

PARECER JURÍDICO
**A DISOMETRIA DA PENA,
SUA DETERMINAÇÃO “*IN CONCRETO*”
A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA PENA**

Maria João Mimoso

DOUTORA EM DIREITO
DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE INFANTE D.HENRIQUE

Bárbara Magalhães

MESTRE EM DIREITO
DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE INFANTE D.HENRIQUE



PARECER JURÍDICO

A disometria da pena, sua determinação “*in concreto*”

A suspensão da execução da pena

Maria João Mimoso

DOUTORA EM DIREITO

DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE INFANTE D.HENRIQUE

Bárbara Magalhães

MESTRE EM DIREITO

DOCENTE NA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE INFANTE D.HENRIQUE

Referência: Processo nº X

O arguido M foi condenado pela prática de sete crimes de corrupção passiva para acto ilícito, *p.e p.*, pelo artigo 372º do C.P., nas penas de dois anos e três meses de prisão, caso 1; 2 anos e dois meses de prisão, caso 2; dois anos de prisão e 2 anos de prisão, caso 4; 2 anos e 3 meses de prisão, caso 5; 2 anos e 6 meses de prisão, caso 7; 2 anos e 3 meses de prisão, caso 9; e na prática de um crime de abuso de poder, *p. e p.*, artigo 382º, nº1, do CP, na pena de 10 meses de prisão.

Questões de direito colocadas:

- 1- **A dosimetria da pena, sua determinação “*in concreto*”;**
 - A) **Da factualidade relevante;**
 - B) **Consequências jurídicas da factualidade**
- 2- **A suspensão da execução da pena.**

1- O artigo 71º, nº 1 do Código Penal estabelece que o critério legal, orientativo, para a determinação da medida da pena, assenta na culpa do agente e nas exigências de prevenção.

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

E finalmente o nº3 impõe que a sentença explicita os fundamentos da medida da pena a que se chegou.¹

Face à disposição em apreço, e no que tange com a fundamentação da medida da pena, advertimos que a mesma, pode ser sindicável em sede de recurso. Não será estranho a tudo isto, a necessidade da medida da pena corresponder às exigências de prevenção geral e especial, cfr. Artigo 40º do CP.

É, sem dúvida, na fundamentação que devem ser tomados em consideração, designadamente, o grau de culpa do agente, os sentimentos manifestados no cometimento do crime, os fins ou motivos que o determinaram, bem como a respetiva situação económica do arguido.

Todavia, a culpa é o limite intransponível da medida da pena.²

Concretizando:

Apurados os factos que preenchem o tipo legal, impõe-se determinar o resultado do crime praticado. Cumpre, então, eleger a medida da pena. Esta assentará nos elementos de facto, que transcendem os elementos típicos.

Chegados aqui, lançaremos mão dos critérios exemplificativos do nº 2, do artigo 71º do CP. As circunstâncias aí enumeradas, embora não taxativas, servirão de suporte para a apreciação e mensuração da medida da pena. Aquelas, não fazendo parte do tipo de crime, porque verificadas antes ou depois do seu cometimento, militarão a favor ou contra o agente.

Caber-nos-á, então, mensurar a pena.^{3 4}

Para a sua determinação, dispomos de duas regras fulcrais: uma primeira, que nos indica que a culpa é o fundamento para a concretização da pena, “*sendo através da mesma que se fixa a sua magnitude*”; uma segunda, que atenderá aos efeitos da pena na vida futura do arguido em sociedade e terá como função “*reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-legal.*”⁵

¹ Sublinhado nosso.

² Neste sentido, Ac. STJ de 17/04/2008.

³ “*A culpa e a prevenção são, pois, os dois termos do binómio com auxílio dos quais se há-se construir o modelo da medida da pena, sendo estes os dois vetores temperados com as demais circunstâncias que rodearem o crime e que estão exemplificativamente enunciadas no nº2 do referido artigo 71º que nos há-de dar a medida da pena*”. Ac. nº 734/06.6 PBFAR.E1- Tribunal da Relação de Évora de 20 de Janeiro de 2011

⁴ Como, refere o Acórdão do STJ de 29/09/2005⁴, as circunstâncias e os critérios do art. 71º do CP, fornecem ao juiz modos de vinculação na escolha da medida da pena. Tais elementos e critérios concorrem tanto para determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral, como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial, não menosprezando as indicações externas e objetivas para a apreciação e avaliação da culpa do agente, *in* CJSTJ 2005, TOMOIII, p.173.

⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 51.

⁶ Cf. *Vide* nota anterior, p. 54.

As necessidades de prevenção especial “*têm por denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delincente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes. Neste sentido se deve falar de uma finalidade de prevenção da reincidência.*”⁶

Todas as doutrinas sobre prevenção têm como fim último a reinserção social do agente (ressocialização), para o que se deve ter em conta os seus antecedentes criminais e a sua personalidade no conjunto dos factos.

Atento o direito, cabe-nos analisar dos fundamentos do Acórdão proferido:

- Perante a apreciação dos factos praticados pelo arguido, supra identificado, o Coletivo, aplicou uma pena conjunta de **5 anos e 6 meses**, sendo que a mesma, ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova e da carga subjetivante que encerra, revela uma certa “discricionariedade”.

Aquele princípio, espelha a importância da culpa, não na medida exata da pena, mas antes no contexto de uma **moldura penal relativamente ampla**;⁷

- Na esteira de Eduardo Correia, diremos que a determinação da medida da culpa será certa, **mas impossivelmente exata**. Mesmo que assim não se pense, a medida da culpa só poderá determinar-se, senão através de uma aproximação, movendo-se num espaço de manobra (*Spielraum*) dentro do qual podem ser decisivas razões de pura prevenção;⁸

- **Torna-se assim impossível, para o julgador, averiguar pormenorizadamente de todas as circunstâncias que possam sustentar diferenças de facto e diferenças de valoração correspondentes a meses, dentro de uma moldura penal de 1 a 8 anos de prisão, como é a prevista no art. 372º nº1 do CP.**

No caso em apreço, o Coletivo aplicou para os crimes de corrupção passiva por ato ilícito, penas parcelares que vão desde os 2 anos de prisão aos 2 anos e 6 meses.

Como poderá o julgador estabelecer a distinção entre o desvalor da culpa correspondente a 2 anos, a 2 anos e 3 meses e a 2 anos e 6 meses, quando os tipos legais preenchidos são os mesmos?

Os sete crimes de corrupção passiva cometidos pelo arguido, todos eles consubstanciando semelhante “*iter criminis*”, exibem penas distintas.

Revela-se, deste modo, e parafraseando José de Sousa Brito, que “*de nada serviria a precisão do objeto ao juiz que não pode conhecê-la para fixar a pena: não é a quantidade*

⁷ Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral, Lisboa, 1966,p.123.

⁸ Vide, nota anterior. Cf. Spendel, *Zur Lehre von Strafmass, 1954, apud in Brito, José de Sousa e, Medida da Pena no Novo Código Penal*, disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JSB_MA_8366.doc, consultado em 13/02/2012.

determinada do objeto do conhecimento que pode ser utilizada pelo juiz no processo da sua deliberação, mas sim a quantidade indeterminada que é acessível ao seu conhecimento”.

Esta afirmação parece que nos levaria à impossibilidade de conhecer o limite a partir do qual a pena é tão pesada e, que por isso, já não corresponde à culpa. O inverso é também verdadeiro, o limite a partir do qual a pena é tão leve que já não corresponde à culpa.

Nos juízos de desvalor há sempre um grau de incerteza que já não corresponde à culpa e, como diz o autor, “há também um ponto de máxima certeza ao meio”, no centro do espaço de manobra, uma pena pontual...só essa correspondente à máxima certeza **possível** em função da culpa.

Mesmo assim, onde se situa a certeza do meio? Não existe.

A culpabilidade tem uma dupla função: é requisito do facto punível e é critério balizador da pena justa. No primeiro, fazemos um juízo de constatação, no segundo, um juízo de medição do grau de culpa. O réu é condenado e a sua culpabilidade poderá ser mínima, média ou máxima.

A valoração realizada pelo juiz norteia-se, necessariamente, pelo princípio da proporcionalidade, que atravessa todo o ordenamento jurídico e segundo o qual de quem se pode exigir mais, se deve castigar mais, de quem se pode exigir menos, se deve castigar menos. Também aqui a valoração jurídica é temperada de acordo com os critérios do julgador, demonstrando uma certa carga subjetivante, influenciada pelo critério do homem médio e por outras valorações pessoais.

De tudo isto se infere que o juiz, para aferir da culpa “se desloca” num terreno ardiloso, e como tal movediço, dependendo sempre de juízos subjetivos de prognose póstuma e da indeterminação dos próprios conceitos. Não é indiferente, a concepção do mundo vista pela ótica de cada cidadão, dada pelas suas vivências, dependentes sempre da atitude valorativa e educacional que lhe fora transmitida.

Além disso, ao considerar os motivos do crime aptos a agravar a pena, frequentemente são tomadas em conta motivações inerentes à própria infração penal, já valoradas por ocasião da tipificação, v.g., a ganância, a ambição ou ganho fácil, saciedade e promiscuidade.⁹

O presente Coletivo, na avaliação negativa das consequências do crime, recorre aos resultados próprios da conduta criminosa, nomeadamente, quando afirma “não havendo sequer sinais da interiorização do mal praticado e de auto-censura pelas suas condutas delituosas, ...não ocorreu sequer manifestação de assunção dos factos e de arrependimento, o que levaria a recear pela repetição de tais atos.”¹⁰

⁹Cf. Acórdão pronunciado nos presentes autos, págs. 81 e 82, respetivas notas de pé de página.

¹⁰ Vide, nota anterior págs. 117 e 120.

O equívoco está no momento da determinação da medida da pena, em voltar a tomar em conta a culpabilidade, não como critério de medição da pena, mas como pressuposto da condenação. Foi esta a atitude do Coletivo de juízes neste acórdão.

Ora, não fosse o réu culpado, impunha-se absolvê-lo ou diminuir-lhe a pena.

O Coletivo, ao dosar a pena, já verificou o preenchimento dos elementos do tipo e, ainda assim, na fase da condenação, socorre-se de artefactos linguísticos, toma como critério de medição dados ou circunstâncias que já fazem parte da própria figura típica.

Assim, ao condenar-se funcionário público (v.g., corrupção passiva), afirma-se que “o réu praticou ação das mais reprováveis, visto que violou a confiança inerente ao exercício da função pública”, como se o facto de ser funcionário público já não tivesse orientado a decisão político-criminal do legislador de autonomizar/criminalizar tais condutas, punindo-as, inclusive, mais duramente, em razão dos deveres inerentes ao cargo/função.

A) Da factualidade relevante

A favor do arguido, M, milita a ausência de antecedentes criminais, e ainda, o facto de este se encontrar inserido socialmente e possuir uma vida familiar estável.

O agente encontra-se casado há 16 anos e manifesta, juntamente com o seu cônjuge, o desejo de terem um filho, estando inclusive, a reunir esforços para a concretização de uma procriação medicamente assistida, factor potenciador de uma certa instabilidade emocional, geradora de desequilíbrio volitivo para a conduta criminal, quando esta possa ser um factor de estabilização.

O arguido, provém de uma família rural, tendo recebido uma educação, de acordo com os cânones tradicionais, auxiliando enquanto criança os pais nas lides domésticas, pelo menos até aos 16 anos. Trabalhou em diversos setores de atividade, serviços e construção civil, tendo cumprido o serviço militar. É tido por pessoa trabalhadora, com boas relações de vizinhança e de amizade.

A personalidade do agente encontra-se devidamente enquadrada nos quadros valorativos do sistema penal.

A conduta do agente, aquando da prática do crime, terá sido influenciada profundamente por fatores exógenos aos seus traços comportamentais, típicos de uma personalidade padrão.

É imperioso mencionar, a relação de subordinação existente, e devidamente comprovada nos autos, entre M e V. A este último assistiam “*acrescidas responsabilidades no adequado exercício das funções, (...) uma vez que era o elemento mais graduado.*”¹¹

¹¹ Cf. Acórdão pronunciado nos presentes autos, págs. 115 e 116.

O ascendente, que qualquer superior hierárquico exerce sobre o respetivo subalterno, facilita, em larga medida, o condicionamento das atitudes e dos respectivos comportamentos deste.

Lembre-se da existência, neste tipo de relações, de um certo temor reverencial que dificulta a não anuência àquilo que possivelmente já seria prática reiterada naquele seio.

Não entendemos que este agente, *in concreto*, tomasse, por si só, esta conduta. Consideramos sim, que esta acção se deve essencialmente ao jogo de influência exercido pelo superior hierárquico. Aliás, parece-nos difícil de vislumbrar a prática deste tipo legal de crime, que não em co-autoria.

Não esqueçamos as características essenciais da personalidade do arguido M.

Não nos parece, verdadeiramente, que o agente percepcionasse a gravidade do seu comportamento, no que tange ao bem jurídico em causa. Consideramos, no entanto, que o agente reconhece validade ao quadro institucionalizado dos bens jurídico-penais da comunidade jurídica, podendo reconduzir a sua conduta a um comportamento pluriocasional, impulsionado por fatores estranhos à sua psique e não a uma tendência criminal.

Lembrando a tão afamada doutrina do Homem medianamente cumpridor do direito, convém mencionar que aquele comportamento poderia constituir um factor de integração no trabalho.

O Processo Penal tem um efeito dissuasor das condutas criminais, sendo, por si só, bastante para atingir as finalidades que a pena pretende enfatizar.

Contudo, muitas vezes, pode constituir um fator inibitório de condutas abonatórias, em termos processuais e verdadeiramente sentidas pelo agente, mas que na prática judiciária, não chega a concretizar-se. Diga-se, o arrependimento...

B) Consequências jurídicas da factualidade

Para a fixação da pena conjunta, importa articular os factos praticados com a culpa do agente. Tal pena, afere-se pela valoração da pessoa do autor e da respetiva personalidade.

É importante, inter-relacionar as condutas praticadas com o contexto em que as mesmas ocorreram.

O autor praticou os factos com uma margem de autonomia muito limitada, dado que atuou sob influência do superior hierárquico, V, cabo da GNR. Consideramos mesmo que, sozinho, não teria assumido tais comportamentos.

Cumpre-nos dizer que os delitos praticados pelo agente não constituem prática habitual, tratando-se somente de situações pontuais.

Em suma, a personalidade do agente não se enquadra num perfil de criminoso por tendência.

É imprescindível analisarmos ainda, a repercussão da aplicação da pena sobre o comportamento futuro do agente, ou seja, importa atentarmos na sua necessidade de ressocialização.

As exigências de prevenção, e designadamente, prevenção especial devem ser tomadas em consideração, constituindo mesmo um *“pressuposto de uma adição ao limite mínimo do quantum necessário para se atingir as finalidades da pena.”*¹²

Na aplicação da pena conjunta é impreterível obter uma visão do itinerário completo da vida do agente, articulando os diversos ilícitos praticados por aquele, com sua personalidade, que como descrevemos, tem sido exemplar ao longo do seu percurso de vida.

Denota-se no presente caso, que a medida da pena não se coaduna com as exigências de prevenção especial. Pelo contrário, face às circunstâncias concretas e à personalidade do agente, a pena, porque desproporcional, terá um efeito totalmente dessocializante. Parafraseando Costa da Andrade “A prisão é a maior escola do crime”.¹³

O juiz deverá afastar o perigo de o tratamento do delinquentes conduzir a um efeito desintegrador.

A Sociedade não é só responsável pela protecção dos seus membros perante o criminoso, mas tem, também, o dever de contribuir para a sua recuperação.

¹² Acórdão n.º 93/08.2 JBLB do STJ, de 04 de Maio de 2011.

¹³ Frase citada pelo Professor Manuel Costa Andrade nas suas aulas de Direito Penal.

Em suma:

- Face às necessidades de prevenção especial, atendendo à personalidade do agente e ao facto de serem as suas únicas condenações, pouco exigem da pena a aplicar;

- cremos que a pena aplicada, face ao princípio da proporcionalidade *lato sensu*, nas suas três decorrências - adequação, necessidade e proporcionalidade *strito sensu* - encontra-se totalmente em desarmonia com a culpa do agente;

- Perante a situação familiar e social do agente, idade e condição económica, bem como face a todos os circunstancialismos que veicularam o agente à prática dos factos criminosos, **é adequada à**

culpa do agente e suficiente para realizar a tutela dos bens jurídicos protegidos, a revogação do acórdão e a aplicação ao agente pena não superior a 5 anos.

2 - Da suspensão da execução da pena

Acolhemos favoravelmente a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão (art. 50º do C.P.), assente na expectativa de que a simples censura e ameaça da prisão realizem de forma adequada, necessária e suficiente as finalidades da prevenção.

Existem dois pressupostos para a aplicação deste instituto jurídico: um de ordem formal, e que consiste em que a pena de prisão não seja superior a 5 anos, e outro de ordem material, que consiste no facto de o tribunal concluir, que face à personalidade do agente, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias que o envolvem, a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da prevenção.

Por se configurar proporcional a condenação do arguido em pena de prisão não superior a 5 anos, encontra-se preenchido o requisito de ordem formal.

Face às circunstâncias já descritas do caso, a simples ameaça da aplicação da pena e a correspondente advertência são suficientes para que o agente, no futuro, não cometa mais crimes (reforça a validade do bem jurídico violado). Inevitavelmente, assumirá um comportamento consonante com os valores do sistema penal. Estando, desta forma, igualmente preenchido o requisito de ordem material.

Conclui-se, desta feita, por um juízo favorável na aplicação de uma pena em medida não superior a 5 anos e pelo afastamento do efeito estigmatizante da pena de prisão efetiva.

Subsidiariamente, caso se considere que a suspensão da execução da pena de prisão não seja suficiente, deverá subordinar-se aquela ao cumprimento de regras deveres e regras de conduta, seguindo-se um plano integral de readaptação social.

CONCLUSÕES:

DO DIREITO:

1ª- Face à conduta penalmente criminalizada importa determinar o resultado do crime praticado;

2ª- Logo, cumpre determinar a medida da pena.

3ª-Para esta, concorrem circunstâncias coadjuvantes da delimitação da pena em concreto;

4ª- Na mensuração da pena deve atender-se à culpa do agente;

5ª- A culpa, conceito indeterminado, só poderá ser valorada através de uma aproximação e o conseqüente desvalor face a um determinado tipo de crime importará sempre uma parcela de imprecisão, de incerteza;

6ª- Sendo a culpa, requisito do facto punível e, ao mesmo tempo, critério balizador da pena justa, importará sempre uma valoração empreendida pelo juiz (pendor subjetivo);

7ª- As motivações inerentes à infração penal são valoradas no momento da tipificação; conseqüentemente, no momento da condenação não poderão voltar a ser majoradas.

DA FACTUALIDADE E SUA VALORAÇÃO:

8ª- O comportamento do arguido M, embora criminalmente punido, revela-se contextualizado em co-autoria, evidenciando, por parte do arguido, uma certa ambição de estabilidade familiar, desejo de ter um filho, e a necessidade de recorrerem (marido e mulher) a auxílio médico, sendo que este implica avultada disponibilidade financeira;

9ª- Os delitos cometidos pelo arguido revelam situações pontuais;

10ª- A personalidade do agente não é, de todo, enquadrável no perfil do criminoso por tendência;

11ª- A aplicação da pena conjunta, atendendo ao itinerário completo de vida do arguido, articulando os factos com a sua personalidade, comportamento irrepreensível ao longo da vida, não cumpre as exigências de prevenção especial, revelando-se desproporcional e, sem dúvida, com um efeito dessocializante;

Logo:

12^a- A pena está em dessintonia com a culpa do agente e, por isso, deve ser **reduzida para uma pena inferior a 5 anos;**

13^a- A simples censura e ameaça de prisão desempenham, na presente situação, as finalidades de prevenção geral e especial;

14^a- **Reduzida a pena, a mesma deve ser suspensa e, mesmo que assim não se entenda, deve subordinar-se a um plano integral de readaptação social.**

MARIA JOÃO MIMOSO
Doutora em Direito
Docente na Universidade Portucalense Infante D.Henrique

BÁRBARA MAGALHÃES
Mestre em Direito
Docente na Universidade Portucalense Infante D.Henrique