

ACÓRDÃO DO RECURSO PENAL

【刑 事 上 訴 裁 判 書】

PROCESSO DO RECURSO N° (上訴卷宗編號): 1024/2009

【N° do processo da 1ª Instância: CR3-09-0054-PCC】

ESPÉCIE: Recurso penal

DATA DE ACÓRDÃO: 17-12-2009.

* * *

- **RECORRENTE:**

A.

- **RECORRIDO:**

TRIBUNAL "A QUO" (1ª Instância).

- **OBJECTO DO RECURSO:**

ACÓRDÃO CONDENATÓRIO DE 1ª INSTÂNCIA.

* * *

S U M Á R I O 【裁判要旨】

- I - É de concluir que o regime sancionatório da conduta de tráfico de estupefacientes, estabelecido pela Lei n° 17/2009, de 10 de Agosto (*nova lei para combate do tráfico e consumo de estupefacientes*) é **manifestamente** mais favorável relativamente ao crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo DL n° 5/91/M, de 28 de Agosto.
- II - Tendo agora em vista a regra do n° 4 do artigo 2° do actual Código Penal de Macau, que, em caso de sucessão de leis no tempo, manda aplicar o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, há que submeter os feitos às molduras do novo ordenamento.

O relator,

Fong Man Chong

PROCESSO DO RECURSO N° (上訴卷宗編號): 1024/2009

【N° do processo da 1ª Instância: CR3-09-0054-PCC】

ESPÉCIE: Recurso penal

DATA DE ACÓRDÃO: 17-12-2009.

* * *

- **RECORRENTES:**

A.

- **RECORRIDO:**

TRIBUNAL "A QUO" (1ª Instância).

- **OBJECTO DO RECURSO:**

ACÓRDÃO CONDENATÓRIO DE 1ª INSTÂNCIA.

* * *

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

I – RELATÓRIO:

1. No processo CR3-09-0054-PCC do 3º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da RAEM, após julgamento em processo comum e perante tribunal colectivo, foi julgada a acusação procedente por provada e proferido o acórdão com o seguinte teor (parte que releva para o recurso em apreço):

- 按 1 月 28 日 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項販毒罪，判處（嫌犯 A）八年九個月之實際徒刑，以及罰金澳門幣 20,000 圓或轉為 120 日徒刑。
- Pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo artigo 8º/1 do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, o arguido A foi condenado na pena de oito (8) anos e 9 (nove) meses de prisão efectiva, e de MOP\$20,000.00 de multa, ou em alternativa, 120 dias de prisão.

* * *

2. Inconformado, o arguido interpôs recurso do aresto, tendo oferecido as seguintes conclusões:

- 1) - 針對 2009 年 10 月 23 日之初級法院刑事法庭就合議庭普通刑事訴訟程序

CR2-09-0076-PCC 所作之判決，上訴人以實行正犯、既遂的方式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰之販毒罪，判處 8 年 9 個月徒刑，以及罰金澳門幣 20,000 元或轉為 120 日徒刑。

- 2) - 上訴人在審判聽證中作出聲明，自由及不受任何脅迫下承認被歸責之事實。因此，作為判決基礎的事實，上訴人並無異議。(參見上述卷宗判決書)上訴人僅對於初級法院刑事法庭在判處刑罰時所依據的法律及判決標準，表示不服。
- 3) - 在初級法院刑事法庭作出上述卷宗判決的期間，第 17/2009 號法律已經生效，上述卷宗涉及比較新舊法及從優適用的問題。
- 4) - 如果從刑幅的變化方面加以解釋有關法律，就新法所規範的 3 年至 15 年，清楚說明了立法者瞭解到有關犯罪行為的複雜性和多樣性，並對過往案件的最低刑幅均由 8 年開始作出反思。
- 5) - 首先，舊法第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款處罰確實存在嚴苛的性況。其次，新法第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款使法庭在作出判罰的決定時，得以界定更為適當的選擇，並能體現違刑罰相適應原則。
- 6) - 就上述卷宗的判決，初級法院刑事法庭認為若用新法判處，應以 9 年 6 個月徒刑最為適合，繼而，由於舊法判處較輕，所以決定適用舊法。有關的決定並未符合立法精神。
- 7) - 上訴人所觸犯的行為在適用新法上，理應被判處更輕的處罰。在有關判決中，適用新法的有關處罰理應比適用舊法還要低，方能符合刑罰相適應原則。
- 8) - 所以，上級法院應判處本上訴得直，就上述卷宗判決在適用新法第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款時，應判處比舊法第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及現有判決處罰內容為低之處罰，方為適宜，繼而根據《刑法典》第 2 條第 4 款的規定從優通用法律並作出判決。
- 9) - 上述的事實及依據符合《刑法訴訟法》第 400 條第 1 款之上訴依據，上訴人為此提出上訴，中級法院應判處是次上訴得直。

- 10) - 謹請中級法院駁回初級法院刑事法庭就上述卷宗判決中的處罰部份，繼而根據相關法律，對上訴人的行為從輕判處，並判處本上訴得直。
- 11) - 鑑於指派辯護人能及時收取公設辯護人報酬乃尊嚴的彰顯，因此懇請上級法院，如本上訴存在判處公設辯護人報酬的話，則懇請批准由終審法院院長辦公室或有關部門先行墊支有關報酬。

* * *

3. Admitido o recurso, o Digno Magistrado do MP apresentou resposta, sustentando o não provimento do recurso (fls. 178 a 181).

* * *

4. Nesta Instância, o Exmo. Procurador-Adjunto pronunciou-se pelo **improvemento do recurso** (fls. 194).

* * *

5. Realizado o exame preliminar e colhidos os vistos, prosseguiram os autos para audiência, a qual se realizou com observância do formalismo legal, tendo sido produzidas alegações orais, que se mantiveram no âmbito das questões postas no recurso.

* * *

II – FUNDAMENTOS:

O objecto do recurso reconduz-se essencialmente à resolução das

seguintes questões:

- 1) - **Qual regime aplicável: o da Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto (regime novo) ou o DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro (regime antigo)?**
- 2) - **A justeza e justiça da pena concreta aplicada, se for o regime novo aplicável.**

* * *

Vejamos, em primeiro lugar, os factos assentes, tangentes ao arguido/Recorrente que o Tribunal “*a quo*” deu como provados:

「已經證明之事實：」

嫌犯 **A** 應身份未明人士之要求，以體內藏毒方式將毒品從巴基斯坦，經馬來西亞運入澳門，目的是賺取金錢報酬。

為著上述運毒計劃順利進行，嫌犯 **A** 於 2008 年 9 月 12 日 17 時 01 分，從馬來西亞吉隆坡國際機場乘坐馬來西亞航空公司 MHXXX 號航班飛抵澳門，以便視察環境以準備日後從事運毒活動。

按照計劃，於 2008 年 9 月 14 日 13 時 49 分，嫌犯 **A** 乘坐馬來西亞航空公司 MHXXX 號航班離開澳門。

2008 年 11 月 3 日，在巴基斯坦卡拉奇市某一不知明地方，嫌犯 **A** 將 73 粒包裹成橢圓形顆粒的海洛因粉末吞服體內，以便稍後乘坐飛機經馬來西亞運入澳門。

稍後，嫌犯 **A** 從上述身份未明人士處取得於 2008 年 11 月 3 日從卡拉奇市國際機場往馬來西亞吉隆坡國際機場，之後於同年 11 月 4 日從馬來西亞吉隆坡國際機場往澳門國際機場的飛機票，以及同年 11 月 9 日至 10 日同樣路徑的

回程機票、1,000 港圓、10 馬來西亞幣、1,500 美元及一張到澳門後使用的電話智能卡，作為嫌犯 A 運送上述毒品的路程所需。

2008 年 11 月 4 日，在澳門國際機場入境大堂內，司警人員將於當日大約 14 時 45 分從吉隆坡國際機場，乘搭馬來西亞航空公司 MHXXX 號航班飛抵澳門國際機場的嫌犯 A 截停檢查。

同日 17 時 11 分，在仁伯爵綜合醫院內，嫌犯 A 接受腹部 X 光、腹部及盆腔 CT 檢驗，發現其胃腸道內藏有多個橢圓形異物。

從同日直至 11 月 7 日，在上述醫院內，嫌犯 A 排出 73 包以膠紙包里的橢圓形乳酪色塊狀物。

經化驗證實，上述乳酪色塊狀物的總淨重為 724.024 克，含有屬於一月廿八日公佈的第 5/91/M 號法令附表一 A 中所管制之“海洛因”。

上述毒品是嫌犯 A 從綽號“XX”的身份未明人士處取得，目的是運入澳門並到新中央酒店內交給一名由後者指定的菲律賓籍女子，以賺取 45 萬盧比(巴基斯坦幣)的酬勞，及不用清還先前欠下之 5 萬盧比(巴基斯坦幣)之債務。

此外，司警人員在嫌犯 A 身上搜出 1 台手提電話、2 張電話智能卡、1,500 美元、600 港圓、10 馬幣、1 張電子機票文件、2 張機票票尾及一份共五頁之飛機票。

上述錢款、機票等是嫌犯 A 從事上述運毒活動的工具及路費。

嫌犯 A 是在自由、自願和有意識的情況下故意作出下述行為的。

嫌犯 A 明知上述毒品之性質和特徵。

嫌犯 A 運載及持有上述毒品，目的是提供予他人，藉此獲取或企圖獲取金錢報酬。

嫌犯 A 明知法律禁止和處罰其作出之上述行為。

* * *

Mais se provou:

在審判聽證中，嫌犯承認有關事實並表現悔意。

根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。

嫌犯聲稱被羈押前在家鄉任職銷售員，嫌犯的妻子為家庭主婦，兩人育有一名現年 1 歲的兒子，嫌犯的父親剛退休而母親為家庭主婦，嫌犯尚有一名弟弟及兩名妹妹。嫌犯學歷為中學二年級。

Quid Juris? Perante este quadro fáctico assente?

A) – Regime aplicável:

Tal como se refere anteriormente, a questão essencial reside em saber, face à entrada em vigor da Lei 17/2009, de 10 de Agosto, e ao disposto no n.º 4 do artigo 2º do Código Penal de Macau (CPM), qual o *regime mais favorável para a arguido*, regime este que deve resultar da aplicação em bloco de cada um dos regimes “concorrentes”, não se devendo punir um crime por esta lei e outro por aquela.

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** -, dando-se assim ao julgador uma maior “margem de manobra” para determinar a justiça de caso concreto, tendo em conta o circunstancialismo do caso que lhe seja apresentado para decidir, em observância dos requisitos legalmente fixados para este efeito.

Importa, igualmente 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. Não obstante, o meio da pena ainda se situa abaixo do anterior: 9 contra 10 anos de prisão.

O Tribunal *a quo* fundamentou a sua decisão nesses termos:

「第 17/2009 號法律，即《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉品及精神藥物》從 2009 年 9 月 10 日開始生效，訂定澳門特別行政區預防及遏止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物的措施。

雖然本案事實發生於新法律生效日期前，但根據《刑法典》第 2 條第 4 款規定“如作出可處罰之事實當時所生效之刑法規定與之後之法律所規定者不同，必須適用具體顯示對行為人較有利之制度，但判刑已確定者，不在此限”。

因此，如適用新法，則嫌犯觸犯的 1 項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，可被判處 3 年至 15 年徒刑之刑罰，本合議庭認為判處嫌犯 9 年 6 個月徒刑最為適合。

經比較，考慮到由於舊法對嫌犯的販毒行為的處罰較輕，因此，適用舊法，即第 5/91/M 號法令的規定對嫌犯較有利。」

Ora este Tribunal não pode acompanhar este raciocínio, visto que:

a) Se, em face da lei antiga (*DL n.º 5/91/M, de 28 de Agosto*) o Tribunal entendesse e assim entendeu que a pena adequada e proporcional ao caso é de 8 anos e 9 meses, optando assim o quase mínimo da moldura penal abstracta (8 a 12 anos de prisão), então o mesmo raciocínio devia ser seguido na determinação concreta da pena à luz do regime instituído pela nova Lei. Nestes termos, a pena proporcional seria entre 6 a 8 anos de prisão.

b) Assim, nesta perspectiva, o regime mais favorável para o arguido é o regime novo, instituído pela Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto.

c) Acresce ainda uma outra nota que reforça a conclusão acima tirada, na medida em que o novo regime legal, para a conduta de tráfico de estupefacientes, deixou de punir cumulativamente com a pena de multa, ao contrário do que constava do regime antigo que sancionava, para a mesma conduta e cumulativamente, a multa de MOP\$5000.00 a MOP\$700,000.00.

Pelo que, para a conduta de tráfico de estupefacientes, é sempre mais favorável para o arguido o regime estabelecido na Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto (a mesma conclusão também é chegada pelo TUI, cfr. Ac. de 09/12/2009, Proc. n.º 38/2009).

* * *

B) – Medida da pena:

Ponderando toda a factualidade provada, debruçados sobre a gravidade objectiva e subjectiva dos factos, recorta-se acentuada a ilicitude, como o é o grau de culpa do agente, indiferentes aos malefícios das drogas, às consequências temíveis ou nefastas decorrentes do seu consumo, contando apenas o desejo da obtenção do lucro e do lucro avultado.

É de afirmar que são graves também as consequências dos factos,

como é lógico, no que se refere à saúde física e psíquica de todos aqueles que adquiriram o produto – que é considerado como “droga dura” e que, como é sabido, tantos malefícios ocasiona às pessoas que a utilizam, bem como às famílias respectivas e à própria comunidade.

A par do fim da retribuição, sem dúvida que as necessidades de prevenção especial são prementes, como o são as necessidades de prevenção geral.

* * *

Por outro lado, a favor do arguido sobressai, e tão somente, o facto de ser delinquente primário e de confessar os factos imputados.

Toda a pena tem uma feição pedagógica e ressocializadora, por isso não pode exceder os limites impostos por esta teleologia, intervindo na fixação a culpa e a prevenção – artigo 65º do CPM.

As penas são aplicadas com a finalidade primordial de restabelecer a confiança colectiva na validade da norma violada, abalada pela prática do crime e assegurar a eficácia do sistema penal.

O abalo, a intranquilidade a ponderar, arrancam da importância do bem ou valor violados e seu grau de reiteração, por isso se pede à pena a finalidade de tranquilizar o tecido social, de atenuar o alvoroço gerado pelo afrontamento à lei, bem como dissuadir potenciais criminosos, contendo os seus instintos primários.

Em caso algum, qualquer que seja a sua valência, a ponderação desses interesses pode suplantar a medida da culpa, que limita pelo topo a medida da pena.

A culpa fornece a moldura de topo, absolutamente inultrapassável, no interior daquela actuando a submoldura da prevenção geral, que fornece, desde logo, um limite máximo compatível com a medida óptima da tutela dos bens jurídicos e o mínimo de pena abaixo do qual se não pode descer, por comunitariamente indesejável.

Dentro daquela moldura geral a prevenção especial, da reincidência, opera como modo de assegurar o retorno ao tecido social do agente em condições de não afrontamento dos “padrões-standard” pré-estabelecidos, levando o agente a interiorizar os maus resultados do crime, em vista da sua transformação em homem de bem, como ainda circunstâncias que não fazendo parte do tipo – n.º 2 do artigo 65.º do CPM – depõem a favor ou contra o arguido.

Esta medida de necessidade de adaptação futura do agente ao meio social, desempenha um papel notável, pela ponderação da personalidade do agente e da sua desconformação à suposta pela ordem jurídica, ao nível da prevenção especial, influenciando, também, o “*quantum*” exacto de pena – Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade, in “*Direito Penal – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*”, 1996, 120.

* * *

Apreciemos a questão relativa à medida da pena, considerando a factualidade apurada à luz dos critérios e factores constantes dos artigos 40º e 65º do CPM.

No caso, importa atender os seguintes elementos:

- O grau da ilicitude é elevado, considerando a qualidade e quantidade dos estupefacientes apreendidos.
- O dolo foi intenso, correspondente ao dolo directo.
- A sua situação familiar – tem a seu cargo a mulher e um filho menor - e as suas modestas condições sócio-económicas militam em favor do arguido.
- É primário.
- Confessou os factos imputados e mostrou-se arrependido.

É necessária e suficiente para satisfazer adequadamente as exigências concretas de prevenção geral positiva ou de integração porque, apesar de consabidamente elevadas - tendo em atenção a bem conhecida alta danosidade social do tráfico de droga» -, a referida pena não compromete o equilibrado sentimento comunitário de confiança na validade da norma violada, quando considerada a qualidade e a quantidade do estupefaciente e o meio utilizado para traficar os estupefacientes.

Nestes termos, ponderado todo o circunstancialismo acima descrito e analisado, não esquecendo a quantidade dos produtos estupefacientes detidos (724.024g) e forma de actuação do arguido (importar de fora para Macau), entende-se que, face ao disposto na nova lei, artigo 8º, nº 1, a pena adequada será a de 8 (oito) anos de prisão, importando relevar os aludidos fins das penas.

* * *

III – DECISÃO:

Pela apontadas razões, acordam os juizes do T.S.I. em conceder provimento ao recurso, alterando-se a condenação, face à aplicação da lei nova, Lei nº 17/2009, 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. e p. pelo artigo 8º, nº 1 da Lei nº 17/2009, de 10 de Agosto, na pena de 8 (oito) anos de prisão.**

* * *

Quanto ao mais, mantém-se o decidido na 1ª Instância.

* * *

Sem custas.

* * *

Fixar-se em MOP\$1,200.00 (mil e duzentas patacas) a título de honorários a favor do patrono do arguido/Recorrente, a suportar pelo GPTUI *(artigo 29º do DL nº 41/94/M, de 1 de Agosto, em conjugação a Tabela aprovada pela Portaria nº 265/96/M, de 28 de Outubro).*

* * *

Macau, aos 17 de Dezembro de 2009.

Fong Man Chong
(Relator)

Lai Kin Hong
(Primeiro Juiz-Adjunto)

Choi Mou Pan
(Segundo Juiz-Adjunto)