

Processo n.º 168/2018

Data do acórdão: 2018-7-30

(Autos em recurso penal)

Assuntos:

- art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009
- art.º 14.º da Lei n.º 17/2009
- art.º 15.º da Lei n.º 17/2009
- tráfico ilícito de estupefaciente
- consumo ilícito de estupefaciente
- detenção indevida de utensílio
- bem jurídico
- concurso efectivo
- punição do acto preparatório
- art.º 20.º do Código Penal
- depoimento do polícia criminal sobre afirmações do arguido
- diligências de investigação com autonomia técnico-jurídica

S U M Á R I O

1. Entre o crime de detenção indevida de utensílio e o crime de consumo ilícito de estupefaciente, respectivamente previstos nos art.ºs 15.º e 14.º da Lei n.º 17/2009, há unicamente concurso efectivo real entre estes dois crimes, porquanto embora em ambos os tipos legais esteja em causa um mesmo bem jurídico, qual seja, a saúde individual do próprio agente

detentor de utensílio ou consumidor de substância estupefaciente, é letra expressa dessa Lei incriminar, de maneira autónoma ou independente, essas duas condutas: a conduta de detenção indevida de utensílio (para consumo de estupefaciente) como sendo acto preparatório do consumo de substância estupefaciente (veja-se o art.º 20.º do Código Penal), e a conduta do próprio consumo de estupefaciente.

2. O acto de detenção ilícita de estupefaciente para consumo pessoal também é abrangido no tipo legal de consumo ilícito de estupefaciente do art.º 14.º da mesma Lei, pelo que esse acto de detenção para consumo também é punível como sendo um acto preparatório de consumo de estupefaciente, se bem que em alternativa da punibilidade do acto final de consumo.

3. O relato de agentes dos órgãos de polícia criminal sobre afirmações e contribuições informatórias do arguido – tal como de factos, gestos, silêncios, reacções, etc. – de que tomaram conhecimento no âmbito das diligências, actos de investigação e meios de obtenção de prova (actos de investigação proactiva, buscas e revistas, exames ao lugar do crime, reconstituição do crime, reconhecimentos presenciais e entregas controladas, etc.) que tenham autonomia técnico-jurídica constitui depoimento válido e eficaz.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 168/2018

(Autos de recurso penal)

Recorrente (1.º arguido): A

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

I – RELATÓRIO

Inconformado com o acórdão proferido a fls. 1159 a 1181v do Processo Comum Colectivo n.º CR2-17-0394-PCC do 2.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base, que o condenou como autor material 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 (doravante como Lei de droga), na pena de oito anos de prisão, de um crime consumado de consumo ilícito de estupefaciente, p. e p. pelo art.º 14.º da mesma Lei, na pena de dois meses de prisão, e de um crime de detenção indevida de utensílio, p. e p. pelo art.º 15.º da mesma Lei, na pena de dois meses de prisão, e, em cúmulo jurídico dessas três penas, finalmente na pena única de oito anos e dois meses de

prisão, veio o 1.º arguido desse processo chamado Arecorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), tendo alegado (no essencial) e rogado o seguinte (cfr. com detalhes, a motivação do recurso apresentada a fls. 1201 a 1222 dos presentes autos correspondentes):

- há concurso aparente entre as normas incriminadoras do consumo ilícito de estupefaciente e da detenção indevida de utensílio, pelo que se deve aplicar, entre estas duas normas, somente a do consumo de estupefaciente;

- afirmar-se, como o faz o acórdão recorrido, que a alegada confissão do próprio 1.º arguido, produzida na fase de inquérito, pode ser valorada em termos da fundamentação da condenação do Tribunal (em face do silêncio do próprio 1.º arguido na audiência de julgamento) é, sem margem para dúvidas, desvirtuar os princípios da publicidade, da investigação, da imediação e do contraditório em processo penal e o expressamente disposto no art.º 336.º do Código de Processo Penal (CPP);

- acresce que, como é referido no acórdão recorrido, os agentes policiais presentes na diligência de busca na casa do 1.º arguido, além de referirem que o 1.º arguido lhes transmitiu factos que, em audiência, se não apuraram, também refererem que a namorada do 1.º arguido lhes transmitiu factos que eles relataram; por aí se vê que o depoimento das duas testemunhas policiais em causa violou os art.ºs 337.º, n.º 7, e 116.º do CPP;

- há erro notório na apreciação da prova, porquanto:

- o Tribunal recorrido concluiu apenas que o recorrente é “traficante”, porque detinha produtos estupefacientes em quantidade muito superior àquela que é legalmente admissível para o consumo

diário da substância estupefaciente em causa, consideração deste tipo essa que se reconduz materialmente a uma presunção de tráfico imputável ao recorrente;

- contudo, o Tribunal recorrido terá olvidado factos que também deu como assente de que: os arguidos têm o hábito de consumir estupefacientes, o produto estupefaciente apreendido em casa do recorrente e aquele que estava nos sacos que ele deixou cair pertenciam ao recorrente, e o recorrente cedeu mais de 0,39 grama a terceiros e a outra parte do produto estupefaciente era para o seu próprio consumo;

- sendo certo que a expressão “mais de 0,39 grama” não permite concluir qual a quantidade que o recorrente cedia e qual a quantia que consumia, imprecisão essa que só a ele beneficiará; na presença dessa dúvida, os factos assentes, tal como redigidos, não poderão prejudicar o arguido, mas sim o beneficiar, devendo-se, pois, cominar a cedência de estupefacientes não pela norma do art.º 8.º da Lei de droga, mas sim pela norma do art.º 11.º da mesma Lei (tráfico de pequena quantidade);

- por isso, só se deveria concluir que o recorrente, no dia 13 de Janeiro de 2017, cedeu quantidade diminuta de produto estupefaciente ao 5.º arguido em 0,61 grama (que é mais do que 0,39 grama citado na matéria assente) e que todo o restante que lhe foi apreendido o recorrente o destinava ao seu próprio consumo;

- outrossim, a decisão recorrida padece da contradição insanável da fundamentação, já que:

- não pode dar-se por assente, por um lado, que o recorrente é consumidor, que cedeu ao 5.º arguido 0,61 grama de

metanfetamina, que cedeu mais de 0,39 grama de metanfetamina a terceiros, que cedeu mais de 1 grama de metanfetamina a terceiros, e que o resto que detinha era para seu consumo próprio, e, por outro lado, que os produtos que lhe foram apreendidos não eram para seu próprio consumo mas para ceder a terceiros;

– afigura-se ao recorrente que há apenas um facto indesmentível: no dia 13 de Janeiro de 2017, ele cedeu ao 5.º arguido 0,61 grama de metanfetamina; e este facto, cotejando a quantidade do mesmo produto que, no dia anterior e numa situação perfeitamente distinta, o 2.º arguido cedeu ao 4.º arguido (0,621 grama) só deveria poder imputar ao recorrente um crime de tráfico de quantidades diminutas do art.º 11.º da Lei de droga e não o crime do art.º 8.º desta Lei, porque na verdade 0,621 grama é mais do que 0,61 grama, pelo que não se vislumbra outra hipótese que não a sua condenação pelo crime do art.º 11.º;

– assim, de duas uma: ou o Tribunal de recurso entende que, face à matéria assente, pode decidir da causa (e condena o recorrente por aquele crime do art.º 11.º, como, aliás, já se fez em relação aos 2.º e 3.º arguidos), ou o Tribunal de recurso, pela existência dos vícios elencados, reenvia o processo para novo julgamento.

Ao recurso respondeu a Digna Delegada do Procurador no sentido de improcedência do recurso (cfr. a resposta de fls. 1242 a 1245v).

Subidos os autos, emitiu a Digna Procuradora-Adjunta parecer (a fls. 1284 a 1286v), considerando, na sua essência, pela improcedência das

questões levantadas pelo recorrente, e pugnando pela desnecessidade do reenvio do processo para novo julgamento.

Feito o exame preliminar e corridos os vistos, cumpre decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Do exame dos autos, sabe-se o seguinte:

1. O acórdão recorrido consta de fls. 1159 a 1181v, cujo teor se dá por aqui integralmente reproduzido;

2. Segundo a matéria de facto descrita como provada nesse acórdão:

– o 1.º arguido ora recorrente tinha por hábito consumir droga (cfr. o facto provado 1);

– em 13 de Janeiro de 2017, o 1.º arguido levou droga para o 5.º arguido, a qual, após feito exame laboratorial, veio a ser confirmada como sendo 0,61 grama líquido, no estado puro, de metanfetamina (cfr. os factos provados 17, 18, 19, 23, 30 e 37);

– em 13 de Janeiro de 2017, o 1.º arguido deitou para fora um saco plástico inicialmente guardado no bolso das suas calças, saco esse que continha no interior droga pertencente a ele, a qual, feito o exame laboratorial, veio a ser confirmada como sendo 1,17 gramas líquidos, no estado puro, de metanfetamina (cfr. os factos provados 20, 26 e 40), e na busca feita pela Polícia na residência conjunta do 1.º arguido e da sua

namorada, foi encontrada droga pertencente ao 1.º arguido, a qual, após feito exame laboratorial, veio a ser confirmada como 22,406 gramas líquidos, no estado puro, de metanfetamina (cfr. os factos provados 21 e 26), tendo o 1.º arguido destinado uma quantidade superior a 0,39 grama líquido, no estado puro, dessa quantidade toda de metanfetamina ao fornecimento a outrem, e destinado a restante substância estupefaciente ao consumo próprio (cfr. o facto provado 40).

3. Os utensílios então detidos (referidos nos factos provados 21 e 42) pelo 1.º arguido recorrente são nomeadamente garrafas plásticas, papéis de estanho, tubos de ingestão e um frasco alterado de vidro (referido no ponto 4.1 do auto de busca domiciliária e de apreensão de fls. 312 a 317, e fotografado a fl. 317). Da fotografia na fl. 317, vê-se que esse frasco alterado de vidro não é um objecto de uso comum na vida quotidiana das pessoas.

4. O 1.º arguido exerceu, na audiência de julgamento, o seu direito ao silêncio quanto aos factos por que vinha acusados (cfr. o relatado na 10.ª linha da página 24 do texto do acórdão recorrido, a fl. 1170v).

5. Na fundamentação probatória do acórdão recorrido, o Tribunal recorrido chegou a referir os depoimentos prestados por dois investigadores da Polícia Judiciária ouvidos na audiência de julgamento como sendo as 4.ª e 5.ª testemunhas (cfr. o último parágrafo da página 25 e os dois primeiros parágrafos da página 26, ambas do texto do acórdão recorrido, a fl. 1171 a 1171v, por um lado, e, por outro, o teor da acta da audiência de julgamento concretamente a fls. 1154v a 1155 e 1156v). Segundo o depoimento dessas

duas testemunhas ouvidas, após descobertos a droga e outros objectos apreendidos na residência do 1.º arguido, este confessou que a droga e outros objectos apreendidos eram da sua pertença, depoimentos dessas duas testemunhas que foram valorados pelo Tribunal recorrido (cfr. o teor do último parágrafo da página 30 e do primeiro parágrafo da página 31, ambas do texto do acórdão recorrido, a fls. 1173v a 1174).

6. O Tribunal recorrido chegou a explicar, no 4.º parágrafo da página 31 do texto do acórdão recorrido, a fl. 1174, a sua livre convicção especialmente sobre o facto provado 40.

III – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De antemão, cumpre notar que mesmo em processo penal, e com excepção da matéria de conhecimento oficioso, ao tribunal de recurso cumpre resolver só as questões material e concretamente alegadas na motivação do recurso e ao mesmo tempo 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).

Pois bem, o 1.º arguido ora recorrente veio suscitar, principalmente, como questões objecto do seu recurso: a defendida existência de concurso aparente entre o crime de detenção de utensílio e o crime de consumo ilícito de estupefaciente, a arguida ilegalidade da valoração dos depoimentos prestados pelas 4.ª e 5.ª testemunhas ouvidas na audiência de julgamento, e os vícios de erro notório na apreciação da prova e de contradição insanável da fundamentação na decisão condenatória dele pela prática de um crime de tráfico de estupefaciente.

No respeitante ao concurso aparente, ou não, entre o crime de detenção indevida de utensílio e o crime de consumo ilícito de estupefaciente, respectivamente previstos nos art.ºs 15.º e 14.º da Lei de droga (n.º 17/2009), a solução está no sentido de haver unicamente concurso efectivo real entre estes dois crimes, porquanto, tal como já se considerou no acórdão do TSI de 31 de Março de 2011 no Processo n.º 81/2011, embora em ambos os tipos legais esteja em causa um mesmo bem jurídico, qual seja, a saúde individual do próprio agente detentor de utensílio ou consumidor de substância estupefaciente, é letra expressa dessa Lei incriminar, de maneira autónoma ou independente, essas duas condutas – a conduta de detenção indevida de utensílio (para consumo de estupefaciente) como sendo acto preparatório do consumo, a final, de substância estupefaciente (veja-se o art.º 20.º do Código Penal (CP)), e a conduta do próprio consumo de estupefaciente. (É de notar que o acto de detenção ilícita de estupefaciente para consumo pessoal também é abrangido no tipo legal de consumo ilícito de estupefaciente do art.º 14.º da mesma Lei, pelo

que esse acto de detenção para consumo também é punível como sendo um acto preparatório de consumo de estupefaciente, se bem que em alternativa da punibilidade do acto final de consumo). Assim sendo, *dura lex sed lex*.

É, entretanto, de ponderar se se absolve o crime de detenção indevida de utensílio do recorrente atentas as características dos “utensílios” em causa.

De entre todos os objectos detidos por ele e apreendidos nos autos, muitos (por exemplo, garrafas plásticas, tubos de ingestão e papéis de estanho) são de uso corrente na vida quotidiana das pessoas, e como tal não devem relevar para a incriminação do tipo legal de detenção indevida de utensílio.

Resta ver o frasco alterado de vidro também detido pelo arguido recorrente e encontrado na residência dele.

Atentas as características desse frasco alterado de vidro, esse objecto não é de uso corrente na vida quotidiana das pessoas, pelo que a detenção desse objecto já releva para a incriminação do tipo legal de detenção indevida de utensílio, daí que é de manter a decisão condenatória do recorrente neste crime, já tomada no acórdão recorrido.

Quanto à questão de valoração pelo Tribunal recorrido dos depoimentos das 4.^a e 5.^a testemunhas policiais na audiência de julgamento, esta valoração é legal (e, por isso, sem quaisquer problemas assacados pelo 1.^o arguido na sua motivação do recurso), na esteira do douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, de 8 de Junho de 2016 do Processo n.º 17/2016, em que esse Venerando Tribunal afirmou aderir ao

seguinte concluído materialmente no recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 12 de Dezembro de 2013, no Processo n.º 292/11 (em www.dgsi.pt):

– O relato de agentes dos órgãos de polícia criminal sobre afirmações e contribuições informatórias do arguido – tal como de factos, gestos, silêncios, reacções, etc. – de que tomaram conhecimento fora do âmbito de diligências de prova produzidas sob a égide da oralidade (interrogatórios, acareações etc.) e que não o devessem ser sobre tal formalismo, bem como no âmbito das demais diligências, actos de investigação e meios de obtenção de prova (actos de investigação proactiva, buscas e revistas, exames ao lugar do crime, reconstituição do crime, reconhecimentos presenciais, entregas controladas, etc.) que tenham autonomia técnico-jurídica constitui depoimento válido e eficaz por se mostrarem alheias ao âmbito de tutela dos artigos 129.º e 357.º do Código (de Processo Penal de Portugal).

No tocante ao vício de erro notório na apreciação da prova, depois de vistos em conjunto e de modo crítico todos os elementos de prova já referidos na fundamentação probatória do acórdão recorrido, não se vislumbra, ao presente Tribunal de recurso, que seja patente que o Tribunal recorrido, aquando da formação da sua livre convicção sobre os factos sob aval do art.º 114.º do CPP, tenha violado quaisquer regras da experiência da vida humana em normalidade de situações, ou quaisquer normas jurídicas sobre o valor legal das provas, ou quaisquer *leges artis* a observar

no julgamento dos factos, pelo que não pode ter ocorrido o vício referido na alínea c) do n.º 2 do art.º 400.º do CPP.

Aliás, o Tribunal recorrido já explicou minuciosamente o processo da formação da sua livre convicção sobre os factos, tendo inclusivamente explicado a “questão de 0,39 grama”: pois para o Tribunal recorrido, 0,61 grama líquido (em causa no acto do 1.º arguido de entrega do produto estupefaciente ao 5.º arguido) mais uma quantidade superior a 0,39 grama líquido, também em estado puro, da mesma substância de metanfetamina dentro de toda a quantidade detida pelo 1.º arguido inclusivamente na sua residência já é superior a um grama líquido no estado puro de metanfetamina (sendo certo que um grama líquido, no estado puro, de metanfetamina corresponde exactamente ao quíntuplo da quantidade de uso diário de referência desta substância controlada pela Lei de droga).

Raciocínio esse do Tribunal sentenciador que faz decair naturalmente a tese de contradição insanável da fundamentação imputada na motivação do recurso. É que no fundo, a quantidade total de metanfetamina em causa a relevar para a aplicação da norma incriminadora do art.º 8.º, n.º 1, da Lei de droga é uma quantidade superior a um grama líquido, no estado puro, de metanfetamina.

Embora seja de manter a condenação do arguido recorrente no tipo legal de tráfico ilícito de estupefaciente do art.º 8.º, n.º 1, da Lei de droga, a pena deste crime tem que ser reduzida, porquanto não se sabe, em exacto, qual a quantidade concreta de metanfetamina, acima, comprovadamente, de

um grama líquido no estado puro da mesma substância, é que o arguido recorrente destinou para fornecimento a terceiros.

Assim, consideradas todas as circunstâncias já apuradas em primeira instância aos padrões da medida concreta da pena vertidos nos art.^{os} 40.º, n.^{os} 1 e 2, e 65.º, n.^{os} 1 e 2, do CP, dentro da moldura penal aplicável, no caso, de três a quinze anos de prisão, é de passar a condenar o 1.º arguido, pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes do art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009, na pena de cinco anos e seis meses de prisão.

E em cúmulo jurídico desta pena com as penas já aplicadas no acórdão recorrido para os crimes do recorrente de consumo ilícito de estupefaciente e de detenção indevida de utensílio, é de passar a impor-lhe finalmente a pena única de cinco anos e oito meses de prisão, nos termos do art.º 71.º, n.^{os} 1 e 2, do CP.

Procede o recurso apenas na parte em que alegou o recorrente que a pena aplicada ao seu crime de tráfico ilícito de estupefaciente no aresto recorrido era severa.

IV – DECISÃO

Dest'arte, acordam em julgar parcialmente provido o recurso, passando a condenar o 1.º arguido recorrente em nova pena única de cinco anos e oito meses de prisão, nos termos acima especificados.

Pagará o 1.º arguido 4/5 das custas do seu recurso e oito UC de taxa de justiça por causa do decaimento parcial do recurso.

Macao, 30 de Julho de 2018.

Chan Kuong Seng
(Relator)

Tam Hio Wa
(Primeira Juíza-Adjunta)

Choi Mou Pan
(Segundo Juiz-Adjunto)