Processo n.º 533/2009

(Recurso Penal)

Data: 17/Setembro/2009

Assuntos:

- Tráfico de estupefacientes

SUMÁRIO :

1. Não é de desdobrar um crime de tráfico de estupefacientes do artigo 8º dado DL 5/91/M, de 28 de Jan., ou, agora, da Lei 17/2009, de 10 de Agosto, em vários crimes de tráfico de quantidades diminutas se a droga detida era destinada a uma pluralidade de consumidores, importando considerar a unidade da conduta, o projecto criminoso, a própria detenção unitária do produto estupefaciente, bastando tal detenção para a integração típica do respectivo crime.

2. É mais favorável e aplicável a lei nova relativa a um crime de tráfico de estupefacientes concretizado numa detenção de 6,23 gramas de *Ketamina*, peso líquido, sendo a maior parte dedicada à venda a terceiros, dentro do circunstancialismo que vem melhor concretizado no acórdão, sendo adequada uma pena de 4 anos e 6 meses de prisão por tal crime.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 533/2009

(Recurso Penal)

Data: 17/Setembro/2009

Recorrente: A

Objecto do Recurso: Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

A, tendo sido condenado por

- *1 crime de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo art. 8º, n.º 1 do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, na pena de 8 anos e 3 meses de prisão, e de MOP\$8,000.00 de multa, ou em alternativa, 48 dias de prisão; e*

- *1 crime de detenção ilícita de estupefacientes para consumo pessoal, p. p. pelo art. 23º, al. a) do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, na pena de 2 meses de prisão.*

Em cúmulo jurídico dos 2 crimes, numa única pena de 8 anos e 4 meses de

prisão efectiva, e de MOP\$8,000.00 de multa, ou em alternativa, 48 dias de prisão,

Vem interpor recurso, alegando em sede de síntese conclusiva:

1.ª A decisão recorrida incorreu em erro de julgamento no que tange à qualificação jurídica do crime julgado e, ainda, na violação do princípio da proporcionalidade das penas.

2.ª Tendo sido provado que o arguido detinha oito pacotinhos do anestésico Ketamina e que destinava um ao seu próprio consumo e sete a sete amigos distintos, para consumo num karaoke, o arguido deveria ter sido condenado pela prática de sete crimes de tráfico de quantidades diminutas ao invés de pelo crime de tráfico fundamental.

3.ª E isso porque destinava sete dos pacotinhos que lhe foram apreendidos a sete pessoas distintas, todas amigos dele, para consumo num karaoke e porque, não tendo havido exame à quantidade líquida do produto contido em cada um deles (separadamente), face à quantidade global da substância apreendida, é de dar como assente que cada um dos pacotinhos não detinha uma quantidade superior à quantidade necessária ao consumo individual por 3 dias fixada para a substância em questão.

4.ª Os vários tipos legais do Decreto-Lei n.º 5/91/M não devam ser encarados como compartimentos estanques mas, antes, como tipos que se interpenetram permitindo uma justiça aplicada ao caso concreto e realizando as finalidades de uma justiça equilibrada e proporcionada.

5.ª Não pode interpretar-se o n.º 3 do art. 9º restritivamente mas, antes, com o sentido de que o art. 9º opera (afastando concomitantemente a aplicação do art. 8º) quando o acto de tráfico concretamente considerado não exceda o necessário para consumo

individual por 3 dias, permitindo a interpretação de que, se o agente programara diversos actos de tráfico (sempre de quantidades diminutas), a situação não deixa de caber, por isso, no art. 9º

6.ª Não existe uma perigosidade acentuada do arguido face aos factos apurados.

7.ª O Venerando TSI admite a possibilidade do concurso real entre distintos crimes de tráfico de quantidades diminutas.

8.ª Tal concurso é admissível numa situação de distintas cedências sempre e desde que cada uma se reporte a uma quantidade de uma substância inferior à que fixa o limite da quantidade necessária ao consumo individual por três dias.

9.ª O arguido ora recorrente é delinquente primário, confessou espontaneamente os factos imputados, explicou o modo como adquiriu o vício da droga, fruto de amizades pouco recomendáveis, que o levaram à prática dos factos, tendo manifestado arrependimento e é oriundo de uma família modesta, trabalhadora e atenta à formação dos filhos, o que, tudo, é revelador de uma acentuada diminuição da culpa do agente.

10.ª A factualidade apurada oferece do arguido e dos factos em que incorreu uma imagem fortemente mitigadora da gravidade do ilícito e da culpa, em termos que permitem a aplicação da faculdade de atenuação especial das penas.

11.ª Crendo-se que uma pena não superior a 4 anos e seis meses de prisão seria fortemente dissuasora da prática de novos crimes.

12.ª A decisão recorrida incorreu, ressalvado o muito respeito devido, na violação do art. 8º do DL 5/91/M (ao fazer a sua aplicação) e do art. 9º do mesmo diploma legal (ao

desaplicá-lo) assim como na violação do art. 66º do C. Penal (ao não fazer a sua aplicação); incorreu ainda, e como corolário, na violação do princípio da proporcionalidade das penas.

PEDIDO

TERMOS EM QUE deve ser dado provimento ao recurso, e alterada a qualificação jurídica dos factos nos termos propostos *ou*, de todo o modo, alterada a pena aplicada, com recurso à faculdade de atenuação especial das penas.

Responde o **Digno Magistrado do MP**, pronunciando-se pela sem razão do recorrente.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emite o seguinte douto parecer:

Acompanhamos as criteriosas explanações do nosso Exmº Colega.

É incontroversa, desde logo, a bondade da questionada qualificação.

A detenção dos 7 pacotes contendo a Ketamina em causa integra, sem margem para dúvidas, a previsão do art. 8º, n.º 1, do Dec-Lei n.º 5/91/M, de 28-1.

E não pode deixar de ter-se como irrelevante, a propósito, o número de destinatários / consumidores dessa droga.

A idêntica conclusão se teria que chegar, também, se tais pacotes tivessem sido transportados por diversas vezes ou através de diferente actos.

Como é sabido, na verdade, "no crime de tráfico de droga, atendendo ao fim a que a lei penal quer dar protecção, está em causa não só a droga concretamente apreendida num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante uma determinada época foi traficada pelo agente" (cfr., entre outros, ac. deste Tribunal, de 20-06-2002, proc. n.º 242/2001).

A pretendida atenuação especial, por outro lado, não pode deixar de ser rechaçada.

Não se verifica, de facto, o especial quadro atenuativo que o art. 66º do C. Penal exige.

Conforme se sabe, a acentuada diminuição da culpa ou das exigências de prevenção ("necessidade da pena") constitui o pressuposto material da sua aplicação.

E isso só acontece "quando a imagem global de 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" (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, 306).

A favor do recorrente, há a considerar, apenas, a confissão dos factos.

E essa circunstância tem um valor que não pode ser empolado.

Não se divisa, nomeadamente, que tenha contribuído, de qualquer forma, para a descoberta da verdade.

A atenuação especial - convém recordá-lo - só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais.

E a situação em apreço não integra, seguramente, esse condicionalismo.

Deve, pelo exposto, o recurso ser julgado improcedente - ou até, mesmo, manifestamente improcedente (com a sua conseqüente rejeição nos termos dos artigos 407º, n.º 3-c, 409º, n.º 2-a e 410º, do citado C. P. Penal).

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Respiga-se com pertinência do acórdão recorrido:

“No dia 12 de Junho de 2008, por volta de 2 horas, junto na porta de “PowerPoint Karaoke” sito na Avenida Xian Xing Hai, o arguido **A** foi detido pela P.J..

No local, os guardas da P.J. encontraram na algibeira das calças do arguido **A** uma caixa de cigarro, no qual continha 8 pacotes de pó branco.

Após provado pelo exame laboratorial, os aludidos 8 pacotes de pó branco tinham ketamina abrangida na Tabela II-C anexa ao Decreto-lei n.º 5/91/M, de peso líquido de 8,743 (através análise quantitativa, a percentagem de ketamina é 75,16%, de peso de 6,571g).

Os aludidos estupefacientes foram adquiridos pelo arguido **A** junto a indivíduo desconhecido, por motivo de os trazer a “PowerPoint Karaoke”, oferecendo a sete amigos, e guardando um pacote para consume próprio.

O arguido **A** agiu de forma livre, voluntária e consciente a praticar a aludida

conduta.

Tendo perfeitamente conhecimento da natureza e característica do aludido estupefaciente.

A sua aludida conduta não é permitida por qualquer lei.

Bem sabe que é proibida e punida por lei.

Mais se provou:

Na audiência de julgamento o arguido confessou os factos e mostrou-se arrependido.

Segundo o registo criminal, o arguido é primário delinquente.

Alegou o arguido que já estava sem trabalho dois meses antes de ser detido. Antes disso, trabalhou no bar dum karaoke, deixando este por causa da oposição da família. A migrou de Hong Kong para Macau há muitos anos com os pais e a irmã. O pai trabalhou em casino depois de passar a viver em Macau e deixou de viver em Macau após ir fazer negócios no Interior da China há dois ou três anos, mas mantendo ainda contactos telefónicos com a mãe. A mãe trabalha na contabilidade de um casino e a irmã é funcionária de hotel. A situação económica da família do arguido é boa e ele tem o 6º ano de escolaridade.

*

Factos não provados:

Não há factos importantes que necessitem de ser provados.

*

Convicção do Tribunal:

O arguido prestou declaração em audiência, confessando, de livre vontade e fora de qualquer coacção, os factos que lhe foram imputados. Alegou que cometeu o crime por estar viciado em drogas e ter conhecido maus amigos. Manifestou-se arrependido.

Vários investigadores da PJ prestaram declarações, relatando expressa e objectivamente a situação de interceptar e encontrar junto do arguido as drogas que são neste momento apreendidas nos autos.

O relatório de exame laboratorial constante dos autos comprovou as drogas contidas e suas quantidades nos produtos apreendidos.

As testemunhas de defesa prestaram declarações, falando da personalidade e carácter do arguido.

Após a análise objectiva das declarações prestadas na audiência de julgamento pelos arguido e todas as testemunhas, conjugada de todas as provas documentais, objectos apreendidos e outras provas examinadas em audiência e tendo em conta que o arguido confessou a detenção de drogas e a sua quantidade, o Tribunal Colectivo pode entender que o arguido destinou a maior parte dos produtos estupefacientes à venda a outrem e uma parte pequena ao consumo próprio.

*

Motivos:

De acordo com os factos provados, o arguido, **A**, agiu livre, consciente e deliberadamente. Sabia bem a natureza e as características da aludida droga, mas ainda adquiriu a pessoa não identificada Ketamina da quantidade de 6.571 gramas, das quais, sete pacotes para vender a terceiros e um pacote para o consumo próprio. Dos oito pacotes de drogas detidos pelo arguido, os sete pacotes mais leves já pesam na totalidade 8,29 gramas (1,22g + 1,26g + 1,07g + 1,2g + 1,24g + 1,09g + 1,21g), contendo Ketamina com o peso líquido de 6,23 gramas (8,29 x 75,16%).

(...)”

III – FUNDAMENTOS

1. A primeira questão que vem posta é da **qualificação jurídica do crime de tráfico de estupefacientes** por que o arguido vem condenado.

Questiona o recorrente a integração típico pelo artigo 8º do DL 5/91/M de 28 de Jan., porquanto diz que devia antes ter sido condenado pelo crime de tráfico de quantidades diminutas, já que destinava a diferentes consumidores uma quantidade de produto estupefaciente, para cada um deles, inferior à dosagem suficiente para um consumo normal de 3 dias.

Ainda que reconhecendo alguma sagacidade na argumentação expandida, não será ela de acolher.

Desde logo, o produto estupefaciente destinado à cedência a terceiros, globalmente considerado, ultrapassava manifestamente o referido limite modificativo da moldura penal.

Depois, o sujeito activo das transacções era uma única pessoa, o arguido, o material detido era armazenado e considerado globalmente, na configuração volitiva e intelectual da actividade ilícita o agente não podia deixar de conceptualizar a actividade proposta no seu todo e nos malefícios daí decorrentes, ao disseminar de tal forma aqueles produtos estupefacientes.

A não se entender desta forma, quem se propusesse distribuir um quilo de droga por centenas de consumidores só absurdamente se podia considerar um pequeno traficante.

Depois, tal interpretação vai ao arrepio do espírito do legislador, ao contemplar o pretendido tipo de crime, o do pequeno tráfico, que é o daquele que, nomeadamente, sabendo da dependência, vício e sofrimento do tóxico dependente, lhe fornece uma quantidade em quantidade diminuta apenas para lhe *matar* o vício, ou por uma outra razão indiciadora de uma menor ilicitude, não cabendo aí a disseminação a que corresponde a realidade vertida nos autos.

Por outro lado, a interpretação e conjugação do artigo 8º e 9º do referido diploma não permite outra interpretação. O art. 9º refere-se à prática dos actos mencionados no art. 8º e, aí, a previsão típica é de tal forma alargada que não deixa de abranger a realidade que vem

comprovada. O recorrente fixa-se apenas na projectada cedência; mas antes disso, importa atentar que o arguido *adquirira, detinha e guardava* todo esse produto estupefaciente, numa quantidade muito superior ao necessário para um consumo de 3 dias, o que só por si preenche aquela previsão típica do n.º 1 do artigo 8º.

Este entendimento está consagrado de forma clara e abundante na Jurisprudência Comparada, onde se proclama que *não interessa que a comercialização se materialize em maiores ou menores proporções, mas sim a quantidade total na posse do réu.*¹

Improcede, pois, este vício de erro de direito.

2. Passemos à **medida da pena.**

Também não tem razão o recorrente. Seja em termos de atenuação especial, seja em termos da medida concreta encontrada dentro da moldura abstracta.

É certo que o arguido confessou os factos e se mostra arrependido, mas nada disso faz diminuir de forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, visto o disposto no artigo 66º do CP.

¹ Acs. do STJ, Portugal, de 10/12/86; 3/4/91, *in* BMJ 362; 350 a 356 e BMJ 406, 287 a 290,

respectivamente

A ilicitude é expressiva, a culpa do agente é exponenciada pela disseminação do produto estupefaciente e pela reiteração de uma conduta criminosa, - mesmo fora da prática deste tipo de crime, haja em vista a condenação pelo roubo, como se documenta nos autos -, as necessidades da pena impõem-se em face de premência da prevenção geral em relação a este tipo de crime e à sua projecção na nossa comunidade.

Afastada que fica a possibilidade de atenuar especialmente a pena, em termos de medida da pena concreta, não há razão bastante para descer abaixo do nível até onde o Tribunal de 1ª Instância conseguiu ir, não se tendo afastado muito do mínimo da pena abstracta.

A pena concreta não deixa de reflectir os critérios plasmados nos artigos 40º e 65º do C. Penal.

A lei aponta quais as finalidades das penas no artigo 40º do C. Penal:

“1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.”

Daqui se colhe a interpretação sintetizada na afirmação de Roxin², delimitando o sentido e limites do direito penal, como “protecção subsidiária de bens jurídicos e prestação de serviços estatais, mediante

² - Ob. cit. pág. 43.

prevenção geral e especial que salvaguarde a personalidade no quadro traçado pela medida de culpa individual.”

Sentido tanto mais reforçado quanto ganha foros programáticos logo no preâmbulo do Dec.-Lei 58/95/M de 14/Nov., ao proclamar-se que o Código Penal assenta as “suas prescrições na liberdade individual e na correspondente responsabilização de cada um de acordo com o princípio da culpa”, enaltecendo-se o “sentido pedagógico e ressocializador do sistema penal, respeitando os direitos e a personalidade dos condenados” enquanto “repare a violação dos bens jurídicos protegidos e sirva de referência tranquilizadora para a comunidade.”

Por outro lado, os critérios legais para a determinação da pena concreta, são os previstos no art. 65º, n.º 1 do C. Penal, onde se enfatizam as razões já proclamadas relativas aos fins das penas, “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”.

Perante estas linhas orientadoras, descendo ao concreto, o recorrente, não obstante a confissão (não relevante) e o arrependimento, a idade - nasceu em 1983 -, desempregado, ascendência e situação familiar, detinha uma quantidade de produto estupefaciente com alguma expressão - *Ketamina – quantidade diminuta – até 1000mg (1 gr)*³ -, procurava disseminá-la por

³ - Ac. TUI de 5/3/03, Proc. 23/2003

várias pessoas e foi entretanto condenado por um crime de roubo.

Conclui-se, pois, pela justeza da pena aplicada.

3. Posto isto, importa, no entanto, face à entrada em vigor da Lei 17/2009, de 10 de Agosto, e ao disposto no n.º 4 do artigo 2º do C. Penal, indagar qual **o regime mais favorável para o arguido**.

Regime este que deve resultar da aplicação em bloco de cada um dos regimes, não se devendo punir um crime por esta lei e outro por aquela.⁴

Tem-se como assente que essa indagação deve passar pelo apuramento da pena concreta ao abrigo do velho e do novo regime.

Ora, face à nova lei, o crime de **tráfico** imputado ao arguido passou a ser punido com uma pena abstracta com muito maior amplitude - **3 a 15 anos, sem multa** -, não cabendo ao Tribunal pronunciar-se sobre as opções legislativas, tão somente devendo aplicar conscienciosamente a lei.

Isto, para referir que aquela amplitude vai originar a reavaliação de todas as situações não transitadas, sem embargo do desconforto que não deixará de existir em relação a algumas situações de cumprimento de pena que foram contempladas com um mínimo de pena a que correspondem 8 anos de prisão e que, de acordo, com a nova lei, se

⁴ - Maia Gonçalves, CP Anot., 2004, 16ª ed., 56

verificado um mínimo de culpa e ilicitude, deverão ser contempladas com uma pena substancialmente inferior.

Importa, no entanto referir, que a ponderação a fazer não implica necessariamente uma qualquer proporção em função do mínimo, sendo certo que o máximo da pena possível também subiu.

Ora, visto todo o circunstancialismo acima descrito e analisado, entende-se que, face ao disposto na nova lei, artigo 8º, n.º 1, a pena adequada será a de 4 anos e 6 meses de prisão, importando relevar os aludidos fins das penas.

Não se observa uma considerável diminuição da ilicitude integrante da previsão normativa do art. 11º, em particular do n.º 2, vista a quantidade de referência de uso diário de 0,6 gr para a ***Ketamina***, conforme mapa anexo à supra citada Lei 17/09

O **consumo** passa a ser punido com uma pena de 3 meses de prisão ou multa até 60 dias, donde, por via da pena não detentiva, se mostrar a lei nova mais favorável - art. 14º.

Nesta conformidade, importa reformular a condenação, beneficiando o arguido do regime da nova lei, por concretamente mais favorável.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento ao recurso, alterando-se, no entanto, oficiosamente, a condenação, face à aplicação da lei nova, Lei n.º 17/09, de 10 de Agosto e, revogando a decisão condenatória proferida, condena-se o arguido **A**, pela prática, em autoria material e na forma consumada de:

- 1 crime de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo art. 8º, n.º 1 da Lei n.º 17/09, de 10 de Agosto, na pena de **4 anos e 6 meses de prisão**; e

- 1 crime de detenção ilícita de estupefacientes para consumo pessoal, p. p. pelo art. 14º da Lei n.º 17/09, de 10 de Agosto, na pena de **2 meses de prisão**.

Em **cúmulo jurídico** dos 2 crimes, vai ser condenado o arguido numa única pena de **4 anos e 7 meses de prisão efectiva**.

Comunique ao processo n.º CR3-08-0265 – PCC, para efeitos de aí se refazer o cúmulo.

Taxa de justiça a cargo do recorrente que se fixa em 3 Ucs.

Macau, 17 de Setembro de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan