

Processo n.º 16/2012

Data do acórdão: 2012-3-15

(Autos de recurso penal)

Assuntos:

- art.º 325.º do Código de Processo Penal
- âmbito de confissão pelo arguido
- factos imputados ao arguido
- art.º 345.º do Código Civil
- tráfico de estupefacientes
- art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009
- art.º 18.º da Lei n.º 17/2009
- medida da pena
- exame dos autos
- prova testemunhal
- art.º 321.º, n.º 1, do Código de Processo Penal
- omissão de diligência probatória
- nulidade processual
- art.º 107.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal
- prazo de arguição da nulidade

S U M Á R I O

1. Da letra do art.º 325.º do vigente Código de Processo Penal (CPP), vê-se que o âmbito de confissão dos factos pelo arguido se restringe aos

“factos que lhe são imputados”, sendo que por “factos imputados ao arguido” se deve entender os factos alegados pela entidade acusadora que sejam desfavoráveis ao arguido.

2. Na verdade, o arguido não pode confessar um facto que lhe seja favorável, sob pena de contrariar o conceito de confissão definido em termos gerais no art.º 345.º do vigente Código Civil.

3. Daí que no caso dos presentes autos, o último facto então descrito no libelo acusatório em favor da posição do arguido recorrente aí acusado pela prática do tráfico de estupefacientes, no sentido de que ele chegou a fornecer informações e auxiliar a polícia a capturar uma pessoa arguida de um outro processo relativo à droga, nunca pode ter sido objecto da sua confissão, devendo caber, assim, ao tribunal *a quo* indagar da veracidade desse facto, com relevância à aplicabilidade do art.º 18.º da Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto, através dos meios de prova inicialmente arrolados e admitidos no processo.

4. Contudo, o tribunal *a quo* decidiu, na audiência de julgamento, que a confissão integral e sem reservas dos factos determinou “a renúncia à produção da prova, prescindindo-se as declarações das testemunhas”, e só depois, no texto do seu acórdão ora recorrido, veio considerar como não provado tal último facto descrito na acusação, com base somente no exame dos autos.

5. Não havendo nenhuma norma legal a ditar previamente que a comprovação desse facto apenas pode ser feita por exame dos autos, deveria o tribunal *a quo* ter procedido, nem que em segunda via (concretamente através da reabertura da audiência somente para o efeito), à produção da prova testemunhal acerca desse facto, como necessária “à descoberta da verdade e à boa decisão da causa” (cfr. o art.º 321.º, n.º 1, do CPP), a fim de poder formar uma livre convicção conscienciosa sobre o facto em questão, com base na análise global e crítica de todos os elementos probatórios.

6. Houve, deste modo, omissão efectiva de uma diligência probatória (prova testemunhal) também essencial para a descoberta da verdade do referido último facto descrito na acusação, geradora da nulidade prevista no art.º 107.º, n.º 2, alínea d), parte final, do CPP, com impacto à medida da pena feita no acórdão recorrido para o crime de tráfico de estupefacientes cometido pelo arguido recorrente.

7. Como o recorrente só se apercebeu da postura do tribunal *a quo* em face do conteúdo do acórdão condenatório recorrido, a dita nulidade pode ser arguida por ele em sede de recurso do acórdão, no prazo de dez dias contado da leitura do mesmo (cfr. as disposições conjugadas do art.º 95.º, n.º 1, do CPP e do art.º 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 55/99/M, preambular do Código de Processo Civil).

8. Dest’arte, o tribunal *ad quem* anula, com fundamento na nulidade processual prevista no art.º 107.º, n.º 2, alínea d), parte final, do CPP, o

acórdão recorrido na parte relativa à aí decidida não comprovação do último facto descrito na acusação e à medida da pena do crime de tráfico de estupefacientes do recorrente, devendo o mesmo tribunal *a quo* realizar nova audiência contraditória a respeito tão-só do último facto descrito na acusação, com produção de toda a prova inicialmente arrolada e admitida no processo, e, depois, decidir de novo da pena a aplicar ao crime cometido pelo recorrente.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 16/2012

(Autos de recurso penal)

Recorrente: A

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

I – RELATÓRIO

Em 18 de Novembro de 2011, foi proferido acórdão em primeira instância no âmbito do Processo Comum Colectivo n.º CR2-11-0130-PCC do 2.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base, por força do qual o 1.º arguido A, a já melhor identificado, ficou condenado como autor imediato de um crime consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto, na pena de cinco anos de prisão (cfr. o teor desse acórdão, a fls. 241 a 253v dos presentes autos correspondentes).

Inconformado, veio o 1.º arguido A recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), para imputar concreta e materialmente ao Tribunal *a quo* o seguinte como objecto do recurso:

– 1) a violação do dever de investigação, geradora do vício de erro notório na apreciação da prova, no tocante ao último facto descrito na acusação segundo o qual ele chegou a fornecer informações e auxiliar a Polícia a capturar uma pessoa arguida de um outro processo relativo à droga (porquanto como o Tribunal *a quo* já decidiu prescindir da produção da prova testemunhal em face da confissão integral e sem reservas dos factos pelo próprio arguido, então não devia ter dado finalmente como não provado aquele facto, indispensável à activação da circunstância atenuante prevista no art.º 18.º da Lei n.º 17/2009, e no caso de ter eventualmente alguma dúvida sobre a prova positiva do facto em causa, o mesmo Tribunal recorrido não devia ter decidido prescindir da produção da prova testemunhal, mas sim devia ter investigado sobre a verdade desse facto através da produção da restante prova);

– 2) e subsidiariamente, o excesso na medida da pena (devido, a montante, à violação do disposto no art.º 66.º, n.º 1, e n.º 2, alínea c), do vigente Código Penal (CP), e, a justante, ainda subsidiariamente, à violação do disposto nos art.ºs 40.º e 65.º, n.ºs 1 e 2, do CP).

Pedi, pois, na parte final da sua motivação (de fls. 261 a 269), a invalidação da decisão condenatória recorrida por vício previsto no art.º 400.º, n.º 2, alínea c), do vigente Código de Processo Penal (CPP) e por erro de direito traduzido na aí não decidida atenuação especial da pena, e, fosse como fosse, a redução da sua pena a quatro anos de prisão.

Ao recurso respondeu o Digno Representante do Ministério Público junto do Tribunal recorrido no sentido de improcedência da argumentação do recorrente (cfr. a resposta de fls. 273 a 277).

Subidos os autos, emitiu a Digna Procuradora-Adjunta parecer (a fls. 289 a 290v), pugnando materialmente pela manutenção do julgado, sem ter deixado de realçar, na sua essência, que o “facto não provado” constante do acórdão recorrido e referido na motivação do recurso não deveria ser considerado como abrangido no âmbito da confissão integral e sem reservas dos factos pelo arguido, visto que aquele mesmo facto então também descrito na acusação não era desfavorável ao arguido recorrente, e como tal não deveria ser qualificado como um facto “imputado” a este, na acepção de “factos ... imputados” empregue na letra da norma do n.º 1 do art.º 325.º do CPP.

Feito subsequentemente o exame preliminar e corridos os vistos legais, procedeu-se à audiência em julgamento.

Cumpre, pois, decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO FÁCTICA

Do exame dos autos, sabe-se que:

– o Tribunal Colectivo *a quo*, no texto do seu acórdão (constante de fls. 241 a 253v) ora recorrido pelo 1.º arguido A, acabou por dar materialmente por provada toda a factualidade descrita na acusação pública (deduzida a

fls. 156 a 157v no sentido de imputar ao 1.º arguido a autoria imediata de um crime de tráfico de estupefacientes do art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009, com circunstância atenuante do art.º 18.º da mesma Lei, e ao 2.º arguido B ora não recorrente a autoria material de um crime de consumo ilícito de estupefaciente do art.º 14.º dessa Lei), com excepção do último facto aí descrito atinente à circunstância de o 1.º arguido ter chegado a fornecer informações e auxiliado a Polícia a capturar uma pessoa arguida de um outro processo relativo à droga, circunstância essa que acabou por ser judicialmente considerada como não provada;

– na parte final do referido libelo acusatório, o Ministério Público arrolou oito agentes da Polícia Judiciária para efeitos de prova (cfr. o teor de fl. 157v);

– na sua contestação escrita ulteriormente apresentada (a fl. 211), o 1.º arguido A pediu ao Tribunal *a quo* a consideração de todas as circunstâncias dos autos que lhe fossem favoráveis, e chegou a arrolar, como sendo suas, as testemunhas já indicadas na acusação, o que foi inclusivamente admitido por despacho judicial subsequentemente proferido (a fl. 213);

– na audiência de julgamento feita na Primeira Instância, os dois arguidos acusados no subjacente processo penal confessaram espontânea e integralmente e sem reservas os factos, o que levou à ditação do seguinte despacho, pelo Mm.º Juiz Presidente do Tribunal Colectivo *a quo*, na correspondente acta (lavrada a fls. 239 a 240v): **“Ouvido o Digno Magistrado do Mº Pº e o Ilustre defensor officioso dos arguidos, aceita-se a confissão espontânea, integral e sem reservas por parte dos arguidos o que determina a**

renúncia à produção de prova, prescindindo-se as declarações das testemunhas”;

– na fundamentação fáctica do acórdão ora recorrido, o Tribunal *a quo* fez constar também o seguinte (nomeadamente a fl. 251v, e *sic*): “A convicção do Tribunal fundamenta-se na apreciação crítica e comparativa de todos os meios de prova produzidos em audiência de discussão e julgamento valorados na sua globalidade, nomeadamente, nas declarações dos dois arguidos prestadas em audiência de julgamento, tendo os arguidos confessado integralmente e sem reservas a todos os factos a eles imputados, de livre vontade e fora de qualquer coacção, e ainda no exame dos documentos e do apreendido junto aos autos, nomeadamente o relatório elaborado pelo Laboratório de Polícia Científica”.

Outrossim, da matéria de facto dada por provada no acórdão recorrido, retira-se também o seguinte com pertinência à decisão do recurso:

– em 2 de Dezembro de 2010, cerca da zero hora e trinta e cinco minutos, o 1.º arguido A vendeu a outrem dois pacotes de pó, com 0,441 grama líquido de Cocaína;

– a uma hora e vinte minutos desse mesmo dia, a Polícia Judiciária interceptou o 2.º arguido B, e descobriu, na mão esquerda deste, dois pacotes de pó, com 0,418 grama líquido de Cocaína, que tinham acabado de serem vendidos pelo 1.º arguido ao 2.º arguido para consumo pessoal deste;

– a uma hora e vinte e cinco minutos do mesmo dia, a Polícia Judiciária interceptou o 1.º arguido, e através da busca subsequentemente feita à residência deste, foram inclusivamente descobertos um conjunto de 12

pacotes de pó e outro conjunto de 33 pacotes de pó, contentores, no interior dos mesmos, e ao total, de 9,64 gramas líquidos (2,61 gramas + 7,03 gramas) de Cocaína, todos destinados à venda a outrem;

– o 1.º arguido é desempregado e delinquente primário, com 4.º ano do ensino secundário como habilitações literárias, e sem qualquer pessoa a seu cargo.

III – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De antemão, cabe notar que mesmo em processo penal, e com excepção da matéria de conhecimento oficioso, ao tribunal de recurso cumpre resolver apenas as questões material e concretamente alegadas na motivação do recurso e devidamente delimitadas nas conclusões da mesma, e já não responder a toda e qualquer razão aduzida pela parte recorrente para sustentar a procedência das suas questões colocadas (nesse sentido, cfr., de entre muitos outros, os acórdãos do TSI, de 7 de Dezembro de 2000 no Processo n.º 130/2000, de 3 de Maio de 2001 no Processo n.º 18/2001, e de 17 de Maio de 2001 no Processo n.º 63/2001).

O 1.º arguido A ora recorrente começou por assacar ao Tribunal recorrido o cometimento do erro notório na apreciação da prova com simultânea violação do dever de investigação no tangente ao último facto descrito na acusação pública.

A este respeito, é de relembrar, desde já, que o art.º 325.º do CPP reza o seguinte:

– <<1. No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o juiz que preside ao julgamento pergunta-lhe, sob pena de nulidade, se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas.

2. A confissão integral e sem reservas implica:

a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados;

b) ...

c) ...

3. Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que:

a) ...

b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido, ou da veracidade dos factos confessados; ou

c) O crime for punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos, ainda que com pena de multa em alternativa.

4. Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos previstos no número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova.>> (Com sublinhado só agora posto).

Da letra desse artigo, vê-se que o âmbito de confissão dos factos pelo arguido se restringe aos “factos que lhe são imputados”, sendo que por “factos imputados ao arguido” se deve entender os factos alegados pela entidade acusadora que sejam desfavoráveis ao arguido.

Na verdade, o arguido não pode confessar um facto que lhe seja favorável, sob pena de contrariar o conceito de “confissão” definido em termos gerais no art.º 345.º do vigente Código Civil: <<Confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária>>.

Daí que o último facto então descrito no libelo acusatório em favor da posição processual do 1.º arguido ora recorrente nunca pode ter sido objecto da sua confissão.

Deveria, assim, ter cabido, na altura, ao Tribunal *a quo* indagar da veracidade desse facto, com relevância à aplicabilidade do art.º 18.º da Lei n.º 17/2009 (citado expressamente pelo próprio Ente Acusador no libelo deduzido), através da produção de toda a prova inicialmente arrolada e admitida no processo.

Contudo, o Tribunal *a quo* decidiu, na audiência de julgamento, que a confissão integral e sem reservas dos factos determinou “a renúncia à produção da prova, prescindindo-se as declarações das testemunhas”. E só depois, no texto do seu acórdão ora recorrido, veio considerar como não provado tal último facto descrito na acusação, com base, pelos vistos, somente no exame dos autos.

Ao fazê-lo, não andou bem o Tribunal *a quo*, porquanto não havendo nenhuma norma legal a ditar previamente que a comprovação desse facto apenas pode ser feita por exame dos autos, deveria o Tribunal ter procedido, nem que em segunda via (concretamente, através da reabertura da audiência somente para o efeito), à produção da prova testemunhal acerca desse facto, como necessária “à descoberta da verdade e à boa decisão da causa” (cfr. o art.º 321.º, n.º 1, do CPP), a fim de poder formar uma livre convicção conscienciosa sobre o facto em questão, com base na análise global e crítica de todos os elementos probatórios.

Houve, deste modo, omissão de uma diligência probatória (traduzida na não inquirição das testemunhas arroladas no processo) que seria também essencial para a descoberta da verdade (do último facto descrito na acusação), geradora da nulidade prevista no art.º 107.º, n.º 2, alínea d), do CPP, com impacto à medida da pena feita no acórdão recorrido para o crime de tráfico de estupefacientes cometido pelo arguido recorrente.

E tendo em conta que o recorrente só se apercebeu da dita postura do Tribunal *a quo* em face do conteúdo do acórdão recorrido (pois antes da leitura do acórdão, terá contado ele com a comprovação judicial efectiva de toda a matéria fáctica descrita na acusação, devido à decisão judicial, tomada na audiência de julgamento em primeira instância, de aceitação da sua confissão integral e sem reservas, com decidida dispensa de produção da prova testemunhal), ao que acresce o facto de que o proferimento desse acórdão fez esgotar imediatamente o poder jurisdicional do Tribunal recorrido sobre o mérito da subjacente causa penal, sendo, por outro lado,

esse acórdão ainda passível de recurso ordinário, afigura-se ao presente Tribunal *ad quem* justo e legal considerar que a acima materialmente concluída nulidade cominada na parte final da alínea d) do n.º 2 do art.º 107.º do CPP pode ser arguida pelo recorrente em sede de recurso do acórdão condenatório, no prazo de dez dias contado da leitura do acórdão (cfr. as disposições conjugadas do art.º 95.º, n.º 1, do CPP e do art.º 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 55/99/M, preambular do vigente Código de Processo Civil).

Nesse enquadramento jurídico-processual das coisas, procede, pois, a objecção feita – ainda tempestivamente – pelo 1.º arguido na sua motivação: violou o Tribunal recorrido o dever de investigação.

Dest’arte, é de anular, com fundamento na existência da nulidade processual prevista no art.º 107.º, n.º 2, alínea d), parte final, do CPP, o acórdão recorrido na parte respeitante à aí decidida não comprovação do último facto descrito na acusação e à medida da pena do crime de tráfico de estupefacientes do 1.º arguido, devendo o Tribunal Colectivo *a quo* (com a mesma composição concreta) realizar nova audiência contraditória (com presença do Ministério Público e desse 1.º arguido) a respeito tão-só do último facto descrito na acusação, com produção de toda a prova inicialmente arrolada e admitida no processo, e, depois, decidir de novo da pena a aplicar ao crime cometido por esse arguido.

Do acima analisado, decorre prejudicada a necessidade da abordagem de todo o restante alegado pelo 1.º arguido na sua motivação de recurso.

IV – DECISÃO

Nos termos expostos, **acordam em julgar provido o recurso**, anulando o acórdão recorrido na parte referente à não comprovação do último facto descrito na acusação e à medida da pena do crime de tráfico de estupefacientes cometido pelo 1.º arguido recorrente, devendo o mesmo Tribunal Colectivo *a quo* realizar nova audiência para investigação desse facto, mediante a produção de toda a prova inicialmente arrolada e admitida no processo, e, depois, decidir da pena a aplicar a esse crime.

Sem custas no presente recurso.

Fixam em mil e trezentas patacas os honorários do Exm.º Defensor Oficioso do recorrente, a suportar pelo Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância.

Macau, 15 de Março de 2012.

Chan Kuong Seng
(Relator)

Tam Hio Wa
(Primeira Juíza-Adjunta)

José Maria Dias Azedo
(Segundo Juiz-Adjunto)