

Processo n.º 35/2011.

Recurso jurisdicional em matéria penal.

Recorrentes: A e B.

Recorrido: Ministério Público.

Assunto: Medida da pena. Conhecimento oficioso. Recurso para o Tribunal de Última Instância.

Data do Acórdão: 28 de Setembro de 2011.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e Lai Kin Hong.

SUMÁRIO:

I - Ao Tribunal de Última de Instância, como Tribunal especialmente vocacionado para controlar a boa aplicação do Direito, não cabe imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, desde que não tenham sido violadas vinculações legais – como por exemplo, a dos limites da penalidade – ou regras da experiência, nem a medida da pena encontrada se revele completamente desproporcionada.

II - Isto é, quando está em causa a dosimetria da pena criminal, não cabe ao Tribunal de Última de Instância averiguar se a pena aplicada pelo Tribunal de Segunda Instância teria sido aquela que o TUI aplicaria se julgasse em primeira ou em segunda instâncias.

III – As questões atinentes à medida concreta da pena, em recurso, não são de

conhecimento oficioso do tribunal.

O Relator

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório

O Tribunal Colectivo do **Tribunal Judicial de Base**, por Acórdão de 10 de Março de 2011, condenou os arguidos **A** e **B**, pela prática, em autoria material e na forma consumada de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punível pelo artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009, nas penas de 7 (sete) anos de prisão.

O **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), por Acórdão de 9 de Junho de 2011, negou provimento aos recursos interpostos pelos arguidos.

Ainda inconformado, recorrem os arguidos para este **Tribunal de Última Instância** (TUI)

O arguido **A** termina com as seguintes conclusões:

1. De acordo com os factos dados por provados, o recorrente não tem antecedentes criminais em Macau, ou seja, é delinquente primário. Devia este facto ser levado em consideração aquando da determinação da pena concreta, e com base na qual, ser proferida uma decisão mais favorável ao arguido. No entanto, o tribunal recorrido não o considerou.

2. Em termos de escolha de penas, o tribunal deve seguir o critério fixado no artigo 64.º do CPM, isto é, dar preferência à pena não privativa de liberdade sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

3. Por outro lado, o tribunal deve atenuar especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena (artigo 66.º, n.º 1 do CPM).

4. E ao abrigo do artigo 66.º, n.º 2, alínea c) do CPM, “*ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados*” é uma das circunstâncias de atenuação especial da pena que o tribunal deve ter em linha de conta.

5. *In casu*, o recorrente é delinquente primário, tendo confessado em audiência os factos acusados e revelado arrependimento, pelo que, a pena aplicada deve ser especialmente atenuada. Porém, o tribunal recorrido negligenciou o disposto no artigo 66.º, n.º 1, e n.º 2, alínea c) do CPM, verificando-se assim violação de lei.

6. Entende o tribunal recorrido que o recorrente não confessou todos os factos em audiência realizada no Tribunal Judicial de Base uma vez que ele afirmou que o 2.º arguido não estava relacionado com o assunto, motivo pelo qual, entende que o recorrente não mostrou arrependimento sincero.

7. Porém, é inegável que, relativamente aos factos imputados a ele próprio, o recorrente realmente já fez confissão – isto segundo o conteúdo de um parágrafo da p. 6 do acórdão do Tribunal Judicial de Base, onde se diz “o recorrente confessou a prática dos factos acusados” – o que mostrou, em certa medida, o arrependimento sincero do recorrente. Por outro lado, e repete-se, o recorrente é delinquente primário, pelo que o tribunal devia conceder atenuação especial da penal ao recorrente nos termos do artigo 66.º, n.ºs 1 e 2, alínea c) do CPM.

8. Mesmo que o tribunal *ad quem* entenda que o recorrente não reúne os requisitos de atenuação especial de pena, isto não impede a aplicação do artigo 65.º do CPM, isto é, disposição sobre a atenuação geral.

9. Relativamente à quantidade total de estupefacientes traficados provada, atendendo à entrada em vigor de nova lei de estupefacientes, e às penas determinadas nas causas da natureza idêntica ou semelhante, a pena aplicada ao recorrente é realmente excessiva, devendo ser atenuada. Isto também é posição adoptada pelo 2.º juiz-adjunto no acórdão recorrido.

10. Assim sendo, solicita-se ao Tribunal *ad quem* que, nos termos do artigo 65.º do CPM, tendo em conta o facto de o recorrente ser primário, de ter confessado os factos acusados e de ter mostrado arrependimento sincero, bem como a quantidade de estupefacientes traficados, aplique a ele uma pena mais atenuada.

O arguido **B** termina com as seguintes conclusões:

1. O presente recurso tem por seu objecto o acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 9 de Junho de 2011, proferido no âmbito do processo penal n.º 274/2011, o qual negou provimento ao recurso interposto pelo recorrente. Por sua vez, o recurso julgado improcedente pelo referido acórdão do Tribunal de Segunda Instância tem por seu objecto o acórdão do Juízo Criminal do TJB de 10 de Março de 2011, proferido no âmbito do processo n.º CR3-10-182-PCC, o qual condenou o recorrente na pena de prisão efectiva de 7 anos pelo cometimento em co-autoria material e na forma consumada de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas previsto e punível pelo artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009.

2. Ora, o recorrente está inconformado com a decisão do Tribunal de Segunda Instância, o qual julgou improcedente o recurso interposto pelo recorrente mantendo a pena determinada pelo Juízo Criminal do TJB.

3. A moldura penal prevista no artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009 é de 3 a 15 anos. Atendendo a que o limite mínimo da moldura é de 3 anos, a pena aplicada já não é ligeira. Portanto, na correcta aplicação dos preceitos legais, só quando houver factos ou motivos mais suficientes é que poderá ser aplicada uma pena mais elevada. Até deve entender que, seria mais razoável que a pena de prisão igual ou superior a 7 anos fosse aplicada nos casos mais severos.

4. Sabe-se através da prática jurídica que normalmente a determinação de pena para os crimes de tráfico de estupefacientes faz-se através da quantidade de estupefacientes encontrados. E, consta da página 3 do acórdão do Tribunal de Segunda Instância o seguinte conteúdo:

“....

Submetidos a exame laboratorial, verificou-se que os referidos 14 pacotes de cristal continham elemento de metanfetamina, substância essa abrangida pela Tabela II-B da Lei n.º 17/2009, com peso líquido de 5,198 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a metanfetamina corresponde a 76,54%, no peso de 3,979 gramas); e os referidos comprimidos brancos continham elemento de heroína, substância essa abrangida pela Tabela I-A da mesma Lei, com peso líquido de 0,386 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a heroína corresponde a 83,05%, no peso de 0,321 gramas).

....

Submetidos a exame laboratorial, verificou-se que os referidos 2 pacotes de cristal continham elemento de metanfetamina, substância essa abrangida pela Tabela II-B da Lei n.º 17/2009, com peso líquido de 14,547 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a metanfetamina contida num dos pacotes corresponde a 82,83%, no peso de 11,857 gramas, e a contida noutra pacote corresponde a 87,76%, no peso de 0,204 gramas); e os referidos comprimidos brancos continham elemento de heroína, substância essa

abrangida pela Tabela I-A da mesma Lei, com peso líquido de 0,519 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a heroína corresponde a 82,77%, no peso de 0,430 gramas).

....”

5. Isto é, após análise quantitativa, verificou-se que a metanfetamina tem o peso líquido total de 16,04gramas (3,979g+11,857g+0,204g), e a heroína tem o peso líquido total de 0,751gramas (0,321g+0,430g). O Tribunal de Segunda Instância manteve a pena determinada pelo TJB meramente com base no peso líquido acima referido, razão pela qual o recorrente entende ser excessiva a respectiva pena.

6. Por outro lado, deve ter em linha de conta que o recorrente é delinquente primário. Acresce que, tal como referiu o recorrente na petição de recurso para o Tribunal de Segunda Instância, ele próprio também consumia estupefacientes, e é muito provável que ele tenha disponibilizado uma parte de estupefacientes em causa para consumo próprio, facto esse que afectará a quantidade de estupefacientes traficados.

7. No entanto, no acórdão da 1.^a instância, o Juízo Criminal do TJB, ao determinar a pena concreta, fez aplicação de lei partindo duma perspectiva mais rigorosa. Portanto, este acórdão não logrou reflectir o respectivo espírito legislativo. Ponderada as circunstâncias do caso concreto, e tendo em linha de conta o disposto nos artigos 40.º e 65.º do CPM e no artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009, ao recorrente devia ser aplicada uma pena mais ligeira,

só assim é que seria concretizado o princípio de adequação da pena.

8. Com os factos e fundamentos acima referenciados, estão preenchidos os fundamentos de recurso previstos no n.º 1 do artigo 400.º.

9. Solicita-se ao Tribunal de Última Instância que se digne anular o acórdão do Tribunal de Segunda Instância, e em consequência disto, aplicar ao recorrente uma pena mais ligeira ao abrigo dos artigos 40.º e 65.º do CPM, e julgar procedente o presente recurso.

Na resposta à motivação do recurso a **Ex.ª Procuradora-Adjunta** defendeu que deve ser negado provimento aos recursos, sendo que não deve ser conhecida uma questão nova, suscitada pelo 2.º arguido apenas neste recurso, relativa à medida da pena.

No seu parecer, a **Ex.ª Procuradora-Adjunta** manteve a posição já assumida na resposta à motivação.

II – Os factos

As instâncias consideraram provados os seguintes factos:

No dia 31 de Maio de 2010, pelas 22h45, nas proximidades da Casa Mortuária Kiang Wu, sita na Avenida do Almirante Lacerda, agentes da PJ interceptaram os arguidos A e B, e

levaram-no a um abrigo perto dali para fazer uma busca.

Os agentes da PJ encontraram no bolso esquerdo da frente das calças do arguido A um saco plástico transparente, no interior do qual havia 14 pacotes de cristal de cor branca, metidos em sacos plásticos transparentes, um saco plástico transparente (dentro do qual havia um pacote de comprimidos brancos embrulhado por um papel plástico de cor branca), dois sacos plásticos e um telemóvel; e na posse do arguido B, dois telemóveis, dinheiro em numerário no valor de HKD 2.000 e MOP 2.000, e três chaves (v. os autos de apreensão const. de fls. 8 e 12).

Submetidos a exame laboratorial, verificou-se que os referidos 14 pacotes de cristal continham elemento de metanfetamina, substância essa abrangida pela Tabela II-B da Lei n.º 17/2009, com peso líquido de 5,198 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a metanfetamina corresponde a 76,54%, no peso de 3,979 gramas); e os referidos comprimidos brancos continham elemento de heroína, substância essa abrangida pela Tabela I-A da mesma Lei, com peso líquido de 0,386 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a heroína corresponde a 83,05%, no peso de 0,321 gramas).

Às 23h30 do mesmo dia, os agentes da PJ seguiram os arguidos A e B até à fracção sito no [Endereço (1)], que é a casa arrendada deles, e encontraram, no andar de cima da cama-beliche uma balança electrónica de cor preta (com caracteres “POCKET SCALE” imprimidos nela), um saco plástico transparente, no interior do qual havia 69 saquinhos plásticos transparentes e um pacote de cristal; na cama de casal do mesmo quarto de dormir,

uma balança electrónica de cor verde; e, debaixo da referida cama de casal, um saco plástico transparente, no interior do qual havia certa quantidade de cristal e dois comprimidos brancos (v. o auto de apreensão const. de fls. 16-17).

Submetidos a exame laboratorial, verificou-se que os referidos 2 pacotes de cristal continham elemento de metanfetamina, substância essa abrangida pela Tabela II-B da Lei n.º 17/2009, com peso líquido de 14,547 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a metanfetamina contida num dos pacotes corresponde a 82,83%, no peso de 11,857 gramas, e a contida noutra pacote corresponde a 87,76%, no peso de 0,204 gramas); e os referidos comprimidos brancos continham elemento de heroína, substância essa abrangida pela Tabela I-A da mesma Lei, com peso líquido de 0,519 gramas (de acordo com análise de métodos quantitativos, a heroína corresponde a 82,77%, no peso de 0,430 gramas).

Todos os estupefacientes foram adquiridos pelos arguidos A e B junto de um indivíduo de identidade desconhecida, com a intenção de os vender a terceiro.

O dinheiro em numerário encontrado na posse do arguido B é a quantia obtida pelos dois arguidos através da prática de tráfico de estupefacientes.

As balanças electrónicas de cor preta e verde, e os sacos plásticos são instrumentos que os dois arguidos utilizavam para pesar e embalar os estupefacientes.

Os dois arguidos A e B agiram de forma livre, voluntária, consciente, e em dolo

colectivo.

Os dois arguidos A e B bem sabiam da natureza e das características dos estupefacientes.

Os dois arguidos A e B bem sabiam que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

As condutas acima referidas dos dois arguidos A e B não eram permitidas por qualquer lei.

De acordo com os CRC dos dois arguidos, nenhum deles tem antecedentes criminais em Macau.

O 1.º arguido declarou que antes de ser preso, ele era desempregado, e que antes de ficar desempregado, trabalhava como empregado de lavagem de veículos, auferindo um rendimento de RMB 600 mensais, e tendo os seus pais a seu cargo. Tem o ensino secundário geral como a sua habitação académica.

O 2.º arguido declarou que antes de ser preso, trabalhava numa ferraria, auferindo um rendimento de RMB 1.600 mensais, e tendo os seus pais e a sua irmã mais jovem a seu cargo. Tem o 1.º ano do ensino secundário geral como a sua habitação académica.

III - O Direito

1. As questões a resolver. Questões novas.

As questões suscitadas pelo 1.º arguido e que há que conhecer são as de saber se deveria ter beneficiado de atenuação especial da pena e se o Acórdão recorrido aplicou ao recorrente uma pena demasiado pesada pela prática do crime de tráfico de estupefacientes.

O 2.º arguido no recurso para o TSI suscitou duas questões:

- Erro notório na apreciação da prova:

- Erro de direito consistente em ter sido condenado como autor, quando os factos apontam para que a sua participação fosse a de mero cúmplice.

No recurso para o TUI abandonou tais questões e suscitou outras duas novas:

- Que, sendo consumidor de estupefacientes, parte dos produtos apreendidos seriam para consumo próprio, o que reduziria a quantidade de estupefaciente traficada;

- A pena concreta é demasiado pesada, pelo que deve ser reduzida.

Salvo matéria de conhecimento oficioso, o recurso para o TUI tem por objecto o Acórdão recorrido, do TSI. Por isso, com aquela ressalva, o recurso não visa apreciar questões novas.

Ora, as questões suscitadas pelo 2.º arguido neste recurso são novas e não são de conhecimento oficioso, pelo que delas não cabe conhecer. Além de que a primeira questão

suscita impugnação relativa a matéria de facto, que está fora do poder cognitivo deste Tribunal (art. 47.º, n.º 2, da Lei de Bases da Organização Judiciária).

Impõe-se, assim, a rejeição do recurso do arguido B, por ser manifestamente improcedente.

2. Atenuação especial da pena

O arguido A pretende a atenuação especial da pena. Mas os factos provados não apontam para o circunstancialismo exigido para tal atenuação, que é o de “ ... existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena” (artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal).

É certo que o arguido era primário e que confessou a sua participação nos factos. Mas não colaborou activamente com o Tribunal na descoberta da verdade, tendo procurado ilibar o co-arguido, contra o que se provou na audiência de julgamento.

Por outro lado, actuou em comparticipação, o que agrava a ilicitude do facto e a culpa do agente.

Não se vislumbra, também, ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero, como alegou o arguido.

É pouco, pois, para obter a atenuação especial da pena.

3. Medida da pena

Quanto à questão suscitada a propósito da medida da pena este Tribunal tem entendido que “Ao Tribunal de Última de Instância, como Tribunal especialmente vocacionado para controlar a boa aplicação do Direito, não cabe imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, desde que não tenham sido violadas vinculações legais – como por exemplo, a dos limites da penalidade – ou regras da experiência, nem a medida da pena encontrada se revele completamente desproporcionada” (Acórdãos de 23 de Janeiro e 19 de Setembro de 2008 e 29 de Abril de 2009, respectivamente, nos Processos n. ^{os} 29/2008, 57/2007 e 11/2009).

Isto é, quando está em causa a medida concreta da pena, não cabe a este Tribunal averiguar se a pena criminal aplicada pelo TSI teria sido aquela que o TUI aplicaria se julgasse em primeira ou em segunda instâncias.

No caso dos autos, em que o TUI intervém em terceiro grau de jurisdição, ponderando a sua posição no sistema judiciário e à competência visando sobretudo a correcção da aplicação do Direito, não lhe cabe apreciar a dosimetria concreta da pena, a menos que ela se mostre completamente desajustada, ou seja, quando a mesma seja de todo desproporcionada face aos factos.

É que a aplicação da pena contém alguma discricionariedade judicial, entendida esta como a actividade do tribunal que não se esgota com a mera subsunção silogístico-formal, que não se compadece com o controlo que os sistemas judiciários e processuais semelhantes, neste aspecto, ao de Macau, atribuem aos tribunais supremos.¹

Outrossim, cabe ao TUI sindicar a violação de regras de direito ou de experiência na aplicação da pena.

No caso dos autos não foi alegada qualquer violação de vinculação legal ou de regras da experiência.

Por outro lado, a pena aplicada não se mostra desproporcionada, tendo em atenção os factos provados.

É, pois, o recurso manifestamente improcedente.

Impõe-se, portanto, a rejeição do recurso (artigo 410.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).

IV – Decisão

¹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2.ª reimpressão, 2009, p. 194 e 197, citando MAURACH/ZIPF, quanto à segunda asserção.

Face ao expendido, rejeitam os recursos.

Custas pelos recorrentes, fixando a taxa de justiça em 2 UC, suportando, cada um, ainda, a quantia de MOP\$2.000,00 (duas mil patacas), nos termos do n.º 4 do artigo 410.º do Código de Processo Penal.

Fixam os honorários dos defensores dos arguidos em mil patacas.

Macau, 28 de Setembro de 2011.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Sam Hou Fai –

Lai Kin Hong