregas, bem como procedeu a entrega ou a

entregas de haxixe pelo menos a uma consumidora, no caso à Arguida D..., irmã do Arguido A....

4. Designadamente utilizavam os respectivos telefones para estabelecerem contactos entre si e com os interessados na aquisição do haxixe, respectivamente com os números 960301810 e 926187641, sendo o Arguido A... quem normalmente procedia às entregas aos clientes, nos locais e horas acordados, bem como também por vezes essas entregas tiveram lugar na própria habitação de ambos os Arguidos, então em Rua ..., Amadora.

5. O Arguido A... vendia haxixe em “barras”, “pedras” ou “línguas”, de peso não concretamente apurado, ao preço de 5,00 € a 10,00 € a unidade.

6. Durante o período em questão o Arguido A... e/ou a Arguida B... cederam ou venderam haxixe pelo menos aos seguintes consumidores:

a. E... - residente em Loures, durante cerca de 5/6 anos consumiu diariamente haxixe e desde pelo menos o mês de Julho de 2009 a Fevereiro de 2010, com frequência sensivelmente bi-semanal, deslocava-se à Brandoa, onde adquiria ao Arguido A... uma “barra” de haxixe, ao preço de 10,00 €, encontrando-se com ele para esse efeito, quer por mera deslocação directa, quer após prévio contacto telefónico, sendo o haxixe fornecido normalmente próximo do Café “...” ou na própria casa do Arguido;

b. F... - residente em Lisboa, conhece o Arguido A... desde há cerca de 20 anos, consumidor pelo menos ocasional de haxixe, que em meados de Outubro encomendou haxixe ao Arguido A..., para consumir numa festa, com amigos, conforme sucedeu, tendo o respectivo pagamento sido feito pela prestação de um trabalho de joalharia por F... para esse Arguido;

c. G... - consumidor diário de haxixe, que pelo menos desde Julho de 2009 a Fevereiro de 2010 adquiria ao Arguido A..., ao preço de 5,00 € a 10,00 € cada pedaço, que designa por “língua”, barra”, “ganza” ou “pedra”;

d. a um indivíduo que os Arguidos A... e B... conhecem sob o nome de “T...”, em quantidade e frequência não determinadas, mas que para o qual, em 9-10-2009, esta Arguida pediu ao Arguido A... dois pedaços de haxixe, que designou por “CD’s”, que aquele não lhe forneceu, porque naquela altura já não tinha mais estupefaciente;

e. à utilizadora do telemóvel com o número 92....., em quantidade e frequência não determinadas, com a qual, em 2-1-2010, a Arguida B... combinou encontrar-se e levar-lhe um pedaço de haxixe, que designaram por “coisinho” e “ovinho”;

f. à Arguida D..., em quantidade e frequência não determinadas, mas que em 13-11-2009 pediu à Arguida B... que lhe levasse dois pedaços de haxixe, designando cada pedaço por “um creme”, solicitação com que a Arguida B... anuiu, por sua vez tendo-se referido ao haxixe não como “cremes”, mas como

dois “CD’s”;

g. a uma mulher que os Arguidos A... e B... conhecem sob o nome de “S...”, em quantidade e frequência não determinadas, mas que relativamente à qual, em 7-10-2009, esta Arguida, telefonicamente, disse ao Arguido A... que ela queria um pedaço de haxixe, que designou por um “CD”; e

h. a um indivíduo que se identifica sob o nome de P..., com frequência e quantidade não apuradas, mas que é conhecido do Arguido A... e que em 27-10-2009, através do telefone número 219751897, pediu-lhe “meia placa” de haxixe, que designou por “meio balde de tinta”, dizendo-lhe que só podia pagar na Segunda-Feira, com que o Arguido A... concordou, tendo ambos acordado encontrarem-se, para esse efeito, no dia seguinte.

7. Em 10-2-2010 foi realizada busca na residência dos Arguidos A... e B..., então em Rua ..., Amadora, onde se encontrava o Arguido.

8. Os mesmos guardavam aí designadamente os seguintes bens e dinheiro, que foram apreendidos:

- na sala de estar, no interior de gaveta de um móvel -

a. 180,00 €, fraccionados em oito notas de 20,00 € e duas notas de 10,00 €

- na cozinha, no interior de gaveta de um móvel -

b. dois pedaços de cannabis (resina), vulgo haxixe, com o peso líquido global de 58,093 gramas;

c. uma navalha ou canivete com resíduos de haxixe na respectiva lâmina;

- na sala de estar, sobre a mesa -

d. um telemóvel, de marca Nokia, modelo 6103, com o IMEI 35.../01/73.../9, com um cartão SIM da operadora UZO, com o nº 8... e respectiva bateria, no valor de 10,00 €;

- em local não determinado da habitação -

e. um cartão SIM da operadora USO com o nº 00002..., a que corresponde o número de telefone 96...;

f. um papel manuscrito com nomes de pessoas, seguidos de inscrições de quantias monetárias, oscilando entre os 120,00 € e os 170,00 €, dois dos quais com a menção que as respectivas quantias se encontravam pagas; e

g. um extracto bancário, de “Millenium BCP”, de conta em nome da Arguida B..., relativo aos movimentos do mês de Janeiro 2010, cuja conta à ordem apresentava o saldo negativo de 5,33 €.

9. No mesmo dia, 10-2-2010, foi realizada busca na residência da Arguida D..., então em Rua ..., Amadora.

10. Nesse local também funcionava um “infantário” e encontravam-se ali as Arguidas D... e B..., bem assim dez crianças, de que as mesmas tomavam conta, com idades compreendidas entre os dois meses e os dois anos.

11. A Arguida B... tinha ali consigo, e foi-lhe apreendido, um telemóvel de

marca Nokia, modelo 5200, com o IMEI nº 35..., com o cartão SIM da TMN com o nº 00002....

12. A Arguida D... tinha no seu quarto, e foram-lhe apreendidos, vários pedaços de cannabis (resina), vulgo haxixe, com o peso líquido global de 2,020 gramas.

13. Na habitação foi também apreendido um papel manuscrito, com o nome das crianças que ali se encontravam e com o contacto telefónico dos respectivos pais, nomes que essencialmente coincidem com aqueles que constam no papel referido em 8.f., apreendido em casa da Arguida B....

14. Além do uso normal que é inerente a um telemóvel, o Arguido A... e a Arguida B... também utilizavam os telemóveis que lhes foram apreendidos em contactos entre eles e com consumidores, para o negócio do haxixe.

15. Pelo menos o Arguido A... utilizava a navalha apreendida no corte do haxixe, para o dividir nas doses que destinava à venda.

16. Os Arguidos A..., B... e D... conheciam as características estupefacientes do haxixe.

17. A Arguida D... destinava o haxixe que lhe foi apreendido ao seu próprio consumo.

18. Ao agirem da forma descrita os Arguidos A... e B... fizeram-no de forma deliberada, livre e consciente, bem sabendo que lhes estava legalmente vedada a detenção, transporte ou cedência a terceiros, a qualquer título, de tal tipo de substância e que essa sua conduta era proibida e criminalmente punível.

(da determinação da sanção)

19. À data dos factos a Arguida B... trabalhava no referido “infantário”.

20. O Arguido A... não exercia qualquer actividade profissional, tendo anteriormente trabalhado numa padaria, trabalho que entretanto cessara na sequência de um acidente.

21. Há alguns anos atrás trabalhou como pintor de automóveis.

22. Era consumidor de haxixe, desde há vários anos.

23. Pela prática de um crime de condução de veículo a motor sem habilitação legal, em 10-5-2000 e Sentença de 5-4-2005, o Arguido A... foi condenado na pena de 60 dias de multa, à quantia diária de 3,00 €, pena esta declarada extinta, pelo “cumprimento”, por despacho de 23-4-2007.

24. Pela prática de um crime de ofensa à integridade física simples, em 2-6-2005 e Sentença de 8-10-2007, foi condenado na pena de 70 dias de multa, à quantia diária de 2,00 €, a cujo pagamento procedeu em 17-4-2008, tendo a pena sido declarada extinta por despacho de 16-5-2008.

25. A Arguida B... não tem registo de antecedentes criminais.

*

O tribunal considerou não provados os seguintes factos:

1. Que desde Julho de 2009 a Fevereiro de 2010 os Arguidos C... e D... se tivessem dedicado à actividade de tráfico de estupefacientes, designadamente que tivessem cedido/vendido estupefacientes a terceiros.
2. Que os Arguidos C... e D... servissem de intermediários na aquisição de droga por parte dos interessados.
3. Que, sem prejuízo da factualidade provada em 6., alguns compradores habituais, que solicitavam ao Arguido A... “línguas de haxixe”, pelo preço de 5 a 10 euros, fossem T..., Jo... ou Pa....
4. Que, sem prejuízo da factualidade provada em 6., H... adquirisse habitualmente haxixe não só ao Arguido A... como também ao Arguido C....
5. Que I..., filho do Arguido C..., por vezes adquirisse produto estupefaciente, directamente, ao Arguido A... e que, noutras ocasiões, o seu pai cedesse-lhe produto estupefaciente.
6. Que o peso líquido global do haxixe que foi apreendido em casa dos Arguidos A... e B... fosse de 57,557 gramas.
7. Que o papel com apontamentos manuscritos que foi apreendido na casa desses Arguidos se referisse a quantias monetárias resultantes de transacções de produtos estupefacientes.
8. Que o peso líquido global do haxixe que foi apreendido à Arguida D... fosse de 1,521 gramas.
9. Que os 180,00 € que foram apreendidos na habitação dos Arguidos A... e B... proviessem da venda de estupefacientes.

*

É praticamente pacífico na jurisprudência o entendimento de que a falta de averiguação das condições pessoais do arguido e da sua situação económica configura o vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito (cfr., entre outros, os acórdãos do STJ, de 29.04.2003, de 06.11.2003 e de 11.11.2004, todos disponíveis em www.dgsi.pt).

Na versão originária do Código de Processo Penal era obrigatória a solicitação de relatório social quando o arguido, ou algum dos arguidos, fosse menor de 21 anos.

Com a reforma de 1998 (Lei n.º 59/98, de 25 e Agosto), deixou de haver essa obrigatoriedade, mas a natureza facultativa do relatório social não significa que ao tribunal tenha sido conferido um poder discricionário, devendo considerar-se a sua realização como uma diligência necessária.

A orientação do Supremo Tribunal de Justiça sobre esta questão está espelhada no acórdão de 05.09.2007 (Relator: Cons. Sousa Fonte), disponível em www.dgsi.pt, quando nele se expende que “*independentemente de se considerar ser ou não ser obrigatória a requisição do relatório social ou da*

informação dos serviços de reinserção social aos quais alude o art.º 370.º, n.º 1, do CPP para aplicação de uma pena de prisão efectiva - a letra da lei sugere francamente que se trata de uma faculdade do tribunal e o TC, no seu acórdão n.º 182/99, Proc. n.º 759/98, de 22-03-1999, já decidiu não ser inconstitucional a norma do n.º 1 do art.º 370.º do CPP quando interpretada no sentido de não ser obrigatória essa solicitação -, entendemos, na esteira da jurisprudência mais comum do STJ, que a falta desse relatório ou informação ou a falta de produção de qualquer outra prova suplementar para determinação da espécie e da medida da pena a aplicar poderá justificar o reenvio do processo para novo julgamento, quando o resultado for a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, nos termos dos artigos 410.º, n.º 2, al.a), e 426.º, ambos do CPP”(sublinhado nosso).

Na doutrina, Paulo Pinto de Albuquerque (Comentário do Código de Processo Penal, UCE, 2.ª edição actualizada, 1055) considera afectada pelo referido vício da insuficiência, por falta de investigação dos factos que condicionam a aplicação de uma pena não detentiva, a sentença que aplique pena de prisão. É o que acontece neste caso.

Os factos relativos ao processo de socialização, à personalidade e carácter, às condições pessoais do arguido e à sua conduta anterior e posterior aos factos são relevantes não só para a determinação da medida da pena, mas também, e sobretudo, para a decisão de aplicação, ou não, de uma pena de substituição, que no caso só poderia ser a suspensão da execução da pena de prisão.

Ora, além dos antecedentes criminais do arguido/recorrente, o tribunal a quo nada mais apurou de relevante para se decidir pela aplicação, ou não, de pena de substituição.

Apurou que o arguido A..., à data dos factos, “não exercia qualquer actividade profissional” (anteriormente trabalhou numa padaria e como pintor de automóveis) e que “era consumidor de haxixe, desde há vários anos”, mas o que importava conhecer era a situação na altura da decisão.

Bem ou mal (é o que já veremos), o tribunal não teve em consideração o teor do relatório social que, oportunamente, solicitou aos serviços de reinserção social sobre o arguido/recorrente. Por isso, impunha-se-lhe que, por outra via, averiguasse os factos pertinentes para a decisão sobre a aplicação da pena substitutiva. Não o tendo feito, o resultado é a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, vício que afecta o acórdão recorrido e que é de conhecimento oficioso.

Deverá, então, determinar-se o reenvio do processo para novo julgamento, ainda que limitado a essa questão?

Apesar do vício, só será de ordenar o reenvio se não for possível evitá-lo, isto é, se o vício não puder ser corrigido com base na prova documentada.

Se for possível sanar o vício modificando a decisão recorrida, designadamente acrescentando matéria de facto, modificação que poderá ocorrer, entre outros, nos casos em que do processo constem os elementos de prova que serviram de base à decisão do tribunal de 1.ª instância (art.º 431.º, al. a), do Cód. Proc. Penal), não deverá haver reenvio.

A questão está, então, em saber se o relatório social que consta dos autos é uma prova válida e se pode ser tida em consideração, designadamente para o efeito que aqui importa, que é o de apurar aspectos da personalidade do arguido/recorrente, das suas condições de vida, da sua inserção na sociedade. O tribunal a quo entendeu que não porque foi elaborado, apenas, com base nas declarações do próprio arguido e argumenta: *“ora se o(s) Arguido(s) têm o direito de não prestar declarações, conforme o exerceram em audiência, não sendo naturalmente admissível a leitura das declarações que prestaram no Processo, mesmo perante um Juiz, já seria admissível considerar o teor das suas declarações perante um técnico de reinserção social? Pensamos que não, sob pena de inversão de alguns princípios constitucionais e/ou processuais, de entre eles o que subjaz ao direito do Arguido a manter o silêncio em audiência”*.

Um relatório social sobre um arguido, normalmente, contém informações sobre o seu processo de socialização, as suas condições pessoais e económicas e características da sua personalidade, que fornecem elementos importantes para a escolha e determinação da pena. Mas também contém opiniões, conclusões e informações sobre factos não confirmados.

Assim sucede com o relatório social em causa, não sendo correcta a afirmação de que foi elaborado, apenas, com base nas declarações do próprio arguido. A decisão recorrida suscita a questão de saber em que condições pode o relatório social ser valorado pelo tribunal como prova dos factos sobre a personalidade e condições de vida do arguido.

Discute-se como qualificar o relatório social (designadamente se é uma perícia), mas não há razões para questionar a afirmação de que se trata de um meio de prova, sujeito à livre apreciação do tribunal.

No tribunal a quo foi equiparado às declarações do arguido prestadas no processo (deduz-se que em interrogatório, judicial ou não) e porque essas declarações não podem ser valoradas, sob pena de violação do seu direito ao silêncio, quando o arguido não presta declarações na audiência, também o relatório, porque baseado em declarações prestadas ao técnico de reinserção social, não teria qualquer valor probatório.

Com o devido respeito, não pode ser assim.

Tal entendimento, não lhe reconhecendo valor autónomo, acaba por transformar o relatório social numa completa inutilidade.

Mesmo quando a fonte de informação é, apenas, o arguido (o que não é caso), existem diferenças qualitativo-funcionais entre esses dois domínios probatórios.

Também na perícia sobre a personalidade do arguido a fonte de informação do perito é o próprio arguido e nunca ninguém se lembrou de equiparar o relatório pericial às declarações que este preste no processo.

São essas diferenças que legitimam a valoração autónoma do relatório social face à da prova por declarações. Se assim não fosse, se esse meio de prova não tivesse valor autónomo, não se vislumbra qual a vantagem na sua realização.

Das três “sub-fases” em que se desdobra a fase de julgamento em processo comum, importa aqui considerar a da sentença, que se segue ao encerramento da audiência de discussão.

Como se sabe, o legislador consagrou um sistema (muito mitigado) de cisão (“césure”), distinguindo (se bem que, apenas, logicamente, que não materialmente) a deliberação sobre a “questão da culpabilidade” (art.º 368.º) e sobre a “questão da determinação da sanção” (art.º 369.º). É neste segundo momento da deliberação que o tribunal^[3] conhece e valora os elementos relativos à pessoa do arguido, designadamente o relatório social.

Com efeito, dispõe o n.º 1 do art.º 369.º do Cód. Proc. Penal:

“Se, nas deliberações e votações realizadas nos termos do artigo anterior, resultar que ao arguido deve ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança, o presidente lê ou manda ler toda a documentação existente nos autos relativa aos antecedentes criminais do arguido, à perícia sobre a sua personalidade e ao relatório social”.

E o n.º 2 do mesmo artigo determina:

“Em seguida, o presidente pergunta se o tribunal considera necessária produção de prova suplementar para determinação da espécie e da medida da sanção a aplicar. Se a resposta for negativa, ou após a produção da prova nos termos do artigo 371.º, o tribunal delibera e vota sobre a espécie e a medida da sanção a aplicar”.

Assim, constando já do processo o relatório social, o tribunal há-de pronunciar-se sobre se considera, ou não, necessária a produção de prova suplementar para o referido efeito.

Na negativa, se, oportunamente, ao arguido foi dado conhecimento do relatório social para poder exercer o contraditório (o que, efectivamente, aconteceu, conforme notificação de fls. 1382), nada obsta a que o tribunal nele se alicerce e o valere como meio de prova para dar como provados os factos relevantes para a determinação da espécie e da medida da pena a cominar. Se o tribunal considerar necessária a produção de prova suplementar, reabre

a audiência (que, por regra, decorre com exclusão da publicidade) para esse efeito e é então que pode proceder-se à leitura do relatório social.

A leitura só será permitida a requerimento (do arguido, do Ministério Público ou do assistente) e o tribunal, para dar como provados factos relativos à personalidade e às condições pessoais do arguido, só pode basear-se no relatório social se este tiver sido lido e examinado na audiência reaberta, face ao disposto no art.º 355.º que o n.º 4 do art.º 370.º manda aplicar nesta situação.

Do regime que ficou, sinteticamente, exposto, decorre que a regra é a proibição da leitura do relatório social em audiência, mas essa proibição nada tem a ver com o direito que assiste ao arguido de não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados na acusação ou na pronúncia. É, isso sim, uma forma de proteger a privacidade de determinados factos relativos ao seu carácter e condições de vida, que a leitura em audiência pública do relatório social pode comprometer.

Visto que, no caso, não houve reabertura da audiência, deduz-se que o tribunal não considerou necessária a produção de prova suplementar. Por isso podia e devia ter tido em consideração o relatório social para decidir sobre a prova de factos relevantes para a determinação da espécie e da medida da pena a aplicar.

O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada que afecta o acórdão recorrido pode, pois, ser suprido com recurso ao relatório social que consta do processo (se bem que desactualizado), evitando-se assim o reenvio deste para novo julgamento.

Assim, decide-se acrescentar à factualidade já assente os seguintes factos que consideramos relevantes para a decisão sobre a aplicação de pena de substituição:

26 - O arguido A... provém de um agregado familiar humilde, originário de El..., que, além dos progenitores (pai pedreiro e mãe empregada de limpeza), integrava os quatro filhos do casal.

As precárias condições económicas do agregado familiar levaram a que, aos 13/14 anos, quando frequentava o 7.º ano de escolaridade, abandonasse a escola e fosse trabalhar numa oficina de reparação de automóveis, ramo de actividade em que se manteve durante cerca de dez anos.

Esteve emigrado na ... e em ..., regressando ao país natal ao fim de seis anos, quando tinha cerca de 35 anos de idade.

Recentemente (com referência a Fevereiro de 2011), exerceu actividade laboral numa padaria, mas naquela data (Fevereiro de 2011) estava desempregado.

Vive maritalmente com a co-arguida B..., de quem tem um filho com 9 anos de

idade, mas que está aos cuidados da avó paterna porque o casal não reúne condições económicas para o criar.

Com o casal vive uma filha da companheira do arguido, de 14 anos de idade, fruto de uma anterior relação desta.

A companheira do arguido está desempregada, beneficiando do subsídio de inserção social, no valor aproximado de € 270,00.

Quando entrevistado pela técnica de reinserção social, o arguido verbalizou a necessidade de trabalhar, mas não revelou uma postura pró-activa.

Na comunidade em que está inserido, o arguido faz parte do núcleo desportivo da colectividade local, colaborando nas actividades desportivas.

Revela défice de capacidade crítica e as suas fracas competências pessoais e sociais limitam-no na avaliação do seu percurso de vida.

A dificuldade de interiorização de normas e valores que o arguido aparenta ter compromete a assumpção de uma postura adequada no meio social.

*

Visto que o recorrente não põe em causa a medida da pena de prisão aplicada, há que averiguar se se mostram reunidos os pressupostos, formais e substantivos, da aplicação da pena de substituição[4] que é a suspensão da execução da pena, como aquele pretende.

Sendo considerações de prevenção geral e de prevenção especial (de (res)socialização) que estão na base da aplicação das penas de substituição, o tribunal só deve recusar essa aplicação *“quando a execução da prisão se revele, do ponto de vista da prevenção especial de socialização, necessária ou, em todo o caso, provavelmente mais conveniente”* ou, não sendo o caso, a pena de substituição só não deverá ser aplicada *“se a execução da pena de prisão se mostrar indispensável para que não sejam postas irremediavelmente em causa a necessária tutela dos bens jurídicos e estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias”*[5].

Estando verificado, como já referimos, o requisito formal da suspensão da execução da pena (condenação em pena de prisão não superior a 5 anos), há que indagar se ocorre o respectivo pressuposto material, isto é, se se pode concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, designadamente se bastarão para afastar o arguido da criminalidade, pois é esta a finalidade precípua do instituto da suspensão[6].

O tribunal “a quo” entendeu que não e justificou assim a conclusão a que chegou:

“Quanto à Arguida B..., pese embora do seu silêncio em audiência não ser susceptível de se concluir por qualquer arrependimento, atendendo à ausência de antecedentes criminais que regista e às circunstância em que cometeu o

crime, admitindo-se que a companhia e influência do Arguido pudessem ter sido decisivas ou determinantes para ter enveredado por essa prática, crê-se que a simples censura dos factos e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, pelo que se suspenderá a execução da respectiva pena, pelo mesmo período, conforme artigo 50º, nºs 1 e 5 do Código Penal.

Não se afigura possível concluir por idêntico juízo quanto ao Arguido A....

Da personalidade por ele revelada, quer por referência às circunstâncias dos factos que cometeu, quer pelo seu silêncio em audiência, não é susceptível de se concluir por arrependimento e/ou vontade de enveredar por conduta consentânea com normais valores sociais, a que a sua situação de desemprego também, por certo, não ajudará, tanto mais aliada aos hábitos prolongados de consumo de estupefacientes.

Além de não se concluir por um por prognóstico favorável em sede de razões de prevenção especial de socialização, também se dirá que pelas enormes as necessidades de prevenção geral que este tipo de crime requer igualmente opõem-se à suspensão da execução da pena de prisão as necessidades de reprovação e prevenção do crime ou, conforme refere Figueiredo Dias (in *As Consequências Jurídicas do Crime*, Ed. Notícias, pág. 344), as considerações de prevenção geral sob a forma de exigências mínimas e irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico, que são as únicas que aqui estão em questão e que só por elas se limita, mas limita sempre, o valor da socialização em liberdade que ilumina o instituto da suspensão da pena.

Por outras palavras, impõe-se que o crime não compense, do que decorre a exigência, face à personalidade que revela e aos factos praticados, do cumprimento efectivo da pena pelo Arguido, não realizando de forma adequada e suficiente as finalidades da punição a simples censura dos factos e a ameaça da prisão”.

Deste trecho da fundamentação do acórdão recorrido extrai-se que o juízo de prognose negativo formulado em relação ao arguido A... (em contraponto do juízo positivo relativamente à co-arguida B...) baseia-se nos seus antecedentes criminais: uma condenação (na pena de 60 dias de multa) por crime de condução de veículo a motor sem habilitação legal e outra (em 70 dias de multa) por crime de ofensa à integridade física simples.

Além disso, o tribunal recorreu a simples deduções e até meras especulações. É especulativa a afirmação “*admitindo-se que a companhia e influência do Arguido pudessem ter sido decisivas ou determinantes para ter enveredado por essa prática*”, usada para justificar a suspensão da execução da pena à arguida B.... A experiência comum pode revelar-nos que assim acontece, que as mulheres, não raro, são “arrastadas” para práticas delitivas,

designadamente de tráfico de estupefacientes, pelos maridos, companheiros, namorados ou amantes. No entanto, nem sempre assim será e, não integrando os factos provados, aquela asserção não pode servir de suporte a uma decisão. A “sua situação de desemprego” e os “hábitos prolongados de consumo de estupefacientes” foram circunstâncias que, também, pesaram na formulação do juízo negativo que orientou o tribunal na decisão de não suspender a execução da pena de prisão.

Tendo dado como provado que, à data dos factos, o arguido/recorrente “não exercia qualquer actividade profissional” e que “era consumidor de haxixe, desde há vários anos”, o tribunal deduziu (ou supôs) que, à data da decisão, ele estava desempregado e consumia estupefacientes.

No entanto, os factos por que o arguido/recorrente veio a ser condenado foram praticados cerca de dois anos antes do julgamento.

O juízo de prognose que cabe ao tribunal efectuar, tem de reportar-se ao momento da decisão, pois na formulação desse prognóstico tem de considerar-se, não só a personalidade do arguido, mas também as suas condições de vida e a sua conduta anterior e posterior ao facto.

Quando se indaga sobre a inserção social de um indivíduo, um dos factores essenciais a ter em consideração é a existência de uma ocupação duradoura, profissional ou outra, ou, pelo menos, que tenha hábitos de trabalho.

O arguido/recorrente revela, seguramente, características negativas da sua personalidade, mas a ociosidade não parece que seja uma delas.

É certo que no relatório social se refere a situação de desempregado e a sua postura pouco pró-activa com vista à obtenção de uma ocupação laboral. No entanto, o relatório é de Fevereiro de 2011 e o acórdão condenatório foi proferido quase um ano depois (23.01.2012).

O arguido afirma na motivação do seu recurso (e reafirma na resposta ao parecer da Ex.ma PGA) que, na altura da audiência de julgamento, já estava a trabalhar, referindo, ainda, que não é toxicodependente e há muito que está afastado das drogas.

Era importante para a decisão o esclarecimento destes pontos de facto e o tribunal devia ter solicitado a actualização do relatório social, ou buscava outras fontes de prova. Não o tendo feito, é ilegítima a dedução efectuada. Factor negativo é, sem dúvida, o seu passado criminal, mas aceita-se que a existência de condenação ou condenações anteriores “*não é impeditiva a priori da concessão da suspensão*” [7], tudo dependendo da natureza dos crimes cometidos e da quantidade de condenações sofridas.

Ora, como já se assinalou, os crimes pelos quais o recorrente foi condenado, além de se situarem no patamar da pequena criminalidade, foram praticados nos anos de 2000 e 2005.

Por outro lado, esta é a primeira condenação por tráfico de estupefacientes. Temos, pois, uma situação de pluriocasionalidade e não a revelação no arguido/recorrente de uma personalidade com tendência para delinquir, ao contrário do que parece ter-se concluído na 1.ª instância.

Não se olvida que há factores que legitimam a formulação de algumas reservas quanto ao comportamento futuro do arguido A...:

§ dificuldade em interiorizar normas e valores, que compromete a assumpção de uma postura adequada no meio social;

§ défice de capacidade crítica;

§ fracas competências pessoais e sociais;

§ instabilidade a nível profissional;

§ ausência de sinais reveladores de que interiorizou a censurabilidade do seu comportamento.

Não obstante, o arguido/recorrente não evidencia características da sua personalidade particularmente desvaliosas e os factores negativos apontados não impõem que se conclua que é incapaz de se manter afastado do crime, ou melhor, as dúvidas ou reservas que agora, legitimamente, se formulam sobre o carácter favorável da prognose não impõem que se denegue a suspensão da execução da pena. E é assim porque *“o que aqui está em causa não é qualquer «certeza», mas a esperança fundada de que a socialização em liberdade possa ser lograda, o tribunal deve encontrar-se disposto a correr um certo risco - digamos: fundado e calculado - sobre a manutenção do agente em liberdade”* (Figueiredo Dias, Op. Cit, 344).

Esta doutrina tem sido acolhida pela jurisprudência dos tribunais superiores, falando-se em expectativa razoável de que a simples ameaça da pena de prisão será suficiente para realizar as finalidades da punição (acórdão do STJ de 17.01.2008, CJ/Acs. STJ, XVI, T. I, 206; Relator: Cons. Arménio Sottomayor), em *“esperança fundada e não uma certeza - assumida sem ausência de risco - de que a socialização em liberdade se consiga realizar (acórdão do STJ, de 23.01.2008, www.dgsi.pt/jstj; Relator: Cons. Raul Borges) e defendendo-se mesmo que “as penas de prisão aplicadas em medida não superior a cinco anos devem ser, por princípio, suspensas na execução, salvo se o juízo de prognose sobre o comportamento futuro do agente se apresente claramente desfavorável, e a suspensão for impedida por prementes exigências geral-preventivas, em feição eminentemente utilitarista da prevenção”* (sublinhados nossos).

Parafraseando o Professor Figueiredo Dias, o tribunal assume o risco (calculado) de não impor ao arguido/recorrente pena de prisão efectiva porque não há razões suficientemente fortes para se concluir que ele é incapaz de não voltar a delinquir e porque se crê que a suspensão da execução da pena não

frustrará as expectativas comunitárias na validade das normas violadas.

No entanto, a suspensão deve ser condicionada.

Face aos mencionados factores de risco, afigura-se-nos que o arguido deve ter o acompanhamento de técnico de reinserção social.

Revestindo-se esse acompanhamento de um carácter vigilante, normativo e orientador, poderá auxiliar o arguido a projectar e prosseguir um modo de vida socialmente mais válido e estruturado.

Tal regime (de suspensão) assentará em plano de reinserção social a elaborar pela entidade competente (a Direcção-Geral de Reinserção Social) e a executar com vigilância e apoio destes Serviços.

III - Decisão

Em face do exposto, acordam os juízes desta 5.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa em conceder provimento ao recurso e, consequentemente,

A) alterar a decisão sobre matéria de facto do acórdão recorrido, acrescentando-lhe os factos que ficaram supra descritos no texto da fundamentação;

B) manter a condenação do arguido A..., pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade previsto e punível pelos artigos 21.º, n.º 1, e 25.º, al. a), do Dec. Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de prisão, que, no entanto, se suspende na sua execução por igual período, sendo a suspensão acompanhada de regime de prova assente num plano de reinserção social, de cuja elaboração e execução se encarregarão os serviços de reinserção social, tudo de harmonia com o disposto nos artigos 50.º, n.º^{OS} 1 e 5, e 53.º, n.º^{OS} 1 e 2, do Código Penal;

C) no mais, manter o decidido no acórdão recorrido.

Sem tributação.

Lisboa, 12 de Julho de 2012

Relator: Neto de Moura;

Adjunto: Alda Tomé Casimiro;

[1] Cfr., ainda, o acórdão do Plenário das Secções Criminais do STJ n.º 7/95, de 19.10.95, DR, I - A, de 28.12.1995.

[2] Aliás, face ao teor da resposta, mais exactamente, da sua parte inicial, fica-se com a ideia que a digna magistrada do Ministério Público se reporta a outro caso, pois nem o aqui recorrente põe em causa a medida da pena de prisão (mas sim a denegação da suspensão da sua execução), nem algum vez ele

“beneficiou” de uma suspensão da execução da pena, pois as duas condenações que sofreu foram em penas de multa.

[3] Tribunal de estrutura colectiva, claro está.

[4] As penas de substituição (cujo fundamento, histórico e teleológico, radica no movimento político-criminal de reacção contra a aplicação de penas privativas de liberdade, sobretudo de penas curtas de prisão), além da suspensão da execução da pena de prisão (simples ou com regime de prova), são a prestação de trabalho a favor da comunidade (art.º 58.º do Cód. Penal), a prisão por dias livres (art.º 45.º), o regime de permanência na habitação (art.º 44.º) e a admoestação (art.º 60.º).

Como é fácil constatar pelo regime de cada uma destas penas substitutivas, uma vez que ao arguido foi cominada a pena de 2 anos e 3 meses de prisão, só em relação à suspensão da execução da pena se verifica o respectivo pressuposto formal e, portanto, está afastada a possibilidade de substituição por qualquer outra.

[5] Professor Figueiredo Dias, “Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime”, 1993, 333.

[6] Como afirma o Professor Figueiredo Dias, Ob. Cit., 343, é na “prevenção da reincidência” que se traduz o “conteúdo mínimo” da ideia de socialização.

[7] Ainda, Figueiredo Dias, Ob.Cit., 344.