

Processo n.º 228/2009

Data: 26/Novembro/2009

Assuntos:

- Suspensão da execução da pena de prisão

SUMÁRIO:

Não é de atenuar especialmente nem suspender a pena a uma arguida numa situação concreta em que foi condenada por um crime de tráfico de quantidades diminutas e de consumo de estupefacientes, se foi buscar o produto à china, a vende na rua a outro consumidor, se não confessou os factos, não está provado um arrependimento traduzido em actos que o comprovem como vontade séria de se regenerar, se já tem antecedentes criminais

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 228/2009

(Recurso Penal)

Data: 26/Novembro/2009

Recorrente: A (XXX)

Objecto do Recurso: Sentença condenatória da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

A (XXX), melhor identificada nos autos, tendo sido condenada na pena de prisão de **2 meses** por ter cometido em autoria material e na forma consumada um **crime de detenção ilícita de estupefacientes para consumo próprio previsto e punido pelo art.º 23.º, alínea a) do DL n.º 5/91/M** e na pena de **prisão de 1 ano e 3 meses e multa de MOP 6.000**, por ter cometido em autoria material e na forma consumada outro **crime de tráfico de quantidades diminutas previsto e punido pelo art.º 9.º, n.º 1 do DL n.º 5/91/M**, em cúmulo jurídico, na **pena de prisão efectiva de 1 ano e 4 meses e na multa de MOP 6.000**, multa essa convertível na pena de prisão de 40 dias se não pagar a multa ou se não for substituída por trabalho, vem ela interpor

recurso, alegando em síntese conclusiva:

Na presente causa, o tribunal a quo já confirmou que a arguida tinha feito confissão sem reservas e decidiu não ouvir as outras testemunhas ao abrigo do artigo 325.º do CPPM, e proferiu sentença condenatória com base nos factos acima referidos.

A recorrente fez confissão sincera e sem qualquer reservas, segundo as disposições legais, ela devia beneficiar do artigo 325.º do CPPM e do regime de atenuação especial prevista no artigo 66.º, n.º 2, alínea c) e artigo 67.º do CPM, porém, segundo revelado pela sentença, o tribunal a quo não os levou em consideração.

Na sentença recorrida, o Dr. Juiz condenou a recorrente na pena de prisão de 2 meses e de 1 ano e 3 meses respectivamente, não tendo levado em consideração obviamente a disposição acima referida.

Assim sendo, por ter violado o disposto nos artigos 66.º e 67.º do CPM e no artigo 325.º do CPPM, a sentença recorrida deve ser revogada, e substituída por uma pena mais leve ou com suspensão na execução da pena.

*Segundo o regime de confissão, a pena apropriada para a recorrente deve ser inferior a 1 ano, e mesmo que a sua pena efectiva seja de 1 ano, ainda está satisfeito o requisito objectivo de suspensão da execução da pena prevista no **n.º 1 do artigo 48.º do CPM**, isto é, uma pena de prisão não superior a 3 anos. Relativamente ao requisito subjectivo, a personalidade da recorrente é honesta e fiável, e provou-se em audiência de julgamento que a recorrente tinha tomado uma atitude cooperativa com os órgãos de polícia e judiciários. Neste aspecto, o tribunal a quo entendeu o seguinte: “ambos os arguidos fizeram confissão sem reserva sobre os factos acusados”.*

A recorrente só voltou a consumir estupefacientes por ela ter ficada

desempregado por longo tempo, por o marido ter recaído no cancro e por o seu filho de 7 anos de idade ter sido entregue a um lar de caritas.

Ora o marido da recorrente sofre de cancro, pelo que precisa de ser cuidado pela recorrente.

Os comportamentos da recorrente anteriores e posteriores ao crime são positivos e responsáveis. Ao ser interrogada na polícia, a recorrente reconheceu os respectivos factos por livre iniciativa e vontade, mostrando-se arrependido.

Relativamente às circunstâncias do crime, em comparação com outros crimes de ofensa à integridade física e crimes de violação ao património, o grau de maldade é mais baixa, e a influência trazida para a ordem social e os interesses públicos não é tão grave como os outros crime

A recorrente é uma pessoa responsável, depois deste assunto, a recorrente apreendeu uma lição, e sofreu um impacto grande. Tendo sido ameaçada por esta experiência, a recorrente vai tornar-se mais prudente no futuro. Pelo que, a simples censura do facto e a ameaça da prisão já podem realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

A personalidade da recorrente e a sua atitude posterior ao crime são positivas, podendo prever-se que no futuro a recorrente vai ter um bom comportamento e não voltará a cometer crimes.

Na presente causa, a recorrente confessou todos os factos, mostran- do-se apreendido suficientemente. Para cuidar do marido que está doente, a recorrente já está a enfrentar a vida futura positivamente, pelo que já foi realizado o objectivo de prevenção especial.

A pena de prisão não é a forma mais eficaz de prevenção criminal, e mesmo pelo contrário, é muito provável que o arguido seja influenciado pelos maus vícios da prisão, e

torne-se difícil de reintegrar-se na sociedade. O princípio de pena é evitar aplicar a pena de prisão com todo o esforço, o que também é reflectido pelo disposto no DL n.º 58/95/M: “procura evitar a aplicação efectiva da pena de prisão de curta duração, substituindo-a pela pena de multa sempre que esta realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. É óbvio que o legislador já percebeu perfeitamente a influência negativa que a pena de prisão de curta duração poderá trazer ao agente.

*Na presente causa, a recorrente tem que suportar uma carga familiar muito pesada, tomando conta do marido que sofre de cancro, pelo que não é adequado que a recorrente cumpra a pena de prisão efectiva. Por este motivo, deve conceder à recorrente uma oportunidade de suspensão na execução da pena ao abrigo do **artigo 48.º do CPM**, sem prejuízo das obrigações enumeradas nos artigos 49.º - 52.º do CPM.*

Pelo exposto, pede, o presente recurso deve ser julgado procedente, e revogada a sentença por a mesma ter violado o disposto nos artigos 66.º, 67.º e 48.º do CPM e no artigo 325.º do CPPM, substituindo-a com uma outra de pena mais leve, com suspensão na execução da pena, ou impondo-a obrigações enumeradas nos artigos 49.º-52.º do CPM.

O Digno Magistrado do MP oferece douda resposta, alegando, nas suas linhas mestras:

A confissão completa e sem reservas feita em audiência constitui uma circunstância de atenuação geral favorável à recorrente ao determinar a medida concreta da pena, mas não uma circunstância de atenuação especial prevista no artigo 66.º do CPM.

Em relação à confissão completa e sem reservas feita pela recorrente em audiência, o Código de Processo Penal de Macau previu no seu artigo 325.º, n.º 2 uma série de consequências, entre os quais, a dispensa da audição das testemunhas e a redução do imposto de justiça em metade, tal como se verificaram no presente processo, as quais foram feitas de acordo com as disposições legais. No entanto, a dispensa da audição das testemunhas não significa que o tribunal não vai ponderar as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao arguido existentes nos autos ao determinar a medida concreta da pena, mas apenas significa que o tribunal considera todos os factos imputados como factos provados, pelo que não é preciso de fazer a instrução.

Pelo exposto, defende a final, de acordo com o artigo 410.º, n.º 1 do CPPM, o recurso não tem fundamento jurídico obviamente e deve ser rejeitado, devendo ser assim mantida a sentença recorrida.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto apresentou o seguinte duto parecer:

A nossa Exm^a Colega evidencia, convincentemente, a insubsistência da motivação da recorrente.

E nada se impõe acrescentar, de relevante, às suas judiciosas explicações.

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

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

E essa circunstância tem um valor muito reduzido.

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

E, muito menos, que haja sido acompanhada de arrependimento.

Em termos agravativos, há que destacar, em especial, o passado criminal da recorrente.

Não pode deixar de afirmar-se, assim, o seu desrespeito pelo "aviso de conformação jurídica da vida contido nas condenações anteriores" (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime, pg. 253).

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.

A pretendida suspensão da execução da prisão está, igualmente, votada ao insucesso.

Não pode concluir-se, na realidade, que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

O que vale por dizer que não se verifica o pressuposto material exigido pelo art. 48º, n.º 1, do C. Penal.

E são válidas, neste domínio, as considerações anteriormente aduzidas acerca da propugnada atenuação especial.

Há que ter em conta, entretanto, a entrada em vigor da Lei n.º 17/2009.

Haverá, assim, face ao comando do art. 2º, n.º 4, do C. Penal, que confrontar o regime vigente à data da prática dos factos com o resultante dessa Lei.

E tal ponderação, como tem sido entendido, deve ser concreta e unitária.

Estão em causa os tipos descritos nos artigos 9º, n.º 1 e 23º, al. a), da L.A. - a que correspondem os crimes referidos nos artigos 11º, n.º 1, al. 1) e 14º, da L.N..

E há que atentar que, em relação aos mesmos, não se questiona a bondade da opção pela pena de prisão.

Relativamente ao segundo, confrontam-se duas molduras de prisão idênticas.

Quanto ao primeiro, todavia, a L.A. mostra-se mais favorável.

Na verdade, ainda que prevendo a imposição de uma pena complementar de multa, estabelece uma pena de prisão significativamente mais benéfica.

Este o nosso parecer.

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Com pertinência, respiga-se da sentença proferida, ora recorrida, a factualidade seguinte:

“Após julgamento público, apuraram-se os seguintes factos:

Às 5h30 da tarde do dia 15 de Dezembro de 2008, ao passarem pela Loja **B** que fica situada ao lado do Edifício *XXX Tai Ha* da Rua *XXX*, os guardas encontraram o 1.º detido **C**, a vaguear com um ar suspeito.

Ao pretenderem avançar para interceptar o 1.º arguido, este dirigiu-se à rua de

frente (lado do Edifício XXX Tai Ha da Rua XXX).

Quando o 1.º arguido chegou à loja de chá chinesa **D**, perto do Edifício XXX Tai Ha da Rua XXX, a 2.ª arguida **A** aproximou-se do 1.º arguido, entregando-lhe (na sua mão esquerda) as coisas que ela levava na sua mão direita, e este entregou a ela (na sua mão esquerda) as 120 patacas que levava na mão direita.

Quando os guardas foram interceptar os dois arguidos, a 2.ª arguida abandonou no chão m papel higiénico de cor branca que levava na sua mão direita.

Os guardas fizeram um exame ao papel higiénico que a 2.ª arguida deitara no chão, e descobriram que no seu interior havia um pacote selado, onde se escondia uma palhinha com objectos de cor de queijo e uma pílula de cor azul lá dentro.

Por outro lado, com o consentimento do 1.º arguido, os guardas passaram lhe uma revista, e encontraram na sua mão esquerda um papel higiénico de cor branca, com dois pacotes embrulhados no seu interior. Nos dois pacotes referidos, havia em cada um deles uma palhinha selada com objectos de cor de queijo e uma pílula de cor azul lá dentro.

Após exame químico, verificou-se que o pó de cor de queijo contido na referida palhinha abandonada pela 2.ª arguida no chão e nas duas palhinhas encontradas na posse do 1.º arguido estavam com o peso líquido de 0,043g e 0,106g respectivamente, e que continham elementos de heroína, substância essa abrangida pela tabela I-A do DL n.º 5/91/M. Por outro lado, a pílula de cor azul abandonada pela 2.ª arguida no chão e as duas pílulas encontradas na posse do 1.º arguido que estavam com o peso líquido de 0,186g e 0,377g respectivamente, contém elemento de midazolam, substância essa abrangida pela tabela-IV do DL n.º 5/91/M.

Os três pacotes de substâncias proibidas foram adquiridos pela 2.^a arguida **A**, pelas 3h00 da tarde do dia 14 de Dezembro de 2008, perto das portas do cerco de Gongbei, junto duma mulher de nome desconhecido, no preço de RMB 100.

No mesmo dia, a 2.^a arguida vendeu dois dos três pacotes de substâncias ao 1.^o arguido (os encontrados na posse do 1.^o arguido) no preço de MOP 120, e ficou com o último pacote para consumo próprio (aquele deitado pela 2.^a arguida no chão).

O 1.^o arguido bem sabia da natureza e das características dos estupefacientes acima referidos, percebendo que os mesmos são substâncias proibidas, mas mesmo assim, ele continuou a comprar e detê-los para consumo próprio.

O 1.^o arguido praticou as referidas condutas consciente, livre e voluntariamente, bem sabendo que as mesmas são proibidas e punidas por lei.

A 2.^a arguida bem sabia da natureza e das características dos estupefacientes acima referidos, percebendo que os mesmos são substâncias proibidas, mas mesmo assim, ela continuou a detê-los para os consumir (aquele pedaço de palhinha apreendido), e para os vender (os referidos dois pedaços de palhinhas apreendidos).

A 2.^a arguida praticou as referidas condutas consciente, livre e voluntariamente, bem sabendo que as mesmas são proibidas e punidas por lei.

Por outro lado, provou-se também o seguinte:

Ambos os arguidos fizeram confissão sem reserva sobre os factos de que foram acusados.

Ambos os arguidos declararam terem ficado viciados em drogas sob influência dos amigos.

O 1.^o arguido **C** declarou ter consumido estupefacientes (heroína) por injeção

durante mais de um ano.

O 1.º arguido disse que tomara conhecimento, junto dos seus amigos, que podia comprar estupefacientes à 2.ª arguida, e que já tinha comprado a ela por duas vezes.

O 1.º arguido tem o 5.º ano do ensino primário como a sua habilitação literária, e é desempregado agora, recebendo cerca de MOP 2.640 mensais a título de subsídio. Tem a avó dele a seu cargo.

De acordo com o certificado de registo criminal mais recente, o 1.º arguido é acusado dum crime de abuso de confiança no âmbito do processo n.º CR3-08-0351-PCS, cujo julgamento é marcado para o dia 12 de Março de 2010.

A 2.ª arguida **A** declarou ter consumido drogas (heroína) por mais de 4 anos. Antigamente consumia drogas por inalação, posteriormente passou a consumir através de injeção (na nádega).

A 2.ª arguida tem o 2.º ano do ensino secundário como a sua habilitação literária, trabalhando numa loja de sopa doce a tempo parcial como entregador de comidas, auferindo cerca de MOP 2.000 mensais, e para além disso, recebe ainda cerca de MOP 3.000 a título de subsídio do seu filho e do seu marido que sofre de cancro. O seu filho que tem 7 anos de idade está a ser cuidado num lar de caritas. Além disso, a 2.ª arguida ainda precisa de tomar conta da sua mãe.

De acordo com o certificado de registo criminal mais recente, a 2.ª arguida chegou a ser condenada na multa de MOP 4.500, multa essa convertível na prisão de 30 dias, no âmbito do processo de n.º CR3-07-0082-PSM, por ter cometido um crime de detenção de estupefacientes para consumo próprio. A sentença já transitou em julgado em 28 de Maio de 2007. A 2.ª arguida já pagou em 1 de Dezembro do ano 2008 as respectivas

multas e as custas contenciosas.

Para além disso, a 2.^a arguida ainda foi acusada dum crime de aquisição ou detenção ilícita de estupefacientes para consumo próprio e outro crime de detenção indevida de cachimbos e outra utensilagem no âmbito do processo n.º CR2-08-0341-PCS, cuja data de realização da audiência ainda não foi marcada.

Factos não provados: não há factos a provar.

A convicção do tribunal foi feita com base nas declarações prestadas pelos dois arguidos relativamente aos factos acusados, nas provas documentais, nos objectos apreendidos, e nas outras provas.”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa fundamentalmente pela análise da justeza da medida da pena.

A recorrente propugna por uma atenuação especial da pena, invocando a sua confissão sincera e sem reservas.

Invoca ainda a doença do seu marido, com cancro e o facto de o seu filho com 7 anos ter sido entregue a um lar da Caritas, dizendo ter sido essa a razão porque voltou a consumir.

Pede uma pena mais leve e a suspensão da execução da pena de prisão.

2. 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 a arguida confessou sem reservas, mas essa confissão não se assume como tão relevante, considerando que foi apanhada em flagrante.

Quanto ao arrependimento ele não vem comprovado na sentença proferida, tornando-se difícil saber se o que se revela sobre um pretense arrependimento não é a auto-recriminação pelo cometimento dos factos e o temor pela concretização do sacrifício sancionatório ou o verdadeiro arrependimento relevante que é a introspecção séria e responsável sobre o mal do crime e suas consequências nefastas para si e para a sociedade.

Esse arrependimento relevante, por isso mesmo, há-de concretizar-se em actuações concretas, não bastando ser anunciado, devendo antes ser vivido.

Depois, sobre a situação familiar, na factualidade que vem provada, fala-se na necessidade de dar apoio à mãe e não ao marido, não se referindo a doença cancerosa de que padece.

De qualquer modo isso - a eventual troca da pessoa carecida do apoio da arguida - também não é muito importante, como o não é esse factor. Como está bem de ver a necessidade de terceiros e a dependência em relação aos arguido, embora sendo um elemento, a ter em conta, não se mostra decisivo.

Até se pode dizer que, de certa forma, agrava a culpabilidade (aqui a

censurabilidade em relação à conduta, na medida em que tal circunstancialismo devia ser exactamente um factor de inibição da arguida para se meter em “sarilhos”, sabendo as consequências que daí derivariam.

Acresce que a conduta anterior da arguida em relação a esta realidade do mundo dos estupefacientes não a beneficia.

Creemos, pois, não haver um quadro fáctico que possa integrar uma situação de atenuação especial, nada disso fazendo 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.

A ilicitude é expressiva, na forma de cometimento do crime, não se limitando a consumir, mas ainda a ir buscar à China e vender em Macau.

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.

3. 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.”

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.

3. (...)”

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”). E será dentro desta moldura de prevenção que irão actuar as considerações de prevenção especial (função de socialização, advertência individual ou segurança).^{1 2}

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

Na quantificação da medida da pena, estabelece o n.º 2 do artigo 65º que “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 relativas à gravidade da ilicitude, à culpa do agente e à influência da pena sobre o delinquente.

Ponderando e projectando todos estes factores no caso concreto, vista a culpa concreta, a gravidade da actuação, as situações pessoais familiares económicas, não esquecendo os antecedentes criminais da arguida, as penas afiguram-se adequadas e bem andou a Mma Juiz na ponderação a que procedeu.

Não se pode esquecer a forma de cometimento do crime e a facilidade para que aponta a factualidade dada comprovada no sentido de disponibilizar droga a outros consumidores.

A experiência anterior de contatos com a Justiça parece que as não liquidou de vez, no sentido de afastar a arguida dessas vivências e, pior, facilitando-as a terceiros..

Não obstante a natureza do crime cometido, o certo é que a oportunidade que lhe foi dada anteriormente e a pretensa expiação regenerativa anterior não lhe serviu de lição.

² Ac. STJ de 24/02/88, BMJ 374/229.

Não se alcança outro remédio, em termos de seriedade, que não seja a da prisão efectiva que se mostra calibrada em ambos os crimes; ao nível dos dois terços da moldura abstracta para o consumo e ao nível do primeiro quarto para o tráfico de quantidades diminutas.

4. Importa apreciar se, neste caso, a simples censura de facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, de forma a suspender a execução da pena de prisão como pretende o recorrente.

O que vale por indagar se se verifica o pressuposto material exigido pelo art. 48º, n.º 1, do C. Penal que prevê:

“1. O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

(...)”

Na base da decisão de suspensão da execução da pena deverá estar uma ***prognose social favorável***, ou seja, a esperança de que o réu sentirá a sua condenação como uma advertência e de que não cometerá no futuro nenhum crime³.

Juízo de prognose que não se observa no presente caso. Seja na

³ - JESCHECK, citado a fls. 137 do Código Penal de Macau de Leal-Henriques/Simas Santos

perspectiva da arguida, vista a sua falta de vontade para se tratar, seja na perspectiva da Comunidade que não ficaria tranquila com os desmandos previsíveis que esta consumidora de drogas poderia continuar a fazer - importa até não esquecer o outro processo que está a correr contra a arguida.

Razões por que não merecem censura as penas concretas que foram fixadas pelo Tribunal *a quo*.

5. 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 arguida.**

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, se o crime de consumo imputado ao arguido mantém a mesma pena de prisão, passando a multa a té 60 dias, já no crime de tráfico de quantidades diminutas a pena de prisão e 1 a 2 anos e multa de 2000 a 225000 patacas a prisão passou a ser a de 1 a 5 anos nos termos do art. 11º, n.º 1, 1) da lei 17/2009, de 10 de Agosto.

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

Perante isto parece manifesto que a lei velha é mais favorável para a arguida.

Razão por que se mantém a pena encontrada ao abrigo do velho regime, por ser mais favorável em relação à arguida.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento ao recurso, mantendo-se assim a condenação proferida.

Custas pela recorrente, fixando a taxa de justiça em 3 Ucs.

Macau, 26 de Novembro de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan