Processo nº 201/2017

(Autos de recurso penal)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

I. A (A), (3º) arguido com os sinais dos autos, respondeu em audiência colectiva no T.J.B., vindo a ser condenado pela prática, em concurso real de, 1 crime de “produção e tráfico de menor gravidade”, p. e p. pelo art. 11º, n.º 1, al. 1) da Lei n.º 17/2009, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão, 1 crime de “consumo ilícito de estupefacientes”, p. e p.

pelo art. 14º da Lei n.º 17/2009, na pena de 2 meses de prisão, e 1 crime de “detenção indevida de utensílio”, p. e p. pelo art. 15º da Lei n.º 17/2009, na pena de 2 meses de prisão.

Em cúmulo jurídico, foi condenado na pena única de 1 ano e 9 meses de prisão; (cfr., fls. 803 a 828 que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Inconformado, o arguido recorreu, imputando ao Acórdão recorrido o vício de “erro notório na apreciação da prova”, pugnando pela sua absolvição quanto ao crime de “produção e tráfico de menor gravidade”, pedindo também a redução e suspensão da execução da pena em que foi condenado.

Na mesma motivação, insurge-se ainda contra a medida de coacção de prisão preventiva à qual está sujeito; (cfr., fls. 950 a 972).

*

*

Respondendo, diz o Ministério Público que o recurso não merece provimento; (cfr., fls. 986 a 992).

*

Neste T.S.I., juntou o Exmo. Representante do Ministério Público o seguinte douto Parecer:

“1. Questão prévia:

Na sua motivação de recurso e respectivas conclusões, o recorrente defende e solicita a alteração da medida coactiva de prisão preventiva a que vem estando sujeito.

Sucedede que o recurso, tal como foi interposto, não abrange a medida de coacção. Esta não integra o acórdão condenatório objecto de impugnação nem constitui uma decorrência da condenação. Foi aplicada por despacho autónomo, de 6 de Janeiro de 2017, exarado a fls. 901 dos autos, que não foi objecto de impugnação, ao qual, de resto,

nenhum vício ou erro vêm apontados.

Nestas circunstâncias, deve recusar-se conhecer da questão da alteração da medida coactiva, porque fora do âmbito do recurso do acórdão condenatório, sem prejuízo de, a seu tempo, se proceder ao reexame oficioso de tal medida.

2. Recurso do acórdão condenatório:

Condenado, em cúmulo jurídico, na pena de um ano e nove meses de prisão pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, um crime de consumo ilícito de estupefacientes e um crime de detenção indevida de utensilagem, aos quais foram aplicadas, respectivamente, as penas parcelares de um ano e seis meses de prisão, dois meses de prisão, e dois meses de prisão, vem A impugnar o respectivo acórdão condenatório, de 8 de Julho de 2016, imputando-lhe os vícios que constam da sua motivação de recurso, os quais se reconduzem a erro notório na apreciação da prova, excesso da pena e falta de suspensão da sua execução.

Tal como o Exm.º colega faz notar na sua resposta à motivação do recurso, cujo teor acompanhamos, o recurso não merece provimento.

Vejamus a questão do erro notório na apreciação da prova.

O recorrente faz uma leitura da prova à medida das suas

conveniências. E porque assim é, sustenta a sua análise apenas num dos variados elementos de prova de que se serviu o tribunal para chegar ao seu veredicto, ou seja, nas declarações do 1.º arguido, que mesmo assim procura afeiçoar ao seu interesse. É por isso que, no final da abordagem do ponto relativo a tal matéria, o recorrente tem a necessidade de afirmar que a convicção do tribunal a quo baseou-se principalmente nas declarações prestadas pelo 1.º arguido na audiência de julgamento. Só que, como se vê da acta da audiência de julgamento e do próprio acórdão e respectiva fundamentação, foram muitas e variadas as provas que contribuíram para a formação da convicção do tribunal, tais como depoimentos de inúmeras testemunhas, incluindo elementos da Polícia Judiciária, documentos, exames periciais, gravações de videovigilância, interceptações telefónicas... Ora a prova tem que ser apreciada, correlacionada, conjugada e avaliada numa lógica de globalidade, e não compartimentadamente, como faz o recorrente, sob pena de só conseguir enxergar-se a árvore quando, à frente dos olhos, se nos depara uma floresta.

Dito isto, e considerando que o erro notório na apreciação da prova pressupõe que a partir de um facto se extraia uma conclusão inaceitável, que sejam preteridas regras sobre o valor da prova

vinculada ou tarifada, ou que se violem as regras da experiência ou as leges artis na apreciação da prova – cf., v.g., acórdão do Tribunal de Última Instância, de 4 de Março de 2015, exarado no Processo n.º 9/2015 –, cremos que nenhum erro se detecta no acórdão em escrutínio, muito menos o notório erro exigido pela norma do artigo 400.º, n.º 2, alínea c), do Código do Processo Penal.

Quanto à alegada excessividade da pena, importa notar que as penas parcelares se situaram, a mais grave, pouco acima do limite mínimo, e as restantes sensivelmente acima do meio da pena abstracta, em todo o caso de acordo com a bitola habitualmente usada nos tribunais da Região Administrativa Especial de Macau, a que acresce que nenhum erro ocorre na operação de cúmulo jurídico. Perante esta constatação, e tendo presente as finalidades de prevenção que presidem à determinação das penas, sendo certo que, no campo do tráfico e consumo de drogas, a finalidade de prevenção geral tem especial acuidade em Macau, há que concluir que a crítica apontada não tem qualquer fundamento. De resto, e como temos dito variadas vezes, os parâmetros em que se move a determinação das penas, adentro da chamada teoria da margem de liberdade, não são matemáticos, devendo aceitar-se a solução encontrada pelo tribunal do julgamento, a menos

que o resultado se apresente ostensivamente intolerável, por desajustado aos fins das penas e à culpa que as delimita, o que não é o caso.

No que toca à pretendida suspensão, o artigo 48.º do Código Penal postula que o tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Trata-se de um poder-dever, que alguns autores denominam de discricionariedade vinculada, sujeito à verificação dos requisitos formal e material previstos na norma.

No caso, apesar de se observar o pressuposto formal da suspensão, o tribunal entendeu que não estava verificado o pressuposto material. E o raciocínio e justificação que usou para chegar a essa conclusão não enfermam de qualquer vício ou incorrecção susceptíveis de abalar o juízo de prognose desfavorável ao comportamento do recorrente no futuro.

Improcede, assim, a argumentação do recorrente, não merecendo o acórdão recorrido os reparos que lhe vêm apontados, pelo que deve ser

negado provimento ao recurso”; (cfr., fls. 1162 a 1163-v).

*

Cumprido decidir.

Fundamentação

II. Antes de mais uma “nota preliminar”.

Tem o Exmo. Representante do Ministério Público razão quanto ao opinado em sede de “questão prévia”

De facto, a medida de coacção foi aplicada por “decisão autónoma” do Acórdão condenatório objecto do recurso interposto, no qual, em sede de motivação, aproveita o arguido recorrente para manifestar a sua discordância em relação àquela.

Nesta conformidade, e sem prejuízo de, mais adiante se voltar a abordar a questão, mostra-se de se começar pelo verdadeiro objecto do presente recurso.

III. Do “recurso do Acórdão do T.J.B”.

Dos factos

1. Estão provados e não provados os factos como tal elencados no Acórdão recorrido a fls. 812 a 819-v, e que aqui se dão como integralmente reproduzidos.

Do direito

2. Vem o arguido recorrer do Acórdão que o condenou pela prática, em concurso real de, 1 crime de “produção e tráfico de menor gravidade”, p. e p. pelo art. 11º, n.º 1, al. 1) da Lei n.º 17/2009, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão, 1 crime de “consumo ilícito de estupefacientes”, p. e p. pelo art. 14º da Lei n.º 17/2009, na pena de 2 meses de prisão, e 1 crime de “detenção indevida de utensílio”, p. e p. pelo art. 15º da Lei n.º 17/2009, na pena de 2 meses de prisão, e em cúmulo jurídico, na pena única de 1 ano e 9 meses de prisão.

É de opinião que o Acórdão recorrido padece do vício de “erro

notório na apreciação da prova”, pugnando pela sua absolvição quanto ao crime de “produção e tráfico de menor gravidade”, e pedindo também a redução e suspensão da execução da pena em que foi condenado.

Vejam os.

— De forma firme e repetida tem este T.S.I. considerado que: *“O erro notório na apreciação da prova apenas existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada, as regras de experiência ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores”*.

De facto, *“É na audiência de julgamento que se produzem e avaliam todas as provas (cfr. artº 336º do C.P.P.M.), e é do seu conjunto, no uso dos seus poderes de livre apreciação da prova conjugados com as regras da experiência (cfr. artº 114º do mesmo código), que os julgadores adquirem a convicção sobre os factos objecto do processo.*

Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 26.01.2017, Proc. n.º 776/2016, de 16.02.2017, Proc. n.º 341/2016 e de 09.03.2017, Proc. n.º 947/2016).

Como também já tivemos oportunidade de afirmar:

“Erro” é toda a ignorância ou falsa representação de uma realidade. Daí que já não seja “erro” aquele que possa traduzir-se numa “leitura possível, aceitável ou razoável, da prova produzida”.

Sempre que a convicção do Tribunal recorrido se mostre ser uma convicção razoavelmente possível e explicável pelas regras da experiência comum, deve a mesma ser acolhida e respeitada pelo

Tribunal de recurso.

O princípio da livre apreciação da prova, significa, basicamente, uma ausência de critérios legais que pré-determinam ou hierarquizam o valor dos diversos meios de apreciação da prova, pressupondo o apelo às “regras de experiência” que funcionam como argumentos que ajudam a explicar o caso particular com base no que é “normal” acontecer.

Não basta uma “dúvida pessoal” ou uma mera “possibilidade ou probabilidade” para se poder dizer que incorreu o Tribunal no vício de erro notório na apreciação da prova; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 19.01.2017, Proc. n.º 549/2016, de 26.01.2017, Proc. n.º 744/2016 e de 23.02.2017, Proc. n.º 118/2017).

No caso, lida a decisão da matéria de facto e a fundamentação pelo Tribunal a quo exposta, não se vislumbra qualquer “erro”, (muito menos, notório), pois que não violou o Colectivo do T.J.B. qualquer regra sobre o valor das provas legais ou tarifadas, o mesmo sucedendo com as regras de experiência ou legis artis.

Com a invocação do alegado erro, (e não se olvidando que, in casu, em audiência, foram prestados 7 depoimentos), limita-se o recorrente a

tentar impor a sua versão dos factos, afrontando o “princípio da livre apreciação da prova”, (cfr., art. 114º do C.P.P.M.), o que, como é óbvio, não colhe.

Como – acertadamente – se salienta no douto Parecer do Ministério Público que atrás se deixou transcrito, “o recorrente faz uma leitura da prova à medida das suas conveniências”, sustentando a sua versão tão só em alguns elementos probatórios, e, certo sendo que a prova tem que ser apreciada na sua “globalidade”, aí intervindo os princípios da oralidade e imediação, assim como as regras de experiência, da normalidade das coisas e da sua lógica, há que dizer que nenhuma censura merece a decisão da matéria de facto do Colectivo a quo, mais não se mostrando de dizer sobre a questão

Continuemos.

— Quanto à(s) “pena(s)”.

Começemos pelo crime de “produção e tráfico de menor gravidade”

A este crime de “produção e tráfico de menor gravidade” cabe a pena de prisão de 1 a 5 anos; (cfr., art. 11º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009).

Como sabido é, a “determinação da medida concreta da pena”, é tarefa que implica a ponderação de vários aspectos.

Desde logo, há que ter presente que nos termos do art. 40º do C.P.M.:

“1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente”.

Por sua vez, e atento o teor art. 65º do mesmo código, onde se fixam os “critérios para a determinação da pena”, tem este T.S.I.

entendido que “na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu art.º 65.º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 12.01.2017, Proc. n.º 498/2016, de 19.01.2017, Proc. n.º 530/2016 e de 09.03.2017, Proc. n.º 180/2017).

No caso, atenta a factualidade dada como provada, a moldura penal em questão e os assinalados critérios do art. 40º e 65º do C.P.M., cremos que excessiva não a pena aplicada, (tão só) a 6 meses do seu mínimo legal, motivos não havendo para se alterar.

No que toca aos crimes de “consumo ilícito de estupefacientes” e “detenção indevida de utensílio” dos artºs 14º e 15º da Lei n.º 17/2009, ponderando nas respectivas molduras penais, nos referidos artºs 40º e 65º do C.P.M. e nas fortes necessidades de prevenção criminal, cremos que também aqui nenhuma censura merecem as penas parcelares de 2 meses de prisão fixadas.

Todavia, atento o entendimento da maioria deste T.S.I., em conformidade com o considerado no Ac. de 23.03.2017, Proc. n.º 223/2017, e notando-se que os “objectos” apreendidos nos autos não são “objectos especificamente utilizados no consumo de estupefacientes”, verificado não está o crime do art. 15º da Lei n.º 17/2009.

Aqui chegados, e em sede de a pena única resultante do cúmulo jurídico das 2 penas parcelares aplicadas pelo crime de “tráfico de menor gravidade” e de “consumo ilícito de estupefacientes”, e ponderando no estatuído no art. 71º do C.P.M., adequada se nos apresenta a pena única de 1 ano e 7 meses de prisão.

— Quanto à “suspensão da execução da pena”.

Pois bem, sobre esta matéria, temos considerado que:

“O artigo 48º do Código Penal de Macau faculta ao juiz julgador a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao arguido quando:

– a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a

três (3) anos; e,

- *conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (cfr. Art.º 40.º), isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.*

E, mesmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delinvente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução da prisão não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuseram as necessidades de prevenção do crime”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 13.12.2016, Proc. n.º 258/2016, de 26.01.2017, Proc. n.º 840/2016 e 09.03.2017, Proc. n.º 103/2017).

O instituto da suspensão da execução da pena baseia-se numa relação de confiança entre o Tribunal e o condenado. Aquele convence-se, em juízo de prognose favorável, que o arguido, sentindo a condenação, é capaz de passar a conduzir a sua vida de modo lícito e adequado, acreditando ainda que o mesmo posto perante a censura do facto e a ameaça da pena, é capaz de se afastar da criminalidade; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 14.01.2016, Proc. n.º 863/2015, de

16.06.2016, Proc. n.º 254/2016 e de 19.01.2017, Proc. n.º 530/2016).

Como decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães:

“I) As razões que estão na base do instituto da suspensão da execução da pena radicam, essencialmente, no objectivo de afastamento das penas de prisão efectiva de curta duração e da prossecução da ressocialização em liberdade.

II) Por isso, se conclui sempre que, desde que seja aconselhável à luz de exigências de socialização, a pena de substituição só não deverá ser aplicada se a opção pela execução efectiva de prisão se revelar indispensável para garantir a tutela do ordenamento jurídico ou para responder a exigências mínimas de estabilização das expectativas comunitárias”; (cfr., o Ac. de 11.05.2015, Proc. n.º 2234/13).

Como também considerava Jescheck: *“o tribunal deve dispor-se a correr um risco aceitável, porém se houver sérias dúvidas sobre a capacidade do réu para aproveitar a oportunidade ressocializadora que se lhe oferece, deve resolver-se negativamente a questão do prognóstico”;* (in, “Tratado de Derecho Penal”– Parte General – Granada 1993, pág.

760, e, no mesmo sentido, o Ac. da Rel. de Lisboa de 05.05.2015, Proc. n.º 242/13, in “www.dgsi.pt”).

Em face do que se deixou consignado, e atento os tipos de crimes em questão, em especial o de “produção e tráfico de menor gravidade”, e as fortes necessidades de prevenção criminal, somos a entender que adequada e justificada não seria uma suspensão da execução da pena (única) ao recorrente aplicada.

*

IV. Como atrás se deixou consignado, “insurge-se” também o arguido ora recorrente contra a “decisão que decretou a sua prisão preventiva”.

Porém, e independentemente do demais, face ao que se deixou decidido em relação ao recurso do Acórdão do T.J.B. e ponderando também que do ora decidido não cabe recurso para o V^{do} T.U.I., inútil se nos afigura a apreciação da questão, notando-se, também, que em sede de exame preliminar e nos termos do art. 197º do C.P.P.M se decidiu que, por não se terem alterado os pressupostos que levaram à aplicação da

medida de coacção de prisão preventiva ao arguido deveria o mesmo aguardar os ulterior termos processuais nesta situação; (cfr., fls. 1166).

*

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

V. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam negar provimento ao recurso, alterando-se, oficiosamente, a qualificação jurídico-penal da matéria de facto dada como provada, absolvendo-se o arguido do crime de “detenção indevida de utensílio” do art. 15º da Lei n.º 17/2009, e ficando o mesmo condenado na pena única de 1 ano e 7 meses de prisão.

Pagará o arguido a taxa de justiça de 6 UCs.

Registe e notifique.

Nada vindo de novo, e após trânsito, devolvam-se os autos ao T.J.B. com as baixas e averbamentos necessários.

Macau, aos 6 de Abril de 2017

José Maria Dias Azedo

[Dando como reproduzida a declaração de voto que anexei ao Ac. de 31.03.2011, Proc. n.º 81/2011].

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa