Processo n.º 41/2010.

Recurso jurisdicional em matéria penal.

Recorrentes: A e B.

Recorrido: Ministério Público.

Assunto: Atenuação especial da pena. Concorrência de atenuantes modificativas. Crime de tráfico de droga. Artigo 18.º da Lei n.º 17/2009.

Data do Acórdão: 6 de Outubro de 2010.

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

SUMÁRIO:

Quando haja concorrência de circunstâncias de atenuação especial da pena, previstas no artigo 66.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal e no artigo 18.º da Lei n.º 17/2009, só há lugar ao funcionamento do mecanismo previsto no artigo 67.º, n.º 1, do Código Penal uma vez.

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 14 de Abril de 2010, condenou os arguidos **A (1.º)** e **B (2.º)** 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, de 10 de Agosto, respectivamente, nas penas de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de prisão e 10 (dez) anos de prisão.

O **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), por Acórdão de 10 de Junho de 2010, rejeitou os recursos interpostos pelos arguidos.

Ainda inconformados, recorreram os arguidos para este **Tribunal de Última Instância** (TUI), terminando o **A** com as seguintes conclusões:

i Dupla atenuação especial

1. O recorrente discorda da sentença recorrida na parte em que decidiu manter a pena de prisão de 6 anos e 6 meses que lhe tinha sido aplicada, considerando que as circunstâncias para efeitos de atenuação especial referidas no art. 18º da Lei n.º 17/2009 não são as mesmas previstas nas al.s c) e d) do n.º 2 do art. 66º do Código Penal, pelo que

não se vislumbra a dupla valoração de circunstâncias atenuantes.

2. Por um lado, o recorrente abandonou sua actividade do crime (entregar drogas ao 2º arguido), “confessar o crime lhe imputado por iniciativa própria e mostrou o arrependimento” (cfr. acórdão recorrido, fl. 9), circunstâncias essas que preenchem requisitos previstos no art. 66º, n.º 1 e n.º 2, al. c) do Código Penal.

3. Por outro lado, o recorrente “colaborou com a Polícia Judiciária, por iniciativa própria”, forneceu ajuda concreta à Polícia tanto na investigação como na recolha de provas do caso em apreço, tendo até desempenhado papel decisivo na identificação e detenção do 2º arguido B, pelo que sua conduta preenche as condições para atenuações especiais previstas no art. 18º, n.º 2 da Lei n.º 17/2009 (cfr. matéria de factos das sentenças das duas instâncias).

4. Além disso, o recorrente vem mantendo uma boa conduta, com uma atitude honesta e colaboradora com a Polícia Judiciária e os órgãos judiciais face às diligências desenvolvidas por eles, foi exactamente por isso que a decisão de primeira instância concluiu que o recorrente “mostrou o arrependimento”, tudo isso preenche as circunstâncias para atenuação especial previstas no art. 66º, n.º 1 e n.º 2, al. d) do Código Penal. Assim, estão reunidas duas ou mais de duas circunstâncias diferentes para a atenuação especial.

5. O acórdão recorrido não fez a dupla atenuação especial sobre a moldura penal abstracta por considerar a inexistência das circunstâncias referidas no art. 66º do Código

Penal, pelo que decidiu manter a pena de prisão de 6 anos e 6 meses aplicada ao recorrente, violando assim o art. 66º, n.º 1 e n.º 2, al.s c) e d) e o n.º 3 do Código Penal.

ii. Pena excessiva

6. O acórdão recorrido confirmou a determinação da pena concreta feita na decisão proferida pelo Tribunal de primeira instância. Mas comparado com a pena de prisão de 7 anos na hipótese da aplicação da lei anterior, Lei n.º 5/91/M (com circunstância agravante legal), a aplicação da nova Lei (sem circunstância agravante legal) trouxe uma redução de apenas 6 meses da pena de prisão.

Assim, se mostra excessiva e desproporcional a pena de prisão de 6 anos e 6 meses aplicada ao recorrente.

7. Mesmo não concordando com os fundamentos supracitados, tomando em consideração, ao abrigo dos dispostos nos artigos 40º e 65º do Código Penal, que o “recorrente é primário, confessou os factos por iniciativa própria na fase de inquérito, mostrou arrependimento e prestou a colaboração com a Polícia Judiciária”, além de ter feito a confissão integral e sem reservas na audiência, pode se concluir também que é inadequada a pena de prisão de 6 anos e 6 meses aplicada ao recorrente.

Pelo exposto, pede o recorrente que este Alto Tribunal revogue o acórdão recorrido por ter violado a lei, nomeadamente os artigos 40º, 65º, 66º, 67º do Código Penal e o artigo 18º da Lei n.º 17/2009 e reduza a pena de prisão concreta aplicada ao recorrente.

O Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público, na resposta à motivação, pronuncia-se pela negação de provimento deste recurso.

No seu parecer, o Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público manteve a posição já assumida na resposta à motivação.

O Relator elaborou parecer em que se pronunciou pela intempestividade do recurso interposto pelo arguido B.

Ouvido sobre a questão, defendeu este arguido a tempestividade do recurso.

II – Os factos

As instâncias consideraram provados e não provados os seguintes factos:

Em 20 de Janeiro de 2009, pelas 11h09, perto da correia de transmissão de bagagem no Salão de Chegada no Aeroporto Internacional de Macau, os agentes da PJ interceptaram o arguido A que acabou de chegar em Macau de Kuala Lumpur no voo de XXXX.

O arguido A admitiu que escondeu drogas no interior do seu corpo e que estava esperar pelo contacto e instrução dum homem da Tanzânia com alcunha de “C” que prometeu dar ao arguido USD\$4.000,00 como remuneração do transporte de drogas.

Depois, sob instruções dos agentes da PJ, o arguido A dirigiu-se ao [Hotel (1)] às

16h00 do mesmo dia e alugou o quarto n.º XXX para esperar pela chamada do “C”.

Ao mesmo dia das 16h00 às 21h30, na casa de banho no quarto do hotel supracitado, o arguido A excretou 75 pacotes ovais de objecto em forma de pedaço, de cor creme e marrom, embrulhados em papeis plásticos.

Em 21 de Janeiro de 2009, das 12h26 às 12h47, o arguido A recebeu pelo menos duas chamadas do “C”, e foi notificado de que um terceiro homem já chegou em Macau e ia telefonar ao arguido A em 20 minutos.

Ao mesmo dia pelas 12h34, o arguido B entrou em Macau através do Terminal Marítimo do Porto Exterior.

Ao mesmo dia das 12h34 às 13h06, o arguido B telefonou várias vezes ao arguido A usando o seu telefone de n.º XXXXXXXXX, e confirmou o quarto do hotel em que o arguido A morou através de mensagens curtas.

Ao mesmo dia cerca das 13h30, o arguido B chegou ao quarto n.º XXX do [Hotel (1)], a fim de receber as drogas transportadas pelo arguido A como “pessoa de contacto de drogas” e pagar a remuneração ao arguido A.

Os agentes da PJ encontraram em flagrante na posse do arguido B um telemóvel de número XXXXXXXXX e USD\$4.000,00 em numerário.

O telemóvel acima referido é instrumento de comunicação utilizado pelo arguido B

para o tráfico de drogas, e o dinheiro supracitado é a remuneração para o arguido A.

A seguir, os agentes da PJ levaram o arguido A ao Centro Hospitalar Conde de S. Januário para ser examinado.

Ao mesmo dia cerca das 15h30, no hospital supracitado, o arguido A recebeu escaneamento da sua cavidade abdominal, e foi verificada a existência de vários pacotes de objectos estranhos no seu recto e cólon sigmóide.

Em 21 de Janeiro de 2009, das 15h30 às 19h15, no supracitado hospital o arguido A excretou 16 pacotes ovais de objecto em forma de pedaço, de cor creme e marrom.

Submetido a exame laboratorial, um pacote oval de objecto de cor creme, embrulhado em papel plástico com peso líquido de 11,83 gramas, excretado pelo arguido A, revelou tratar-se de “heroína”, substância abrangida pela tabela I-A anexa ao DL n.º 5/91/M de 28 de Janeiro; após análise quantitativa, a percentagem de “heroína” foi verificada em 61,97%, com peso líquido de 7,33 gramas. E os 70 pacotes de objecto em forma de pedaço de cor creme, com peso líquido de 770,93 gramas, também continham “heroína”, substância abrangida pela tabela I-A anexa ao mesmo DL; após análise quantitativa, a percentagem de “heroína” foi verificada em 65,19%, com peso líquido de 502,57 gramas; e os 20 pacotes de objecto em forme de pedaço de cor marrom, com peso líquido de 189,19 gramas, continham “heroína” e “FENOBARBITAL”, substâncias abrangidas respectivamente pelas tabelas I-A e IV anexas ao mesmo DL; após análise quantitativa, a percentagem de

“heroína” foi verificada em 49,37%, com peso líquido de 93,40 gramas.

Em 19 de Janeiro de 2009, em Kuala Lumpur de Malásia, o arguido A engoliu as drogas supracitadas sob a vigilância do “C” a fim de entregar as drogas ao arguido B e receber a remuneração de USD\$4.000,00.

Além disso, os agentes da PJ também encontrou na posse do arguido A um telemóvel de número XXXXXXXXX.

O telemóvel acima referido é instrumento de comunicação utilizado pelo arguido A para o transporte de drogas.

Os arguidos A e B conheciam perfeitamente a natureza e as características das drogas supracitadas.

Os arguidos A e B acordaram em deter e transportar grande quantidade de drogas para uma mesma organização, mas não com o objectivo de consumir pessoalmente.

Os arguidos A e B agiram de forma livre, voluntária e consciente ao praticar dolosamente as condutas acima referidas.

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

Além disso, mais se provou:

- O arguido B foi preso antes de receber as respectivas drogas.

- De acordo com o registo criminal, os dois arguidos são delinquentes primários.

III - O Direito

1. As questões a resolver

São as seguintes as questões a resolver:

- Uma, atinente à tempestividade do recurso interposto pelo arguido B;

- Outras respeitante ao mérito do recurso do arguido A, consistem em saber se o Acórdão recorrido deveria ter procedido a uma dupla atenuação da pena e se deveria ter aplicado uma pena inferior.

2. Não conhecimento do recurso do arguido B

O arguido B foi notificado por carta registada de 11 de Junho de 2010 (sendo o 3.º dia posterior ao do registo o de 14 de Junho) dirigida à sua defensora e, pessoalmente, no Estabelecimento Prisional do Acórdão recorrido, no dia 14 de Junho.

Foi, pois, notificado do Acórdão recorrido no dia 14 de Junho de 2010.

O prazo para a apresentação da motivação do recurso é de 10 dias, mas só em 5 de

Julho a sua defensora apresentou a motivação do recurso.

É certo que o arguido escreveu uma carta a 24 de Junho dirigida ao Tribunal recorrido, carta essa carimbada pelo Estabelecimento Prisional a 25 de Junho e recebida no Tribunal a 29 de Junho, dizendo querer recorrer.

Mas não se vislumbra a que título é que tal manifestação de vontade pode ter a virtualidade de suspender prazos peremptórios previstos na lei, como é o do prazo para apresentar e motivar recurso.

Ao contrário do que veio defender o recorrente, os não residentes de Macau não podem manter contacto com o exterior do estabelecimento prisional apenas por meio de correspondência. Mesmo que isso fosse exacto – e não é – sempre poderia ter enviado a sua correspondência directamente para o seu defensor officioso.

E não se entende a que título é que veio, entretanto, defender, subsidiariamente, que tal carta em que dizia querer recorrer deve ser entendida como um pedido de nomeação de novo defensor.

É que a missiva é muito clara no sentido de pretender recorrer, nunca pedindo a substituição da defensora.

O prazo para motivar o recurso findou, pois, a 24 de Junho de 2010, sendo a motivação, apresentada a 5 de Julho, claramente intempestiva.

Não se conhece, portanto, do recurso.

3. Recurso do arguido A. Atenuação especial da pena. Concorrência de circunstâncias modificativas atenuantes.

Apreciemos a tese do arguido de que, havendo duas circunstâncias que dêem lugar à atenuação especial da pena, uma prevista em lei especial (artigo 18.º da Lei n.º 17/2009) e outra prevista, em termos gerais, no artigo 66.º do Código Penal, isso conduz a operar duas vezes a redução da pena prevista no artigo 67.º do Código Penal para a atenuação especial.

Trata-se da questão da concorrência de circunstâncias modificativas atenuantes.

O princípio geral, no que concerne à concorrência de circunstâncias de atenuação especial, consta do n.º 3 do artigo 66.º do Código Penal:

“Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou em conjunto com outras, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial da pena expressamente prevista na lei e à atenuação prevista neste artigo”.

Quer dizer, importa apurar qual o fundamento previsto para a atenuação especial.

A cláusula geral de atenuação especial prevista no artigo 66.º, n.º 1 do Código Penal (“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”) tem como fundamento a diminuição acentuada da ilicitude do facto ou a culpa do agente, pelo que *quando concorram as circunstâncias previstas na norma, por exemplo, com a tentativa* (artigo 22.º, n.º 2 do Código Penal), *a cumplicidade* (artigo 26.º, n.º 2 do Código Penal) *ou o erro censurável sobre a ilicitude* (artigo 16.º, n.º 2 do Código Penal), circunstâncias relativamente às quais a lei prevê a atenuação especial da pena, então impõe-se o funcionamento sucessivo das atenuantes concorrentes.

Não já assim quando o fundamento atenuativo seja o mesmo, designadamente quando a atenuação se funde na diminuição acentuada da ilicitude do facto ou na culpa do agente.

Nesta situação segue-se o sistema da acumulação.

É o que explica J. FIGUEIREDO DIAS¹:

“§ 271 Já no caso de **concorrência de modificativas atenuantes**, nada parece impedir o sue funcionamento sucessivo por uma ordem qualquer². Mas esta ideia está longe de ser exacta: bem pelo contrário, verificam-se aqui dificuldades, e de monta; como, de resto, melhor se compreenderá depois de estudada (infra 9.º Cap., IV) *a atenuação especial da pena*, ao núcleo de pensamento da qual se reconduzem quase todas as atenuantes modificativas, sobretudo as de natureza comum ou geral. O funcionamento sucessivo das

¹ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2009, 2.ª reimpressão, p. 206 e 207.

² Assim também CORDEIRO, Robalo, cit. 265. E já a doutrina dominante na vigência do CP anterior: CORREIA, Eduardo II 310 e FERREIRA, M. Cavaleiro de II 1982 409.

atenuantes concorrentes só estará então justificado se (e na medida em que) a razão da atenuação seja *diferente* em cada uma; ou, por outras palavras, quando cada uma possua um *autónomo fundamento material* (v. g., tentativa e menoridade imputável). Mas já o não estará se a razão da atenuação for *a mesma* (v. g., o grau diminuído do ilícito e da culpa não poderá servir para, ao mesmo tempo, qualificar uma falsificação como de «pequena gravidade» para efeitos do art. 228.º-4, e também para fundamentar uma atenuação especial da pena nos termos do art. 73.º). Nestes casos, deve fazer-se funcionar **apenas uma** circunstância modificativa - aquela cujo efeito atenuante seja *mais forte* -, de modo a salvaguardar o princípio segundo o qual cada circunstância com eficácia atenuante deve ser considerada *uma única vez*³: aqui pode ver-se já uma primeira manifestação do princípio da *proibição de dupla valoração* em matéria de determinação da pena⁴ (art. 72.º-2 e infra § 314 ss.)”.

E mais adiante, o mesmo Professor⁵ explicita o seu pensamento:

“A propósito, existe na nossa jurisprudência grande insegurança, confundindo-se, não poucas vezes, a questão da concorrência de factores de atenuação especial constantes do art. 73.º -2 com a da concorrência de situações de atenuação especial. É óbvio que a concorrência de simples factores não leva à duplicação do efeito atenuante modificativo⁶; mas já leva a ela a concorrência de **situações de atenuação especial**⁷, salvo se a

³ Ao estilo do que dispõe o § 50 do CP alemão. Trata-se aqui, como em seguida se acentua em texto, de uma manifestação do princípio da proibição de dupla valoração ou, como às vezes se exprime uma parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas, da «proibição de *ne bis in idem*». Proibição muitas vezes desrepeitada, em matéria de agravantes e atenuantes, pela jurisprudência: cf. p. ex., AcSTJ de 86JUN25, RPCC 1 1991 259, com anotação desfavorável de Fernanda Palma.

⁴ Assim HORSTKOTTE, cito 265 ss.; e também MAURACH/ZIPF § 62 n.º m. 62.

⁵ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, p. 313.

⁶ Correctamente o AcSTJ de 83JUL21, *BMJ* 329 416.

⁷ Contra, mas sem razão, o AcSTJ de 89JUN07, *ActJ* 0 1989 4, que erige em princípio geral a não concorrência da atenuação especial do art. 73.º com a decorrente da tentativa.

circunstância que as justifica for a mesma, não permitindo assim que seja duplamente valorada”.

Ora, a atenuação especial prevista no artigo 18.º da Lei n.º 17/2009 (“No caso de prática dos factos descritos nos artigos 7.º a 9.º, se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela causado ou se esforçar seriamente por consegui-lo, auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, especialmente no caso de grupos, de organizações ou de associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou haver lugar à dispensa de pena”) fundamenta-se, manifestamente, na diminuição acentuada da ilicitude do facto ou na culpa do agente.

Não é mais do que uma concretização da cláusula geral do n.º 1 do artigo 66.º do Código Penal, semelhante a cada uma das concretizações previstas nas alíneas a) a f) do n.º 2 deste mesmo artigo 66.º.

Ora, se perante a concorrência de circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 66.º do Código Penal só funciona uma vez o mecanismo atenuativo do artigo 67.º do Código Penal, também perante a concorrência de circunstâncias previstas no artigo 18.º da Lei n.º 17/2009 e no artigo 66.º do Código Penal, só pode funcionar uma vez tal mecanismo.

Estamos perante *a concorrência de factores de atenuação especial*, para empregar as palavras de J. FIGUEIREDO DIAS, e não perante *a concorrência de situações de atenuação especial*. Logo, só pode fazer-se funcionar uma vez o mecanismo previsto no n.º

1 do artigo 67.º do Código Penal (redução do limite máximo da pena de prisão em um terço e redução a um quinto do limite mínimo da mesma pena).

Não merece, pois, censura o Acórdão recorrido.

4. Medida da pena

Vem suscitada a questão da medida da pena.

O Tribunal de 1.ª Instância condenou o arguido 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 e pelo artigo 67.º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código Penal, na pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de prisão.

Pretende o arguido uma pena inferior.

Nesta matéria de medida da pena, tem este Tribunal 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 (Acórdão de 10 de Outubro de 2007, no Processo n.º 33/2007, entre outros).

Não alega o recorrente qualquer violação legal específica, limitando-se a comparar com a pena que seria aplicada segundo a lei vigente ao tempo dos factos.

Ora, perante os factos provados e face aos critérios constantes do artigo 66.º do Código Penal, afigura-se-nos que a pena aplicada nem é desproporcionada, nem se mostra que tenham sido violadas vinculações legais ou regras da experiência.

Impõe-se, pois a rejeição do recurso.

IV – Decisão

Face ao expendido:

- a) Não conhecem do recurso interposto pelo arguido **B**;
- b) Rejeitam o recurso interposto pelo arguido **A**.

O recorrente **B** pagará custas, com taxa de justiça fixada em 2 UC.

O recorrente **A** pagará custas, com taxa de justiça fixada em 2 UC, e ainda MOP\$2.000,00 (duas mil patacas) pela rejeição do recurso.

A ambos os defensores dos arguidos fixam-se honorários no montante de MOP\$1.000,00 (mil patacas).

Macau, 6 de Outubro de 2010.

Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Sam Hou Fai – Chu Kin