

Processo n.º 14/2001

Recurso jurisdicional em matéria penal

Recorrente: A.

Recorrido: Ministério Público.

Assunto: Confissão. Arrependimento. Atenuação especial da pena. Falta de prova de facto e prova do facto contrário. Crime de tráfico de droga. Drogas leves. Quantidade diminuta. Socialização do agente. Medida da pena.

Data da audiência: 19.9.2001

Data do Acórdão: 26.9.2001

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

Sumário:

I – Quando a confissão não é completa e total, o arrependimento não é relevante.

II – Para efeitos de atenuação especial da pena, o arrependimento só é relevante se se traduzir em actos concretos demonstrativos de tal sentimento.

III - A falta de prova de um facto não significa que se tenha provado o facto contrário.

IV - A distinção entre drogas ditas leves, duras e ultra duras não deve, por si só, ser determinante na escolha e medida da pena e, muito menos, para conduzir a atenuação especial da pena no caso das drogas ditas leves.

V – Para efeitos do art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, deve considerar-se quantidade diminuta de «marijuana» e «haxixe», um valor total entre 6 e 8 gramas.

VI – Considerações de socialização do agente não podem fazer descer a pena mais do que o limite mínimo da moldura penal abstractamente aplicável.

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** condenou, entre outros, o 1.º arguido, A, em autoria material, na forma consumada:

a) Pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28.1, especialmente atenuado, na pena de três anos e três meses de prisão e cinco mil patacas de multa com cinquenta dias de prisão subsidiária;

b) Pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 23.º, alínea a) do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M, na pena de mil patacas de multa, com a prisão subsidiária de dez dias.

Em **cúmulo jurídico** foi condenado numa pena única de três anos e três meses de prisão e cinco mil patacas de multa, com cinquenta dias de prisão subsidiária.

O **Tribunal de Segunda Instância** deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, revogando nessa parte o acórdão mencionado, e condenou o mesmo arguido:

a) Pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28.1, na pena de oito anos e três meses de prisão e sete mil patacas de multa com setenta dias de prisão alternativa;

b) Pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 23.º, alínea a) do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M, na pena de mil patacas de multa, com a prisão subsidiária de dez dias.

Em cúmulo jurídico foi condenado numa pena única de oito anos e três meses de prisão e sete mil patacas de multa, com setenta dias de prisão alternativa.

Inconformado, recorre o arguido, terminando a sua alegação com as seguintes conclusões:

1)O Tribunal Colectivo de Macau condenou o recorrente, pela autoria dum crime previsto e punido pelo art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, pena de 3 anos e 3 meses de prisão, nos termos dos arts. 66.º e 67.º do Código Penal;

2)O Tribunal recorrido revogou nessa parte o decidido pelo Tribunal Colectivo, aplicando ao recorrente pela autoria do mesmo crime a pena de 8 anos e 3 meses de prisão;

3) Todo o ser humano é provido dum sentimento natural de justiça;

4) Esse sentimento saiu ferido mercê do Acórdão recorrido o qual também abalou a nossa sensibilidade jurídica;

5) Os factos integradores das diversas previsões daquele art.º 8.º são susceptíveis de gradações, no que diz respeito ao seu peso e valor;

6) Afigura-se que na base da revogação decretada pelo Tribunal recorrido estará, prevalentemente, a consideração do bem jurídico protegido pela norma incriminadora: a saúde dos residentes de Macau, apesar de se tratar de marijuana, droga leve;

7) “As finalidades da aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela de bens jurídicos e, na medida possível, na reinserção do agente na comunidade”;

8) A capacidade de previsão do legislador é necessariamente limitada e inevitavelmente ultrapassada pela riqueza e multiplicidade das situações reais da vida;

9) Por isso, estando em causa uma atenuação da responsabilidade do agente o sistema é dotado de uma válvula de segurança:

10) Sempre que ocorram circunstâncias que diminuam, por forma acentuada, as exigências da punição do facto, deixando aparecer a sua imagem global especialmente atenuada, há que determinar a pena de forma especial;

11) O Tribunal Colectivo indicou as razões e os factores da diminuição de forma acentuada da ilicitude do facto praticado pelo recorrente, assim como da sua culpa;

12) Dá-se aqui por reproduzida toda a fundamentação desenvolvida a este respeito pelo Tribunal Colectivo e ficou transcrita nas presentes alegações;

13) Tal fundamentação não foi destruída pelo Tribunal recorrido;

14) Não é verdade que o 3.º a 7.º arguidos tenham pedido ao recorrente que lhes arranjasse marijuana;

15) Quem fez tal pedido foi apenas o B;

16) Não é curial afirmar-se que o recorrente arranjou marijuana para o 3.º a 7.º arguidos como o faz o Tribunal recorrido;

17) Não foi o recorrente quem procurou o B oferecendo-se para “arranjar” marijuana;

18) O recorrente satisfez o pedido do B porque anteriormente havia consumido marijuana com ele e porque também precisava desse estupefaciente para o seu consumo;

19) Para efectivar a compra da marijuana bem poderia o recorrente ter-se feito acompanhar do B e do C, em vez de o fazer sozinho;

20) Adquirida a droga e depois de retirada uma parte pelo recorrente para o seu consumo, foi a mesma entregue ao C que a manteve em seu poder cerca de 24h. Com vista à posterior entrega a terceiros consumidores;

21) É milimétrica a diferença qualitativa entre a actuação dos demais arguidos, condenados como consumidores, e a do recorrente;

22) Nenhuma dessas situações foi apreciada pelo Tribunal recorrido;

23) O Tribunal recorrido labora num erro quando afirma que o recorrente proporcionou a droga a várias pessoas, no caso 6 jovens;

24) Esta matéria não foi dada como provada (conhecimento por parte do recorrente de que se destinava a 6 pessoas);

25) A ausência do proveito económico ou finalidade lucrativa por parte do recorrente apenas vem reforçar a ideia de que a sua actuação foi provocada por ter sido “tentado” e também por carecer de marijuana para o seu consumo, circunstâncias que contribuem para o surgimento da tal ideia de imagem global especialmente atenuada;

26) A circunstância de a droga apreendido ser “suave” deve ser tomada em consideração, quando ocorram outras circunstâncias especialmente atenuativas;

27) Não podem os Tribunais esquecer que a marijuana é de nula nocividade e que não cria habituação;

- 28) O acórdão recorrido não atribuiu qualquer valor á quantidade diminuta de marijuana, nem ao valor reduzido do montante envolvido;
- 29) O exame laboratorial fala de 16 gramas de marijuana;
- 30) O que foi pesado foi a “planta” e não apenas a parte que a lei considera estupefaciente e que é constituída apenas por folhas e sumidades floridas e frutificadas das quais não tenha sido extraída resina;
- 31) Muito possivelmente o seu peso real será inferior àquele;
- 32) O limite mínimo da pena prevista no art.º 8.º é desproporcionalmente elevado quando comparado com previsto no art.º 9.º daquele diploma;
- 33) Mesmo que não ocorressem as circunstâncias que justificam o uso da atenuação especial, a mesma teria de ser utilizada face a esse desajustamento;
- 34) O Tribunal recorrido ignorou por completo a situação especial do recorrente : a de jovem adulto;
- 35) O recorrente estava à data da detenção socialmente integrado;
- 36) Tem a seu favor o arrependimento e a confissão;
- 37) Encontra-se recuperado do vício do consumo;
- 38) Tudo indica que está apto para se reintegrar socialmente;

39) Relativamente a jovens adultos essa atenuação especial pode fundar-se não só no princípio da culpa como também ou simplesmente em razões de prevenção especial, ou seja, de reintegração do agente na sociedade;

40) O Tribunal Recorrido, revogando o Acórdão de Tribunal Colectivo, na parte respeitante ao recorrente, violou o disposto nos arts. 66.º e 67.º do Código Penal;

41) Por isso, deve o Acórdão recorrido ser revogado, mantendo-se a pena de prisão aplicada pelo Tribunal Colectivo.

Respondeu o Ex.^{mo} Procurador-Adjunto, defendendo que deve ser negado provimento ao recurso.

Neste Tribunal, a Ex.^{ma} Procuradora-Adjunta emitiu o seguinte parecer:

“Impugna o arguido A o douto acórdão do Tribunal de Segunda Instância que o condenou, pela prática de um crime p.p. pelo art.º 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M, na pena de 8 anos e meses de prisão e multa de MOP\$ 7,000.00, com 70 dias de prisão alternativa.

No entendimento do recorrente, o Tribunal de Segunda Instância devia fazer uso do regime de atenuação especial da pena, confirmando o acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo de 1ª instância.

É evidente não lhe assistir razão, como já evidenciou o Magistrado do MP junto do Tribunal de Segunda Instância na sua resposta, a qual subscrevemos.

A atenuação especial prevista no art.º 66.º do CPM tem como pressuposto a existência de 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, ou seja, a diminuição acentuada não apenas da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena e, portanto, das exigências da prevenção.

“A diminuição da culpa ou das exigências da prevenção só poderá, por seu lado, considerar-se acentuada quando a imagem global do facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo. Por isso, tem plena razão a nossa jurisprudência – e a doutrina que a segue – quando insiste em que a atenuação especial só em casos extraordinários ou excepcionais pode ter lugar: para a generalidade dos casos, para os casos «normais», lá estão as molduras penais normais, com os seus limites máximos e mínimos próprios.” (Prof. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, p. 306).

A jurisprudência tem entendido que o número das circunstâncias atenuantes nunca implica necessariamente a atenuação especial, sendo preciso demonstrar-se diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade

da pena. Ou seja, só depois de valorizar todas as circunstâncias verificadas no caso concreto e se do imagem global do facto resulta a diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena é que se deve utilizar a atenuação especial da pena.

No nosso caso concreto, o recorrente não beneficia de qualquer atenuante de relevo.

Dos elementos constantes nos autos não resulta a confissão livre, espontânea e sem reserva do recorrente nem o seu contributo para a descoberta da verdade material.

E está provado que o recorrente “confessou, no essencial, os factos descritos e mostra-se arrependimento”.

Mesmo havendo a confissão integral, tal não constitui por si só o bom comportamento que, conjuntamente com outros elementos, faz funcionar o regime de atenuação especial da pena.

A atenuante do arrependimento sincero referido no n.º 2 do art.º 66.º do CPM verifica-se se o agente se arrepende logo depois da prática do crime e espontaneamente esforçar-se por impedir ou atenuar as suas consequências, ou efectuar voluntariamente a reparação do dano causado, o que não ocorreu no nosso caso.

A jurisprudência já decidiu que “a atenuação especial do arrependimento sincero do arguido «demonstrado» por actos (art.º 73.º n.º 2, al. e) do C. Penal de 1982), não se satisfaz com um arrependimento meramente proclamado em audiência, desacompanhado de actos ou fenómenos exteriores que o comprovem. O legislador, na sua sabedoria das realidades da vida, não deixou de ter em conta o quanto é fácil afirmar em audiência que se está arrependido.” (Ac. do STJ de Portugal, de 02-21-1993, proc. n.º 45255).

Também não se pode afirmar que o recorrente estava à data da detenção socialmente integrado, sendo certo que resulta da sentença de 1.ª instância que o recorrente “era consumidor habitual de produtos estupefacientes e, na altura, encontrava-se a fazer tratamento para a heroína, com acompanhamento médico, tendo tido algumas recaídas e sendo certo que continuava, no entanto, a consumir marijuana”.

O recorrente alega que apenas arranjou marijuana para o arguido B e foi este que lhe pediu para arranjar marijuana.

No entanto, tais afirmações não são relevantes para efeito de atenuação especial pretendido pelo recorrente.

Ora, está provado que “pelas 23H00 do mesmo dia, os arguidos C, B, D aliás D1, E e F foram à Taipa, na Rotunda da Avenida Olímpica, para a entrega de marijuana com o arguido A”.

Daí se pode dizer que, pelo menos, a entrega de marijuana foi feita perante os restantes arguidos, para não dizer que a marijuana foi entregue a todos eles, na totalidade de 5 jovens.

Este facto, associado ao outro também provado de que o ora recorrente já tinha anteriormente consumido marijuana conjuntamente com o arguido B, dava para o recorrente entender que a marijuana em causa iria ser consumida por um grupo de pessoas, e não apenas pelo arguido B.

No entanto, seja num caso seja noutro, certo é que são quase idênticos os efeitos negativos (tanto para consumo de uma pessoa como para consumo de um grupo, tendo em conta a mesma quantidade da marijuana).

E o facto de ser o arguido B a pedir ao recorrente para marijuana em nada prejudica a afirmação feita pelo Tribunal de Segunda Instância de que a intervenção do recorrente é fundamental para a aquisição do produto e para o consumo do mesmo pelos co-arguidos.

O recorrente invoca ainda a falta da finalidade de lucro ou proveito económico.

Como foi já demonstrado no acórdão ora recorrido e também pelo Magistrado do MP, tal facto não pode assumir a relevância para efeito da atenuação especial da pena.

Se a finalidade lucrativa não se afigura como elemento constitutivo do crime em causa e, em casos de tráfico de estupefaciente, a pena não é ponderada e fixada essencialmente em função da finalidade lucrativa no caso de esta não se reflectir na culpa ou na ilicitude, como é que se pode atribuir-lhe tal importância?

Aceitamos que o tipo de droga tem relevância na determinação da pena em concreto.

No entanto, tal só se opera dentro da moldura penal abstracta do crime, não significando, só por si, que se procede a qualquer atenuação especial da pena, uma vez que a lei não distingue entre drogas duras e drogas leves.

Mesmo sendo droga leve, a marijuana produz sem dúvida efeito lesivo na saúde dos seus consumidores.

E não se pode afirmar que a marijuana em causa é de quantidade diminuta, tendo em conta a jurisprudência uniforme que fixou, para o efeito, 8 gramas.

A quantia envolvida no caso é irrelevante, não obstante relacionada com o peso do produto, uma vez que já foi posta em consideração a quantidade, decisiva para a pena.

É verdade que se pode dizer que o recorrente é jovem adulto, tendo na altura da prática dos factos 24 anos.

O recorrente focou a ideia da reintegração do agente na sociedade, uma das finalidades da pena, e pôs ao lado a protecção dos bens jurídicos.

No nosso entendimento, há de ponderar sempre estes dois interesses em jogo e procurar encontrar o ponto de equilíbrio, tendo em conta os elementos concretos de cada caso.

Como está em causa o crime de tráfico de estupefaciente, crime de perigo e de acentuada gravidade, não se pode pensar apenas na reintegração do agente na sociedade.

Temos de ter em conta a premente necessidade de prevenção geral e especial de crimes desta natureza em Macau.

Há de ter presente que “o tráfico e o consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas é um dos flagelos mais graves do nosso dias contra o qual a comunidade internacional tem vindo a lutar com persistências determinação” (1.º do preâmbulo do DL n.º 5/91/M) e ter em atenção o aumento dos índices deste tipo de criminalidade registada em Macau.

Finalmente, é de afirmar que, ao não aplicar o regime de atenuação especial da pena previsto no art.º 66.º do CPM, o Tribunal de Segunda Instância não está a exagerar a necessidade de prevenção geral, sendo certo que todo o circunstancialismo verificado no nosso caso concreto, ponderados um a um, não é capaz de demonstrar a diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena.

Tudo ponderado, dúvidas não restam que é de afastar a atenuação especial da pena.

Estamos perante um caso “normal”, falado pelo Prof. Figueiredo Dias, em que o juiz tem que encontrar a pena concreta nas molduras normais.

E mostrou-se no acórdão recorrido que o tribunal aplicou correctamente a pena concreta, tendo em consideração as molduras abstractas da pena previstas para o crime bem como o disposto no art.º 65.º do CPM.

Não se vê nenhuma censura a fazer.

Concluindo, entendemos que se deve negar provimento ao recurso interposto”.

Foram colhidos os vistos legais.

II – Os factos

Os factos que as instâncias deram como provados são os seguintes:

- Um dia determinado do mês de Julho de 1999, combinaram os arguidos C, B, D aliás D1, E, G aliás G1, e F, comprarem marijuana, a fim de consumirem em conjunto numa festa de amigos.

- Esses arguidos contribuíram cada um com pouco de dinheiro, no total de MOP\$1,200.00, quantia que foi entregue ao arguido C.

- Para comprar marijuana, no dia 16 de Julho de 1999, cerca das 22H00, o arguido B apitou para o aparelho de recados do arguido A, pedindo-lhe para arranjar marijuana.

- O arguido A aceitou tal pedido porque era amigo do B, com quem anteriormente também tinha consumido conjuntamente marijuana e porque podia aproveitar essa oportunidade para, com o dinheiro que tinha, adquirir também droga para si.

- Pelas 23H00 do mesmo dia, os arguidos C, B, D aliás D1, E e F, foram à taipa, na Rotunda da Avenida Olímpica (perto da moradia do arguido A), para a entrega de marijuana com o arguido A.

- No local referido, o arguido A recebeu do arguido C MOP\$1,200.00 e, passado algum tempo, entregou-lhe uma certa quantidade de marijuana que, entretanto foi adquirir, depois de ter retirado a sua parte.

- No dia 17 de Julho de 1999, pelas 21H30, numa operação de stop/identificação da PSP, realizada na Calçada do Gaio, junto ao Jardim Vasco da Gama, o arguido C foi interceptado pelo pessoal da PSP.

- Na altura, conduzia o ciclomotor da chapa de matrícula CM-XXXXXX(1), trazendo consigo a marijuana comprada ao A no passado dia, para a festa marcada com amigos.

- Foi encontrado ainda pelo pessoal da PSP, no interior da caixa de bagagem do referido ciclomotor um embrulho de um tubo de papel e contendo no interior uma substância.

- As substâncias acima referidas, submetidas ao exame laboratorial, foram identificadas como sendo de “Cannabis Sativa L” droga abrangida pela tabela IC da lista anexa ao D.L. n.º 5/91/M, com o peso respectivo do conteúdo de 16,341 gramas e 0,22 gramas, conforme o exame de fls. 87 a 93, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

- No dia 18 de Julho, pelas 2H00, na moradia sita na Rotunda do Estádio, [Endereço(1)], onde os arguidos A e H moram, foram encontrados pela PSP os seguintes:

- Duas balanças de marca Yamasa e Kologem, estas pertencentes ao H, uma pinça de metal branco, 3 pontas de charutos, numa caixa plástica contendo um cigarro de tabaco, uma caixa de papelão contendo uma mesa de balança, um papelão em forma de pá, dois saquinhos contendo algumas substâncias, uma pasta de papéis para enrolar charutos, 9 papéis com desenhos de licenças de circulação

impressas, uma licença de circulação do ciclomotor CM-XXXXXX(2) e um disco para computador.

- As três pontas de charutos referidas, submetidas ao exame laboratorial, foram identificadas como sendo de “Cannabis Sativa L”. Droga abrangida pela tabela IC da lista anexa ao D.L. 5/91/M, conforme o exame de fls. 87 a 93, que aqui se dá por integralmente reproduzido.

- E foram adquiridas e consumidas pelos arguidos A e H.

- Todos os arguidos sabiam e conheciam as características e qualidade das substâncias referidas.

- O arguido A adquiriu as respectivas substâncias para proporcionar a outrem e para si próprio.

- E os outros arguidos adquiriram tais substâncias para consumo pessoal.

- O arguido A também adquiriu a droga para consumo pessoal.

- Os 9 referidos papéis impressos foram produzidos pelo arguido H e o disco para computador serviu para a dita produção.

- Todos os arguidos agiram livre, deliberada e voluntariamente.

- O arguido A confessou, no essencial, os factos descritos e mostra-se arrependido.

- Era consumidor habitual de produtos estupefacientes e, na altura, encontrava-se a fazer tratamento para a heroína, com acompanhamento médico, tendo tido algumas recaídas e sendo certo que continuava, no entanto, a consumir marijuana. Actualmente encontra-se recuperado desse vício, tendo acompanhamento do EP.

- Trabalhava na TDM e auferia cerca de MOP\$6450,00 por mês.

- É solteiro e não tem pessoas a seu cargo. Vivia apenas há alguns dias com o H e até ali, em casa dos pais. Conhecia alguns dos outros arguidos.

- O arguido C é desempregado e tem o 9º ano de escolaridade.

- Vivia com os pais. Já não consome produtos estupefacientes.

- Confessou os factos e mostra-se arrependido.

- O 3º arguido B era amigo do 1º arguido encontra-se a estudar na Universidade de Macau e já não consome produtos estupefacientes.

- Confessou os factos e mostra-se arrependido.

- Vive com os pais e com a irmã.

- O 4º arguido, D, aliás, D1, é empregado de escritório numa fábrica de vestuário.

- Vive com os pais e já não consome marijuana.

- Confessou os factos e mostra-se arrependido.

- O arguido G confessou os factos e mostra-se arrependido.

- É professor de música.

- Vive com os pais e irmão.

- Já deixou de consumir marijuana.

- Nada consta em desabono dos arguidos do seu CRC junto aos autos, tendo considerada de nenhum efeito a condenação sofrida pelo H em 1995 por furto de uso de veículo.

Não se provou:

- Que os arguidos C, B, D aliás D1, E e F, foram à Taipa, na Rotunda da Avenida Olímpica (perto da moradia do arguido A), para a transação de marijuana com o arguido A.

- Provou-se, sim, que ali se deslocaram para se proceder à entrega do referido produto.

- Não se provou que os papéis impressos correspondessem a qualquer falsificação.

- Que o H tenha agido com a intenção de causar prejuízo ao Território e obter para si benefício ilegítimo.

- Nenhum outro facto ficou por provar, não obstante os factos descritos.

III - O Direito

1. A única questão a resolver é a de saber se se imporia atenuação especial da pena aplicada ao arguido, pela prática do crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M – como decidiu o Tribunal Colectivo – ou se lhe deveria ser aplicada uma pena entre o mínimo e o máximo da penalidade aplicável - como entendeu o Tribunal de Segunda Instância.

A determinação da medida da pena é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal, dentro dos limites definidos na lei (art. 65.º, n.º 1, do Código Penal).

Mas em casos em que se não mostre adequado a punição dentro dos limites da penalidade aplicável, a lei impõe a atenuação especial da pena.

Dispõe o n.º 1, do art. 66.º do Código Penal que «O tribunal atenua 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».

Para além desta cláusula geral de atenuação especial da pena, a lei enuncia exemplificativamente algumas circunstâncias que podem ser consideradas para atenuação especial, desde que se enquadrem na referida cláusula. Entre tais circunstâncias, na alínea c) do n.º 2, do art. 66.º, refere-se “Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados”.

E no diploma dedicado à punição do tráfico e do consumo de estupefacientes, o Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28.1, prevê-se um caso de atenuação especial da pena no n.º 2, do art. 18.º:

“No caso de prática dos crimes previstos nos artigos 8.º, 9.º e 15.º, se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela causado, auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos outros responsáveis, especialmente no caso de grupos, organizações ou associações, poderá a pena ser-lhe livremente atenuada ou decretar-se mesmo a sua isenção”.

Nas expressivas palavras de J. FIGUEIREDO DIAS¹ “A diminuição da culpa ou das exigências da prevenção só poderá, por seu lado, considerar-se *acentuada* quando a *imagem global do facto*, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma *gravidade tão diminuída* que possa razoavelmente supor-se que **o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo**. Por isso, tem plena razão a nossa jurisprudência – e a doutrina que a segue – quando insiste em que a atenuação especial só em **casos extraordinários** ou **excepcionais** pode ter lugar: para a generalidade dos casos, para os casos «normais», lá estão as molduras penais normais, com os seus limites máximos e mínimos próprios.”

¹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas - Editorial Notícias, 1993, p. 306 e 307.

2. Dado que o recorrente, para defender a tese de que a pena deveria ser especialmente atenuada, se louva, essencialmente, na fundamentação da decisão da primeira instância, e só complementarmente utiliza argumentação própria, examinemos primeiro aquela.

Considerou-se no duto Acórdão do Tribunal Colectivo que o arguido “confessou, no essencial os factos descritos e mostra-se arrependido”.

Mas a confissão não foi integral, nem espontânea, nem sem reservas.

Quando assim acontece, tem-se entendido que o arrependimento não é relevante, já que a sua verificação pressupõe uma confissão completa e total dos factos.

Especificamente como fundamento de atenuação especial, a lei exige, como vimos, que o arrependimento se traduza em actos, designadamente de reparação, o que no caso não aconteceu.

Na verdade, o recorrente nunca identificou o seu fornecedor de estupefaciente ou possibilitou a sua captura pelas autoridades policiais. E certamente, pelo menos, saberia onde o encontrar, já que ficou provado que na Taipa “o arguido A recebeu do arguido C MOP\$1,200.00 e, passado algum tempo, entregou-lhe uma certa quantidade de marijuana que, entretanto foi adquirir”.

3. Mas apreciemos, agora, os fundamentos jurídicos que conduziram a que o Tribunal Colectivo atenuasse especialmente a pena do arguido.

Disse-se que “... relevam a seu favor e de forma a atenuar-se-lhe especialmente a pena, a forma de actuação e a própria motivação, já que, embora tivesse cedido a terceiros, também aproveitou esse circunstancialismo para fazer a sua própria aquisição, relevando ainda, em seu benefício, a falta de lucro ou de proveito económico imediato, em face do ilícito praticado.

E quanto à quantidade de 16 gramas de marijuana, sempre se dirá que a margem de oito gramas em relação aos limites já integrados pela jurisprudência de Macau, enquanto amplificadora de alguma ilicitude, é aqui atenuada pelo facto de se tratar de uma aquisição em comum e resultante de uma conjugação de participação nos custos.

Aliás, a análise global da situação leva o Tribunal, por via do referido instituto da atenuação especial e assim por uma acentuada diminuição da ilicitude e da culpabilidade, a mitigar a inadequação da moldura abstracta à culpa em apreciação e às culpas do caso concreto, considerando até as condutas individuais de cada um dos arguidos, em vista da referida obtenção da droga, seja do ponto de vista de quem a pede, de quem se desloca para a receber, de quem a transporta, de quem a guarda e detém consigo, ainda que destinada para os outros co-arguidos. Ora, a conduta do 1º arguido, embora mais grave, na medida em que a vai adquirir e, de certa forma, sendo um elemento externo àquele grupo em concreto, vistas as circunstâncias de tempo e

lugar onde se toma a iniciativa e formula a vontade da acção, visando o consumo numa festa de amigos, não deixa de se inserir nessa actuação de vários esforços e vontades de alguns rapazes que se associaram para a aquisição do referido produto estupefaciente.

Todo esse circunstancialismo, a que acresce a própria natureza do produto estupefaciente e o pedido feito por um outro arguido já seu conhecido, tudo aliado a um quadro de atenuantes em função da conduta anterior e posterior, aponta claramente para a necessidade de uma atenuação especial, medida que se apresenta, ainda dentro dos parâmetros da lei, como forma de mitigar a inadequação da pena à censurabilidade da conduta e de não agravar flagrante injustiça relativa... ”

Vejamos. Apreciemos, passo a passo, a fundamentação da decisão.

“... relevam a seu favor e de forma a atenuar-se-lhe especialmente a pena, a forma de actuação e a própria motivação, já que, embora tivesse cedido a terceiros, também aproveitou esse circunstancialismo para fazer a sua própria aquisição...”.

Não parece que o facto de o arguido ter adquirido estupefaciente para consumo próprio, ao mesmo tempo que adquiria para cedência a terceiros, diminua a ilicitude deste facto, a sua culpa ou necessidades de prevenção. Antes pelo

contrário, a aquisição de estupefaciente para consumo constitui crime, pelo qual, aliás, foi punido, em concurso real com o crime de cedência do mesmo tipo de produto a outrem.

“...relevando ainda, em seu benefício, a falta de lucro ou de proveito económico imediato, em face do ilícito praticado”.

Aqui há um equívoco. É que não se provou a falta de lucro. É certo que também não se provou que o arguido tenha tido lucro com a transacção mas, como bem se sabe, a falta de prova de um facto não significa que se tenha provado o facto contrário.

“..E quanto à quantidade de 16 gramas de marijuana, sempre se dirá que a margem de oito gramas em relação aos limites já integrados pela jurisprudência de Macau, enquanto amplificadora de alguma ilicitude, é aqui atenuada pelo facto de se tratar de uma aquisição em comum e resultante de uma conjugação de comparticipação nos custos...”.

Também se discorda desta avaliação.

É que se por “aquisição em comum” se refere à aquisição feita pelo arguido do estupefaciente para si e para cedência posterior ao B, não houve qualquer aquisição em comum, já que ele adquiriu sozinho, sem participação. Além de que os 16 gramas em causa se referem apenas à quantidade cedida e não à parte para consumo próprio do arguido, que se desconhece quanto fosse.

Mas se por “aquisição em comum” se refere à aquisição ao arguido, feita pelo B e C para o seu grupo de amigos, a mesma não releva para diminuir a ilicitude do facto do arguido ou a sua culpa, já que quanto a este se tratou de cedência e não de aquisição.

“... a conduta do 1º arguido, embora mais grave, na medida em que a vai adquirir e, de certa forma, sendo um elemento externo àquele grupo em concreto, vistas as circunstâncias de tempo e lugar onde se toma a iniciativa e formula a vontade da acção, visando o consumo numa festa de amigos, não deixa de se inserir nessa actuação de vários esforços e vontades de alguns rapazes que se associaram para a aquisição do referido produto estupefaciente...”.

Também se não podem subscrever estas afirmações. O estupefaciente visava o consumo numa festa de amigos. Mas o arguido não fazia parte deste grupo que ia consumir o produto, nem se prova sequer que soubesse que a droga seria consumida numa festa. Mas mesmo que soubesse, isso não mitigaria a sua culpa,

pois o consumo de estupefacientes, quando não se destina a satisfazer um vício de toxicodependente, tem, em regra, fins lúdicos. Mas este facto não serve, não pode servir, para “branquear” a acção do que fornece o estupefaciente.

É que, em direitas contas, parece mais grave a cedência para indivíduos não toxicodependentes, para fins lúdicos, pela potencialidade de conduzir a situação de toxicodependência, do que a cedência para consumidor viciado na droga.

“...Todo esse circunstancialismo, a que acresce *a própria natureza do produto estupefaciente* e o pedido feito por um outro arguido já seu conhecido, tudo aliado a um quadro de atenuantes em função da conduta anterior e posterior, aponta claramente para a necessidade de uma atenuação especial...”.

O facto de cedência ter sido a pedido e não por iniciativa própria do cedente é certamente menos grave, mas não configura circunstância que diminua acentuadamente a culpa do agente.

Também o recorrente sublinha a natureza do estupefaciente, alegando tratar-se de “droga leve”, e que segundo os especialistas não há praticamente perigos de consumo de “marijuana”, por estar cientificamente provada ser nula a sua nocividade.

Mas não é assim. Como refere MORAES ROCHA² embora o *haxixe* ou a *marijuana*, extraídos do arbusto *Cannabis Sativa L.*, se tratem de relaxante e intoxicante leves, produzindo mais dependência psíquica que física, não será aconselhável hipervalorizar a distinção entre drogas ditas leves, duras e ultra duras. “A distinção entre drogas «duras» e «leves» não obedece a qualquer princípio psicofisiológico e o efeito da droga, qualquer que ela seja, depende sobretudo do «terreno» onde ela cai, i. e., do consumidor concreto, sua personalidade, meio ambiente, etc. Assim, a graduação exarada nos aludidos diplomas deve ser encarada com relatividade na aplicação ao caso concreto, ou seja, não deve, por si só, ser determinante na escolha e medida da pena... Recorde-se, ainda, questões como a possibilidade de *escalada*, na própria droga ou para outras de maior perigosidade; em casos de especial debilidade como os da juventude do consumidor...”.

Ora, tanto o B, como o C, as duas pessoas com quem o arguido contactou na cedência do estupefaciente, tinham apenas 19 anos de idade.

Por outro lado, afigura-se-nos que a distinção entre drogas ditas “leves” ou “duras” só pode relevar associada à quantidade de produto em causa, já que o poder intoxicante da marijuana é muito inferior, por exemplo, ao da cocaína ou da

² MORAES ROCHA, comentário a decisão judicial, em *Droga – Decisões de Tribunais de 1.ª Instância 1993, Comentários*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1995, p. 101.

heroína. Assim, uma quantidade determinada destas duas é mais perigosa que a primeira - do ponto de vista social - porque permite mais utilizações ou consumos do que a mesma quantidade de haxixe ou marijuana.

Mas tais factores devem ser ponderados dentro dos limites mínimo e máximo da penalidade aplicável à infracção e nunca para justificar a atenuação especial da pena.

4. Critica o recorrente o Acórdão recorrido, por não ter atribuído valor à quantidade diminuta de estupefaciente envolvido na cedência, nem à quantia em causa.

No que se refere à quantidade de estupefaciente, a mesma não se pode considerar diminuta, já que quantidade diminuta, para efeitos de punição diferenciada do tráfico, “é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias” (art. 9.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M).

Relativamente à marijuana e ao haxixe, a jurisprudência dos tribunais de Macau tem apontado para um valor total entre 6 e 8 gramas, valores esses que se entende manter. Ora, a quantidade cedida foi de 16,561 gramas, pelo que não se pode considerar quantidade diminuta.

Quanto à questão suscitada relativa ao peso da planta, que não seria a parte que a lei considera estupefaciente, não se conhece da mesma, pois se trata de questão de facto, alheia à competência deste Tribunal.

Não merece acolhimento a tese do recorrente de que, ainda que não existissem circunstâncias que justificassem o uso da atenuação especial, esta teria de ser utilizada uma vez que o Decreto-Lei n.º 5/91/M está desactualizado, sendo desproporcionadamente elevado o mínimo da penalidade para o crime em questão.

A legislação atinente à punição do tráfico e consumo de estupefacientes é de 1991. Não obstante, é possível que a mesma careça de alguns ajustamentos, dado que, por exemplo, o tráfico de quantidades diminutas é brandamente punido e a penalidade referente ao tráfico (art. 8.º, n.º 1), quando comparada com as penalidades do Código Penal, que é o diploma padrão, dá pouca margem ao juiz na aplicação concreta da pena.

De qualquer maneira, trata-se de matéria da competência do legislador, e nunca seria fundamento para aplicação de atenuação especial da pena a casos fora do condicionalismo legal. Como escreveu BODIN, no século XVI:

«Não cabe aos juízes julgar as leis, mas julgar segundo as leis»³.

³ JEAN BODIN, *Les Six Livres de la République*, rep. da edição de 1583, Paris, Librairie Générale Française, 1993, VI, 6. p. 265, citado por ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Reflexões sobre o Justo e o Injusto: A Injustiça como Limite do Direito*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998, Volume XXXIX – n.º 2, p. 617.

5. Entende o recorrente que o Acórdão recorrido ignorou por completo a situação de recorrente, de jovem adulto, socialmente integrado, com bom ambiente familiar e laboral.

Não parece que tenha razão.

O recorrente tinha 24 anos de idade à data dos factos. A idade não pode beneficiá-lo, pois com 24 anos já se tem uma maturidade de espírito suficiente para entender e avaliar a ilicitude do acto e para se orientar de acordo com essa avaliação.

Por outro lado, a integração social do arguido nunca poderia ser fundamento para permitir a atenuação especial da pena.

Na determinação da medida da pena devem ter-se em conta as exigências de prevenção criminal (art. 65.º, n.º 1, do Código Penal), sendo nos crimes de tráfico de estupefacientes, entre outros, que tais exigências se vêm fazendo sentir especialmente.

Ora, tem-se discutido até que ponto podem considerações de socialização fazer descer a pena. Mas o marco constituído pelo limite mínimo da moldura penal abstractamente aplicável seria sempre o mínimo dos mínimos⁴.

O facto que, fundamentalmente beneficia o recorrente, é o de que a cedência de estupefaciente dos autos, tanto quanto se provou, foi um acto isolado. Confessou no essencial os factos, mas não totalmente.

Estava indicado que a pena a aplicar ao arguido se aproximasse do mínimo da penalidade aplicável. Foi o que sucedeu, com a sua condenação, pelo Acórdão recorrido, na pena de oito anos e três meses de prisão e sete mil patacas de multa com setenta dias de prisão alternativa, pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Não merece censura, portanto, a decisão recorrida.

IV – Decisão

Face ao expandido, negam provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida.

⁴ Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, *obra citada*, p. 231.

Custas pelo recorrente, fixando a taxa de justiça em 5 UC.

Macau, 26.9.2001

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Sam Hou Fai

Chu Kin