

Processo nº 199/2010

(Autos de recurso penal)

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

Relatório

1. Por Acórdão do T.J.B. foi, A (XXX), com os restantes sinais dos autos, condenado como autor material da prática de 1 crime de “tráfico de estupefacientes”, p. e p. pelo art.º 8, n.º 1 do D.L. nº 5/91/M, na pena de 10 anos e 6 meses de prisão e na multa de MOP\$30,000.00, ou, em alternativa, 3 meses de prisão subsidiária;(cfr., fls. 261-v a 262).

*

Inconformado, o arguido recorreu.

Motivou para concluir que:

- “1. Face ao exposto, segundo o acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo ora recorrido, existe erro na aplicação da lei (o art.º 69º do Código Penal, quanto à determinação da pena);*
- 2. O Tribunal Colectivo ora recorrido, ao fixar a supracitada pena efectiva, fundamentalmente não tomou em consideração algumas circunstâncias provadas e importantes quanto à determinação da pena.*
- 3. O recorrente acha que, a pena razoável aplicada a ele não deve exceder a metade da respectiva moldura penal.*
- 4. Quer dizer, perante o crime de tráfico de estupefaciente p.p. pelo art.º 8º, n.º1 do D.L n.º5/91/M, a sua pena não deve exceder 10 anos de prisão, e segundo o mesmo crime mas previsto no art.º 8º da Lei n.º17/2009, a pena de prisão não deve exceder 9 anos.*
- 5. Após feito uma comparação das duas leis, verifica-se que a nova lei se mostra mais favorável ao recorrente.*
- 6. Pelo que, o recorrente deve ser condenado pela prática do crime previsto no art.º 11º da Lei n.º17/2009, mas na pena não superior a*

9 anos.”; (cfr., fls. 379 a 381, notando-se que em sede de audiência de julgamento, e alegando lapso de escrita, rectificou o recorrente o preceito legal citado na sua “conclusão 6.ª”, pedindo a sua substituição para o “art. 8º da Lei nº 17/2009”).

*

Respondendo, é o Exmº Representante do Ministério Público de opinião que se deve confirmar a decisão recorrida; (cfr., fls. 383 a 386).

*

Remetidos os autos a este T.S.I., e em sede de vista, juntou o Exmº Magistrado do Ministério Público o seguinte Parecer:

“Cinge-se a alegação do recorrente ao seu inconformismo com a medida concreta da pena que lhe foi aplicada, que considera exagerada, entendendo que, por um lado” por mais favorável, lhe deveria ter sido aplicável o regime previsto na Lei 17/2009, não devendo a pena a aplicar exceder os 9 anos de prisão e, por outro, de todo o modo, não terão sido devidamente ponderadas circunstâncias atenuativas da sua

responsabilidade, designadamente a confissão, arrependimento, o facto de ser primário, não tendo também sido levada em devida conta a sua situação económico/familiar.

Não lhe assiste, como é bom de ver, razão em qualquer das vertentes.

Por um lado, da mera leitura do acórdão em crise resulta claro terem sido levadas em conta as circunstâncias relevantes atinentes à responsabilidade e postura do recorrente, designadamente o facto de o mesmo ser primário e ter confessado os factos, sendo, todavia, certo que tal confissão, nas circunstâncias concretas em que a conduta do recorrente foi detectada –“em flagrante”– há-de ter um realce e valor relativos, sendo certo porém, que a mesma não deixou de ser ponderada.

Depois, no que tange ao regime aplicável, deverá ter existido por parte do recorrente eventual lapso na argumentação, já que começa por referir que à luz do artº 8º da Lei 17/2009 a pena a aplicar não deveria exceder os 9 anos de prisão, para chegar à mesma conclusão pela aplicabilidade do artº 11 º do mesmo diploma, sem se dignar esgrimir pelo preenchimento mínimo da tipicidade de tal normativo e sendo certo que no mesmo se prevê, na pior das hipóteses, a pena máxima de 5 anos de prisão.

Seja como for, o douto Colectivo não deixou de extemar, clara, suficiente e congruentemente, as razões por que entendeu como mais favorável ao recorrente o regime contemplado no Dec Lei 5/91/M, razões que se mostram como inatacáveis, apresentando-se a medida concreta alcançada a partir desse regime como justa e adequada face ao circunstancialismo concretamente apurado e no respeito do preceituado no artº 65º, CP.

Razões por que, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, somos a pugnar pela improcedência do presente recurso.”; (cfr., fls. 424 a 425).

*

Cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Foram dados como provados os factos seguintes:

“No dia 5 de Julho de 2008, pelas 7H02, o arguido A chegou a Macau de Jacarta, Indonésia, e no mesmo dia, pelas 07H20, através do Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, deslocou-se ao Interior da China.

Em Zhuhai, o arguido A obteve, junto dum indivíduo não identificado, sexo masculino, de nome “B” (B), os estupefacientes e os escondeu na sua cueca e nas caneleiras de ambas as pernas. Além disso, o arguido também obteve bilhete de avião da Companhia Aérea VIVA, voo ZG101, com horário de partida às 20H15 no dia 17 de Julho de 2008, de Macau para Indonésia.

No dia 17 de Julho de 2008, pelas 18H05, o arguido A, através do Posto Fronteiriço Lótus, trouxe os estupefacientes ao entrar em Macau, pretendendo, através do Aeroporto Internacional de Macau, tomar o supracitado voo para ir à Indonésia, a fim de ganhar interesses pecuniários.

No dia 17 de Julho de 2008, pelas 18H30, após concluído todas as formalidades para embarque, o arguido estava preste ao entrar na zona de restrição do aeroporto, tendo sido interceptado em frente dessa zona pelos agentes da PJ.

No escritório do aeroporto, agentes da PJ encontraram na cueca

que vestia o arguido A, de cor azul escura, 1 saco de plástico transparente contendo 3 saquitos de matéria cristalina branca, mais encontrando nas caneleiras de cor azul que o arguido usava nas suas pernas, 1 saquito de matéria cristalina de cor de leite e, 3 saquitos de matéria cristalina branca; Além disso, também encontraram na sua posse 1.081.000 Rupiah de Indonésia, dois telemóveis (de cor vermelha e azul, respectivamente) e 1 bilhete electrónico da Companhia Aérea VIVA (vd. em pormenores, autos de revista e apreensão, fls. 7 e 8 dos autos)

Após feito o exame laboratorial, confirmou-se que entre os três saquitos de matéria cristalina branca encontrados na cueca, dois continham “Ketamina”, substância abrangida pela Tabela II – C, do D.L.n.º 5/91/M, com peso líquido respectivo de 0.948 e 146.52 gramas (após feita a análise quantitativa, os quais continham respectivamente 92.53% e 90.49% de Ketamina, com peso líquido respectivo de 0.877 e 132.586 gramas) e o outro saquito, com peso líquido de 99.456 gramas, continha “Metanfetamina”, substância abrangida pela Tabela II – B, do D.L.n.º 5/91/M (após feita a análise quantitativa, continha 77.72% de Metanfetamina, com peso líquido de 77.297 gramas). E os restantes quatro saquitos de matérias cristalinas encontradas nas caneleiras, com peso líquido respectivo de 200.54, 201.36, 462.19 e 500.72 gramas,

todos continham “Ketamina”, substância abrangida pela Tabela II – C, do D.L.n.º 5/91/M (após feita a análise quantitativa, os quais continham respectivamente 88.16%, 83.03%, 91.41% e 90.55% de Ketamina, com peso líquido respectivo de 176.796, 167.189, 422.488 e 453.402 gramas)

Os estupefacientes acima referidos foram obtidos pelo arguido A junto do indivíduo de nome “B”, em Zhuhai, com a finalidade de levar à Indonésia para entregar ao destinatário designado pelo último, a fim de obter dinheiro como remuneração.

E a quantia, o bilhete electrónico e os telemóveis acima referidos foram obtidos pelo arguido do referido indivíduo de nome “B”, com a finalidade de servir como instrumento e despesas de viagem, no decurso de transporte dos estupefacientes

O arguido A, com dolo, agindo de forma livre, voluntária e consciente ao praticar as condutas acima referidas.

Sabia perfeitamente a natureza e as características dos estupefacientes acima referidos.

Sabia perfeitamente que não se pode obter, deter e transportar os supracitados estupefacientes, no intuito de entregar a outra pessoa para ganhar ou tentar ganhar interesses pecuniários.

Tinha perfeito conhecimento de que as suas condutas eram

proibidas e punidas por lei.

Além disso, mais se provou:

De acordo com o respectivo certificado de registo criminal, o arguido é primário.”; (cfr., fls. 360 a 361).

Do direito

3. Busca o arguido ora recorrente a redução da pena que lhe foi aplicada pelo Colectivo T.J.B..

Não colocando o mesmo recorrente qualquer outra questão que não seja a supra referida, (nomeadamente, quanto à qualificação da sua conduta, que, de qualquer modo, não merece censura), vejamos.

Percorrendo as alegações e conclusões pelo recorrente apresentadas, (e não obstante o lapso na citação do preceito legal), constata-se que considera apenas o recorrente que a pena que lhe foi imposta é excessiva, entendendo que devia ser inferior a 10 anos de prisão, e que, seja como for, sempre se deveria aplicar o regime legal da Lei n° 17/2009, por lhe ser o mais favorável, pois que no âmbito desta,

devia ser apenas condenado em 9 anos de prisão.

Pois bem, na fixação da pena ora em questão, assim ponderou o Colectivo do T.J.B.:

“III

O D.L n.º5/91/M dispõe no seu art.º 8º, n.º1 que:

“art.º 8º

1. Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5 000 a 700 000 patacas.”

O presente Tribunal Colectivo considera que, de acordo com os factos provados, o arguido A, a fim de obter interesses pecuniários, através de Macau, trouxe de Zhuhai para Jacarta, Indonésia, os estupefacientes para entregar ao destinatário designado, pelo que, a sua conduta cometeu o crime indicado na Acusação.

*

Quando à determinação da pena, de acordo com o art.º 65º do Código Penal, deve ser feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal, também se deve ter em consideração todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, tais como:

- 1) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;*
- 2) A intensidade do dolo ou da negligência;*
- 3) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;*
- 4) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;*
- 5) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime.*
- 6) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada o facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.*

*

De acordo com os supracitados critérios na determinação da pena, tendo em consideração que, embora o arguido seja primário nos autos, o grau da ilicitude e da gravidade da sua conduta é bastante elevada, por outro lado, a quantidade dos estupefacientes trazida pelo arguido também é muito elevada, o presente Tribunal Colectivo considera que é adequada a aplicação da pena de prisão de 10 anos e 6 meses, e de multa de MOP30.000, ou em alternativa, 3 meses de prisão se não se efectuar o pagamento ou substituir pelo trabalho social.

*

A Lei n.º17/2009, ou seja, a lei de “Proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas” entrou em vigor a partir de 10 de Setembro de 2009, tendo estabelecido medidas de prevenção e de repressão da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, e revogado o D.L n.º5/91/M.

Embora os factos tenham ocorrido antes do dia de entrada em vigor da nova lei, nos termos do art.º 2º, n.º4 do Código Penal: “Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado

o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se já tiver havido condenação transitada em julgado”.

De acordo com as disposições da nova lei, o arguido, pela sua conduta, cometeu um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, previsto e punido pelo art.º 8º, n.º1 da Lei n.º17/2009, e as respectivas circunstâncias também não reúnem as circunstâncias atenuantes previstas no art.º 11º da mesma lei, pelo que, a respectiva moldura penal é de 3 a 15 anos de prisão.

De acordo com o mesmo critério na determinação da pena, perante a nova lei, a pena adequada aplicada ao arguido é de 12 anos de prisão.

Após feita a comparação, tendo em conta que a pena da lei antiga se mostra mais leve face à conduta de tráfico de estupefaciente praticada pelo arguido, é aplicável assim a antiga lei, ou seja, o D.L n.º5/91/M.

IV

Nos termos expostos, o Tribunal Colectivo condena o arguido A na pena de prisão de 10 anos e 6 meses e de multa de MOP30.000, ou em alternativa, 3 meses de prisão caso não venha a ser paga ou substituída por trabalho social, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo artigo 8º, n.º 1 do D.L. n.º5/91/M.

(...)”; (cfr., fls. 406 a 409).

Merecerá censura o assim decidido?

Vejamos.

Ponderando na conduta do ora recorrente, nomeadamente, na quantidade e natureza dos estupefacientes que lhe foram apreendidos, na ausência de atenuantes, na premente necessidade de prevenção deste tipo de crimes, e na moldura penal pelo art. 8º do D.L. nº 5/91/M prevista para o crime em questão, cremos que excessiva não é a pena pelo Colectivo a quo encontrada no âmbito deste diploma legal.

Havendo porém que se dar observância ao estatuído no art. 2º, nº 4 do C.P.M., importa ver qual a pena que se considera justa no âmbito da Lei nº 17/2009.

Ora, ponderando nos elementos que atrás se deixaram expostos, e atenta a moldura penal prevista no art. 8º do referido diploma legal – 3 a 15 anos de prisão – (e, tenho também presente o decidido nos doutos Ac. do V^{do} T.U.I. de 23.09.2009, Proc. nº 26/2009 e 28/2009), mostra-se-nos

adequada a pena de 9 anos e 6 meses de prisão.

Verifica-se assim ser este o regime concretamente mais favorável ao ora recorrente, pelo que nesta conformidade se decidirá, indo o mesmo condenado na dita pena de 9 anos e 6 meses de prisão.

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, acordam julgar parcialmente procedente o recurso.

Pelo seu decaimento pagará o recorrente a taxa de justiça que se fixa em 4 UCs.

Honorários ao Ilustre Defensor Oficioso no montante de MOP\$1,500.00.

Macau, aos 22 de Abril de 2010

José M. Dias Azedo

João A. G. Gil de Oliveira

Chang Kuong Seng

(vencido, nos termos da declaração de voto junta).

**Declaração de voto vencido apendiculada ao
Acórdão de 22 de Abril de 2010 do Processo n.º 199/2010**

Em relação ao Acórdão hoje emitido por este Tribunal de Segunda Instância no seio dos presentes autos de recurso penal n.º 199/2010, exaro esta declaração de voto, na qualidade de primeiro juiz-adjunto:

Como se sabe e aliás também com consagração expressa no art.º 2.º, n.º 1, do Código Penal de Macau (CP), rege, no direito penal, o princípio de não aplicação retroactiva da lei, pelo que a norma a aplicar a um facto é *em regra* a que vigorava no momento da sua realização pelo agente.

Mas, por uma questão de justiça e de razoabilidade, esse princípio admite limitações decorrentes da possibilidade de aplicação retroactiva de uma lei (necessariamente nova) de conteúdo mais favorável ao arguido.

E é neste contexto que o dito art.º 2.º começa por rezar, no seu n.º 2, que “O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do elenco das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a respectiva execução e os seus efeitos penais”.

Sendo outrossim certo que por força do n.º 4 do mesmo artigo, “Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se já tiver havido condenação transitada em julgado”.

Trata-se, pois, na hipótese do n.º 2 acima transcrito, de autêntica descriminalização da conduta, enquanto o n.º 4 já respeita a toda a situação em que à data do julgamento do agente, já terá entretanto começado a vigorar uma lei penal nova que agrave ou diminua a moldura penal correspondente à conduta inicialmente prevista como punível na lei antiga vigente à data da sua prática.

No caso concreto dos presentes autos, o arguido ora recorrente praticou a conduta de tráfico de estupefacientes (de quantidades não diminutas), e como tal foi concretamente punido pela Primeira Instância com 10 anos e 6 meses de prisão e trinta mil patacas de multa, dentro da moldura penal de 8 a 12 anos de prisão e de cinco a setecentas mil patacas de multa, prevista no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro (doravante tida como lei antiga), vigente à data desses factos.

Entrementes, entrou em vigor em 2009 a Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto (doravante chamada como lei nova), segundo a qual tal

conduta concreta do recorrente continua a ser uma infracção e como tal punível dentro da moldura penal de 3 a 15 anos, moldura penal apenas de prisão essa prevista no n.º 1 do respectivo art.º 8.º.

E comparando os máximos legais da pena nessas duas molduras em questão (e vistas, também, em paralelo, a moldura penal agravada prevista quer no art.º 10.º da lei antiga quer no art.º 10.º da lei nova), é de ver que:

- não há, indubitavelmente, nenhuma intenção, por parte do legislador da lei nova, de penalizar com pena de prisão mais leve, toda a conduta de tráfico de estupefacientes abrangidos pelas tabelas I a III anexas à própria lei nova, de ilicitude não diminuída;

- antes pelo contrário, é intuito nítido do legislador punir com pena de prisão mais pesada, este tipo de condutas de tráfico de ilicitude não diminuída;

- daí que o simultâneo abaixamento do mínimo legal da pena de prisão do tipo fundamental de tráfico, de 8 para 3 anos, deve ser entendido como resposta concreta encontrada pelo legislador para fazer face a condutas de tráfico de estupefacientes das tabelas I a III de ilicitude diminuída, para as quais era demasiado rígido o mínimo legal de 8 anos da moldura da pena de prisão prevista no art.º 8.º, n.º 1, da lei antiga;

– sendo outrossim certo que toda a conduta de tráfico de estupefacientes abrangidos nas tabelas I a III, V ou VI anexas à lei nova cuja ilicitude se mostre “consideravelmente diminuída, tendo em conta, nomeadamente, os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, das substâncias ou dos preparados” já é punível sob a égide do tipo de crime de tráfico de menor gravidade, previsto no art.º 11.º, n.º 1, alínea 1), da lei nova, com moldura penal de 1 a 5 anos de prisão, aliás, também mais grave do que a moldura de 1 a 2 anos de prisão com multa de duas mil a duzentas e vinte e cinco mil patacas, do congénere crime de tráfico de quantidades diminutas do art.º 9.º, n.º 1, da lei antiga.

Assim sendo, é de achar a pena concreta do crime de tráfico comprovadamente praticado pelo arguido ora recorrente, dentro das ditas duas molduras em sucessão temporal (previstas no art.º 8.º, n.º 1, da lei antiga e da lei nova), para ver qual das penas assim achadas em concreto é que é mais favorável a ele.

E nesta matéria, ante a matéria de facto já apurada em primeira instância, que espelha bem um caso nítido de conduta de tráfico de estupefacientes de ilicitude não diminuída, é de louvar mesmo toda a decisão comparativa já feita pelo Colectivo *a quo* no seu acórdão para efeitos do n.º 4 do art.º 2.º do CP, segundo a qual, e em síntese, a pena

de prisão achada à luz da lei nova, em 12 anos de prisão, não é mais favorável ao recorrente, e como tal este deve ser punido concretamente com pena de 10 anos e 6 meses de prisão com trinta mil patacas de multa, nos termos iniciais da lei antiga.

Razões por que não deverá ser reduzida – tal como pugna o Ministério Público na presente lide recursória – a pena de prisão já imposta concretamente no acórdão recorrido, daí que votei contra a decisão ora vertida no douto Acórdão que antecede.

Macau, 22 de Abril de 2010.

O primeiro juiz-adjunto,

Chan Kuong Seng