

## **Processo n.º 170/2010**

(Recurso Penal)

Data: 20/Maio/2010

### **Assuntos :**

- Atenuação especial da pena
- Crime de tráfico de estupefacientes

### **Sumário :**

1. Cada caso é um caso; a idade por si só não implica uma atenuação especial da pena como decorre claramente do art. 66º do CP, sendo necessário que ocorra uma diminuição por forma acentuada da ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2. Não obstante uma situação em que ocorre confissão parcial (não relevante), sobre o arrependimento nada se dizendo, considerando que o recorrente era um homem adulto (21 anos) e já com experiência profissional, vista a quantidade e variedade da droga, possibilidade de disseminação, a organização posta na actividade de traficância, meios e pessoas, estratégia delineada, possibilidade de disseminação por várias pessoas, transacção junto de jovens, em local de diversão, podendo atingir incautos, tudo aponta para uma gravidade expressiva do crime cometido, não se mostrando desajustada uma pena de 8 anos e 6 meses de prisão.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

## **Processo n.º 170/2010**

(Recurso Penal)

**Data:** 20/Maio/2010

**Recorrente:** A (preso)

**Objecto do Recurso:** Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

#### **I - ELATÓRIO**

A, arguido nos autos à margem referenciados e neles melhor identificado, não se conformando com o Acórdão de 19 de Janeiro de 2010, que o condenou em co-autoria material por um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artigo 8.º, n.º 1 da Lei 17/2009, na pena de prisão efectiva de 8 anos e 6 meses, vem recorrer, alegando, em síntese:

*1.ª O acórdão recorrido fundamentou a decisão condenatória em violação ao Princípio da Proporcionalidade e Proibição do excesso (artigo 400.º, n.º 3 do CPP).*

*2.ª Como vem sendo constatado com a mais recente Jurisprudência deste douto Tribunal de recurso a aplicação da Lei n.º 17/2009 pretende aplicar o regime da nova lei aos casos em litígio ainda ao abrigo do OL n.º 5/91/M, aplicar o pressuposto da perigosidade do*

*agente em função da sua personalidade, atendendo à idade, se é ou não primário, se confessa ou não, o modo como se praticaram os factos, e não impor na R.A.E.M um sistema jurídico-penal meramente retributivo.*

*3.<sup>a</sup> O juiz deve averiguar, antes de tudo, se a aplicação no caso de uma certa medida de segurança serve concretamente a realização dos fins a que ela se destina, isto é, a finalidade primária é a socialização do agente e a finalidade secundária corresponde à segurança da sociedade face à perigosidade comprovada.*

*4.<sup>a</sup> A pena em concreto tem de ser aplicada com respeito pela sua, necessidade, mas, acima de tudo pela perigosidade do agente, que tem de ser demonstrada em concreto.*

*5.<sup>a</sup> Sendo o Recorrente primário, não existe um comportamento que permita fazer um juízo de prognose do futuro comportamento do agente, de modo a se aplicar uma pena de prisão agravada, face a outro co-arguido, tendo subjacente os mesmos factos e as mesmas provas.*

Termos em que, conforme pede, deverá o presente recurso ser julgado procedente e, em consequência, ser reduzida a pena aplicada em concreto ao Recorrente, por manifesto vício de lei, com a violação do princípio da proporcionalidade e proibição do excesso da decisão de que se recorre.

Respondendo, diz o **Digno Magistrado do MP:**

*1 - São dois princípios fundamentais na determinação concreta da pena - a culpa do agente e a prevenção criminal -;*

2 - Além disso, a lei delega ao julgador um espaço de actuação dentro da moldura abstracta.

3 - Não se trata de uma actuação arbitrária mas sim vinculativa, pois, deve o julgador confrontar o caso concreto com as circunstâncias previstas no disposto do art. 65 do C.P.M., observando todos os factores favoráveis e desfavoráveis, utilizando o seu prudente juízo de sensibilidade de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

4 - No caso em apreço, os requisitos legais foram totalmente observados, não se peca por excesso as penas concretas encontradas pelo tribunal "a quo".

5 - A idade inferior a 18 anos à data dos factos é uma das circunstâncias possíveis de atenuação especial da pena;

6 - Não cabe ao julgador alterar, arbitrariamente, o modo de aplicação dessa norma.

7 - A aplicação de uma pena concreta mais baixa ao terceiro arguido (por ter funcionado uma atenuação especial) não constitui, por si só, fundamento bastante para consubstanciar qualquer violação do princípio de proporcionalidade.

Termos em que deve ser julgado improcedente o recurso interposto e mantido nos seus precisos termos o acórdão ora recorrido.

**O Exmo Senhor Procurador Adjunto** nesta Instância emite o seguinte duto parecer:

*O nosso Exmº Colega demonstra, de forma proficiente, a insubsistência da motivação do recorrente.*

*Vejamos.*

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

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

*Que dizer, então, das circunstâncias apuradas?*

*A favor do recorrente, há a considerar, apenas, a confissão parcial 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, por seu turno, impõe-se realçar, desde logo, a quantidade e variedade da droga apreendida*

*A respectiva actividade criminosa, por outro lado, prolongou-se por um período considerável - Março a fins de Maio de 2009.*

*E esse facto evidencia, além do mais, uma grande intensidade de dolo.*

*Como é sabido, 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. ac. deste Tribunal, de 20-06-2002, proc. n.º 242/2001).*

*Há que frisar, finalmente, que a actuação em co-autoria tem manifestos reflexos no domínio da ilicitude.*

*Tudo ponderado, enfim, a pena aplicada emerge como justa e equilibrada.*

*Deve, pelo exposto, o recurso ser julgado improcedente.*

Foram colhidos os vistos legais.

## **II - FACTOS**

Com pertinência, respiga-se o seguinte do acórdão recorrido:

“(…)

Desde Março de 2008, os arguidos **A** e **B** começaram a vender conjuntamente estupefacientes a terceiros na Discoteca “C” sita na Doca XXX de Macau, a fim de obter interesses pecuniários.

No decurso do tráfico de estupefacientes, os arguidos **A** e **B** faziam a seguinte divisão de tarefa: ficava os arguidos **A** e **B** encarregados de colocar os estupefacientes em cima da mesa que tinha no grande terraço situado no 2.º andar da referida discoteca e esperavam ao lado da referida mesa, a fim de aguardar a oportunidade para vender os estupefacientes a terceiros.

Para facilitar a comunicação, os arguidos **A** e **B** ainda prepararam dois

walkie-talkie (de marca BFDX, modelo BF-5118) para serem utilizados respectivamente pelos arguidos A e B no referido terraço.

Em 27 de Maio de 2008, pelas 02h00 da madrugada, agentes da PJ dirigiram-se à Discoteca “C” para realizar uma investigação do tráfico de estupefacientes praticado pelo arguidos D, A e B. Na altura, o arguido D encontrava-se à porta da aludida discoteca enquanto os arguidos A e B estavam sentados à única mesa perto da beira-mar que tinha no referido terraço situado no 2.º andar da discoteca.

O arguido B deitou imediatamente uma caixa plástica contendo alguns objectos para o mar.

Nesse momento, os agentes da PJ que estavam a vigiar à beira-mar tirou imediatamente da água os objectos deitados para o mar pelo arguido B com uma rede de pesca, os quais incluíam 15 comprimidos, de cor vermelha clara, contidos no saco de plástico, 37 comprimidos de cor de laranja, 15 sacos plásticos transparentes contendo pó branco, 22 sacos plásticos transparentes contendo granuladas de cor amarela e uma cobertura da caixa plástica (vide autos de apreensão a fls. 10 dos autos).

Submetidos a exame laboratorial, confirmou-se que os aludidos 15 comprimidos de cor vermelha clara continham substâncias de “Metanfetamina” e “N,N-Dimetanfetamina” abrangidas na Tabela II-B anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M e substâncias de “MDMA”, “MDA” e “2C-B” abrangidas na Tabela II-A anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, com o peso líquido total de 4,427g (após a análise quantitativa, revelou-se que a percentagem de Metanfetamina nestas substâncias era de 1,58%, com peso líquido de 0,070g, a de MDMA era de 22,62%, com peso líquido de 1,001g, a de MDA era de 3,80%, com peso

líquido de 0,168g); os supracitados 37 comprimidos de cor de laranja continham substância de “Nimetazepam” abrangida na Tabela IV anexa ao mesmo Decreto-Lei, com o peso líquido total de 6,904g; os aludidos 15 sacos de pó branco continham substância de “Ketamina” abrangida na Tabela II-C anexa ao mesmo Decreto-Lei, com o peso líquido total de 19,019g (após a análise quantitativa, a percentagem de “Ketamina” era de 76,35%, com o peso líquido de 14,521g); os aludidos 22 sacos de granuladas de cor amarela continham substância de “Cocaína” abrangida na Tabela I-B do mesmo Decreto-Lei, com o peso líquido total de 6,805g (após a análise quantitativa, a percentagem de “Cocaína” era de 55,51%, com peso líquido de 3,777g); e a referida cobertura da caixa plástica continha “Ketamina” e “Cocaína”.

Os estupefacientes supracitados foram adquiridos e detidos pelos arguidos **A** e **B**, no intuito de vendê-los a outrem.

Os agentes da PJ encontraram na posse do arguido **B** um walkei talkei de cor preta (marca: BFDX, modelo: BF-5118), MOP\$1.600,00, HKD3.200,00 e RMB1.300,00.

O referido walkei talkei foi o instrumento de comunicação utilizado pelo arguido **B** para o tráfico de estupefacientes e os aludidos numerários foram o dinheiro por si obtido pelo tráfico de estupefacientes.

Os agentes da PJ encontraram na posse do arguido **A** um livro de registo de contas, de cor branca, MOP\$500,00 e HKD900,00.

Os referidos numerários foram obtidos pelo arguido **A** pelo tráfico de estupefacientes e o aludido livro de registo de contas registou os montantes obtidos pelos arguidos **A** e **B** na actividade de transacção de estupefacientes.

Os agentes da PJ encontraram na posse do arguido **D** HKD2.700,00 e

RMB100,00.

Em 27 de Maio de 2008, os agentes da PJ dirigiram-se à residência dos arguidos **B** e **A** situada no Edifício Jardim XXX, Bloco XXX, XXX andar XXX, no Bairro XXX, Macau, para realizar uma busca, tendo encontrado em cima da mesa da sala de estar da referida fracção duas caixas de empacotamento de papel de walkei talkei.

As supracitadas caixas de papel eram as caixas de empacotamento dos walkei talkei utilizados pelos arguidos **A** e **B** durante o tráfico de estupefacientes acima referido.

Os arguidos **A** e **B**, agindo livre, voluntária e conscientemente, praticaram, em conjunto, com dolo e em divisão de tarefa, os actos supracitados.

Os arguidos tinham perfeito conhecimento da natureza e características dos estupefacientes supracitados

Bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Ao praticar as referidas condutas, o arguido **B** ainda não completou 18 anos de idade.

Antes de ser preso, o 1.º arguido **D** era empreiteiro de obras de decoração, auferindo mensalmente cerca de MOP\$20.000,00 a MOP\$30.000,00.

É solteiro, tendo a seu cargo os pais.

O arguido manteve em silêncio sobre os factos imputados na audiência de julgamento, não sendo primário.

Antes de ser preso, o 2.º arguido **A** era controlador de qualidade, auferindo mensalmente MOP\$8.000,00.

É solteiro, não tendo ninguém a seu cargo.

O arguido confessou parcialmente os factos, sendo primário.

Antes de ser preso, o 3.º arguido **B** era desempregado, solteiro, tendo a seu cargo o avô.

O arguido confessou parcialmente os factos, sendo primário.

**Factos não provados:** Os restantes factos constantes da acusação, nomeadamente:

Todos os factos relativos ao tráfico de drogas do arguido **D**.

\*

#### **Convicção do Tribunal:**

A convicção deste tribunal baseou-se na análise sintética das declarações prestadas pelos 2.º e 3.º arguidos na audiência de julgamento, dos depoimentos prestados pelas testemunhas **E**, **F** e quatro agentes da PJ e pela testemunha do 1.º arguido na audiência de julgamento, relatórios laboratoriais dos objectos apreendidos feitos pela PJ (fls. 157 a 162 dos autos e 271 a 276 dos autos), relatórios sociais dos três arguidos, bem como outras provas documentais.

\*

3. *In casu*, não se conseguiu provar que o arguido **D** praticou em conjunto com outros arguidos o tráfico de estupefacientes ilícito, a fim de obter interesses pecuniários, por isso, as suas condutas não constituem **um crime de tráfico de estupefacientes agravado** p. e p. pelos artigo 8.º n.º 1 e artigo 10.º alínea g) do Decreto-Lei n.º 5/91/M de que vem imputado,

devido o 1.º arguido ser **absolvido** desse crime.

Conforme os factos provados, os arguidos **A e B** praticou juntamente o tráfico de estupefacientes ilícito, a fim de obter interesses pecuniários, por isso, as suas condutas já constituem **um crime de tráfico de estupefacientes** p. e p. pelo artigo 8.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com circunstância agravante prevista no artigo 10.º alínea g) do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

(...)”

### **III - FUNDAMENTOS**

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

O recorrente alega que o acórdão proferido violou o princípio da proporcionalidade e proibição de excesso na matéria de fixação concreta da pena.

2. Começa por dizer que não percebe por que razão o 3º arguido com 17 anos beneficiou da atenuação especial e o recorrente com 21 já não. E interroga-se se a mentalidade de um jovem de 17 anos será tão diferente da de um de 21.

O que se pode dizer é que cada caso é um caso; a idade por si só não

implica uma atenuação especial da pena como decorre claramente do art. 66º do CP, sendo necessário que ocorra uma diminuição por forma acentuada da ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

E depois quanto ao espanto do recorrente que não vê diferença entre um jovem de 17 anos e de 21 anos não se deixa de referir que quatro anos de diferença nesse período da vida fazem uma grande diferença.

Para além de que é a própria lei a referir a circunstância de o agente ter menos de 18 anos de idade ou não, caso em que, ainda que não de forma imperativa se pode considerar essa possibilidade – cfr. art. 66º, n.º 1, f).

Acresce ainda que para além da diferença de idade, algo expressiva nessa fase da vida, releva ainda outro factor, qual seja o da experiência de vida e profissional, para jogar tão somente como s dados fixados no acórdão recorrido.

Donde não se poder concluir que as razões que justificaram a atenuação especial devem também relevar para o ora recorrente, sendo ainda de assinalar que não está aqui em causa a pena aplicada àquele.

3. Depois, vem o arguido esgrimir com factos que não vêm provados e que se traduzem na circunstância de o arguido se ter deixado levar pela conversa do “verdadeiro traficante”.

Ora, tais factos não só constam dos autos, como não resulta dos mesmos que tal apuramento tenha sido suscitado ou se impusesse.

4. Sobre um pretense *excesso de decisão*, à míngua de concretização, não se vislumbra sinceramente no que se possa traduzir.

Considerando que tal vício se reconduza ao desacerto da pena, será tal questão tratada nessa sede, de modo a indagar da justeza da pena encontrada.

5. Invoca várias atenuantes que, em seu entender, deviam ter sido relevadas: primariedade, confissão espontânea, arrependimento, baixa condição social.

Vejamos então a medida concreta da pena.

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, mas apenas parcialmente e é primário, 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.

A ilicitude é expressiva, a culpa do agente é exponenciada pela disseminação do produto estupefaciente, pela variedade das drogas e pela reiteração de uma conduta criminosa na venda de produtos estupefacientes, de uma forma que implicava já alguma organização e profissionalismo.

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.

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 Roxin<sup>1</sup>, delimitando o sentido e limites do direito penal, como “protecção subsidiária de bens jurídicos e prestação de serviços estatais, mediante 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,

---

<sup>1</sup> - Ob. cit. pág. 43.

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, não obstante a confissão parcial (não relevante), sobre o arrependimento nada se dizendo, considerando que era um homem adulto e já com experiência profissional, vista a quantidade e variedade da droga, possibilidade de disseminação, a organização posta na actividade de traficância, meios e pessoas, estratégia delineada, possibilidade de disseminação por várias pessoas, transacção junto de jovens, em local de diversão, podendo atingir incautos, tudo aponta para uma gravidade expressiva do crime cometido.

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

#### **IV - ECISÃO**

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente com taxa de justiça que se fixa em 7Ucs.

Macau, 20 de Maio de 2010,

João A. G. Gil de Oliveira

Tam Hio Wa

Lai Kin Hong