

Processo n.º 290/2005

(Recurso Crime)

Data: 23/Fevereiro/2006

ASSUNTOS:

- Emprego ilegal
- Insuficiência da matéria de facto para a decisão
- Medida da pena

SUMÁRIO:

1. A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada só ocorrerá quando, da factualidade vertida na dita decisão, se colher faltarem elementos que, podendo e devendo serem indagados ou descritos, impossibilitem, por sua ausência, um juízo seguro (de direito) de condenação ou de não condenação. Questão esta que se aparta ligeiramente da questão relativamente às provas que deviam ser carreadas e não o foram para demonstração dos factos alegados.

2. São diferentes os critérios dos artigos 64º e 44º, n.º 1 do CP; no primeiro a preferência pela pena não privativa da liberdade está subordinada à conclusão (positiva) de que a mesma realiza por forma acentuada e suficiente as finalidades da punição e no segundo a normal substituição da prisão por multa é apenas obstaculizada pela conclusão (de

maior rigor) de que a prisão é exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes.

3. Os fins de prevenção geral estão previstos em diversas normas respeitantes à aplicação da pena concreta, assim nos artigos 40º, 64º e 65º do CP. Ora, o que é importante é não valorar duplamente em momentos diversos o mesmo factor a não ser que a sua incidência respeite a uma realidade diversa.

4. Não há um critério rígido de aplicação matemática ou computadorizada de uma determinada pena.

5. Embora o juízo sobre a suspensão venha a seguir à escolha e medida da pena concreta, a sua aplicação, por mais que se não queira, não deixará de ser balanceada com a pena primeiramente escolhida, nem que seja para a conferir e ajustar. São dificuldades que resultam da opção do legislador, para alguns autores, lamentavelmente, por um critério que mistura a culpa com a prevenção.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 290/2005

(Recurso Penal)

Data: 23/Fevereiro/2006

Recorrente: (A)

Objecto do Recurso: Sentença condenatória da 1ª Instância

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

(A) foi julgado no TJB e aí foi proferida a seguinte decisão:

*O arguido (A), é absolvido de um crime de emprego ilegal previsto pelo art. 16º, n.º 1 da lei n.º 6/2004; é **condenado pela prática de um crime de emprego ilegal previsto pelo mesmo artigo, na pena de 6 meses de prisão, suspendendo a sua execução por 2 anos, na condição de pagamento da quantia de MOP \$ 5,000 de indemnização ao governo da RAEM dentro de um mês.***

Não se conformando com essa condenação, vem interpor

recurso, alegando em síntese:

O ora Recorrente é primário e possui o restaurante XX aberto ao público há quase duas décadas, contudo, no dia 22/08/05, pelas “19h20min.”, três agentes da PSP detiveram a senhora (B) naquelas instalações.

O Restaurante XX possui, normalmente, cerca de 12 a 13 empregados a trabalhar todos os dias, com os respectivos contratos de trabalho regularizados e apresentam-se perante o público devidamente uniformizados, contudo, não foi investigado a seguinte matéria com relevância para os autos:

- a) A (B) cumpria um qualquer horário de trabalho;*
- b) Se a (B) desempenhava alguma função laboral específica ou prestava trabalho indiferenciado;*
- c) Se havia alguma razão para não se apresentar uniformizada, tal qual como todos os trabalhadores do Restaurante XX se apresentam;*
- d) Se as duas mil patacas que o ora Recorrente entregou à (B) foi a título de contraprestação laboral, se entregava com regularidade alguma quantia monetária a troco de trabalho prestado ou se, então, o dinheiro retro referido foi simples liberalidade feita uma familiar;*
- e) Se a (B) (sendo mãe de dois filhos de respectivamente 3 e 7 anos) tinha alguém que lhe tomasse conta dos filhos para aquela, então, poder prestar trabalho ao ora Recorrente;*
- f) Se (B) colocou a sua disponibilidade de trabalho a favor do Restaurante XX ou do ora Recorrente;*
- g) Se (B) cumpria ordens do ora Recorrente ou do seu manager (C) ou, então, se estava enquadrada num qualquer outro esquema organizativo do Restaurante XX.*

Em conclusão, dos autos meramente se retira que a (B) se encontrava a realizar actos materiais de trabalho sem que, contudo, se tivesse averiguado se tais actos materiais se enquadravam devidamente no conceito jurídico denominado “trabalho”.

Os actos de cortesia familiar que voluntariamente a (B) praticou, sem que alguém lhe tivesse solicitado para agir nesse sentido, não são juridicamente relevantes.

É conforme os canones da urbanidade as senhoras, em visita a qualquer casa, ter, nomeadamente, as seguintes condutas sociais:

- a) Ajudar a dona de casa a pôr e levantar a mesa;*
- b Trazer os cafés ou as bebidas alcoólicas para os maridos presentes ou para outros elementos do sexo masculino;*
- c) Ajudar a lavar a louça suja ou ajudar a pôr a louça na máquina*

A a (B) estando, de visita a familiares que eram donos de um restaurante, terá, então, achado natural perguntar a três clientes que tinham acabado de entrar o que queriam e, posteriormente, voltou para a cozinha.

O que terá acontecido, in concreto, foi a (B) ter configurado, na sua mente, uma similitude entre a casa dos familiares e o próprio restaurante onde ela acabara de tomar a sua refeição.

Os “actos reflexo-sociais” da (B) não são próprios só do sexo feminino pois que, no sexo masculino, também socialmente se praticam actos materiais de trabalho sem que, contudo, se possam qualificar tais actos como trabalho de um ponto de vista jurídico, por exemplo em visita a familiares, ou a amigos, os homens costumam adoptar as seguintes condutas sociais:

- a) Se algum amigo ou familiar está a efectuar trabalhos de carpintaria, é*

normal que o visitante vá entregando o material necessário ou que ajude a arrumar o material no fim do trabalho;

- b) Se algum amigo ou familiar está a efectuar trabalhos num pomar, é normal que o visitante ajude a carregar uma cesta, ou varejar uma árvore enquanto se vai conversando;*

Contudo, per se, tais actos materiais de autêntico trabalho não podem relevar juridicamente quer no campo do direito laboral quer no campo do direito criminal (no âmbito do emprego de clandestinos).

Não basta a observação de actos materialmente qualificáveis como trabalho, sem a respectiva investigação dos actos circunstanciais, sem a análise globalmente possível do acto nuclear de chamar clientes e lavar pratos, para, então, per se, enquadrar os mesmos como trabalho prestado no âmbito da lei nº6/2004.

Ressalvando o devido respeito por opinião contrária, parece que o Tribunal a quo ao ter concluído que tais trabalhos prestados por mera cortesia se enquadravam no conceito de trabalho p.p. na Lei Nº6/2004 não exerceu o seu poder-dever inquisitório que estava perfeitamente ao seu alcance, nomeadamente, interrogando todos os empregados do ora Recorrente.

Pois que a proceder o entendimento que qualquer trabalho prestado por mera cortesia social é enquadrável na Lei Nº6/2004 não pode, assim, um visitante da RAEM empurrar, vg, o carrinho da sua avó durante umas horas porquanto isto também é, per se, um autêntico trabalho.

O art.44º do CP deveria de ter sido interpretado pelo Tribunal a quo no sentido de substituir a pena de prisão por multa já que ressalta de simples elemento literal esse mesmo sentido, podendo tal ser vislumbrado no modo imperativo em que o comando surge: “...é substituído...”

O Tribunal a quo, salvo o devido respeito, não interpretou correctamente as al. a), b), e e), n.º 2 do art. 65.º do CP pois que não teve em devida em conta e, assim, aplicou a sanção mais gravosa da lei penal.

As al. a), b), e e), n.º 2 do art. 65.º do CP e do CP deveriam de ter sido interpretadas pelo Tribunal a quo no sentido de relevar o facto de em 18 anos de vida do Restaurante XX nunca ter praticado qualquer crime (nomeadamente o de emprego de trabalhadores clandestinos), a vertente subjectiva do ora Recorrente e a “execução” do crime em causa e, assim, ter usado de dosimetria diferente da efectivamente utilizada.

Nestes termos requer que o recurso seja julgado procedente e, alternativamente, anulado o julgamento a fim de se alcançar se os actos materiais efectivamente praticados pela (B) eram simples actos de cortesia social para com os seus familiares ou não e seja substituída a pena de prisão aplicada por pena de multa.

Responde a **Digna Magistrada do Ministério Público**, em síntese:

O recorrente entende que, ao recepcionar clientes no restaurante do recorrente, a conduta de (B) constitui uma ajuda de cortesia, em vez de ser considerado um trabalho.

Não se pode concordar com a opinião do recorrente. Segundo os factos provados, em primeiro lugar, pode-se ver que é no restaurante do recorrente que (B) foi descoberto, e a trabalhar, este é o lugar de trabalho do recorrente, em vez de lugar para relações sociais ou amistosas; em segundo lugar, (B) recepcionava clientes que

não conhecia e, segundo o recorrente, no seu restaurante, foram contratados 12 empregados, então, seria desnecessário que (B) recepcionasse clientes desconhecidos, mas (B) assim agiu porque este era o seu trabalho, ao mesmo tempo, os clientes vêm para receber serviços comerciais, em vez de ajuda de cortesia; em terceiro lugar, (B) começou a trabalhar a partir de novembro de 2003, e o seu trabalho durou um período bastante longo, de forma que não se trata de acto casual; por fim, o trabalho de (B) era remunerado, enquanto a ajuda de cortesia não é paga com dinheiro. Face aos factos, é claro que (B) trabalhava para o recorrente.

Os factos provados na sentença a quo são suficientes para a sentença condenatória, ou seja, o recorrente cometeu um crime de emprego ilegal (B) p. e p. pelo art. 16º, n.º 1 da Lei n.º 6/2004. Pelo exposto, não é verdade que existe a insuficiência para a decisão da matéria de facto provado, alegada pelo recorrente.

O recorrente entende que a sentença a quo não substitui a pena de prisão por multa, o que violou o art. 44º do Código Penal.

Segundo os dispostos na lei acima referida, não é obrigatório que a pena de prisão aplicada não superior a 6 meses seja substituída pela multa, pelo contrário, deve-se considerar a necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes.

Igualmente, quanto à determinação da medida da pena, o art. 65º, n.º 1 do Código Penal estipula que se deve considerar a necessidade das exigências de prevenção criminal.

O recorrente cometeu um crime de emprego ilegal, que prejudica directamente o meio de sobrevivência dos habitantes de baixa capacidade competitiva, conduzindo a situações de permanência ilegal, afectando, por longo período, o desenvolvimento saudável da sociedade. O recorrente gere um estabelecimento comercial com certa dimensão, e contratou (B) ilegalmente para trabalhar para ele,

esta conduta violou gravemente o disposto da lei. Perante tal conduta, o direito tem que reagir efectivamente, para não frustrar a esperança da gente relativa à segurança social garantida pela lei.

Quanto à determinação da medida da pena, a sentença a quo, nos termos dos artigos 40º e 65º do Código Penal, condenou o recorrente na pena de 6 meses de prisão, que não pode ser substituída pela multa, a tal decisão preenche o disposto da lei, especialmente em relação à necessidade de prevenção geral. Pelo exposto, não se verificou a violação da lei, como o recorrente alegou.

Além disso, o recorrente entende que a sentença a quo violou o disposto no art. 65º, n.º 2, alíneas a), b) e e), por ter ele gerido o restaurante durante os 18 anos sem nenhuma contratação ilegal.

Quanto às 3 alíneas do disposto da lei a que o recorrente se referiu, estas já foram consideradas na determinação da medida da pena na sentença a quo. Ademais, o recorrente disse que geria o restaurante durante os 18 anos sem nenhuma contratação ilegal, então, através deste detalhe e da dimensão do restaurante do recorrente, vê-se que o recorrente é empregador muito experiente, deve saber claramente a ilicitude da conduta de emprego ilegal e a sua influência à sociedade. Ao mesmo tempo, é de referir de que o recorrente começou a contratar (B) a partir de Novembro de 2003, já durou por um longo período até à descoberta do caso, portanto, mesmo que o recorrente alegasse a referida circunstância, não ajudaria a atenuar o grau de ilicitude e a necessidade de prevenção criminal.

Pelo exposto, entende que se deve julgar improcedente o recurso interposto pelo recorrente e manter a sentença do tribunal a quo.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu o **douto parecer** seguinte:

A douta sentença não enferma, obviamente, do alegado vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

O recorrente, ao invocá-lo, mais não faz, realmente, do que discordar do julgamento da matéria de facto feito na decisão recorrida, afrontando, flagrantemente, a regra da livre apreciação da prova consagrada no artº.114º do C. P. Penal.

E isso, como é sabido, não pode fazê-lo, sendo certo que os elementos constitutivos do crime por que foi condenado integram a factualidade dada como provada.

Não se vislumbra, assim, qualquer lacuna no apuramento da matéria de facto indispensável para a decisão de direito.

O arguido pretende, subsidiariamente, a substituição da pena de prisão por multa.

E, quanto a esta pretensão, cremos que lhe assiste razão.

Vejamos.

Nos termos do artº. 44º, n.º 1, do C. Penal, o Tribunal deverá substituir a pena de prisão não superior a 6 meses, "excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes".

A ressalva constante do comando em causa, entretanto, tem gerado algumas dúvidas.

Em 1963, no seio da Comissão Revisara do Projecto da Parte Geral do Código Penal, Eduardo Correia sustentou que essa ressalva se dirigia, exclusivamente, às finalidades de prevenção geral (cfr. acta da 21ª sessão).

Figueiredo Dias, por sua vez, face ao C. Penal de 1982, ponderava:

- o "critério de necessidade de execução da pena de prisão é, exclusivamente, **a profilaxia criminal**, na dupla vertente da influência concreta sobre o agente (prevenção especial de socialização) e da influência sobre a comunidade (prevenção geral de tutela do ordenamento jurídico); só quando, pelo menos, uma destas finalidades da pena o exigir, pode o tribunal ordenar a execução de uma pena de prisão não superior a 6 meses" (cfr. *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, 364).

Odete de Oliveira, já no âmbito de C. Penal de Portugal de 1995 – seguido de perto pelo C. Penal de Macau expende que "**só finalidades exclusivas de prevenção especial de socialização ...** poderão impor a execução de uma pena de prisão até 6 meses" (cfr. *Jornadas de Direito Criminal, C.E.J., II*, 70).

Fá-lo, cotejando o respectivo art.º 44º – substancialmente idêntico ao do C. Penal de Macau – com os antecedentes artigos 40º e 43º (cfr. *loc. cit.*).

Propendemos pela terceira – e mais recente perspectiva, na esteira, aliás, do entendimento já sufragado por este Tribunal (cfr. *Ac. de 6-3-2003, proc. n.º 219/2002*).

E, de acordo com a mesma, não se vislumbra obstáculo à pretendida substituição.

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Resulta da sentença recorrida, em termos de **factos** o seguinte

“Factos provados:

Em 22 de Agosto de 2005, pelas 19H20, por ordem do superior, os agentes do CPSP, FONG XX, n.º 32xxxx, e CHAN XX, n.º 12xxxx, na companhia de AO XX, agente da Direcção dos Serviços para os Assuntos Laborais, efectuaram uma investigação ao restaurante XX, sito na Rua do Padre António Roliz, n.º xx, suspeito de emprego ilegal. Após investigação, descobriram que (C) e (B) estavam a trabalhar respectivamente como cozinheiro e empregada neste restaurante, titulares dos Salvo-condutos de Deslocações para Hong Kong e Macau, n.º W025xxxxx e n.º W112xxxxx, válido até 21 de Junho de 2003 e até 4 de Novembro de 2005.

O arguido contratou (C) a trabalhar no seu restaurante a partir da 1ª dezena de Agosto de 2005, com salário mensal de MOP \$ 7500.

Na entrevista da contratação, (C) mostrou ao arguido um BIRM, n.º 1/xxxxx/7, portador: LEONG XX, mas o arguido não pediu-lhe entregar uma cópia do referido documento nem confirmou a autenticidade do documento.

O arguido contratou (B) para trabalhar no seu restaurante a partir de Novembro de 2005, com salário mensal de MOP \$ 2000.

O arguido tinha perfeito conhecimento de que (B) não tinha documento que lhe permitia trabalhar legalmente em Macau.

O arguido agiu livre, voluntária e conscientemente.

Bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

O arguido não confessou os factos.

Também foi provada a situação pessoal do arguido:

O arguido (A), habilitação académica de ensino secundário; proprietário do restaurante XX, com receita mensal de mais de MOP \$ 50,000, ficam a seu cargo os pais, a mulher e um filho.

Facto não provado: o arguido (A) tinha perfeito conhecimento de que foi falsificado o BIRM portado pelo (C), mas contratou-o para trabalhar no restaurante.

Segundo as declarações do arguido relativas aos factos constantes da acusação, os depoimentos prestados pelas testemunhas e as provas documentais constantes dos autos, o presente Tribunal formulou o juízo dos factos.

(...)”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

- **insuficiência de matéria de facto para a decisão proferida;**
- **medida concreta da pena.**

2. Sobre a **primeira daquelas questões** o recorrente sustenta que a conduta da pretensa trabalhadora se inseriu numa mera atitude de cortesia, pois estando a (B) de visita a familiares que eram donos de um restaurante terá, então, achado natural perguntar a três clientes que entraram o que queriam e, posteriormente, dirigir-se para a cozinha.

A sentença recorrida não terá levado em linha de conta com um conjunto de factos que infirma as conclusões tiradas no concernente ao trabalho ilegal.

Em boa verdade não se alcança exactamente o que o recorrente

pretende quando alega o vício relativo à insuficiência da matéria de facto.

Para que se verifique o vício da al. a) do n.º 2 do artigo 400º do CPP, no que se refere à insuficiência da matéria de facto provada indispensável à decisão de direito e não já à insuficiência da prova para a matéria de facto provada, - questão do âmbito da livre apreciação da prova (art. 114º do CPP), que é insindicável em reexame da matéria de direito -, é necessário que a matéria de facto se apresente como insuficiente para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária para uma decisão de direito.

Ocorre ainda o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando, no decurso da audiência, resulta fundada suspeita da verificação de factos relevantes e necessários para uma boa decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, mas não descritos na acusação ou na pronúncia, e que não importem uma alteração substancial dos factos descritos e o tribunal os não considera na sentença, não procedendo nos termos do art. 339.º, n.º 1 e 2 do Código de Processo Penal.

E no art.º 321º, n.º 1 do CPP prevê-se que “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”.

Temos assim três situações que se podem configurar em termos daquela insuficiência:

- Os factos provados não integram a previsão típica;
- Há factos alegados relevantes que ficaram por provar ou não

foram sequer objecto de prova;

- Há factos relevantes que resultam da discussão da causa que importaria provar e não foram investigados.

Ocorre ainda uma situação que se costuma confundir incorrectamente com a insuficiência de factos para a decisão e que é a insuficiência de provas para sustentar a decisão.

Qualquer destas situações pode inquinar a decisão que tenha sido tomada, mas todas elas hão-de resultar objectivamente dos próprios elementos dos autos.

Dizer tão somente que se não apurou isto ou aquilo e que se discorda das conclusões formuladas pelo julgador não basta. Abrir-se a porta com tal magnitude à possibilidade de anular um julgamento para permitir a investigação de factos que poderiam ter conduzido a outro resultado, teríamos que não mais um processo se podia considerar julgado. Tal princípio, o da investigação oficiosa de factos relevantes, tem os seus limites previstos na lei, estando condicionado pelo princípio da necessidade, pois é necessário que a diligência tenha de contribuir para a descoberta da verdade material e a boa decisão da causa e que a sua realização se apresente necessária e indispensável para aquele efeito.

A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada só ocorrerá quando, da factualidade vertida na dita decisão, se colher faltarem elementos que, podendo e devendo serem indagados ou descritos, impossibilitem, por sua ausência, um juízo seguro (de direito) de

condenação ou de não condenação.¹ Questão esta que se aparta ligeiramente da questão relativamente às provas que deviam ser carreadas e não o foram para demonstração dos factos alegados.

Ora, tanto numa situação como na outra - alegação de factos e provas - não esteve o arguido impedido ao longo do processo de alegar a factualidade pertinente e de carrear ou requerer a produção das provas que considerava indispensáveis.

Não se pode é ancorar numa posição fácil, após o julgamento, de que o caso devia ser melhor apurado.

No fundo, ainda aqui, o que recorrente pretende sindicar - o que não é ilegítimo, desde que ancorado em elementos objectivos, donde se alcance o erro ou a necessidade de apuramento de dados factos - a livre convicção do julgador consagrada no artigo 114º do CPP.

3. Da medida da pena.

Põe o recorrente em causa a sua dosimetria e escolha da pena concreta da pena.

Não está em questão a opção que se deve privilegiar da pena não detentiva em detrimento da pena detentiva. Esse é um princípio adquirido e integra o primado pelas preocupações de ressocialização e integração dos modernos Estados de Direito.

¹ - Ac. do STJ de 14/03/2002, proc. nº. 3261/01-5

Tal preocupação aparece nalgumas normas, desde logo no artigo 64º do CP estatui: “Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades de punição.”

Com tal critério orientador dá-se corpo, como assinala Robalo Cordeiro² a um dos pensamentos fundamentais do novo sistema punitivo, subjacente a este e «particularmente grato» ao autor do projecto do Código: o da reacção contra as penas institucionalizadas ou detentivas, por sua própria natureza lesivas do sentido ressocializador que deve presidir à execução das reacções penais.

A pena encontrada situou-se ao nível do primeiro quarto da moldura abstracta da pena.

No caso, o recorrente cometeu um crime de emprego ilegal, que prejudica directamente o próprio trabalhador, não obstante se pense que o beneficia, dada a precariedade das condições a que se tem de sujeitar, conduzindo a situações de permanência ilegal e afecta o desenvolvimento saudável e harmónico do mundo do trabalho e da economia.

O recorrente gere um estabelecimento comercial com certa dimensão e contratou (B) ilegalmente para trabalhar para ele.

Não confessou os factos, a sua formação académica e o facto de ser responsável por um restaurante prestigiado impõem-lhe uma maior censura, pese embora o seu passado sem antecedentes.

² Jornadas de Dto Criminal, CEJ, cit., pág. 238.

A pena encontrada não se afasta das penas que têm sido normalmente aplicadas em casos semelhantes e se bem que cada caso seja um caso, com a sua especificidade própria, não se pode esquecer uma ideia de justiça relativa e niveladora que os Tribunais devem estimular.

Sendo o grau de culpa o limite máximo da pena concreta, embora se possa configurar ainda uma pena diferente dentro de uma variação legalmente admissível, não se vê que aquele limite tenha sido ultrapassado, pelo que a dosimetria encontrada não será censurada.

No que concerne a substituição pela pena de multa não deixam de ser mui sapientes e oportunas as considerações explanadas pelo Senhor Procurador Adjunto, mas os contornos de cada caso nem sempre se encaixam na linearidade de uma dada interpretação jurídica, sendo por vezes as noções mais abrangentes as que melhor tutelam as situações a regular.

Deve acentuar-se que são diferentes os critérios dos artigos 64º e 44º, n.º 1 do CP; no primeiro a preferência pela pena não privativa da liberdade está subordinada à conclusão (positiva) de que a mesma realiza por forma acentuada e suficiente as finalidades da punição e no segundo a normal substituição da prisão por multa é apenas obstaculizada pela conclusão (de maior rigor) de que a prisão é exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes.³

Não importa aqui querelar sobre o tipo de prevenção ínsita no artigo 44º, n.º 1 do CP. Divergem os autores, sendo que para uns se trata

³ - Ac. STJ de 24/6/99, proc.99P520, <http://www.dgsi.pt>

de prevenção geral⁴, para outros prevenção especial, e ainda ambas para outros, conforme resulta do acima transcrito duto parecer do Exmo Senhor Procurador Adjunto.

A lei fala em prevenir o cometimento de futuros crimes e o que importa é projectar essa previsão no caso concreto. Ora o cometimento de futuros crimes tanto pode ser cometido pelo próprio arguido como por terceiros, donde parece que a lei contemplará as duas situações.

Mas diz-se que os fins de prevenção geral já estão previstos noutras normas respeitantes à aplicação da pena concreta, assim nos artigos 40º, 64º e 65º do CP. Ora, o que é importante é não valorar duplamente em momentos diversos o mesmo factor a não ser que a sua incidência respeite a uma realidade diversa. Depois, não há um critério rígido de aplicação matemática ou computadorizada de uma pena concreta. Onde o processo lógico de determinação da medida concreta, embora deva respeitar determinadas fases que resultam da própria descrição normativa há-de corresponder a um esforço de aferição constante, indo à frente e atrás nesse processo de forma a proceder aos ajustamentos necessários. Assim, embora o juízo sobre a suspensão venha a seguir à escolha e medida da pena concreta, a sua aplicação, por mais que se não queira, não deixará de ser balanceada com a pena primeiramente escolhida, nem que seja para a conferir e ajustar. São dificuldades que resultam da opção do legislador, para alguns autores, lamentavelmente, por um critério

⁴ - Leal Henriques e Simas santos, CPM, Anot., 124

que mistura a culpa com a prevenção.⁵

Neste condicionalismo afigura-se não ser censurável que o julgador tenha optado por uma pena de prisão que não substituiu por multa, tendo em vista a preocupação de que este crime não seja cometido, quer pelo arguido, quer por terceiros, sendo que se trata de um crime com uma grande expressão e que a conjuntura social, profissional e económica, quer do arguido, quer da sociedade, propicia, em que a multa, por vezes, não é bastante para desmotivar o seu cometimento, dadas as vantagens e necessidades que rodeiam a sua prática, não sendo de esquecer, que atendendo a uma outra perspectiva, a pena, no caso, foi suspensa na sua execução com a condição de pagamento de uma dada quantia à RAEM.

Tudo visto e ponderado, decidir-se-á pela manutenção do julgado.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, com a taxa que se fixa em 8 UCs.

⁵ - Figueiredo Dias, Dto Penal I, 2004, 264

Macau, 23 de Fevereiro de 2006,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Choi Mou Pan – Lai Kin Hong