

Processo n.º 50/2005

(Recurso Penal)

Data: 9/Junho/2005

Assuntos:

- Medida da pena

SUMÁRIO:

1. Na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau, no seu artigo 65º, a *teoria da margem da liberdade*, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.

2. Tal “liberdade” atribuída ao julgador na determinação da medida da pena não constitui arbitrariedade, sendo antes, uma actividade judicial juridicamente vinculada, uma verdadeira aplicação de direito.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 50/2005

(Recurso Penal)

Data: 9/Junho/2005

Recorrente: Ministério Público

Objecto do Recurso: Sentença condenatória da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

O Digno Magistrado do Ministério Público, não se conformando com a sentença condenatória em 4 meses de prisão e multa de MOP\$5.000,00, tendo sido a pena de prisão suspensa por um período de 18 meses, sentença proferida nos autos de processo sumário, em que respondeu a arguida **A**, acusada da prática de um crime de tráfico de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, dela vem interpor o presente recurso.

Para tanto, alega, fundamentalmente e em síntese:

No decurso da audiência de julgamento, dada a negação da arguida de que os produtos estupefacientes encontrados na posse dela eram destinados para consumo pessoal, resultou fundada suspeita da prática pela arguida de um crime de tráfico de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M (por o produto em causa se tratar de substância compreendida na tabela II-A).

Como tal convolação implica a aplicação de penalidade mais elevada, para salvaguardar o contraditório da arguida, foi dada comunicação tanto ao Ministério Público, como também à arguida e à sua defensora, prescindindo todos do tempo para a preparação da defesa.

Realizado o julgamento, foi a arguida condenada pela prática de um crime de detenção de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, decretando-lhe o Tribunal a pena de 4 meses de prisão e na multa de 5,000 (cinco mil) patacas, suspensa a execução de pena de prisão por um período de 18 meses, suspensão essa não aplicável à multa condenada.

Não se pode concordar com a pena concretamente aplicada à arguida nos presentes autos, dado que a moldura abstracta prevista no n.º 1 do art. 9º do Decreto-Lei n.º 5/91/M é a de pena de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2,000,00 a 225,000,00 patacas.

Na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu artigo 65º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros

fins das penas dentro destes limites.

Tal “liberdade” atribuída ao julgador na determinação da medida da pena não constitui arbitrariedade, sendo antes, uma “actividade judicial juridicamente vinculada”, uma “verdadeira aplicação de direito”.

In casu, não se verifica nenhuma circunstância atenuante nem outros motivos relevantes de natureza idêntica legalmente previstos e aplicáveis ao caso.

Assim, manifesto é que a pena de prisão aplicada à arguida é inferior ao limite mínimo previsto no n.º 1 do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, assim, não corresponde ao que exigido pela norma em causa.

Violou, assim, a douta Sentença o disposto no n.º 1 do art. 9º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, no art. 1º do CPM (Princípio da legalidade), bem como no n.º 1 do art. 65º do CPM.

Termos em que entende que se deve julgar procedente o recurso interposto pelo Ministério Público, anulando a decisão recorrida respeitante à pena de 4 meses de prisão aplicada à arguida pela prática de um crime p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, substituindo-se a pena pela condenação de uma outra pena dentro da moldura prevista no n.º 1 do art. 9º e que seja adequada ao caso e, em consequência, substituindo também o período de suspensão de pena caso se entenda necessário.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu douto parecer,

alegando fundamentalmente:

A decisão em questão terá ficado a dever-se, aliás, a um mero lapso da Ilustre Julgadora.

Da motivação e respectivas conclusões decorre que está em causa, apenas, a medida concreta da pena de prisão imposta à arguida.

As balizas da tarefa da fixação da pena estão desenhadas no art. 65º, n.º 1, do C. Penal, tendo como pano de fundo a “culpa do agente” e as “exigências de prevenção criminal”.

A quantificação da culpa e a intensidade das razões de prevenção têm de determinar-se, naturalmente, através de “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele ...” (cfr. citado art. 65º, n.º 2).

E, das circunstâncias averiguadas, há que destacar, em especial, a confissão da arguida - nos termos constantes da acta - bem como a reduzida quantidade de droga que a mesma detinha.

Tudo ponderado, enfim, afigura-se-nos justa e equilibrada uma pena situada no limite mínimo abstracto ou um pouco acima desse limite.

E, quanto ao mais, atenta a delimitação da impugnação, deverá manter-se a decisão recorrida.

Deve, pelo exposto, concluir, ser concedido provimento ao recurso.

II – FACTOS

Com pertinência, resulta dos autos o seguinte:

Na audiência de julgamento, no processo sumário n.º PSM-107-04-6, a arguida negou que os produtos estupefacientes encontrados na posse dela eram destinados para consumo pessoal e do decurso da audiência resultar fundada suspeita da prática pela arguida de um crime de detenção de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei dado que o produto em causa se trata de substância compreendida na tabela II-A.

E, por conseguinte, procedeu o Tribunal a uma convocação do crime imputado à arguida para o p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Realizado o julgamento, foi a arguida condenada pela prática de um crime de detenção de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, decretando-lhe o Tribunal a pena de 4 meses de prisão e na multa de 5,000 (cinco mil) patacas, suspensa a execução de pena de prisão por um período de 18 meses, suspensão essa não aplicável à multa.

Naquela audiência, o Ministério Público nos termos do n.º 3 do art.º 370.º do Código de Processo Penal, procedeu à leitura dos autos de notícia elaborada pela autoridade, acusando a arguida de ter cometido, em autoria material e na forma deliberada e consumada, um crime de **detenção ilícita de substâncias para consumo pessoal** p. e p. pela alínea a) do art.º 23.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M e punível com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa de MOP\$500,00 a \$10.000,00.

É do seguinte teor a sentença proferida:

“O Ministério Público acusou a arguida A da prática, em autoria material e

na forma deliberada e consumada, de um crime de **detenção de quantidades diminutas** p. e p. pelo n.º 1 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Factos:

O presente Tribunal, depois da audiência pública, apurou todos os factos constantes do auto de notícia, sobretudo:

Em 25 de Novembro de 2004, pelas 15H30, quando a arguida A, vinda de Zhuhai para Macau, passava pelas Portas de Cerco, os agentes alfandegários encontraram na bagagem de mão da arguida um comprimido da cor laranja e dois comprimidos da cor roxa suspeitos de serem “ecstasy”. Após o exame laboratorial, comprovou-se que os objectos contêm MDMA, substância abrangida pela Tabela II-A anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, respectivamente com peso de 0,344g (um comprimido da cor laranja) e de 0,213g (dois comprimidos da cor roxa) (cfr. fls.16 dos autos).

A arguida sabia bem a natureza do comprimido supracitado e tinha conhecimento de que a substância era abrangida pela lei de Macau.

A arguida agiu voluntária, livre e conscientemente, tinha conhecimento perfeito de que sua conduta era proibida por lei.

Entretanto, ainda foram comprovadas as condições da arguida pela seguinte forma:

A arguida A, empregada de restaurante, auferia mensalmente um rendimento no montante de MOP\$1.300,00, não tem nenhuma pessoa a seu cargo.

Habilitações literárias da arguida: 3º ano do curso geral liceal completo.

Factos não provados:

A arguida deteve a substância supracitada para consumo pessoal. Sintetizadas as declarações prestada pela arguida e as provas documentais constantes

dos autos, o presente Tribunal confirmou os factos supracitados.

Fundamentação da decisão:

*Segundo os factos provados acima referidos, o presente Tribunal entende que a arguida A cometeu, em autoria material e na forma deliberada e consumada, um crime de **detenção de quantidades diminutas p. e p.** pelo n.º 1 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.*

Na determinação da medida da pena, nos termos dos artigos 40º e 65º do Código Penal de Macau, o Tribunal deve considerar a culpa da arguida e das exigências de prevenção criminal, bem como o grau de ilicitude do acto, o modo de execução deste e a gravidade da sua consequência, a intensidade do dolo ou da negligência, os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram, as condições pessoais da arguida e a sua situação económica, a conduta anterior ao facto e posterior a este. No presente processo, o grau de ilicitude do acto é de nível médio e a gravidade da sua consequência não é alta, a intensidade do dolo é normal, a arguida é primária.

*Tendo em consideração os factos supracitados, este Tribunal considera ser o mais adequado que a arguida seja condenada **na pena de 4 meses de prisão e MOP\$5.000,00 de multas** pela prática de um crime de **detenção de quantidades diminutas p. e p.** pelo n.º 1 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.*

*Tendo em consideração a conduta anterior e posterior ao facto, as circunstâncias do crime da arguida, particularmente de acordo com o registo do crime do último Certificado do Registo Criminal da arguida e o tempo de prática; este Tribunal considera que a execução da suspensão da pena basta para impedir o crime a fim de poder realizar a finalidade de punição (art.º 48.º do Código Penal de Macau). Por isso, autoriza-se a **suspensão da execução da pena supracitada pelo***

período de 18 meses; a suspensão da execução da pena não é aplicável à pena de multa. Sentença:

Pelo exposto, o presente Tribunal vem, nos termos do art.ºs 353.º, 355.º e 356.º do Código de Processo Penal proferir a seguinte sentença:

*A arguida A, cometeu um crime de **detenção de drogas para consumo pessoal**, pelo que é condenada na pena de **4 meses de prisão e MOP\$5.000,00 de multa**.*

*Nos termos do art.º 48.º do Código Penal de Macau, **suspende-se a execução da pena por um período de 18 meses** (a suspensão da execução de pena não é aplicável à multa).*

Condena a arguida ao pagamento da quantia de quinhentas patacas a favor do Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância, destinada à protecção das vítimas de crimes violentos (n.º2 do art.º 24.º da Lei n.º 6/98/M de 17 de Agosto de 1998). de taxa de justiça e nas custas do processo.

Condena ainda a arguida em 3/4 UC (trezentas e setenta e cinco patacas)

Cabe ainda à arguida a quantia de cem patacas a título de honorários ao defensor, uma vez que a arguida não é residente de Macau, pelo que o Gabinete do Presidente do Tribunal da Última Instância pagará previamente tal quantia.

Ordena-se a libertação da arguida.

Preencha o Certidão do Registo Criminal e remeta-o à Direcção dos Serviços de Identificação.

Depois da confirmação da presente sentença, nos termos do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, notifique.

Depois da confirmação da presente sentença, proceda oportunamente à confiscação e destruição das drogas apreendidas (art.º 33.º do Decreto-Lei n.º

5/91/M).”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa tão somente pela análise da questão relativa à medida concreta da pena de prisão imposta à arguida.

No processo sumário em que a arguida A era acusada da prática de um crime de detenção ilícita de produto estupefaciente para consumo próprio, p. e p. pelo art. 23º, al. a) do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, operou-se a convolação do crime que lhe era imputado para um crime de detenção de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei, considerando que se tratava de substância compreendida na tabela II-A.

Procedeu-se em conformidade com as regras processuais que tal convolação implica, nomeadamente, a salvaguarda do direito de defesa e contraditório por parte da arguida.

Realizado o julgamento, foi a arguida condenada pela prática de um crime de detenção de quantidade diminuta de produto estupefaciente, p. e p. pelo art. 9º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, aplicando-lhe o Tribunal *a pena de 4 meses de prisão e a multa de 5,000 (cinco mil) patacas, sendo suspensa a execução de pena de prisão por um período de 18 meses, suspensão essa não aplicável à multa.*

A Digna Magistrada do MP não concorda com tal pena e dela recorre.

Com razão.

2. Prevê o n.º 1 do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 5/91/M o seguinte:

“(Tráfico de quantidades diminutas)

1. Se os actos referidos no artigo anterior tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

2. Se se tratar de substâncias ou preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão até 1 ano e multa de 1 000 a 75 000 patacas.

3. Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente.

4. Ouvidos os Serviços de Saúde, o Governador (ora, Chefe do Executivo), mediante Decreto-Lei, poderá concretizar para cada uma das substâncias e produtos, mais correntes no tráfico, a quantidade diminuta, para efeitos do disposto no presente artigo.

5. A concretização a que se refere o número anterior será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.”

Conforme o disposto no n.º 1 da norma em causa, a moldura abstracta é de pena de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2,000,00 a 225,000,00 patacas.

O n.º 1 do artigo 65º do Código Penal (CP) preceitua que “a

determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal”, donde resulta que o juiz está obrigado a situar-se dentro dos limites definidos pela lei, a não ser que ocorra motivo para alguma atenuação especial, situação que não foi sequer equacionada. E sempre dentro da moldura abstracta, estabelecer-se-á o máximo constituído pelo ponto mais alto consentido pela culpa do agente e o mínimo que resulta do “quantum” da pena imprescindível à tutela dos bens jurídicos e expectativas comunitárias (“moldura de prevenção”). Será dentro desta moldura de prevenção que irão actuar as considerações de prevenção especial (função de socialização, advertência individual ou segurança)^{1 2}. Quanto à quantificação do montante da pena, o n.º 2 do artigo 65º do C. Penal aponta o caminho ao estabelecer que “*na determinação da medida da pena o Tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele*”. E concretiza nas alíneas seguintes, exemplificativamente, algumas dessas circunstâncias. Será de considerar nomeadamente:

”a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

¹ Figueiredo Dias in Dto. Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime, ob. Cit., pág. 238 e 242.

² Ac. STJ de 24/02/88, BMJ 374/229.

- b) A intensidade do dolo ou da negligência;*
- c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;*
- d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;*
- e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;*
- f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.”.*

3. Como diz a Digna Magistrada da MP, na «determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu artigo 65º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.

Tal “liberdade” atribuída ao julgador na determinação da medida da pena não constitui arbitrariedade, sendo antes, uma “actividade judicial juridicamente vinculada”, uma “verdadeira aplicação de direito”»³

Verificando-se que a pena de prisão aplicada à arguida é inferior ao limite mínimo previsto no n.º 1 do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 5/91/M e não ocorrendo qualquer razão que justifique qualquer atenuação especial da pena, esta não pode deixar de se reconduzir aos seus limites

³ Ac. do TSI, Proc. n.º 246/2003, 13 de Novembro de 2003.

legais.

Nesta conformidade e vistos os critérios acima indicados, da factualidade apurada, ponderados ainda os factores relativos à formação escolar da arguida indicativos da sua capacidade de determinação, sua situação económica, profissional e familiar, reveladores da sua integração social, destacando-se a confissão da arguida, tal como da acta consta, sua primariedade em termos de delinquência, bem como a reduzida quantidade de droga que a mesma detinha, afigura-se justa e equilibrada uma pena situada próxima do limite mínimo abstracto e, assim, uma pena de 13 meses de prisão.

4. A pena de prisão agora ponderada deve estar em coordenação com a restante decisão condenatória na sua globalidade.

Assim, quanto ao mais, se não há que retocar na pena de multa anteriormente aplicada, já se afigura, ponderados os critérios do artigo 48º do C. Penal, assim, a personalidade, condições de vida, conduta anterior e posterior ao crime, as circunstâncias deste, donde ressalta um juízo favorável à arguida quanto à sua integração social e salvaguardadas as finalidades da punição nesta situação em concreto, que será adequado suspender a execução da pena de prisão por igual período.

V – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida na parte em que condenou a

arguida a 4 meses de prisão suspensa por 18 meses, aplicando-se-lhe agora a **pena de 13 meses de prisão, pena esta suspensa por igual período, mantendo-se quanto ao mais a decisão recorrida.**

Custas pela recorrida.

Fixo ao Exmo Defensor a quantia de MOP 1000,00 a suportar pela arguida.

Macau, 9 de Junho de 2005,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong