

Supremo Tribunal de Justiça **Processo nº 08P1147**

Relator: RAÚL BORGES

Sessão: 28 Maio 2008

Número: SJ200805280011473

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO

Decisão: NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMISSIBILIDADE DE RECURSO

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

TRÁFICO DE MENOR GRAVIDADE

ILICITUDE CONSIDERAVELMENTE DIMINUÍDA

IMAGEM GLOBAL DO FACTO

MEDIDA CONCRETA DA PENA

Sumário

I - Estando em causa um recurso interposto de acórdão da Relação, que incidiu sobre acórdão final de tribunal colectivo, e muito embora o arguido tenha sido condenado na pena de 5 anos de prisão pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo art. 21.º do DL 15/93, de 22-01, que a 2.ª instância confirmou, a decisão é recorrível atendendo à data, não da decisão recorrida, mas da decisão de 1.ª instância, por a solução corresponder a tratamento mais favorável (nos termos do art. 5.º, n.º 2, al. a), do CPP), já que face à nova redacção do art. 400.º, n.º 1, al. f), do CPP, conferida pela Lei 48/2007, de 29-08, não seria admissível o recurso.

II - O crime de tráfico de menor gravidade contempla, como a própria denominação indica, situações em que o tráfico de estupefacientes, tal como se encontra definido no tipo base (art. 21.º do DL 15/93, de 22-01), se processa de forma a ter-se por consideravelmente diminuída a ilicitude. A

título exemplificativo, indicam-se no preceito como índices, critérios, exemplos padrão, ou factores relevantes de graduação da ilicitude, circunstâncias específicas, mas objectivas e factuais, verificadas na acção concreta, nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações objecto do tráfico.

III - Os exemplos padrão enumerados no preceito, a par de outros, são atinentes, uns, à própria acção típica (meios utilizados, modalidade, circunstâncias da acção), outros ao objecto da acção típica (qualidade ou quantidade do estupefaciente), ou seja, pertinem todos ao desvalor da conduta, à execução do facto, fazendo parte do tipo de ilícito, não entrando em acção qualquer consideração relativa ao desvalor da atitude interna do agente, à sua personalidade, a juízo sobre a culpa e à necessidade de pena, presentes no art. 72.º do CP.

IV - Por outro lado, haverá que proceder à valorização global do episódio, não se mostrando suficiente que um dos factores interdependentes indicados na lei seja idóneo em abstracto para qualificar o facto como menos grave ou leve, devendo valorar-se complexivamente todas as circunstâncias.

V - O critério a seguir será a avaliação do conjunto da acção tendo em conta o grau de lesividade ou de perigo de lesão (o crime de tráfico é um crime de perigo abstracto) do bem jurídico protegido (saúde pública).

VI - O art. 25.º do DL 15/93, de 22-01, possibilita a aplicação de uma pena cujo limite máximo fica aquém da aplicação à moldura penal do tráfico base do art. 21.º das regras de atenuação modificativa da pena do art. 73.º do CP, e nessa medida será, incontornavelmente, uma regra de determinação de pena, de medida judicial da pena - consagra uma pena mais leve - como refere Jescheck (in Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Bosch, trad. de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, pág. 363).

VII - Resultando provado que o arguido LM era detentor de 23,909 g de cocaína, que se destinava a ser vendida ao co-arguido JC, a quem foi apreendido o montante que se destinava a pagar o preço da transacção (€ 935), e tendo em consideração que:

- a substância estupefaciente em causa é caracterizada pela sua elevada danosidade (e se é certo que o DL 15/93 não adere totalmente à distinção entre drogas leves e drogas duras, não deixa de afirmar no preâmbulo que «a graduação das penas aplicáveis ao tráfico, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade», havendo que atender à inserção de cada droga nas tabelas anexas, o que constitui indicativo da respectiva graduação);
- a quantidade apreendida, não podendo ser considerada diminuta, nem se

estando perante uma ou algumas doses, assume algum relevo, destinando-se a considerável número de consumidores - permitiria abastecer algumas dezenas de consumidores de cocaína, para além da que o co-arguido JC retiraria para o seu consumo -, sendo grande o risco de disseminação do produto;

- não se está face a um dealer de rua, que efectua vendas a retalho por conta de outrem, com o objectivo de alcançar algum produto para o seu consumo: o móbil da actuação do arguido era o lucro e não a satisfação de necessidades de consumo;

é de concluir que a imagem global do facto não revela uma projecção menor de ilicitude, tendo por referência os pressupostos que enquadram o tipo base do art. 21.º do DL 15/93, de 22-01, sendo de afastar o enquadramento da conduta na previsão do art. 25.º daquele diploma legal.

VIII - A pena aplicada pelas instâncias, de 5 anos de prisão, mostra-se adequada e proporcional à culpa do arguido.

Texto Integral

No âmbito do processo comum colectivo n.º102/06.OJELSB, da 9ª Vara Criminal de Lisboa, foram submetidos a julgamento, para além de outros três, o arguido

AA, solteiro, nascido a 25/5/1964, na Guiné Bissau, filho de BB e de CC, residente no ...º A, do Lote C, da Av., nos Olivais, em prisão preventiva à ordem destes autos desde 27 de Julho de 2006, sendo a todos imputada a prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 21º, nº1, do DL 15/93, de 22-01, sendo o arguido AA por referência à Tabela I-A e I-B anexa a este diploma legal.

Por acórdão do colectivo de **18 de Julho de 2007**, depositado em 20 seguinte, por só então ter sido possível colher a assinatura de uma das senhoras juízas, foi deliberado:

A) Condenar o arguido **AA**, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 21º, nº 1, do DL 15/93, de 22 de Janeiro, com referência à tabela I- B, anexa ao mesmo diploma, na pena de 5 anos de prisão;

B) Condenar o arguido DD, pela prática, em co-autoria material, de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo artigo 25º, do Dec-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, com referência à tabela I-B anexa ao mesmo diploma, na pena de 2 anos de prisão.

Inconformado, o arguido AA interpôs recurso para o Tribunal da Relação de

Lisboa, impugnando matéria de facto e de direito.

O Mº Pº junto da Relação de Lisboa, a fls. 1591 a 1593, limitou-se a defender a irrecorribilidade da decisão, tendo em conta a norma do artigo 400º, nº 1, alínea f) do CPP, na redacção da Lei nº 48/2007, devendo ser proferido despacho no sentido de considerar inadmissível o recurso.

Na sequência dessa posição, por despacho de fls. 1598, a Exma.

Desembargadora Relatora, com o fundamento de que a decisão alvo de recurso fora já proferida ao abrigo da nova lei, não admitiu o recurso.

O recorrente reclamou e por despacho de fls. 1614 a 1616, foi deferida a reclamação, na sequência do que o recurso veio a ser admitido a fls. 1621.

Por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de **19 de Dezembro de 2007**, foi deliberado não conceder provimento ao recurso.

De novo irresignado, o arguido interpôs recurso para este Supremo Tribunal, apresentando a motivação de fls. 1580 a 1584, que remata com as seguintes conclusões:

1. O presente recurso vem interposto da decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que acaba de confirmar a pena de 5 anos de prisão a que o ora recorrente AA foi condenado pela 9a Vara Criminal de Lisboa, 2a. Secção, pela prática de um crime de tráfico de produto estupefaciente pp pelo artº 21º do DL 15/93.
2. Decisão com a qual o recorrente não se pode conformar, porquanto considera-se inocente, sendo que pelo seu entendimento, não resultaram provados, em audiência, os factos pelos quais vinha acusado e acabou condenado.
3. Com efeito, o arguido recorrente no seu depoimento em audiência afirmou ter mantido contacto (telefónico e pessoal) com o co-arguido DD, mas não para transaccionar produto estupefacientes, como foi considerado provado pelo duto acórdão da 1 º instância.
4. A quantidade de produto estupefaciente apreendido não foi encontrado na posse do arguido recorrente, mas sim no interior da viatura na qual o co-arguido se fazia transportar.
5. Sendo certo, que nenhuma testemunha inquirida em audiência disse ter visto o recorrente a vender produto estupefaciente ao co-arguido DD ou outra pessoa que fosse.
6. O depoimento deste co-arguido, além de ter o valor que tem, não foi esclarecedor quanto à posse do produto encontrado no carro em questão.
7. As conversas telefónicas intersectadas são meios de prova e não prova como foram consideradas (artº 171 º e 187º do CPP).
8. O arguido no recurso interposto ante o TRL, entre outras questões suscitou a questão de violação do princípio de igualdade de tratamento, p. no artº 13º

da CRP, sem que o TR tenha apreciado esta questão que se considera cerne do seu recurso.

9. Na verdade, o recorrente considera ter sido violado este princípio constitucional, na medida em que, tendo sido considerado provado que a quantidade de 23,909 gramas de produto de estupefacientes era pertença do recorrente e do co-arguido DD, este tenha sido condenado na pena de 2 anos de prisão, enquanto aquele na de 5 anos de prisão,

10. Seguramente devido ao facto de um ter confessado e outro não.

11. Sendo certo que ambos os arguido (o recorrente e o José de carvalho) possuem antecedentes criminais, conforme resulta dos autos.

12. Sem conceder, a admitir como verdadeiros os factos pelos quais foi condenado, não se comprehende de todo que o co-arguido DD tenha sido condenado na pena de 2 anos pelo crime previsto no artº 25º do DL 15/93, de 22 de Janeiro e o recorrente pelos mesmos factos a merecer punição nos termos do artº 21º do citado dispositivo legal, na pena de 5 anos de prisão.

13. Pela quantidade de produto estupefaciente apreendido, 23,909 gramas, devia o recorrente ser condenado pelo artº 25º do DL 15/93 como o foi o seu co-arguido DD e nunca pelo artº 21º do mesmo diploma legal.

14. Assim existe insuficiência para a decisão da matéria dada como provada, bem como erro na apreciação da prova (artº 410/2,a) e c) do CPP).

15. Normas violadas: Artº 21º do DL 15/93 de 22/1, 71º/1 e 2 da CP, 127º e 428º, 410º do CPP, 13 da CRP, 1º e 7º da DUDH e ainda o artº 6º da CEDH. Na procedência do recurso, pede a revogação do acórdão recorrido com a consequente absolvição do crime pelo qual foi condenado.

Caso assim não seja entendido, defende que deve ser condenado pela prática do crime previsto no artigo 25º do mesmo diploma legal na pena de 2 anos de prisão.

Estamos face a recurso interposto de acórdão da Relação de Lisboa, que incidiu sobre acórdão final de tribunal colectivo.

Muito embora o arguido tenha sido condenado na pena de 5 anos de prisão, confirmada na Relação, a decisão é recorrível atendendo à data, não da decisão recorrida, mas da decisão de 1ª instância, por a solução corresponder a tratamento mais favorável, a ter em conta nos termos do artigo 5º, nº 2, alínea a), do CPP, já que face à nova redacção do artigo 400º, nº 1, alínea f), do CPP, conferida pela Lei nº 48/07, de 29 de Agosto, não seria admissível o recurso.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

Como é jurisprudência pacífica, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso - vícios decisórios e nulidades, nos termos do artigo 410º, n.ºs 2 e 3 do CPP - é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação apresentada, onde sintetiza as razões do pedido (artigo 412º, nº 1 do CPP), que se delimita o objecto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Superior.

Questões a apreciar

No essencial a impugnação do recorrente divide-se em dois sectores, sendo um dirigido à matéria de facto - conclusões 1^a a 7^a e 14^a - e outro à matéria de direito - conclusões 8^a (aqui aludindo a omissão de pronúncia) a 13^a. Tendo em conta as conclusões extraídas pelo recorrente, são as seguintes as questões a tratar:

- I - Errada valoração das provas
- II - Omissão de pronúncia
- III - Vícios previstos no artigo 410º, nº 2, alíneas a) e c) do CPP
- IV - Qualificação jurídica - convolação para tráfico de menor gravidade?
- V - Medida da pena

FACTOS PROVADOS

1. A arguida EE, no dia 23 de Julho de 2006 ao embarcar no aeroporto de Lisboa para a Ilha Terceira nos Açores no voo TP levava, envolta em fita adesiva colada à respectiva cintura, uma embalagem de heroína com o peso líquido de 492, 222 gr.;
2. A arguida encontrava-se desempregada e o bilhete de viagem aérea foi comprado com dinheiro que lhe foi entregue para o efeito por indivíduo não identificado do qual ainda restou a quantia de 150 € que a arguida detinha;
3. Pelo transporte da cocaína para a Ilha Terceira a arguida iria receber 1250 €;
4. O arguido AA, pelo menos nas datas abaixo indicadas, usando os telemóveis e contactava e era contactado para fornecimento e entregas de produtos estupefacientes;
5. Entre o dia 6 de Junho e 23 de Julho de 2006 os arguidos AA e DD contactaram telefonicamente com a finalidade do primeiro entregar ao segundo, recebendo contrapartida em dinheiro, substância estupefaciente para consumo do DD e cedência a amigos em circunstâncias não totalmente apuradas;

6. Em alguns dos telefonemas entre ambos, designadamente ocorridos a 29 de Junho, 3 de Julho e 7 de Julho através dos telefones, e (cabine pública da zona de Cova de Piedade) o AA e o DD referiram-se à existência de um terceiro indivíduo a quem chamavam “mecânico” e o qual tinha produto estupefaciente para entrega ao AA que o entregaria ao DD;
7. A 26 de Julho de 2006 a partir das 15h. 59m. o AA através do telefone e o DD, utilizando o telefone combinaram entre si encontrarem-se, na zona do Laranjeiro, para o primeiro entregar ao segundo cerca de 24 gr. de cocaína;
8. No telefonema ocorrido pelas 19h. 18m. o DD insistiu com o AA perguntando-lhe se efectivamente se ia deslocar ao Laranjeiro e se tinha falado com o terceiro indivíduo sobre a necessidade de “um jante de trinta polegadas” expressão usada como código para se referir à quantidade de produto estupefaciente a entregar que seria de 30 gr.;
9. Pelas 8h. e 26 m. o AA dirigiu-se no seu veículo Opel , modelo Astra, com a matrícula-, conduzido pelo FF às bombas de combustível da Galp no Laranjeiro, sita entre a Estrada, Nacional 10 e a Estrada dos Álamos, onde tinha combinado encontrar-se com o DD;
10. Durante o trajecto o DD, pelas 20h. 49m. e pelas 21h. 36m., insistiu por telefone com o AA perguntando-lhe se efectivamente se ia deslocar à zona do Laranjeiro e insistindo sobre da existência de “um jante de trinta polegadas”;
11. Cerca das 22h. 40m. o FF imobilizou o veículo perto das bombas de combustível da Galp no Laranjeiro;
12. Saíram ambos;
13. O FF ficou junto à viatura Opel Astra;
14. O AA ficou a aguardar pelo DD perto do cruzamento entre a R. e a R. D.;
15. Cerca das 22h. 52m. parou perto do AA um veículo de marca Mercedes, modelo 250TD com a matrícula-, no qual se encontrava o DD ocupando o banco ao lado do condutor;
16. De imediato, o AA entrou no veículo e sentou-se no banco traseiro, levando consigo 23, 909 gr. de cocaína para entregar ao DD;
17. Altura em que foi interceptado pela PJ;
18. Na sequência de revista efectuada ao arguido DD foram encontrados na sua posse: 935 € divididos em várias notas de dez, vinte e cinquenta €, o telemóvel com o nº e respectivo cartão de segurança com um apontamento em que tinha escrito “..... - N.... L.....” assim como um papel manuscrito com vários números de telefone donde consta a menção de “..... -” números telefónicos usados pelo AA;
19. Ao FF foram encontrados 215, 90 € divididos em quatro notas de dez €,

- trinta e cinco notas de 5 € em várias moedas, bem como um telemóvel com o nº e um cartão de segurança do nº de telemóvel;
20. Foram ainda apreendidos no interior do veículo, os 23,909gr. levados pelo AA para o interior do veículo nas circunstâncias acima mencionadas, conforme auto de apreensão de fls. 291;
21. Todos os arguidos conheciam a natureza das substâncias estupefacientes que tinham consigo e que lhes foram apreendidas;
22. Tais produtos destinavam-se a ser entregues pelos arguidos a terceiros nas circunstâncias acima descritas;
23. O AA, a EE, não eram consumidores de estupefacientes;
24. Mesmo assim decidiram manter em seu poder tais substâncias, com o intuito de proceder à sua entrega a terceiros;
25. Agiram livre e conscientemente;
26. Sabiam que as suas condutas eram proibidas por lei;
27. O dinheiro apreendido ao DD destinava-se a ser entregue ao AA para pagamento do produto estupefaciente que este levava consigo os telemóveis Mais se apurou sobre o percurso de vida e as condições pessoais dos arguidos:
28. O arguido **AA** tem o 10º ano de escolaridade;
29. Nasceu na Guiné no seio de uma família humilde;
30. Após conclusão da escola primária ingressou num seminário;
31. Aos 14 anos de idade veio para Portugal com o intuito de estudar e jogar futebol;
32. Nesse ano assinou um contrato com um clube português onde permaneceu durante 2 anos, estudou simultaneamente tendo concluído o 10º ano de escolaridade;
33. Por ter sofrido uma grave lesão na perna foi obrigado a desistir da actividade futebolística;
34. Frequentou um curso de serralharia civil, foi sócio de uma discoteca ao mesmo tempo em que desenvolveu trabalhos indiferenciados na construção civil;
35. Mais tarde deslocou-se para o Algarve e conjuntamente com um primo dedicou-se à exploração de um restaurante;
36. Saiu em liberdade condicional em 29/11/2006
37. Após a sua saída da prisão passou a residir com uma irmã, o filho desta e um primo na zona de Odivelas;
38. Desde Dezembro de 2002 mantém um relacionamento afectivo com uma cidadã de origem caboverdiana coabitando desde então com esta companheira e os seus quatro filhos, de relacionamentos anteriores,
39. Desta ligação existe um filho em comum com 3 anos de idade;
40. À data dos factos desenvolvia tarefas pontuais e explorava uma discoteca;

41. Em 30/10/1997 foi condenado por um crime de tráfico de estupefacientes praticado em 25/11/1996 numa pena de 8 anos de prisão (proc. nº 237/97).

TBAR do Tribunal de Faro;

42. Em 1/7/1998 foi condenado por um crime de corrupção, desobediência e falsificação praticados em 30/7/1996, numa pena única de 15 meses de prisão (proc. nº 410/97. do Tribunal de Olhão). Neste processo foi efectuado o cúmulo com a pena do processo acima mencionado e o arguido foi condenado na pena única de 8 anos e 5 meses de prisão Em 15/9/2005 esta pena foi declarada extinta pelo cumprimento;

43. A arguida **EE** tem o 2º ano de escolaridade;

44. (...);

45. (...);

46. (...);

47. (...);

48. (...);

49. (...);

50. (...);

51. (...)

52. (...);

53. (...);

54. (...);

55. (...);

56. (...);

57. (...);

58. (...);

59. (...);

60. O arguido **DD** tem o 11º ano de escolaridade;

61. Cresceu no seio de uma família estável;

62. Foi bom aluno com aproveitamento até ao 11º ano altura em que começou a revelar insucesso e dificuldades de adaptação à escola;

63. Iniciou-se aos 18 anos no consumo de estupefacientes, inicialmente haxixe e rapidamente heroína e cocaína;

64. Os pais só tardiamente se aperceberam da toxicodependência do filho;

65. Trabalhou como indiferenciado com diversos empreiteiros de empresas siderúrgicas;

66. Em 25/3/1992 quando tinha 23 anos foi condenado por um crime de tráfico de estupefacientes numa pena de 7 anos e 6 meses de prisão por um crime de tráfico de estupefacientes (proc. nº 609/92 do tribunal do Seixal).

67. Foi libertado em Março de 1995 num processo gracioso de liberdade condicional que cumpriu até Dez. de 1998, sob a tutela do IRS;

68. Durante esse período trabalhou como vendedor comissionista de uma empresa de produtos químicos e farmacêuticos (SHÉMIA);
69. Após o termo da tutela exercida pelo IRS passou a consumir bebidas alcoólicas em excesso;
70. Sofreu várias condenações por condução em estado de embriaguês e foi encaminhado para o Centro de Alcoologia de Lisboa;
71. Beneficiou sempre do apoio dos pais e dos amigos e por estar impedido de conduzir passou a trabalhar como pintor da construção civil;
72. À data dos factos consumia cocaína e trabalhava, por conta própria como pintor da construção civil
73. No estabelecimento prisional está integrado, desde Março de 2007, na Unidade Livre de Drogas no EPL;
74. Confessou os factos e mostrou arrependimento;

FACTOS NÃO PROVADOS

Não se provaram os factos alegados contrários ou diversos dos que foram dados como provados, nomeadamente, com interesse para a decisão da causa, que:

O AA tivesse transportado a EE ao aeroporto de Lisboa no dia 23, lhe tivesse entregue os 500 gr. de heroína e que lhe tivesse proposto o transporte para a Ilha Terceira em troca do pagamento de 1250 €;

O DD vendesse em zonas próximas do seu local de residência a substância estupefaciente que o AA lhe entregava;

O FF fosse fornecer ou tivesse fornecido ao AA a substância estupefaciente que este levou para o interior do carro para entregar ao DD e que soubesse que o AA ia entregar a cocaína ao DD;

O veículo automóvel tivesse sido adquirido com o provento económico realizado pelos arguidos na sua actividade de tráfico de produto estupefaciente;

A decisão de 25 de Junho de 1999 do Tribunal de Círculo de Faro não tivesse sido suficiente para impedir o arguido AA de praticar novos crimes (facto conclusivo).

Apreciando.

I - Errada valoração das provas

O recorrente suscita esta questão nas conclusões 2^a a 7^a.

No recurso interposto para a Relação o arguido impugnara a matéria de facto, nos termos do artigo 412º, nºs 3 e 4 do CPP.

O Tribunal recorrido começou por sintetizar as três questões colocadas no recurso, a saber, se o acórdão da 1^a instância estava ferido de nulidade por falta de fundamentação, se a matéria de facto dada como assente devia ser alterada e se o arguido deveria ser condenado pelo crime do artigo 25º a), do DL 15/93 e não pelo do artigo 21º devendo ser reduzida a pena.

Concluiu não se verificar a apontada nulidade face à fundamentação completa da 1^a instância e por o arguido confundir a nulidade de falta de fundamentação que de forma manifesta não se verificava, com erro na apreciação da prova, baseando a sua divergência na diversa apreciação feita por si quanto ao valor probatório dos elementos apreciados pelo tribunal - fls.1563.

Avançou depois para a reapreciação da matéria de facto dada como provada pela primeira instância, nos termos do artigo 412º, nº 3, do CPP, sobre os assinalados e concretizados pontos da matéria de facto que o recorrente considerava incorrectamente julgados, com referência ao conteúdo concreto dos depoimentos que o levavam a concluir que o tribunal julgara incorrectamente.

Expondo os termos e os limites em que tal exame é possível, procedeu à reapreciação da matéria de facto, de fls. 1565 a 1569 e debruçou-se sobre a análise dos elementos probatórios constantes das transcrições em ordem a apreciar a questão de saber se o pacote de cocaína que foi encontrado na viatura era ou não da propriedade do recorrente tinha sido bem julgada, concluindo não merecer censura a determinação dos factos assentes feita pelo tribunal a quo - fls. 1567 a 1569.

A questão das conversas telefónicas interceptadas, agora constante da conclusão 7^a, fora já analisada na decisão recorrida e colocada no anterior recurso - conclusões 20^a e 21^a - tendo sido considerado e fixado o seu valor probatório.

Aliás, não deixou o recorrente de fazer referência encomiástica ao acórdão ora recorrido no requerimento de recurso e motivação, nos dois primeiros parágrafos da “Fundamentação” de fls. 1580, mas de seguida reporta-se de novo ao acórdão da 1^a instância e inclusive ao que se passou em audiência com as suas declarações, com os depoimentos das testemunhas e do co-arguido, como consta das conclusões 3^a, 5^a e 6^a, pretendendo de novo suscitar a questão da valoração das provas e expressando o seu entendimento acerca do que ficou provado e não provado.

Ao Supremo Tribunal de Justiça, como Tribunal de revista, apenas compete

conhecer de direito, estando impedido de sindicar matéria de facto, cuja apreciação cabe em exclusivo às relações - artigos 427º e 428º do CPP.

A discordância sobre a matéria de facto considerada provada foi já apreciada e resolvida pela Relação.

No presente recurso reedita o recorrente a manifestação dessa discordância, embora em moldes diversos, necessariamente fora do quadro do artigo 412º do CPP e dirigindo-se de novo ao acórdão da primeira instância.

Para além da irrelevância que a manifestação de discordância do recorrente face ao que foi decidido - pois mais não faz do que exprimir a sua divergência quanto ao critério de valoração dos depoimentos - a verdade é que o Tribunal da Relação se debruçou sobre a questão então colocada, concluindo pela impossibilidade de modificação da decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto, pelo que nem no plano de omissão de pronúncia lograria o recorrente qualquer êxito.

A pretensão do recorrente situa-se no plano da matéria de facto, que se não contem nos poderes de cognição deste Supremo Tribunal.

Neste aspecto da valoração das provas, dir-se-á que na análise a efectuar há que ter em conta que a fixação da matéria de facto teve na sua base uma apreciação da prova segundo as regras da experiência e a livre convicção do julgador, nos termos do artigo 127º do CPP, o que é insindicável no presente recurso.

O que na realidade o recorrente faz é manifestar a sua discordância com o decidido ao nível do assentamento da facticidade dada como apurada, pretendendo impugnar a convicção adquirida pelos julgadores sobre os factos pertinentes à configuração do crime por que foi condenado, olvidando por completo a regra da livre apreciação da prova ínsita no aludido preceito do CPP.

Como esclareceu o acórdão de 21-05-1992, BMJ 417, 404: "O STJ, como tribunal de revista, não dispõe de poderes de crítica ou censura sobre o concreto desempenho do princípio da livre apreciação da prova exercitada pelo tribunal a quo" e o acórdão de 25-03-1998, BMJ 475, 502: "O STJ não pode sindicar a valorização das provas feita pelo Colectivo em termos de o criticar por não ter sido dada prevalência a uma em detrimento de outra" - cfr. acórdão de 11-02-1998, BMJ 474, 309, e mais recentemente, o acórdão de 08-02-2006, processo 98/06-3ª, no sentido de que "a deficiente apreciação da prova produzida é matéria que escapa aos poderes do Supremo Tribunal de Justiça".

A impossibilidade deste Supremo Tribunal sindicar a prova produzida conduz a que seja manifesta a improcedência do recurso neste segmento, que assim, digamos, tem um objecto impossível, devendo ser rejeitado, nos termos do

artigo 420º, nº 1, a), do CPP, preceito que, nesta perspectiva, não padece de inconstitucionalidade - cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional nº 352/98, de 12-05-1998, in BMJ 477, 18 e nº 165/99, de 10-03-1999, in DR - II Série, de 28-02-2000 e BMJ 485, 93.

Como se referia no acórdão do STJ de 30-03-1995, BMJ 445, 355, é de rejeitar o recurso por manifesta improcedência quando o recorrente se limita a discutir matéria de facto e a livre apreciação do tribunal.

De igual sorte o acórdão de 21-06-1995, BMJ, 448, 278: “Apresenta-se como manifestamente improcedente, e, portanto, deve ser rejeitado, o recurso cuja fundamentação se circunscreve à interpretação da prova que se diz ter sido produzida em audiência, indicando-se os factos que deveriam ter sido considerados provados, em vez dos que foram dados por provados”.

Em suma, estamos perante recurso manifestamente improcedente.

Estabelece o artigo 420º, nº 1, alínea a), do CPP, na versão actual, que o recurso é rejeitado sempre que for manifesta a sua improcedência.

A manifesta improcedência constitui um fundamento de rejeição do recurso de natureza substancial, visando os casos em que os termos do recurso não permitem a cognição do tribunal ad quem, ou quando, versando sobre questão de direito, a pretensão não estiver minimamente fundamentada ou for claro, simples, evidente e de primeira aparência que não pode obter provimento.

Será o caso típico de invocação contra a matéria de facto directamente provada, de discussão processualmente inadmissível sobre a decisão em matéria de facto, ou de o recurso respeitar à qualificação e à medida da pena e não ser referida nem existir fundamentação válida para alterar a qualificação acolhida ou a pena que foi fixada pela decisão recorrida - acórdão do STJ, de 22-11-2006, processo 4084/06 - 3ª.

Ou, quando, através de uma avaliação sumária dos fundamentos do recurso, se puder concluir, sem margem para dúvidas, que o mesmo será claramente votado ao insucesso, que os seus fundamentos são inatendíveis - acórdãos de 17-10-1996, processo 633/96, de 06-05-1998, processo 113/98, de 05-04-2000, processo 47/00. Pelo exposto, neste segmento, é de rejeitar o recurso por manifestamente improcedente.

A este nível, porém, há que atentar num ponto que o recorrente não invocou, mas que tem a ver com a correcção da matéria de facto provada, mais concretamente com a análise de documento autêntico como é o certificado de registo criminal (na fundamentação da decisão sobre a matéria de facto há uma simples referência a CRC, sem mais), acontecendo que nos factos provados inseriu-se facto que não ocorreu na realidade.

Consta dos factos provados com referência ao recorrente o seguinte:

«36. Saiu em liberdade condicional em 29/11/2006.

42. Em 30/10/1997 foi condenado por um crime de tráfico de estupefacientes praticado em 25/11/1996 numa pena de 8 anos de prisão (proc. nº 237/97.

TBAR do Tribunal de Faro;

43 Em 1/7/1998 foi condenado por um crime de corrupção, desobediência e falsificação praticados em 30/7/1996, numa pena única de 15 meses de prisão (proc. nº 410/97. do Tribunal de Olhão). Neste processo foi efectuado o cúmulo com a pena do processo acima mencionado e o arguido foi condenado na pena única de 8 anos e 5 meses de prisão. Em 15/9/2005 esta pena foi declarada extinta pelo cumprimento».

O arguido foi interceptado pela PJ em 26 de Julho de 2006, ficando preso preventivamente à ordem destes autos e nessa situação se tem mantido até agora, pelo que o consignado no ponto 36 dos factos provados não pode corresponder à realidade, pois na sequência das anteriores condenações e do cúmulo jurídico efectuado em 25-06-1999, veio a ser julgada em 15-09-2005 inteiramente cumprida e extinta a pena imposta, com efeitos a partir de 08-06-2005, como resulta de forma clara do referido documento autêntico de fls. 783 a 786.

Assim sendo, devendo-se certamente a mero lapso de escrita, deve dar-se como não escrito o que se contém no ponto 36 dos factos provados.

II - Omissão de Pronúncia

Na conclusão 8^a o recorrente invoca uma omissão de pronúncia no acórdão recorrido a propósito do princípio da igualdade de tratamento “sem que o TR tenha apreciado esta questão que se considera cerne do seu recurso”.

O acórdão recorrido pronunciou-se sobre o ponto em questão do seguinte modo: “Dir-se-á, como ponto prévio, que a apreciação feita a este respeito pelo recorrente, parte de um pressuposto completamente errado - a sua comparação com a pena aplicada ao co-arguido DD, pois a mesma é ilegal, por violar, desde logo, o princípio da culpa enquanto limite máximo da pena.

Assim sendo, a apreciação que se fará da sua pena não terá em consideração o que o recorrente deixa dito, em termos comparativos com tal co-arguido.”

Tendo-se pronunciado o acórdão recorrido sobre o valor da invocação do princípio no caso concreto, não se verifica a invocada omissão.

III - Vícios do artigo 410º, nº 2, do CPP

Na conclusão 14^a invoca o recorrente a insuficiência para a decisão da

matéria de facto provada, bem como erro notório na apreciação da prova, vícios previstos no artigo 410º, nº 2, alíneas a) e c), do CPP.

No anterior recurso o recorrente não arguiu vícios, pelo menos de forma consistente, apenas referindo «insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada em violação do art. 410» ao abordar, a fls. 1152, a alegada violação do princípio da igualdade e a medida da pena, a propósito da valoração de depoimentos sobre as condições económicas do arguido, mas não inscreveu tal vício nas conclusões, apenas indicando o artigo 410º como uma das normas violadas.

No presente recurso a questão é colocada nos mesmos termos e enquadramento do anterior, como se vê da sequência que se estabelece com a conclusão anterior.

O erro notório na apreciação da prova não é referido na motivação, apenas surgindo na conclusão, apresentando-se como questão nova e sem qualquer suporte argumentativo.

A questão subjacente a esta invocação foi tratada no acórdão recorrido com o enquadramento devido, sendo o erro visto como erro de apreciação, de valoração das provas, como erro de julgamento de facto, no âmbito da impugnação de facto alargada consentida nos termos do artigo 412º, nº 3, do CPP e não do erro - vício decisório, que apenas permite incursão na matéria de facto do modo restrito previsto no artigo 410º, nº 2, do CPP, circunscrevendo-se a análise ao texto da decisão recorrida, por si só considerada ou conjugada com as regras da experiência comum, sem qualquer possibilidade de reporte a elementos estranhos ao texto, mesmo que se contenham no processo.

Como é jurisprudência pacífica e uniforme, no recurso para o STJ não pode o recorrente invocar a existência dos vícios decisórios previstos no artigo 410º, nº 2 do CPP, podendo o STJ, por sua própria iniciativa, proceder a essa análise apenas nos casos em que se mostre necessária tal intervenção, como forma de ancorar a decisão de direito numa boa decisão de facto, o que não se justifica no caso.

Por outro lado, os vícios têm a ver com a fixação da matéria de facto e não com a qualificação jurídica ou determinação da medida da sanção, como parece entender o recorrente.

Em verdade o que o recorrente classifica como insuficiência ou erro na apreciação da prova mais não é do que a expressão de uma divergência, que se reconduz afinal à discordância em relação à qualificação jurídica que mereceram os factos provados, o que configura não uma discordância em relação à fixação da matéria de facto provada, mas a algo distinto, sendo dirigida ao enquadramento jurídico-criminal, a matéria de direito.

Improcede, pois, tal invocação.

IV - Qualificação jurídica - convolação para tráfico de menor gravidade?

A propósito da qualificação, começou o acórdão recorrido por constatar que os dois únicos fundamentos que o recorrente invoca, quer a favor da diversa qualificação, quer da imposição de uma pena em medida não superior a dois anos e seis meses de prisão, são a quantidade de droga apreendida e a circunstância de não poder ser prejudicado porque não admitiu os factos em sede de julgamento.

O acórdão manteve a qualificação com a seguinte fundamentação: “Tendo em atenção a quantidade e a natureza do estupefaciente - cocaína - entendemos que estes factores têm já relevo suficiente, aliados à circunstância de o arguido não ser toxicodependente, para se ter de considerar que não se mostra provado que a ilicitude se mostra consideravelmente diminuída”. O recorrente defende, repetindo pretensão expressa no anterior recurso, a integração da sua conduta no tipo de crime do artigo 25º, a) do DL 15/93.

Vejamos se colhe esta sua pretensão.

Dispõe o artigo 21º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22-01:

“Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extraír, preparar, oferecer, puser à venda, vender, 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 40º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos”.

Estabelece o artigo 25º, alínea a):

Se, nos casos os artigos 21º e 22º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de prisão de um a cinco anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI.

O crime de tráfico de menor gravidade contempla, como a própria denominação indica, situações em que o tráfico de estupefacientes, tal como se encontra definido no tipo base, se processa de forma a ter-se por consideravelmente diminuída a ilicitude, ou seja, em que se mostra diminuída

a *quantidade* do ilícito.

A título exemplificativo, indicam-se no preceito como índices, critérios, exemplos padrão, ou factores relevantes, de graduação da ilicitude, circunstâncias específicas, mas objectivas e factuais, verificadas na acção concreta, nomeadamente, os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações objecto do tráfico, os quais devem ser analisados numa relação de interdependência, já que há que ter uma visão ou perspectiva global, uma mais ampla e correcta percepção das acções desenvolvidas (actividade disseminadora de produtos estupefacientes) pelo agente, de modo a concluir-se se a conduta provada fica ou não aquém da gravidade do ilícito justificativa da integração no tipo essencial, na descrição fundamental, do artigo 21º, nº 1.

O Decreto-Lei nº 15/93 abriu o leque sancionatório relativamente ao antecessor Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro, adicionando ao elenco dos tipos já previstos um novo específico tipo legal de crime, o denominado tráfico de menor gravidade.

Na anterior lei, o artigo 23º - "antecessor" do actual artigo 21º - abrangia as grandes, médias e pequenas quantidades de substância estupefacientes.

De fora, ficavam apenas as quantidades diminutas, situação prevista no artigo 24º, definidas no nº 3 do preceito como as que não excediam o necessário para consumo individual durante 1 dia, estabelecendo-se então para as substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, a pena compósita de prisão de 1 a 4 anos e multa de 20.000\$ a 1.500.000\$.

O novo artigo 25º veio colmatar uma lacuna existente no sistema e prevenir os casos de diminuição considerável da ilicitude baseada, entre outros critérios, na qualidade ou quantidade de plantas, substâncias ou preparações.

Não estando em causa no novo crime apenas um critério quantitativo relativo ao produto estupefaciente, até porque considerado isoladamente de pouco valerá, é óbvio que nunca o artigo 25º poderia ser encarado como um "sucessor directo" do artigo 24º do DL 430/83, cuja marca distintiva era apenas a quantidade - a diminuta quantidade de estupefaciente - independentemente da sua conjugação com outros factores de avaliação, e mesmo no plano da mera dosimetria, do que isso pudesse exactamente significar, ou do modo como pudesse ser computada, sendo que nessa altura - dificuldade acrescida - não havia lugar sequer a reporte a diploma legal, como veio a acontecer já no âmbito da nova lei, com a Portaria nº 94/96, de 26-03, norma complementar, que veio dar expressão, por força do critério do valor probatório da remissão nela contida, à norma sancionatória (em branco) - norma incompleta - do artigo 71º, nº 1, alínea c), do DL 15/93, que veio definir

os limites quantitativos máximos admitidos nas doses individuais de estupefacientes (em função dos quais se aplicam tipos de ilícitos comuns ou privilegiados) e de entender como norma de natureza meramente técnica, devendo ser interpretada como um critério de prova pericial, permitindo, pois, impugnação dos dados apresentados, nos termos do artigo 163º do CPP - neste sentido, cfr. acórdão do Tribunal Constitucional nº 534/98, de 7 de Agosto, comentado in Revista do Ministério Público, nº 75, págs. 173/180; ver a propósito, O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco, de Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Almedina, 2001, págs. 37/8.

Segundo H. H. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Edição Bosch, tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, p. 363, a modificação dos tipos tem lugar através de «variantes dependentes do tipo básico completamente reguladas, que constituem por sua vez tipos qualificados ou privilegiados», ou pelo recurso a «causas inominadas de agravação ou de atenuação da pena», que a lei designa como «casos especialmente graves» ou «casos menos graves».

Com o argumento da moldura da pena, tomou a pena aplicável como círculo dentro do qual se estabelecem as variações próprias dos casos especialmente graves e dos casos menos graves, com formação de *grupos valorativos especiais* que correspondem a *diversos graus de gravidade*.

O artigo 25º encerra um específico tipo legal de crime, o que pressupõe a sua caracterização como uma variante dependente privilegiada do tipo de crime do artigo 21º - cfr. Jescheck, Tratado citado, p. 363.

A sua aplicação tem como pressuposto específico a existência de uma considerável diminuição do ilícito; pressupõe um juízo positivo sobre a ilicitude do facto, que constate uma substancial diminuição desta, um menor desvalor da acção, uma atenuação do conteúdo de injusto, uma menor dimensão e expressão do ilícito.

Os pressupostos da disposição respeitam, todos eles, ao juízo sobre a ilicitude do facto no sentido positivo, constatando, face à específica forma e grau de realização do facto, que o caso se situará necessariamente aquém da necessidade de pena expressa pelo limite mínimo do tipo base, uma substancial diminuição desta.

Os índices, exemplos-padrão, ou "Regelbeispiel", enumerados no preceito, a par de outros, são atinentes uns, à própria acção típica (meios utilizados, modalidade, circunstâncias da acção), outros ao objecto da acção típica (qualidade ou quantidade do estupefaciente), ou seja, pertinem todos estes factores ao desvalor da conduta, à execução do facto, fazendo parte do tipo de ilícito, não entrando em acção qualquer consideração relativa ao desvalor da

atitude interna do agente, à personalidade deste, a juízo sobre a culpa. Haverá que proceder à valorização global do episódio, não se mostrando suficiente que um dos factores interdependentes indicados na lei seja idóneo em abstracto para qualificar o facto como menos grave ou leve, devendo valorar-se complexivamente todas as circunstâncias.

O critério a seguir será a avaliação do conjunto da acção tendo em conta o grau de lesividade ou de perigo de lesão (o crime de tráfico é um crime de perigo abstracto) do bem jurídico protegido (saúde pública).

Valerá o tipo privilegiado ou atenuado para os *casos menos graves* e equivale aos casos de *pouca importância do facto* da lei italiana, sendo de assinalar a similitude e paralelismo com os pressupostos gerais da atenuação especial da pena, mas quedando-se aqui a “atenuação” em função do juízo de ilicitude, sem intervenção da culpa do agente e da necessidade de pena, presentes no artigo 72º do C. Penal, pois o princípio regulativo da aplicação do regime da atenuação especial é a diminuição acentuada não apenas da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena e, portanto, das exigências da prevenção.

Qualquer que seja a posição adoptada sobre o posicionamento dogmático do novo crime, a verdade é que entre o citado artigo 25º e o artigo 72º do Código Penal, ressalta uma evidente conexão.

Aquele dispositivo comina uma redução substancial da pena de prisão, relativamente ao tipo matricial (mínimo de 1 ano de prisão, em vez de 4 anos estabelecido para o tipo base, e máximo de 5 anos de prisão, em vez de 12 anos, encurtando-se de forma sensível, considerável, os limites da moldura abstracta cabível ao tipo fundamental) para os casos de tráfico em que a ilicitude do facto de mostrar consideravelmente diminuída, estabelecendo, inclusive, uma mais benéfica moldura penal - 1 a 5 anos de prisão - do que a que resultaria de atenuação especial do crime base, pois por força do artigo 73º, nº 1, alíneas a) e b), do Código Penal, a moldura penal seria então de 9 meses e 18 dias a 8 anos de prisão!

Por outras palavras, o artigo 25º possibilita a aplicação de uma pena cujo limite máximo fica aquém da aplicação à moldura penal do tráfico base das regras de atenuação modificativa da pena do artigo 73º do Código Penal.

A moldura atenuada emergente (prevista) deste tipo não é, pois, coincidente com a que resulta do Código Penal para a atenuação em geral e nessa medida será, incontornavelmente, uma *regra de determinação de pena, de medida judicial da pena* (consagra uma pena mais leve) a que se refere Jescheck, in loc. cit.

Trata-se de uma especial forma de atenuação para a qual aqui só se tem em consideração o plano da ilicitude, quando nos termos gerais é necessário

estar-se perante diminuição acentuada, não só da ilicitude do facto, mas também da culpa do agente ou da necessidade da pena.

Como se expressou o acórdão do STJ, de 23-02-2000, SASTJ, nº 38, p. 75, «É na acentuada diminuição da ilicitude e/ou da culpa e/ou das exigências da prevenção que radica a autêntica *ratio* da atenuação especial da pena».

Algo semelhante se passa com o crime de homicídio privilegiado, p. p. pelo artigo 133º, do Código Penal, punível com idêntica penalidade, mas em que o privilegiamento assenta num especial tipo de culpa.

Aliás, o novo crime veio colmatar uma lacuna existente no anterior regime, face ao fosso existente entre a previsão das quantidades diminutas e o tipo fundamental, de tal modo que *o equilíbrio do sistema* procurava-se então entre o uso abusivo do artigo 24º e o recurso, mais frequente, à atenuação especial da pena do artigo 23º, para as situações de pequenas quantidades que se não devessem subsumir no artigo 24º do DL nº 480/83.

Maria João Antunes, in Decisões de Tribunais de 1ª instância, Comentários, 1993, pág. 296, expendia que o artigo 25º “exige do intérprete, fundamentalmente, que equacione se a imagem global do facto se enquadrar ou não dentro dos limites das molduras fixadas nos artigos 21º e 22º, sob pena de a reacção criminal ser, à partida, desproporcionada”.

Adiantava que o legislador “consagrhou para o efeito o critério da diminuição considerável da ilicitude do facto, adoptando a denominada técnica dos exemplos padrão, uma vez que só exemplificativamente fornece o substrato a partir do qual se poderá concluir por aquela diminuição”.

E finalizava, dizendo que significava isto duas coisas fundamentais. “Por um lado, «os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações» são meramente indicadoras da consideravelmente diminuída ilicitude do facto; por outro, não sendo a enumeração esgotante, mas só exemplificativa, o tribunal pode concluir que a ilicitude do facto se mostra consideravelmente diminuída, apesar do substrato que funda esta conclusão ser alheio à enumeração prevista no artigo 25º”.

Como se extrai do acórdão do STJ, de 08-10-1998, CJSTJ1998, tomo 3, 188, o artigo 25º a), do DL 15/93, de 22-01, constitui uma “válvula de segurança do sistema”, destinado a evitar que se parifiquem os casos de tráfico menor aos de tráfico importante e significativo, evitando-se que situações de menor gravidade sejam tratadas com penas desproporcionadas ou que se utilize indevidamente uma atenuação especial.

Para o acórdão do STJ, de 24-11-1999, BMJ 491, 88, o crime de tráfico de menor gravidade, p. p. pelo art. 25º do DL 15/93, é um tipo de crime privilegiado que se fundamenta na diminuição considerável da ilicitude do

facto, revelada pela valoração conjunta de diversos factores, alguns deles exemplificativamente indicados na norma: meios utilizados, modalidade e circunstâncias da acção, qualidade ou quantidade das substâncias.

Como se diz no acórdão do STJ, de 12-07-2000, BMJ 499, 117, no artigo 25º prevê-se uma ilicitude do facto consideravelmente diminuída, por referência à ilicitude pressuposta no artigo 21º, exemplificando aquela norma circunstâncias factuais com susceptibilidade de influírem no preenchimento valorativo da cláusula geral aí formulada. Esse artigo 25º tem na sua base o reconhecimento de que a intensidade das circunstâncias pertinentes à ilicitude do facto não encontra na moldura penal do artigo 21º, pela sua gravidade diminuta, acolhimento justo, equitativo, proporcional.

Segundo os acórdãos de 17-01-2001 e de 01-03-2001, in CJSTJ 2001, tomo 1, 216 e 234, de 12-07-2007, processo 2084/07-5ª, i. a., a contemplação de uma hipótese atenuada de tráfico implica uma valorização global do facto.

Como se extrai dos acórdãos do STJ, de 26-11-2003, CJSTJ, tomo 3, 245, de 13-04-2005, CJSTJ 2005, tomo 2, 174 e de 22-03-2006, CJSTJ 2006, tomo 1, 216, todos do mesmo relator “A essência da distinção entre os tipos fundamental e privilegiado reverte, assim, ao nível exclusivo da ilicitude do facto (consideravelmente diminuída), mediada por um conjunto de circunstâncias objectivas que se revelem em concreto, e que devam ser conjuntamente valoradas por referência à matriz subjacente à enumeração exemplificativa contida na lei, e significativas para a conclusão (*rectius*, para a revelação externa) quanto à existência da considerável diminuição da ilicitude pressuposta no tipo fundamental, cuja gravidade bem evidente está traduzida na moldura das penas que lhe corresponde. Os critérios de proporcionalidade que devem estar pressupostos na definição das penas, constituem, também, um padrão de referência na densificação da noção, com alargados espaços de indeterminação, de «considerável diminuição de ilicitude».

A diversificação dos tipos apenas conforme o grau de ilicitude, com imediato e necessário reflexo na moldura penal, não traduz, afinal, senão a resposta a realidades diferenciadas que supõem respostas também diferenciadas: o grande tráfico e o pequeno e médio tráfico”.

A este propósito, veja-se o acórdão de 13-02-2003, CJSTJ 2003, tomo 1, 191, onde se procede a um “corrido respigo da jurisprudência mais recente do STJ”, dando-se nota da jurisprudência que então começava a contrariar uma interpretação mais restritiva até então dominante e que quase esvaziara de conteúdo útil os artigos 25º e 26º do DL 15/93, remetendo para o artigo 21º a generalidade das situações (cfr. acórdão de 28-06-2006, CJSTJ 2006, tomo 2, 227).

De acordo com o acórdão do STJ, de 23-03-2006, CJSTJ 2006, tomo 1, 219, a

qualidade e quantidade do estupefaciente traficado, embora sejam elementos relevantes para aferição da imagem global do facto, não são decisivos.

Versando o caso concreto.

Olhando a conduta que foi dada por provada, relativamente ao ora recorrente, ficou assente que o mesmo era detentor de 23, 909 gramas de cocaína, que se destinava a ser vendida ao co-arguido DD, a quem foi apreendido o montante que se destinava a pagar o preço da transacção.

No que respeita à natureza ou qualidade da substância estupefaciente em causa, o arguido procurava transaccionar cocaína, caracterizada pela sua bem conhecida elevada danosidade.

Se é certo que o DL 15/93 não adere totalmente à distinção entre drogas leves e drogas duras, não deixa de afirmar no preâmbulo que “a gradação das penas aplicáveis ao tráfico, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade”, havendo que atender à inserção de cada droga nas tabelas anexas, o que constitui indicativo da respectiva gradação, pois a organização e colocação nas Tabelas segue, como princípio, o critério da sua periculosidade intrínseca e social.

A quantidade apreendida, não podendo ser considerada diminuta, nem se estando perante dose ou algumas doses, assume algum relevo, destinando-se a considerável número de consumidores, sendo grande o risco de disseminação do produto.

Na verdade, o recorrente era detentor de uma porção que permitiria abastecer algumas dezenas de consumidores de cocaína, para além da que o co-arguido DD retiraria para o seu consumo, não se estando face a um dealer de rua, que efectua vendas a retalho por conta de outrem, com o objectivo de alcançar algum produto para o seu consumo.

No que concerne ao móbil da sua actuação ficou apurado que era o lucro e não a satisfação de necessidades de consumo.

A imagem global do facto, a avaliação da conduta do arguido no contexto em que operou, não revelam uma projecção menor de ilicitude, tendo por referência os pressupostos que enquadram o tipo base do artigo 21º.

Neste contexto, não se pode concluir que se esteja face a uma situação privilegiada de menor gravidade, resultante de menor *quantidade* de ilícito.

Não se está face a diminuta quantidade de ilícito, pois a quantidade de estupefaciente apreendida e que se encontrava na posse do recorrente, a qualidade do mesmo, a dimensão do risco de difusão da substância estupefaciente para a saúde pública, sendo estes vectores vistos no

circunstancialismo envolvente, apresentam uma dimensão, que não pode deixar de ser vista como de demérito da acção, que não consente a afirmação de uma ilicitude consideravelmente mitigada.

No que respeita ao princípio da igualdade de tratamento, como refere o Exmo. Procurador-Geral Adjunto, as situações dos arguidos são muito diferentes, pois “um comprava, o outro vendia; um tinha problemas de alcoolismo e toxicodependência, o outro não; um confessou os factos e mostrou arrependimento, o outro não. De comum, apenas as condenações anteriores. Basta esta simples descrição para afastar a pretensa violação ao princípio da igualdade”.

Na realidade, o co-arguido DD era consumidor e o recorrente exercia o negócio por conta própria, sendo muito diferentes as respectivas inserções e motivações no mundo da droga, o que naturalmente conduzirá a análises do concreto circunstancialismo de cada um, donde resultam conclusões que não têm que coincidir.

Concluindo, é de afastar a pretendida alteração de qualificação *in melius*, mantendo-se a qualificação da conduta do recorrente.

Medida da Pena

A este nível a 1^a instância ponderou: «O grau de ilicitude dos factos que se nos afigura elevado, quanto à arguida EE, atenta a quantidade de substância estupefaciente em causa; Menos elevado no AA e no DD; O dolo dos arguidos que reveste, em qualquer dos casos, a modalidade de dolo directo de acentuada intensidade no AA; A gravidade das consequências dos factos que seriam mais graves na EE considerando a qualidade e quantidade de estupefaciente transportado e apreendido, as doses que poderiam ser comercializadas e as penosas consequências daí decorrentes para os diversos consumidores; As condições pessoais e a situação económica dos arguidos que resultaram provadas e que aqui se dão por reproduzidas; As motivações dos arguidos, sendo de realçar a toxicodependência do DD e a extrema pobreza em que a EE Os antecedentes criminais dos arguidos, quer o AA quer o DD registam, cada um, uma condenação numa longa pena de prisão por um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artº 21 do DL 15/93; O percurso de vida de cada um dos arguidos, registando-se percursos mais problemáticos e carenciados nos arguidos AA e EE; A confissão do arguido DD sendo particularmente relevante a deste último arguido e o arrependimento manifestado por ambos; As exigências de prevenção geral que são

indubitavelmente elevadas dadas as consequências que o consumo de tais substâncias - heroína e cocaína - provoca principalmente nas camadas mais jovens da nossa sociedade. O crime de tráfico de estupefacientes é um crime grave, de acentuada ilicitude, com sequelas incalculavelmente graves, designadamente ao nível da saúde pública e do aumento da criminalidade. As exigências de prevenção e reprovação são, por isso, especialmente acentuadas; As necessidades de prevenção especial à partida mais acentuadas no AA. No DD estão neste momento mais atenuadas face ao tratamento a que se sujeitou na Unidade Livre de Drogas no EPL.».

No acórdão recorrido perspectivou-se a análise do modo seguinte: a pena imposta revela-se “adequada e devidamente fundamentada, não havendo qualquer elemento nos autos (o recorrente também não invoca, nem sequer propõe a suspensão da pena, quando pede a sua diminuição para 2 anos e 6 meses de prisão), que permitisse concluir por um juízo de prognose favorável, que determinasse a suspensão da pena imposta ao arguido, atento o disposto nos artº 50 nº1 e 2º nº 4, ambos do novo Código Penal.

Aliás, em bom rigor, o recorrente não questiona a pena em si mesma, questionando-a em termos comparativos com a pena imposta ao co-arguido e partindo do pressuposto de que os factos se deveriam subsumir a outro ilícito, que permitiria a imposição de pena em medida inferior.”

No que concerne ao princípio da igualdade neste plano, dir-se-á que a medida concreta da pena aplicada a um arguido não se afere pela medida concreta da pena aplicada a outro arguido.

A culpa é pessoal e intransmissível.

Como se extrai do acórdão do STJ, de 03-07-1996, CJSTJ 1996, tomo 2, 211. a medida concreta da pena é função da medida da culpa, da protecção dos bens jurídicos violados e da integração do agente na sociedade - artigo 40º do Código Penal.

A culpas diferentes, penas diferentes, segundo o princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da CRP, devendo ser tratadas por igual situações iguais e de modo diferente as situações diferentes, sendo que ao recorrente foi aplicada a pena adequada e justa.

Há que atentar desde logo na grande diferença que é o recorrente ter sido condenado por um crime de tráfico e o co-arguido por tráfico de menor gravidade; a situação é pois bem diversa, não podendo ter tratamento igual ou semelhante o que é desigual.

Nada mais a acrescentar ao que as instâncias debitaram a este nível, mostrando-se criteriosa, adequada e proporcional à culpa do arguido AA a pena aplicada na 1ª instância e mantida na Relação, sendo certo que o arguido

não coloca a questão de redução da pena que foi cominada, antes esgota a sua pretensão como natural decorrência de uma convolação que esperava, mas que se não concretizou.

Não há razões para qualquer intervenção correctiva neste domínio.

Pelo exposto, acordam neste Supremo Tribunal de Justiça em rejeitar o recurso por manifesta improcedência no que concerne à arguida errada valoração das provas e no mais, julgar o mesmo improcedente, mantendo-se o acórdão recorrido (ressalvada a incorrecção assinalada quanto à liberdade condicional constante do ponto 36 dos factos provados).

Custas pelo recorrente, nos termos dos artigos 513º, nº 1 e 514º, nº 1 do CPP e artigos 74º, 87º, nº 1, alínea a) e nº 3 e 89º do CCJ, com taxa de justiça de 6 UC.

Nos termos do artigo 420º, nº 3, do CPP, o recorrente vai ainda condenado na importância de 5 UC.

Consigna-se que foi observado o disposto no artigo 94º, nº 2, do CPP.

Lisboa, 28 de Maio de 2008

Raul Borges (Relator)

Fernando Fróis