



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TRIBUNAL SUPREMO

Proc. nº 33/2016

Secção Criminal

Relator: António Paulo Namburete

Sumário:

Tráfico de Estupefacientes

Transporte de cocaína no estomago

Detenção de quantidades diminutas de droga

Crime de transporte de substâncias tóxicas e nocivas à saúde

| | |
|----------------------------------|---------------------------|
| TRIBUNAL SUPREMO | |
| DE DOCUMENTAÇÃO, EDIÇÃO JO | E BIBLIOTECA |
| CARIMBO DE ENTRADA DE DOCUMENTOS | |
| N.º de Ordem | 124 |
| Quem recebeu: | |
| Data | 30 / 06 / 2022 Hora 12:37 |

1. A posse ou detenção da droga no estômago, constitui transporte de droga que como tal cai na previsão do artigo 33 da Lei 3/97, de 13 de Março. Trata-se de transporte realizada pelos denominados *mulas* ou *correios do tráfico*, de que o narcotráfico se serve para o transporte nacional ou internacional da droga.
2. A posse ou detenção de droga em quantidades diminutas é aquele que se destina ao consumo individual durante um dia, conforme o disposto no nº2, do artigo 36 da Lei nº3/97, de 13 de Março;
3. Não pode ser havido como posse ou detenção de quantidade diminuta o total de mais de 40 cápsulas ou mais de cocaína por cada arguido, em virtude de essa quantidade ultrapassar em demasia o necessário para o consumo individual durante um dia.
4. Existe uma distinção substancial entre o crime de tráfico de drogas, prevenido no artigo 33 do já acima citado diploma legal e o crime de produção e ministração de substâncias nocivas à saúde, previsto e punido nos termos do disposto no artigo 351 do Código Penal, já pela diversidade dos bens jurídicos tutelados, já pelos fins prosseguidos pelas normas incriminadoras que também são distintos, num e noutro caso: no crime de tráfico de drogas tutela-se a saúde física, psíquica e emocional, tendo como fim o interesse individual do consumidor, ao passo que no crime de produção e ministração de substâncias nocivas à saúde tutela-se a saúde pública, sendo o interesse eminentemente colectivo e público prosseguido pela norma;



ACORDÃO

I- Relatório

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal Supremo

No Tribunal Judicial da Cidade de Maputo, correu termos o processo de querela registado sob o nº 14/2013/8ª, em que são arguidos, **Wilson Mashele, Caaneet Fortune, Benjamim Bernard Motamu e Kenneth Lance Meintjies**, todos com os sinais de identificação que lhes respeitam constantes dos autos de fls. 7 a 11 e de fls. 59 a 67, que respondem sob acusação do Ministério Público como co-autores materiais e morais do crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 33 da Lei nº 3/97, de 13 de Março.

Realizado o julgamento com inteira observância das legais formalidades como se atesta da respectiva acta a fls. 133, o Tribunal deu por provados os factos de que o Ministério Público lhes acusava, pelo que, ponderando que se verificam a agravante 1ª (premeditação), 10ª (mais de duas pessoas), ambas do artigo 34º do Código Penal, e milita a seu favor a circunstância atenuante 9ª (confissão do crime), do artigo 39º do CP, condenou a cada um dos arguidos na pena de 17 anos de prisão maior, no máximo de imposto de justiça, e honorários a favor do tradutor-intérprete.

Inconformados com o assim decidido, interpuseram os arguidos recurso para o Tribunal Superior de Recurso (TSR) de Maputo, rematando as suas alegações com o seguinte quadro conclusivo:

- Não praticaram os crimes de tráfico de droga sob a forma de transporte, porque não usaram qualquer meio de transporte, nomeadamente navio, camião, avião, etc.; mas sim tiveram a simples detenção da droga, o que cai na previsão do nº 1 do artigo 55 da Lei nº 3/97, de 13 de Março;
- Mesmo que por hipótese remota, se entenda ter havido transporte, as penas aplicáveis não seriam à luz do artigo 33 da Lei nº 3/97, mas sim ao abrigo da moldura penal prevista na alínea a) do nº 1 do artigo 36 da mesma lei, aplicando-se-lhes pena mínima de prisão, tendo em conta a pequena quantidade da droga com que foram encontrados, a confissão espontânea e a falta de antecedentes criminais.

Subiram os autos ao Tribunal Superior de Recurso e nesta instância, a Digníssima Magistrada do Ministério Público emitiu seu douto parecer de fls. 179 a 190, no sentido de que deve ser negado provimento ao recurso interposto pelos arguidos, porquanto, o tribunal recorrido fez criteriosa apreciação da matéria de facto e correcta aplicação da lei; a pena aplicada é adequada e proporcional à conduta dos arguidos e satisfaz as exigências de prevenção e aos demais factores influentes na determinação da pena concreta, não merecendo reparo, pelo que deve ser mantida por justa e equilibrada.

Subsequentemente, vieram os recorrentes, por meio do requerimento a fls. 193, alegar que:

Foram julgados e condenados como autores materiais de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo artigo 33 da Lei nº 3/97, na pena de 16 anos de prisão maior.

- O julgamento e condenação dos recorrentes teve lugar na vigência do citado diploma legal, que, entretanto, foi revogado pela entrada em vigor do Código Penal, aprovado pela Lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro, diploma este que prevê o mesmo tipo legal de crime no artigo 351 do Código Penal, sob a epígrafe, "*substâncias tóxicas e nocivas à saúde*", tem em síntese, iguais sentido, conteúdo e alcance, diferenciando-se apenas na moldura penal que neste diploma é de prisão e multa.
- Por que não subsistem dúvidas de que o conceito genérico de substâncias tóxicas e nocivas à saúde, é igual ao tráfico de estupefaciente e substâncias psicotrópicas, constante dos artigos 1 e 2 da Lei nº 3/97, sendo que o Código Penal pune com pena mais branda, logo se impõe a aplicação da lei nova, segundo o princípio da aplicação da lei nova que confere tratamento mais favorável ao arguido, consagrado no nº 4 do artigo 8 da Lei nº 35/2014.

Foi proferido acórdão de fls. 196 a 207, que dando por improcedente o recurso interposto pelos arguidos, confirmou a douda decisão do Tribunal da primeira instância quanto à incriminação que lhes foi imputada, da prática do crime de tráfico de estupefacientes ,previsto e punido no artigo 33 nº 1 da Lei nº 3/97, de 13 de Março, e ponderando que os recorrentes serviram de correio de droga, transformando-se também em vítimas da criminalidade organizada, justificava-se a atenuação especial do nº 2 do artigo 116 do Código Penal, pelo que reduziram em dois anos a pena aplicada pela primeira instância e, consequentemente, fixaram em 14 (catorze) anos de prisão maior, para cada um dos réus, mantendo-se o demais que foi decidido na sentença recorrida.

Continuando irresignados com a decisão do TSR, os arguidos trouxeram o presente recurso, que motivando oferecem as seguintes conclusões:

- Deve ser considerado tacitamente revogado o nº 1 do artigo 33 da Lei nº 33/97, de 13 de Março, no que toca à moldura penal de 16 a 20 anos de prisão maior, por ter sido prejudicado pelo texto do artigo 351 do CP, que comina a pena de prisão e multa quem transportar, comercializar, utilizar, deter substâncias tóxicas e nocivas à saúde, cuja noção médico-forense inclui também a droga ou estupefaciente, de acordo com o relatório junto como documento nº 2;

Se assim não se entender,

- Deve alterar-se o acórdão recorrido, substituindo as penas de prisão maior pelas de prisão e multa correspondente, porque os ilícitos praticados pelos recorrentes constituem crime de tráfico de drogas sob a forma de posse de cocaína para consumo próprio não autorizado p. e p. pelo artigo 55 nº 1 e não pelo artigo 33 nº1, ambos da Lei nº 3/97, como erradamente foram condenados a 14 anos de prisão maior por erro de interpretação e aplicação deste último preceito.

Nesta instância, o Digníssimo Magistrado do Ministério Público emitiu seu lúcido parecer de fls. 301 a 307 no sentido de que o recurso não merece provimento, porquanto:

- Os factos dados por provados integram o crime de tráfico de estupefacientes previsto e punido nos termos do disposto no artigo 33 da Lei nº 33/97, de 13 de Março, quer, porque os recorrentes foram surpreendidos transportando no seu estômago cocaína que é uma substância constante da Tabela I-B da referida lei, pelo que estão sujeitos ao regime desta lei, quer na medida em que o transporte voluntário, no estômago, de uma média de 40 cápsulas de cocaína do Brasil com destino a África do Sul com o objectivo de no destino receber recompensa em valores monetários integra o crime de tráfico de drogas previsto e punido nos termos do artigo 33 da Lei nº 3/97, de 13 de Março
- É adequada a pena aplicada de 14 anos de prisão maior pela prática do crime de tráfico de estupefaciente, face à prova de que os arguidos transportavam do Brasil para África do Sul, no seu estômago mais de 40 cápsulas de cocaína com o objectivo de receber recompensa em valores monetários.

A terminar, requer que se negue provimento ao recurso interposto pelos arguidos, devendo manter-se em tudo o acórdão do Tribunal Superior de Recurso.

Corridos que foram os vistos legais, cumpre apreciar e decidir:

II- Fundamentação

O poder cognitivo do Tribunal Supremo circunscreve-se à matéria de direito, nos termos do disposto na al. a) do artigo 50 da Lei da Organização Judiciária – Lei nº24/2007, de 20 de Agosto, pelo que se tem, desde já por fixada e assente a matéria de facto dada por provada pelas instâncias.

Dados os termos em que as questões são colocadas pelos recorrentes na sua douda minuta, terá de concluir-se que o inconformismo deles com o decidido pelas instâncias radica na qualificação jurídica que dos factos foi por elas dada, ou por entenderem que a sua conduta não pode ser subsumível na previsão do artigo 33 da Lei nº 3/97, de 13 de Março, mas na do nº 1 do artigo 55 do mesmo diploma legal, ou porque, em decorrência de alterações legislativas entretanto ocorridas, a infracção por que foram julgados e condenados está actualmente prevista no Código Penal, aprovado na vigência da citada Lei, como uma infracção diversa, punível com pena mais branda, razão por que se impõe a aplicação da lei mais favorável ao réu, que no caso é a lei nova (o Código Penal).

E por que todas as questões equacionadas consubstanciam matéria unicamente de direito, logo se vê que preenchida se mostra a requisitabilidade imposta por lei como condição para que este Tribunal possa conhecer do recurso, nos termos do disposto no artigo 649º do CPP, conjugado com o disposto no artigo 754º e seguintes do Código de Processo Civil (CPC)

Como se alcança das doudas conclusões alegatórias dos recorrentes, as questões jurídicas que cumpre resolver nesta reapreciação cifram-se em saber:

a) se a posse de cocaína no estômago pode ser havida como transporte de estupefacientes, integrada no conceito genérico de tráfico de estupefacientes contido na previsão do artigo 33 da Lei nº 3/97, de 13 de Março.

b) se a droga encontrada nestas condições pode ser considerada como detenção de pequenas quantidades, subsumível na previsão da alínea a) do nº 1 do artigo 36 da mesma lei, a que se aplica a pena de prisão.

c) se o crime de tráfico de estupefacientes previsto e punido nos termos do citado artigo 33, da Lei nº 3/97, de 13 de Março passou a ser previsto e punido pelo artigo 351 do Código Penal – sob o título: *substâncias tóxicas e nocivas à saúde*, na pena de prisão e multa, incriminação que deve ser aplicada ao caso tendo em conta o princípio da aplicação da lei nova que confere tratamento mais favorável ao réu, conforme o disposto no nº 4 do artigo 8 do Código Penal.

Autonomamente, se irá tratar os problemas ora equacionados no sentido de averiguar se as instâncias laboraram em erro ou antes bem andaram ao decidirem que os factos dados por provados integram o crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido nos termos do artigo 33 da Lei nº 3/97, de 13 de Março.

a) Se a droga que os recorrentes levavam no estômago pode ser considerado posse ou detenção ou transporte

Como se alcança das suas doutes alegações, os recorrentes entendem que não se lhes pode ser imputado o crime de tráfico de estupefacientes, na modalidade de transporte, porquanto não usaram qualquer meio de transporte, nomeadamente navio, camião, avião, etc., mas sim tiveram a simples detenção da droga, pelo que cai na previsão do nº 1 do artigo 55 da Lei nº 3/97, de 13 de Março.

Para a dilucidação da questão assim posta, torna-se necessário averiguar, se no conceito *transporte* adoptado pelo texto do preceito legal e que constitui uma das formas ou actividades em que se desdobra o crime de tráfico de estupefacientes, previsto no artigo 33 da citada lei, se inclui, tanto o transporte da droga escondida ou disfarçada na bagagem, como a que a que o agente leve consigo no corpo e mais concretamente no estômago, como foi o caso dos autos, posição sustentada pelas instâncias nos seus acórdãos.

O tráfico de drogas é uma das actividades ilícitas e das mais lucrativas desenvolvida pelo crime organizado e transnacional que se caracteriza pelo facto de pressupor a necessidade de colaboração entre os agentes e de coordenação de actos dirigidos para a efectivação do intuito criminoso comum. Pressupõe a associação de pessoas, com propósitos criminosos (*animus delinquendi*), através da execução de diversas práticas criminosas, visando sobretudo a obtenção de proveitos patrimoniais.

Avulta como característica do narcotráfico a divisão do trabalho: uns dedicam-se ao cultivo ou produção e transformação, outros ao transporte dos locais de produção para os de consumo, e outros ainda à distribuição propriamente dita pelos consumidores. Vislumbra-se típica especialização das funções da organização criminosa, particularmente a dos indivíduos encarregados pelo transporte da droga denominados *mulas ou correios*, que nada mais são do que autores executivos, aqueles que praticam o núcleo tipo da norma penal.

Estes actuam sob direcção e controlo dos traficantes de droga que possuem o domínio de facto, ou seja, aqueles que segundo a doutrina dominante¹ detêm o controlo final do facto, dominando toda a realização delituosa, quem dele é senhor, os que tomam a execução nas suas próprias mãos, com plenos poderes para decidir sobre a prática ou não do facto descrito no tipo legal; em suma: são eles que têm o controlo sobre todos os factos.

Compreende-se assim que os *mulas ou correios do tráfico*, no desenvolvimento do *iter criminis*, actuem como co-autores de base ou executivos: são utilizados pelos primeiros para executar a parte mais perigosa da empreitada criminosa, ou seja, aquela que pode resultar em prisão, como muitas vezes resulta, de criminosos sim, mas miseráveis, que por vezes ingerem a droga correndo sério risco de vida.

Resulta do exposto que a intervenção dos arguidos é típica de co-autores de base, os arguidos desenvolveram o papel de "correiro" ou "mula", desde logo ante a prova trazida aos autos e mediante a sua confissão espontânea de que foram contactados no Brasil, ou na cidade de São Paulo, ou na cidade de Santos, por um indivíduo de raça branca para transportarem a droga nos seus estômagos até à República da África do Sul, último destino e terra da sua naturalidade e residência, sob a promessa de receberem determinados valores que oscilavam entre USD 2.000 e 4.000 (dois mil a quatro mil dólares americanos).

E não importa para os efeitos de ser havido como transportador que o *mula ou correio* intervenha ocasionalmente ou a título permanente na realização desta actividade de transporte, decisivo é que com a sua conduta ou através da sua acção a droga seja deslocada dos locais de produção para os de distribuição e consumo.

É assim que, os arguidos aceitaram transportar a droga nos seus estômagos em contrapartida do pagamento dos valores antes mencionados, para o que, horas antes do embarque, primeiro sob instruções dos traficantes, ensaiaram a ingestão, e depois engoliram as cápsulas contendo a cocaína que vieram a expelir no Hospital Central de Maputo após o seu desembarque no aeroporto internacional de Maputo, do voo Brasil-Lisboa-Maputo.

Mostra-se falacioso e desprovido de fundamento sério e objectivo o argumento esgrimido pelos recorrentes de que no caso não se verifica o transporte da droga mas mera detenção, porque a droga não é transportada no avião, camião ou carro, mas no interior do organismo da pessoa, pois esquecem-se ou ignoram o facto de que a ingestão da droga constitui apenas a forma de dissimulá-la no interior do organismo, com a intenção de efectuar o seu transporte sem qualquer dificuldade ou obstáculo decorrente da possibilidade da descoberta da droga por agentes de autoridade.

Aliás, é um dado adquirido que os narcotraficantes recorrem a métodos engenhosos que especialmente concebem e projectam para evitar a todo o custo que os "correios" possam ser descobertos na posse da droga, como por exemplo, embrulhar e esconder as drogas em fundos falsos, nas cabines, nos tanques de combustível, no interior dos pneus e de outras

¹ Jorge de Figueiredo Dias -Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, 2ª Edição – Coimbra Editora 2007, pág. 765

peças e sobressalentes de viaturas ou de outros meios de transporte em que se fazem transportar.

* E todos estes actos ou actividades têm pleno cabimento no conceito amplo de transporte (da droga), com o sentido de levar ou conduzir mercadoria, carga ou passageiros de um local para outro, por terra, ar ou água.

Demonstra-se assim de forma clara e inequívoca, que os recorrentes são autores de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido nos termos do artigo 33 da Lei 3/97, de 13 de Março, na modalidade de transportadores, no que se confirma desde já a qualificação jurídica feita pelas instâncias, improcedendo consequentemente as alegações dos recorrentes.

b) Se a quantidade com que foram surpreendidos os arguidos pode ser considerada pequena quantidade, para efeitos de lhes ser aplicada a moldura penal do artigo 36 da Lei nº 3/97, de 13 de Março

Dispõe o artigo 36 sob a epígrafe – **Tráfico de Pequenas Quantidades** - nos seguintes termos:

1. *“Quando os factos praticados se inscrevem na previsão dos artigos 27 e 29 e tenha por objecto pequenas quantidades de plantas ou substância preparada, ou quando a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, em resultado dos meios utilizados, da modalidade usada, ou das circunstâncias verificadas corresponderá a seguinte moldura penal:*

2. *Quantidade diminuta para efeitos do disposto no presente artigo são as que não excedem o necessário para o consumo individual durante um dia”.*

O aqui transcrito preceito de lei suscita alguma perplexidade ao preconizar que deve ser considerada de ilicitude diminuta quando em presença do tráfico dos artigos 27 e 29 cujo teor literal não tem qualquer relação com a prática de qualquer facto que consubstancie o tráfico de estupefacientes; e assim, o primeiro trata do *“Objectivo do Gabinete Central de Prevenção e Combate a Drogas”*, ao passo que o último se dedica às *“Competências do mesmo Gabinete Central”*.

Só que, atentando no texto da lei, e nas disposições que se ocupam em especial da matéria de tráfico de estupefaciente, pode pensar-se que o legislador no citado nº 1 do artigo 33 terá quicá pretendido referir-se ao artigo 33 e 35, o primeiro que consagra o *Tráfico e Outras Actividades Ilícitas*, e o segundo que dispõe sobre a *Utilização Indevida do Equipamento, Material e Precursores*, dadas a similitudes dos fins prosseguidos por uma e outra das normas no confronto com o citado preceito do artigo 33.

Mas esta ilação ou presunção resulta de um esforço interpretativo do preceito em foco dentro do sistema, que, no entanto, não nos dá a certeza absoluta, que não é de todo aprovado ou autorizado, pois está-se claramente numa zona do direito penal - a da descrição dos tipos

legais de crime ou com estes relacionados - em que a proibição da analogia ou presunção é absoluta, por razões de certeza e segurança jurídicas.

* Consequentemente, terá de concluir-se pela existência de obscuridade ou de falta de clareza da norma penal que suscita dúvidas importantes acerca do seu sentido e alcance e que não pode ser resolvidas através do labor interpretativo, antes reclama e exige a intervenção conformadora do próprio legislador.

Ante as apontadas dificuldades, só nos resta aferir se a droga com que foram surpreendidos os arguidos pode ser havida como diminuta, no sentido que foi dado pelo nº 2 do artigo 36 por forma a justificar-se a aplicação ao caso *subjudice* da moldura penal mais branda que nele se prevê, como sustentam os recorrentes.

Dispõe o referido preceito legal nos seguintes termos:

nº2: "*Quantidades diminutas para os efeitos do disposto no presente artigo são as que não excedem o necessário para o consumo individual durante um dia*".

Atentando no transcrito preceito de lei, uma primeira dificuldade que surge na sua aplicação prende-se com o critério da determinação da quantidade que deve ser havida como necessária para o consumo de uma pessoa durante um dia, na medida em que essa quantidade varia consoante o tipo de drogas.

Assim, caso se trate das chamadas drogas leves, por exemplo a *canabis sativa*, vulgo *suruma*, os estudos revelam que o consumidor deste tipo de droga, utiliza as doses individuais com muito maior frequência por dia, sem correr grande risco de intoxicação letal, diferentemente do consumidor de drogas pesadas, a exemplo da cocaína ou heroína, em que as quantidades individuais são geralmente fixadas em doses unitárias de tantos gramas de peso, sendo que os efeitos perduram durante muito mais tempo depois do consumo, pelo que é também reduzida a frequência com que se consome por dia, sob pena de *overdose*.

Partindo destas premissas, conveniente se mostra, desde logo, passar em revista a factualidade material dada por provada nos autos, que mostra evidências de que os arguidos foram surpreendidos cada um com as seguintes quantidades de cocaína: Wilson Mashele, 46 ampolas, Caaneet Fortune, 45 ampolas, Benjamim Motamu, 64 ampolas e Kenneth Meintjies 42, respectivamente.

Quantidades estas que se apura, pela confissão espontânea dos próprios recorrentes, cuja veracidade não pode ser posta em causa em face das circunstâncias do caso e do conhecido *modus operandi* utilizado pelo narcotráfico internacional, que não se destinavam ao seu consumo, tanto é assim que não existe qualquer prova de que sejam consumidores de droga, mas que se limitaram a transportá-la nos seus estômagos com destino à África do Sul.

Lamentavelmente, o exame laboratorial junto de fls. 57 a 58, não contém todos os elementos relevantes para o esclarecimento das questões que importa apreciar e decidir neste recurso, e designadamente o peso da droga examinada, o grau de pureza bem como o respectivo valor no mercado de consumo, a quantidade ou peso necessário para preparar uma dose individual, por dia ou por pessoa, para o que se deixa desde já este importante reparo aos órgãos

competentes, com vista a que no futuro e em casos similares realizem todos os mencionados exames.

Apesar da falta destes elementos, afigura-se manifesto e evidente que as quantidades de cocaína com que foram surpreendidos e detidos os recorrentes, um mínimo de 42 cápsulas e um máximo de 64, não podem ser havidas como diminutas para efeitos de aplicação de pena mais branda prevista no artigo 36 da lei que vimos citando, como pretendem os recorrentes.

Pois, afigurava-se bastante duvidoso que uma pessoa só, mesmo que se trate de consumidor inveterado, possa consumir, num único dia uma quantidade correspondente um mínimo de 42 ampolas das que traziam os recorrentes nos seus estômagos, e mesmo que se admitisse por hipótese, pouco provável, que cada cápsula contivesse quantidade suficiente para o consumo individual durante um único dia.

Logo, não é e nem pode tratar-se de quantidade diminuta a droga que os recorrentes transportavam nos seus estômagos.

Também deverá ter-se por improcedente a alegação dos recorrentes de que a droga com que foram presos, destinava-se simplesmente ao consumo, pelo que justificar-se-ia neste caso a aplicação do disposto nº 1 do artigo 55 da Lei nº 3/97, e isto por um lado, porque ficou demonstrado já, com base na confissão dos recorrentes, que a droga se destinava ao tráfico, isto é, a ser comercializada no mercado sul-africano, e sabendo perfeitamente isso, os mesmos aceitaram transportá-la para o destino indicado, e por outro, não existe prova nos autos de que os recorrentes sejam também consumidores da droga.

Aliás, é mesmo irrazoável que os arguidos tivessem viajado da África do Sul para o Brasil por via aérea, com todos os custos que uma tal viagem acarreta, apenas com o intuito de comprar droga para o seu consumo.

Mas, mesmo que tivesse ficado provado que a droga se destinava ao seu consumo pessoal, ainda assim a sua conduta não escaparia à censura mais forte dirigida aos traficantes da droga no artigo 33, uma vez provado que as quantidades de cocaína com que cada um foi encontrado no estômago superam em demasia o necessário para o consumo individual durante um dia (nº2 do artigo 36).

Para terminar este segmento da presente reapreciação, diremos só que não se vê como poderá a ilicitude do facto ser havida como consideravelmente diminuída, como pretendem os recorrentes, bastando atentarmos para os meios utilizados ou as circunstâncias que rodearam o crime, e designadamente a prova de que utilizaram a via aérea para fazer o transporte internacional da droga e para melhor lograr o objectivo gizado aceitaram a missão, ingerindo a droga, a fim de tornar mais difícil a sua descoberta pelas autoridades.

Eis as razões, por que, se dá por improcedente, nesta parte, o recurso.

- c) Se o crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido nos termos do citado artigo 33, da Lei nº 3/97, de 13 de Março, passou a ser previsto e punido pelo artigo 351 do Código Penal

Dizem os recorrentes que deve alterar-se o enquadramento legal feito pelas instâncias aos factos em debate, do crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido na Lei nº 3/97, de 13 de Março, para o de posse ou detenção de substâncias tóxicas e nocivas à saúde, previsto e punido pelo artigo 351 do Código Penal, que comina a pena de prisão e multa a quem transportar, comercializar, utilizar, deter substâncias tóxicas e nocivas à saúde, cuja noção médico forense inclui também a droga ou estupefaciente.

É absolutamente inaceitável o argumento esgrimido pelos recorrentes por falta de fundamento sério e objectivo, e desde logo, porque o Código Penal em vigor, aprovado pela Lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro, não revogou a Lei nº 3/97, nem qualquer das suas disposições, como o fez em relação a todos ou a alguns dos diplomas que nele foram incorporados, no todo ou em parte, conforme se alcança do preceito revogatório que é o artigo 2 do citado diploma legal.

Resultando daí que a citada lei continua toda ela em vigor, e caso o legislador quisesse revogá-la, tê-lo-ia feito de forma expressa, à semelhança do que aconteceu com os outros diplomas que revogou total ou parcialmente, mantendo em vigor neste último caso, na parte não revogada, os preceitos desses diplomas legais.

Decisivo ainda para rejeitar, por improcedente, a pretensão dos recorrentes é o facto de que o artigo 351 sob a epígrafe – “*Substâncias tóxicas e nocivas à saúde*”, está inserido no Capítulo II – *Crimes contra o ambiente*, do Título IV- sob a epígrafe *Crime de Perigo Comum*, o que constitui uma inovação no nosso direito penal, que pela primeira vez consagra um capítulo dedicado aos crimes ambientais, pois o anterior Código previa no artigo 248º, *crimes contra a saúde pública*, cuja redacção coincide em parte com o teor literal do citado artigo 351 do actual Código Penal.

Não pode, pois, confundir-se o crime de tráfico de estupefacientes, previsto na Lei nº 3/97, com o de produção e exposição de substâncias tóxicas e nocivas à saúde, previsto no artigo 351 do Código Penal, já pela diversidade dos bens jurídicos protegidos num e noutro caso, já pelos fins prosseguidos pelas normas incriminadoras.

Enquanto no crime de produção ou ministração de substâncias tóxicas e nocivas à saúde, o bem jurídico tutelado é a saúde pública e o fim prosseguido pela norma é claramente colectivo ou um interesse da sociedade como um todo, já no tráfico de estupefacientes, o bem jurídico, não só é a saúde física, mas também a psíquica e emocional, na medida em que se entende que este crime constitui um autêntico flagelo das actuais sociedades, responsável pela desestruturação do indivíduo, pois produz aquelas sequelas físicas, psíquicas e emocionais, as mais das vezes irreversíveis, pela desintegração familiar e por propiciar em geral a prática de outros crimes; o interesse individual sobressai como o fim prosseguido pela norma.

Sublinhe-se ainda que o crime de tráfico de estupefacientes encontra-se numa relação de especialidade com os crimes contra o ambiente, constantes do Código Penal, significando com isso que o legislador quis autonomizar a regulamentação dos crimes de tráfico de

estupefacientes em termos distintos dos crimes ambientais, aliás, a prova disso é nos dada pelas molduras penais mais gravosas fixadas para o tráfico de estupefacientes.

A tudo isto acresce o facto de que o conceito de estupefacientes é mais restritivo do que o de produção ou ministração de substâncias tóxicas e nocivas à saúde: são havidos como substâncias estupefacientes aquelas que constam da lista anexa à Lei – Tabela I-B, ao passo que as últimas são mais abrangentes: nocivas a saúde são todas as substâncias que causam danos à saúde, quer sejam estupefacientes, quer não, por exemplo, quaisquer substâncias tóxicas conhecidas, tais como pesticidas, inseticidas e tantas outras comumente consideradas venenosas.

Que dizer então sobre os argumentos esgrimidos pelos recorrentes, que pretendem que a sua conduta subsume-se no artigo 351 do Código Penal, como crime de transporte de substâncias tóxicas e nocivas à saúde pública, face às antecedentes considerações?

Em primeiro lugar, que bem andaram as instâncias ao qualificarem a conduta dos arguidos como constitutivo do crime de tráfico de estupefacientes, na forma de transporte, previsto e punido nos termos do disposto no artigo 33, da Lei nº 3/97, de 13 de Março.

Na verdade, comprova-se que os arguidos foram recrutados, quer a partir da África do Sul, quer já no Brasil, para transportarem a droga, mediante o pagamento de valores que variavam entre USD2.000 e 4.000, como se viu já, que receberiam só na condição de fazerem chegar a droga ao destino, a República da África do Sul, onde lhes esperariam alguns indivíduos para receber as encomendas.

Os recorrentes aceitaram transportar a cocaína, envolta em cápsulas, nos seus estômagos, nas exactas quantidades com que foram detidos ao desembarcarem no aeroporto internacional de Maputo, as mesmas por eles expelidas no Hospital Central de Maputo e examinadas de fls. 57 a 58 dos autos, movidos pelo desígnio de ganhar dinheiro que tanto precisavam, porque encontravam-se numa situação de desemprego ou com emprego mal remunerado e fora-lhes prometido emprego no Brasil ou a possibilidade de ali encontrarem melhores condições de vida, de acordo com as suas declarações prestadas de fls. 59 a 66 dos autos.

Embora aparentemente os contactos dos recorrentes com os traficantes tenham tido lugar em cidades diferentes do Brasil e afirmem não se conhecerem uns aos outros, a verdade é que trata-se da mesma rede de traficantes que os recrutou, alojou e pagou as passagens aéreas, sendo a diversidade dos lugares escolhidos para efectivar a entrega da droga aos recorrentes uma estratégia adrede urdida pelos traficantes visando tão-só iludir as autoridades policiais.

Os recorrentes conheciam perfeitamente a natureza e característica estupefaciente do produto que transportavam.

Produto que aceitaram transportar por, para tanto, lhes terem sido prometidas quantias em dinheiro.

Os arguidos agiram livre e voluntariamente, bem sabendo que esta conduta era proibida e punível por lei.

Conclui-se assim, como no primeiro ponto acima analisado, e também sufragando a posição das instâncias, que os recorrentes são autores materiais de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido nos termos do artigo 33 da Lei 3/97, de 13 de Março, na modalidade de transportadores.

Terminado o exame do enquadramento jurídico dos factos dados por provados é chegado o momento de sindicar a medida da pena aplicada pelas instâncias, para o que importa recordar que o tribunal de primeira instância aplicou a pena de 17 anos de prisão, ao passo que o Tribunal Superior de Recurso baixou a pena para 14 anos de prisão maior, não só por ter dado por verificadas todas as circunstâncias agravantes e atenuantes que pela primeira instância foram arroladas, mas por ponderar que os recorrentes serviram de correio da droga, transformando-se também em vítimas da criminalidade organizada.

A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e da exigência de prevenção.

Na determinação da pena, como se alcança do disposto no artigo 110 do Código Penal, o tribunal atenderá à todas as circunstâncias que, não fazendo parte do grau da ilicitude do tipo do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente:

- a) A culpabilidade do agente;
- b) A gravidade do facto criminoso, bem como os seus resultados;
- c) A intensidade do dolo ou grau de culpa;
- d) Os motivos do crime;
- e) A personalidade do agente.

Antes de mais, para uma mais criteriosa decisão da causa, há que considerar um importante problema que é o da qualidade da droga, isto é, da quantidade do chamado princípio activo que contém a cocaína. Com efeito, quanto mais puro for o produto, isto é, quanto mais princípio activo contiver, maior é a quantidade de doses individuais que pode proporcionar.

Não temos elementos que nos permitam aferir do grau de pureza da cocaína apreendida por falta desse exame, o que constituiu um óbice de tomo para a decisão conscienciosa e equitativa sobre a medida da pena a aplicar aos arguidos.

Em todo o caso, o agravamento da ilicitude é no caso em apreço determinado pelo tráfico de drogas ditas pesadas, pelos efeitos mais perniciosos que causam ao consumidor, como se viu já, a que se somam as quantidades que cada um dos arguidos transportava, suficiente para disseminar a droga por um grupo bastante numeroso de consumidores.

O dolo foi muito intenso, já que se demonstrou que os arguidos, uns deslocaram-se de propósito ao Brasil para efectivarem o transporte da droga, outros foram aliciados naquele país, sabendo todos que tinham como missão realizar um tráfico internacional da droga e que tal actividade era proibida por lei, mas mesmo assim aceitaram a missão em contrapartida do pagamento de valores, para o que seguindo as instruções dos traficantes, engoliram as

cápsulas de cocaína, por o transporte da droga no estômago ser uma das formas mais engenhosas de disfarce no tráfico internacional de estupefacientes.

A confissão do crime não tem grande relevo como circunstância atenuativa, na medida em que que em nada contribuiu para a descoberta da verdade material e para o esclarecimento dos factos, pois os arguidos foram presos em flagrante delito transportando nos seus estômagos a cocaína.

Temos para nós, que os recorrentes não são e nem podem ser classificados de traficantes de droga no sentido de se dedicarem ao narcotráfico como modo de vida e fonte da sua sobrevivência, mas como *mulas* ou *correios* do tráfico, recrutados pelo narcotráfico para transportarem a droga mediante o pagamento de somas em dinheiro, tal como judiciosamente entendeu o Tribunal Superior de Recurso.

A finalidade precípua da pena é garantir protecção dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infracção praticada, a reinserção do agente na sociedade e a prevenção da reincidência.

Para cumprir uma tal finalidade, a pena deve ser equilibrada e justa, para o que, além de respeitadora dos limites da culpa, deve ser proporcional às exigências concretas da prevenção geral e especial.

Parece-nos assim que uma pena de 14 anos, imposta pelo TRS, que resulta da atenuação concedida pelo nº 2 do artigo 116 do Código penal, num crime em que a moldura penal abstracta é de 16 a 20 anos, mostra-se adequada aos fins de prevenção geral e especial que lhe estão assinalados no artigo 58 do Código Penal.

III – Decisão

Nestes termos e pelo exposto, os Juízes da Secção Criminal do Tribunal Supremo, dando por improcedente o recurso interposto pelos arguidos, confirmam integralmente a decisão recorrida.

Máximo de imposto.

Maputo, aos 26 de Novembro de 2019