

**Processo n.º 11/2003.**

**Recurso jurisdicional em matéria penal.**

Recorrentes: A e B.

Recorrido: Ministério Público.

**Assunto: Contradição insanável da fundamentação. Conceito de direito. Juízo conclusivo de facto. Fundamentação da sentença. Alteração da qualificação jurídica. Atenuação especial da pena. Idade inferior a 18 anos.**

Data da Sessão: 9 de Julho de 2003.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e Chu Kin.

### **SUMÁRIO:**

**I** – Não há contradição insanável da fundamentação, mas mero erro de direito, se o tribunal colectivo considera provados factos que apontam para a “colaboração mútua” dos arguidos no tráfico de estupefacientes e o mesmo tribunal considera como não provada a mencionada expressão “colaboração mútua”, visto que esta constitui um conceito de direito ou um juízo conclusivo de facto, pelo que esta resposta tem sempre de se considerar não escrita, nos termos do n.º 4 do art. 549.º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente em processo penal.

**II** - A enumeração dos factos provados e não provados, a indicação dos meios de prova utilizados e a exposição dos motivos de facto que fundamentam a decisão devem permitir conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o tribunal, no que se refere à decisão de facto.

**III** – A exposição dos motivos de facto que fundamentam a decisão pode satisfazer-se com a revelação da razão de ciência das declarações e dos depoimentos prestados e que determinaram a convicção do tribunal.

**IV** – A extensão e o conteúdo da motivação são função das circunstâncias específicas do caso concreto, nomeadamente da natureza e complexidade do processo.

**V** - Não é exigível que o tribunal faça a apreciação crítica das provas

**VI** –A sentença não pode enfermar da nulidade de condenar por factos não constantes da acusação [art. 360.º, alínea b) do Código de Processo Penal], quando, em julgamento, o tribunal pondera a alteração da qualificação jurídica, cumprindo o disposto no art. 339.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, mas acaba por condenar os arguidos pelos factos e enquadramento jurídico constantes da acusação.

**VII** – A questão da alteração da qualificação jurídica da acusação para a sentença, em processo penal, não está regulada expressamente no Código de Processo Penal.

**VIII** - À alteração da qualificação jurídica deve aplicar-se, por analogia, o disposto no n.º 1, do art. 339.º do Código de Processo Penal, devendo o juiz comunicar a alteração ao arguido e conceder-lhe, se ele requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

**IX** – Quando a alteração implicar a aplicação de penalidade mais elevada o juiz tem sempre de observar o contraditório.

**X** – A acentuada diminuição da culpa ou das exigências da prevenção constitui o pressuposto material de atenuação especial da pena, pelo que a idade inferior a 18 anos, ao tempo do facto, não constitui fundamento, por si só, para tal atenuação.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO  
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

**I – Relatório**

**O Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base, por Acórdão de 29 de Novembro de 2002**, decidiu o seguinte:

A) Condenou o arguido A pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime previsto e punível pelo art. 8.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M na pena de oito anos e oito meses de prisão e sete mil patacas de multa ou em alternativa de noventa dias de prisão, caso não pagasse nem a mesma fosse substituída por trabalho;

B) Condenou o arguido B pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime previsto e punível pelo art. 8.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M na pena de oito anos e cinco meses de prisão e seis mil patacas de multa ou em alternativa de oitenta dias de prisão, caso não pagasse nem a mesma fosse substituída por trabalho.

Interpostos recursos jurisdicionais por ambos os arguidos, o **Tribunal de Segunda Instância, por Acórdão de 30 de Abril de 2003**, negou-lhes provimento.

Não conformados, recorrem ambos os **arguidos**, para este Tribunal.

O **arguido A** termina a sua motivação com as seguintes conclusões:

1 - Ao condenar o recorrente como autor de um crime de tráfico o tribunal recorrido deveria ter subtraído nas substâncias apreendidas a quantidade destinada ao consumo;

2 - Não o havendo feito incorreu em erro de julgamento na medida em que uma tal dedução permitiria, com elevada probabilidade que a quantidade transaccionada da substância proibida Ketamina, descesse para valores que imporia a integração jurídico-penal dos factos no art.º 9.º ao invés do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

3 - O Tribunal Colectivo não esboçou, sequer, devendo fazê-lo, a preocupação de computar a parte dos produtos ali identificados que eram destinados ao consumo próprio (quer do recorrente quer do co-arguido).

4 - Tal omissão impõe a anulação da sentença recorrida e o reenvio dos autos ao Tribunal recorrido para efectuação do apuramento da quantidade daquela substância que era destinada ao consumo próprio dos arguidos.

5 - Em caso de não se vir a demonstrar possível tal apuramento a dúvida deverá sempre beneficiar o réu conforme é imposto pelo princípio expresso pela fórmula latina "in dubio pro reo".

6 - Tal omissão cria um obstáculo intransponível à questão de saber se a quantidade de produto estupefaciente destinada pelo recorrente a ser transaccionada constituía (ou não) quantidade diminuta, conduzindo inapeladamente à verificação do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto ou de erro de julgamento.

7 - Tal vício ou vícios são susceptíveis de ser invocados ou arguidos em sede de recurso sob pena de ser introduzida grave restrição à já de si restrita amplitude de conhecimento que caracteriza o sistema legal em matéria de recursos.

8 - Tal entendimento é consequência da filosofia global do diploma que distingue claramente os tipos legais de tráfico e de consumo assim como das regras decorrentes da experiência comum que desaconselham o recurso à ficção como método de interpretação dos preceitos legais incriminadores.

9 - Entendimento contrário parte da ficção que o arguido destinava a tráfico mesmo a quantidade de estupefaciente que destinava ao consumo e atenta contra o princípio da certeza na aplicação do direito, operando a mais completa subversão dos tipos legais.

10 - A decisão recorrida violou a norma do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M e violou ainda o princípio "in dubio pro reo".

**O arguido B** apresenta as seguintes conclusões da motivação:

1. O acórdão recorrido labutou em vício de contradição insanável da fundamentação (no texto do acórdão de primeira instância) previsto no artigo 400.º, n.º 2, alínea b) do CPPM, quando, por um lado, se afirma e confirma que *"não ficaram provados os restantes factos da acusação"*, designadamente *"... os arguidos praticaram os factos em colaboração mútua"*, mas, por outro lado, deu como provada e assente a seguinte factualidade:

*"O arguido B todas as vezes levava o dinheiro entregue pelo arguido A até Zhuhai para a aquisição de estupefacientes, onde contactava com um indivíduo de alcunha C e que a este entregava parte do dinheiro no interior da discoteca para a aquisição de Ketamina (habitualmente conhecido por "K Chai") ou Ecstasy. Posto o qual, o referido*

*C ordenava um indivíduo de meia idade, do sexo masculino, que trouxesse p estupefaciente até Macau.*

*O arguido B aguardava o aludido indivíduo desconhecido no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, entregando-lhe o remanescente dinheiro.*

*Passado alguns minutos, o mesmo indivíduo ligava ao telemóvel do arguido B (XXXXXXX), informando-o o local para o levantamento do produto, e, posto o qual, o arguido B deslocava-se sozinho ao local indicado para o recebimento do produto estupefaciente adquirido.*

*Desde meados de Junho de 2001 até Dezembro do mesmo ano, o arguido A entregou por 3 vezes dinheiro ao arguido B, respectivamente, MOP\$ 900,00 (novecentas patacas), MOP\$ 1.200,00 (mil e duzentas patacas) e MOP\$ 1.800,00 (mil e oitocentas patacas), pedindo a este que se deslocasse a Zhuhai para adquirir estupefacientes junto do C.*

*Duas das vezes adquiriu meia onça Ketamina, e a outra comprou 38 comprimidos de Ecstasy. Na primeira vez, o arguido B não recebeu do arguido A qualquer recompensa. Na segunda vez recebeu MOP\$ 100,00 (cem patacas), e na terceira ainda não recebeu.*

*Todas as vezes, depois de adquirido o estupefaciente, o arguido A dividia e embalava-o em dezenas de pacotinhos, vendendo ou cedendo aos consumidores locais."*

2. Este mesmo vício de contradição insanável não é passível de ser removido mediante a renovação da prova - uma vez que tal pedido foi julgado improcedente com trânsito em julgado desta decisão incidental - e, ainda, a dimensão da matéria de facto em causa.

3. A decisão que ora se impugna, na parte em que considerou suficientemente fundamentado o acórdão condenatório proferido em primeira instância, encontra-se eivada do vício de violação de lei, da norma contida no n.º 2 do artigo 355.º, do CPPM, uma vez que, verdadeiramente, o acórdão em causa não contém, materialmente, fundamentação de facto e de Direito fundamentadores da decisão.

4. Efectivamente, nos termos do disposto no artigo 355.º, n.º 2, a fundamentação da sentença consiste não só na enumeração dos factos provados e não provados e na indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, como também a exposição dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão.

5. Com efeito, em nosso modesto entendimento, a fundamentação da sentença visa garantir que na sentença se seguiu um processo lógico e racional na apreciação da prova, não sendo uma decisão ilógica, arbitrária, contraditória ou notoriamente violadora das regras da experiência comum na apreciação da prova, pelo que nunca poderia bastar-se com apenas mera indicação das provas.

6. A fundamentação da sentença visa explicar o raciocínio crítico feito na selecção e apreciação da prova, e, contrariamente ao sustentado pela decisão em crise do tribunal recorrido, visa permitir a qualquer parte interessada, uma clara percepção daquele que foi o raciocínio crítico fundamentador da decisão. Visa, igualmente, dar forma a um instrumento por forma a permitir ao tribunal de recurso conhecer todo o raciocínio lógico seguido pelo Tribunal "a quo" na prolação da decisão, e, daí, poder sindicar da sua legalidade, correcção e justiça.

7. Sendo a fundamentação da sentença um meio para evitar que se ocorra violação das regras da experiência comum na apreciação da prova, esta não poderá ela bastar-se com a mera indicação das provas que serviram para a fundamentação da decisão.

8. Ainda que não haja norma processual penal que concretamente faça exigir e recair sobre o julgador o dever de expor pormenorizada e completamente todo o raciocínio lógico ou indique os meios de prova que se encontram na base da sua convicção de dar como provado ou não provado determinado facto, nem a apreciação crítica das provas em ordem a permitir a sua apreciação pelo tribunal de recurso, tal resulta, inequivocamente, do respeito e aplicação global e uniforme do sistema jurídico considerado na sua forma estruturante.

9. Aliás, a unidade do sistema jurídico na sua globalidade seria seriamente afectada, pela indevida fundamentação da sentença relativamente e em contraposição efectivo exercício dos direitos de defesa do arguido.

10. O legislador ao consagrar em letra de lei a norma contida no n.º 2 do artigo 355.º do CPPM quis, expressamente, que as decisões penais fossem fundamentadas. Fundamentadas materialmente, para que sejam justas e efectivamente sindicáveis.

11. O problema da motivação está intimamente conexionado com a concepção democrática ou antidemocrática que insuffle o espírito de um determinado sistema processual, e no que concerne ao nosso processo penal vigente este informa, neste particular, de nítidas características restritivas.

12. Motivos de facto que fundamentam a decisão não são nem os factos provados nem os meios de prova mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substracto racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência.

13. *Intraprocessualmente*, a fundamentação deve ser tal que permita aos sujeitos processuais e ao tribunal superior o exame do processo lógico ou racional que lhe subjaz, pela via de recurso, conforme impõe inequivocamente o artigo 410.º, n.º 2 *Extraprocessualmente* a fundamentação deve assegurar, pelo conteúdo, um respeito efectivo pelo princípio da legalidade na sentença e a própria independência e imparcialidade dos juizes, uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade.

14. Motivação, motivar, significam explicar, fundamentar, justificar. E, não indicar ou remeter genericamente.

15. Assim sendo, a decisão condenatória em primeira instância, e bem como a decisão de segunda instância ora em crise, violaram o espírito da norma contida no n.º 2 do artigo 355.º do CPPM, na interpretação feita por este último tribunal pela aceitação daquela forma de fundamentação e os termos em que ela própria faz balizar os termos da fundamentação da sentença, o que aqui e agora se faz a sua arguição.

16. Houve, na audiência de julgamento realizada no dia 18 de Novembro de 2002 alteração substancial dos factos descritos na acusação inicialmente formulada contra o ora recorrente.

17. A norma legalmente aplicável para este tipo de situação deveria ter sido a constante no artigo 340.º do CPPM, e não a norma contida no artigo 339.º.

18. Nos termos da acta de julgamento acima transcrito, os ilustres defensores dos arguidos e por eles foi dito que nada tem a opor ou requerer, e prescindem do prazo para nova defesa.

19. Tal não basta para permitir a continuação do julgamento. Não basta que dizer que não se opõem, nada requerem e que prescindem do prazo para defesa. É fundamental que deixe registado que os todos sujeitos processuais afectados dêem o seu consentimento expresso na continuação do julgamento pelos novos factos. Tal é a letra da lei.

20. Não procedendo daquela forma, a consideração, na sentença condenatória, de factos atinentes à forma da prática do crime, que, embora, constantes ou decorrentes dos meios de prova junto aos autos, para os quais a acusação expressamente remetiam, no entanto aí se não encontravam especificadamente enunciados, descritos ou discriminados, ***violam as garantias de defesa do arguido e dos princípios do acusatório e do contraditório, todos eles estruturantes do nosso sistema processual penal*** em vigor.

21. O que faz inquinar a sentença em causa de nulidade insuprível, geradora da anulação do julgamento, o que se propugna.

22. O desrespeito pelas normas contidas e consagradas nos artigos 339.º e 340.º do nosso CPPM, faz gerar sobre o acórdão em causa vício que é, absolutamente, do ***conhecimento oficioso*** do tribunal de recurso.

23. Resulta dos factos considerados como provados que, à data dos factos, o ora recorrente era menor de 17 anos de idade. Não obstante, o Tribunal recorrido entendeu não ser de atenuar-lhe a pena pelo motivo da menoridade.

24. Salvo o devido respeito, que é muito, entendemos que o Tribunal Colectivo "a quo" elaborou em manifesto erro quando condicionou a atenuação especial da pena à natureza e gravidade do ilícito em causa. Estamos em crer que a atenuação especial da pena com fundamento na menoridade do arguido é de ter sempre em consideração,

sobretudo quando se pretende com ela a ressocialização do agente, como é o caso do ora recorrente. Não agindo, desta forma, a decisão recorrida, nesta parte, violou a norma contida na alínea *f*) do n.º 2 do artigo 66.º do Código Penal em vigor.

O **Ministério Público** respondeu à motivação do recurso, defendendo a manutenção da decisão, dizendo, em síntese:

Quanto ao recurso do arguido A, que este não terá atentado na matéria de facto fixada, pois o tribunal deu como provado que os produtos estupefaciente não eram para consumo próprio.

Quanto ao recurso do arguido B:

- Não há contradição insanável da fundamentação, visto que o ter-se dito que não ficou provada a colaboração mútua entre os arguidos, não releva pois se tratava de matéria conclusiva, pelo que, quanto muito, terá havido erro de direito do tribunal;

- A motivação da sentença é suficiente;

- Não houve qualquer alteração substancial dos factos, mas mera alteração da qualificação jurídica, a que é aplicável o art. 339.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, por analogia;

- A circunstância da idade inferior a 18 anos, por si só não constitui fundamento para a atenuação especial da pena.

Neste Tribunal, o **Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Adjunto** manteve a posição assumida na resposta à motivação do recurso.

## **II – Os factos**

Os factos que as instâncias deram como provados e não provados são os seguintes:

O arguido A residiu, pelo menos desde Janeiro de 2002, no apartamento de D, sito no [Endereço].

Em 5 de Fevereiro 2002, cerca das 20H30, os agentes consentimento de D, entraram ao apartamento deste para a realização da busca.

Na altura, o arguido A encontrava-se no seu quarto a dividir em vários pequenos sacos um produto de cor branca em forma de pó, que se encontrava sobre uma mesa/secretária. O arguido A, ao verificar a presença dos agentes policiais, atirou tudo o que se encontrava sobre a mesa/secretária ao chão.

Posteriormente, os agentes policiais encontraram ainda 40 pequenos sacos na gaveta da mesma mesa/secretária, contendo idêntico pó branco.

Após o exame laboratorial, verificou-se que o retromencionado pó de cor branca pesava, respectivamente, 4.854g e 1.173g (total: 6.027g), contendo *Phenacetin, Methyl Salicylate, Paracetamol e cafeína*. Além dessas substâncias, continha ainda *Ketamina*, substância esta controlada pela tabela H-C (com alterações dada pela Lei n.º 4/2001) do

DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro. E a proporção dessa *Ketamina* tinha os pesos líquidos de 3.35g e de 0.77g, respectivamente.

A proporção do peso líquido total da *Ketamina* que se encontrava neste pó branco era de 4.12g, excedendo a porção em que um consumidor habitualmente consome durante 3 dias (vide relatório médico a fls. 201 e 202).

Ao mesmo tempo, no supracitado apartamento, foram ainda encontrados 7 comprimidos conhecido por "Hak Tong Leng" e 103 folhas de papel para o embrulho do acima referenciado pó branco.

Em 31 de Janeiro do mesmo ano, o arguido A entregou trezentas patacas ao arguido B, pedindo a este que se deslocasse a Zhuhai -China para a aquisição da *Ketamina* em causa.

O seu objectivo era dividi-lo em 50 pequenos sacos e vendê-los aos consumidores desta região.

A encontra-se suspeito pela prática de um crime de furto qualificado (vide fls. 208 e 216 dos presentes autos), pelo que lhe foi aplicado a medida de proibição de ausência do território.

O arguido B todas as vezes levava o dinheiro entregue pelo arguido A até Zhuhai para a aquisição de estupefacientes, onde contactava com um indivíduo de alcunha "C" e que a este entregava parte do dinheiro no interior da discoteca para a aquisição de *Ketamina* (habitualmente conhecido por "K Chai") ou *Ecstasy*. Posto o qual, o referido "C" ordenava um indivíduo de meia idade, do sexo masculino, que trouxesse o estupefaciente até Macau.

O arguido B aguardava o aludido indivíduo desconhecido no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, entregando-lhe o remanescente dinheiro.

Passado alguns minutos, o mesmo indivíduo ligava ao telemóvel do arguido B (XXXXXXXX), informando-o o local para o levantamento do produto; e, posto o qual, o arguido B deslocava-se sozinho ao local indicado para o recebimento do produto estupefaciente adquirido.

Desde meados de Junho de 2001 até Dezembro do mesmo ano, o arguido A entregou por 3 vezes dinheiro ao arguido B, respectivamente, MOP\$900.00 (novecentas patacas), MOP\$1,200.00 (mil duzentas patacas) e MOP\$1,800.00 (mil e oitocentas patacas), pedindo a este que se deslocasse a Zhuhai para adquirir estupefacientes junto do "C".

Duas das vezes adquiriu meia onça *Ketamina*, e a outra comprou 38 comprimidos de *Ecstasy*. Na primeira vez, o arguido B não recebeu do arguido A qualquer recompensa. Na segunda vez recebeu MOP\$100.00 (cem patacas), e na terceira ainda não recebeu.

Todas as vezes, depois de adquirido o estupefaciente, o arguido B entregava imediatamente tal produto ao arguido A.

Depois de recebido o estupefaciente, o arguido A dividia e embalava-o em dezenas de pacotinhos, vendendo ou cedendo aos consumidores locais.

Os arguidos A e B conheciam perfeitamente a natureza e as características dos supracitados produtos.

O arguido A adquiriu, vendeu e cedeu os supracitados produtos, a fim de obter ou com intuito de obter interesses monetários.

O arguido B adquiriu, importou e transportou os supracitados produtos, a fim de obter ou com intuito de obter interesses monetários.

A posse destes produtos não era para consumo próprio.

Os arguidos A e B agiram livre, voluntária e dolosamente.

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

O arguido B, ao praticar os factos acima referenciados, ainda não tinham 18 anos de idade.

O 1.º arguido era técnico de computador e auferia o vencimento de mil e oitocentas patacas.

É solteiro e tem a mãe a seu cargo.

Não confessou os factos.

Foi julgado e condenado em 4/2/02 no PCC-086-01-1 na pena de dois anos e nove meses de prisão, suspensa a sua execução por três anos pela prática de um crime de furto qualificado, por factos praticados em Fevereiro/01.

O 2.º arguido era desempregado.

É solteiro e vive com os irmãos.

Não confessou os factos.

Foi julgado e condenado em 9/7/02 no PCS-031-02-3 na pena de mil patacas de multa pela prática de um crime de consumo de estupefacientes, por factos praticados em Janeiro/02.

**Não ficaram provados os seguintes factos:** os restantes factos da acusação, designadamente os arguidos praticaram os factos em colaboração mútua.

\*\*\*

Indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal:

As declarações dos arguidos em audiência.

A leitura das declarações dos prestadas no MP e TIC ao abrigo do art.º 338.º n.º 1 b) do CPPM.

A leitura das declarações da testemunha D prestadas no MP ao abrigo do art.º 337.º n.º 3 b) do CPPM.

As declarações das testemunhas da PSP e PJ que intervieram na detenção dos arguidos e investigação dos factos e que relataram com isenção e imparcialidade.

Análise dos documentos colhidos durante a investigação, relatório de exame da PJ a fls. 90 e 195, e outros juntos aos autos e fotografias.

### **III - O Direito**

### **As questões a resolver**

1. Relativamente ao recurso do arguido A – condenado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes - a questão a resolver é a de saber se o tribunal de primeira instância deveria ter subtraído nas substâncias apreendidas a quantidade destinada ao consumo próprio, a fim de se concluir se as destinadas ao tráfico integravam a prática do crime do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M ou a do tráfico de quantidades diminutas, previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

Quanto ao recurso interposto pelo arguido B, são quatro as questões a apreciar:

- A primeira, é a de saber se houve contradição insanável da fundamentação entre a afirmação do tribunal colectivo de que não se provou que os arguidos praticaram os factos em colaboração mútua e os factos considerados provados pelo mesmo tribunal que apontariam em sentido oposto;

- A segunda, consiste em apurar se a sentença de primeira instância está fundamentada, visto que, de acordo com o recorrente, da mesma não consta a apreciação crítica das provas, nem o raciocínio lógico indicando os meios de prova que se encontram na base da sua convicção acerca da prova dos factos;

- A terceira: se a sentença na primeira instância procedeu à alteração substancial dos factos, não tendo procedido como manda o art. 340.º do Código de Processo Penal;

- Por último, se o facto de o recorrente ter, ao tempo, 17 anos de idade não

deveria conduzir à atenuação especial da pena.

### **Recurso do arguido A**

2. A questão suscitada pelo arguido A – a de saber se o tribunal de primeira instância deveria ter subtraído nas substâncias apreendidas a quantidade destinada ao consumo próprio, a fim de se concluir se as destinadas ao tráfico integravam a prática do crime do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M ou a do tráfico de quantidades diminutas, previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1, do mesmo diploma legal - de tão descabida, não merece que sobre ela o Tribunal escreva mais de três ou quatro linhas.

Na verdade, a questão colocada só poderia ter algum fundamento se as decisões proferidas tivessem considerado provado que o recorrente, para além do tráfico, também destinava as substâncias em causa ao seu consumo.

Ora, tendo sido dado como provado que as substâncias estupefacientes se destinavam apenas a ser vendidas com o intuito de obter vantagens económicas e não se tendo dado como provado que qualquer fracção das mesmas se destinava a ser consumida pelo arguido, e antes pelo contrário tendo-se considerado provado que a posse dos produtos não era para consumo próprio, é evidente que o tribunal não poderia ter distinguido a parte que o arguido destinava ao tráfico e a parte que destinaria ao consumo.

Improcede a questão suscitada.

### **Recurso do arguido B.**

#### **Contradição insanável da fundamentação.**

3. Passemos, agora, ao recurso do arguido B.

O tribunal colectivo deu como provada a quase totalidade dos factos constantes da acusação. Mas, a final, consignou que “Não ficaram provados os seguintes factos: os restantes factos da acusação, designadamente os arguidos praticaram os factos em colaboração mútua”.

O arguido considera que há contradição insanável da fundamentação visto que os factos considerados provados pelo mesmo tribunal apontariam em sentido oposto.

Vejamos. Na verdade, quase todos os factos da acusação foram dados como provados pelo tribunal colectivo e tais factos integram, indiscutivelmente, o conceito de colaboração mútua, já que o 2.º arguido se deslocou várias vezes a Zhuhai, sob instruções do 1.º arguido, a fim de comprar estupefacientes. Por tal motivo, o 2.º arguido remunerava o 1.º arguido e, posteriormente, aquele preparava e vendia o produto ao consumidor local. Pois se isto não era colaboração mútua, cabe perguntar, o que é que é colaboração mútua.

Não obstante, e *cirurgicamente*, o tribunal colectivo considerou como não provados os segmentos da acusação em que se dizia que os arguidos agiram em colaboração mútua.

Como é manifesto, “colaboração mútua” é um conceito jurídico <sup>1</sup> ou, pelo menos, é um juízo conclusivo de facto.

Quer dizer, o tribunal não tinha que dar esta conclusão como provada, pois, têm-se por não escritas as respostas do tribunal colectivo sobre questões de direito, nos termos do n.º 4 do art. 549.º do Código de Processo Civil,<sup>2</sup> aplicável subsidiariamente nos termos do art. 4.º do Código de Processo Penal.

Ora, como opinam J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, <sup>3</sup> a propósito de norma semelhante do Código português, “às conclusões de direito são assimiladas, por analogia, as conclusões de facto, isto é, os juízos de valor, em si não jurídicos”.

Quer dizer, subscreve-se a arguta observação do Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Adjunto, de que a expressão “em colaboração mútua” era meramente conclusiva e que, o tribunal colectivo, ao não ter considerado que existiu tal colaboração entre os arguidos, teria

---

<sup>1</sup> A alínea g) do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M fala em “concurso de duas ou mais pessoas”.

<sup>2</sup> Quando esteja em causa matéria de facto, pois, como se sabe, ao invés do processo civil, em processo penal, o tribunal colectivo tem competência em matéria de direito. Seja como for, uma coisa é o julgamento de facto e outra é o julgamento de direito.

<sup>3</sup> J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2001, Volume 2.º, p. 605.

cometido um mero erro de direito.

É que os factos provados são todos no sentido da colaboração mútua dos arguidos. A consideração da expressão “em colaboração mútua” como não provada, não é um facto contraditório com os restantes factos, na medida em que não era um facto, mas mera conclusão.

Dito de outro modo: o tribunal colectivo deu como provados factos que integram o conceito de “colaboração mútua”. Mas, o mesmo tribunal qualificou mal juridicamente os factos que considerou provados, entendeu que os mesmos não constituíam colaboração mútua. Daí que tenha dado como não provada esta expressão. Mas esta actuação não consubstancia uma contradição da matéria de facto, pois “colaboração mútua” era uma conclusão que se extraía dos factos.

Assim, e em bom rigor, a expressão “colaboração mútua” não deveria constar da acusação. Mas dá-la como não provada ou considerar não escrita a resposta dada pelo tribunal colectivo, conduz aos mesmos resultados práticos.

O que demonstra o acerto da regra, segundo a qual, da acusação (ou da base instrutória, em processo civil) devem apenas constar factos e não juízos conclusivos ou conceitos jurídicos.

Em suma, não há contradição insanável da fundamentação.

O crime praticado pelos arguidos, foi, pois, o previsto e punível pelo art. 10.º,

alínea g), conjugado com o art. 8.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, visto que o crime foi praticado em conjugação de esforços por duas pessoas, que se organizaram para o cometer.

Mas o Tribunal está impedido de condenar os arguidos pela penalidade correspondente ao crime praticado em face do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, constante do art. 399.º do Código de Processo Penal.

### **Fundamentação da sentença**

4. Para o recorrente, da sentença da primeira instância não consta a apreciação crítica das provas, nem o raciocínio lógico indicando os meios de prova que se encontram na base da sua convicção acerca da prova dos factos, pelo que foi violado o disposto no n.º 2 do art. 355.º do Código de Processo Penal.

Ora, este Tribunal de Última Instância já se pronunciou várias vezes sobre esta questão e sempre no mesmo sentido. Assim, no acórdão de 18 de Julho de 2001, no Processo n.º 9/2001, considerou que, de acordo com o disposto no n.º 2, do art. 355.º, do Código de Processo Penal, na fundamentação da sentença, deve constar, além da enumeração dos factos provados e não provados e da indicação dos meios de prova utilizados, uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão. Ponderou-se ainda que a

enumeração dos factos provados e não provados, a indicação dos meios de prova utilizados e a exposição dos motivos de facto que fundamentam a decisão devem permitir conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o tribunal, no que se refere à decisão de facto.

Acrescentou-se, por outro lado, no mesmo acórdão, que a exposição dos motivos de facto que fundamentam a decisão pode satisfazer-se com a revelação da razão de ciência das declarações e dos depoimentos prestados e que determinaram a convicção do tribunal. E que se, em determinado caso, for possível conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o tribunal, pela enumeração dos factos provados e não provados e pela indicação dos meios de prova utilizados, torna-se desnecessária a indicação de outros elementos, designadamente a razão de ciência.

Tendo-se entendido, nesse acórdão, que a extensão e o conteúdo da motivação são função das circunstâncias específicas do caso concreto, nomeadamente da natureza e complexidade do processo, concluiu-se que não é exigível que o tribunal faça a apreciação crítica das provas.

A mesma doutrina foi reafirmada nos acórdãos de 9 de Outubro de 2002 e 5 de Março de 2003, respectivamente, nos Processos n.ºs 10/2002 e 23/2002.

Pois bem, na sentença proferida nos autos, fez-se constar quais os meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal e é possível conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o tribunal, pela enumeração dos factos provados e

não provados e pela indicação dos meios de prova utilizados - apenas os arguidos e os agentes policiais envolvidos na investigação do crime – pelo que se torna desnecessária a indicação de outros elementos, designadamente a razão de ciência.

Em suma, a fundamentação da sentença satisfaz os requisitos legais, pelo que improcede a questão suscitada.

#### **Alteração substancial dos factos.**

5. Alega, ainda, o recorrente que a audiência de julgamento na primeira instância procedeu à alteração substancial dos factos, não se tendo procedido como manda o art. 340.º do Código de Processo Penal, pelo que a sentença ficou inquinada com nulidade insuprível.

Há que conhecer da questão.

O arguido foi acusado da prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

No decorrer da audiência de julgamento o Digno Magistrado do Ministério Público fez o seguinte requerimento:

“O crime de tráfico imputado aos arguidos é susceptível de ser punido pelas disposições conjugadas do art. 8.º, n.º 1 e 10.º, alínea g) do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Requer, assim que se proceda à comunicação aos mesmos arguidos, nos termos do art. 339.º, n.º 1 do CPPM, aplicável por analogia”.

Este requerimento foi deferido e procedeu-se à comunicação aos arguidos nos termos da referida norma, tendo os ilustres defensores dos arguidos dito que prescindiam do prazo para a defesa (fls. 341.v).

E os arguidos, como se sabe, acabaram por vir a ser condenados pelo crime cuja qualificação jurídica constava da acusação, o previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Pois bem, há duas razões para julgar improcedente este fundamento do recurso, qualquer delas, por si só, suficiente para o efeito.

Em *primeiro lugar*, embora o tribunal colectivo tenha ponderado a possibilidade de condenar os arguidos pelo tipo agravado do art. 10.º, alínea g) do Decreto-Lei n.º 5/91/M, acabou por não o fazer, vindo a condená-los pelo tipo do art. 8.º, n.º 1, do mesmo diploma legal. Logo, como é de meridiana clareza, nunca à sentença poderia ser imputada qualquer nulidade, <sup>4</sup> designadamente a de condenar por factos não constantes

---

<sup>4</sup> Que o recorrente, sintomaticamente, não esclarece qual seja.

da acusação [art. 360.º, alínea b] do Código de Processo Penal], pela singela razão de que os arguidos acabaram por vir a ser condenados pelos factos e enquadramento jurídico constantes da acusação.

Deste modo, a arguição deste fundamento roça a litigância de má fé, face ao disposto no art. 385.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Civil. Fica desde já o Ex.<sup>mo</sup> Defensor advertido para a necessidade de pautar a sua actuação pelos princípios deontológicos e normas legais que regem a acção em Juízo.

Em *segundo lugar*, ainda que a sentença tivesse condenado o arguido pelo crime do art. 10.º, alínea g), conjugado com o art. 8.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, tal não constituía qualquer alteração substancial de factos, mas mera alteração da qualificação jurídica, a que é aplicável o mecanismo do art. 339.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que foi o utilizado pelo tribunal colectivo.

Na verdade, este Tribunal de Última Instância tem entendido <sup>5</sup> que:

- A questão da alteração da qualificação jurídica da acusação para a sentença, em processo penal, não está regulada expressamente no Código de Processo Penal.

- À alteração da qualificação jurídica deve aplicar-se, por analogia, o disposto no n.º 1, do art. 339.º do Código de Processo Penal, devendo o juiz comunicar a alteração ao

---

<sup>5</sup> Acórdãos de 23 de Abril de 2003 e de 18 de Julho de 2001, respectivamente, nos Processos n.ºs 6/2003 e 8/2001, para cujos fundamentos remetemos.

arguido e conceder-lhe, se ele requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

- Quando a alteração implicar a aplicação de penalidade mais elevada o juiz tem sempre de observar o contraditório.

### **Idade inferior a 18 anos. Atenuação especial da pena.**

6. A última questão relaciona-se com a medida da pena. O recorrente entende que, atenta a sua idade – 17 anos à data dos factos – devia ter sido atenuada especialmente a pena, nos termos do art. 66.º, n.º 2, alínea f) do Código de Processo Penal.

Mas o recorrente não aduz qualquer outro facto ou circunstância que impusesse a atenuação especial da pena.

Como decidiu este Tribunal nos acórdãos de 20 de Novembro de 2002 e de 29 de Setembro de 2000, respectivamente, nos Processos n.ºs 15/2002 e 13/2000,<sup>6</sup> “A acentuada diminuição da culpa ou das exigências da prevenção constitui o pressuposto material de atenuação especial da pena, pelo que a idade inferior a 18 anos, ao tempo do facto, não constitui fundamento, por si só, para tal atenuação”.

Tanto basta para que improceda este fundamento de recurso.

---

<sup>6</sup> *Acórdãos do Tribunal de Última Instância da R.A.E.M.*, 2000, p. 447.

#### **IV – Decisão**

Face ao expendido, rejeitam o recurso.

Custas pelos recorrentes, fixando a taxa de justiça em 5 e 7 UC, respectivamente, para os 1.º e 2.º arguidos. Nos termos do art. 410.º n.º 4 do Código de Processo Penal, pagarão 4 UC pela rejeição do recurso.

Macau, 9 de Julho de 2003

Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) - Sam Hou Fai - Chu Kin