

Processo n.º 46/2005

Data: 31/Março/2005

Assuntos:

- Livre convicção
- Erro notório na apreciação da prova

SUMÁRIO:

1. A livre convicção constitui antes um modo não estritamente vinculado de valoração da prova e de descoberta da verdade processualmente relevante, isto é, uma conclusão subordinada à lógica e à razão e não limitada por prescrições formais exteriores.

2. O "erro notório na apreciação da prova" constitui uma insuficiência que só pode ser verificada no texto e no contexto da decisão recorrida, quando existam e se revelem distorções de ordem lógica entre os factos provados e não provados, ou que traduza uma apreciação manifestamente ilógica, arbitrária, de todo insustentável, e por isso incorrecta, e que, em si mesma, não passe despercebida imediatamente à observação e verificação comum do homem médio.

3. Os vícios do artigo 400º, nº 2, do CPP não podem ser confundidos com a divergência entre a convicção pessoal do recorrente sobre a prova produzida em audiência e a convicção que o tribunal firme sobre os factos, no respeito pelo princípio da livre apreciação da prova inscrito no artigo 114º do CPP.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 46/2005

(Recurso Penal)

Data: 31/Março/2005

Recorrente: A

Objecto do Recurso: Sentença condenatória da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

A veio interpor recurso para este Tribunal de Segunda Instância da condenação arbitrada no Tribunal Judicial de Base, em 20 de Janeiro de 2005, de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de prisão e multa no montante de MOP\$8,000.00 (oito mil patacas), com alternativa de 54 dias de prisão, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 8º, n.º 1, do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Motivou as suas alegações, sustentando, em síntese, o seguinte:

A decisão recorrida violou o princípio da legalidade, o princípio

in dubio pro reo e os artigos 8º e 9º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Não se tendo explicitado no Acórdão recorrido qual a quantidade que o recorrente destinava ao "consumo" e qual a que era destinada ao "tráfico" ou a outros fins, não devia ser condenado pelo crime p. e p. pelo art. 8º, n.º 1, como efectivamente sucedeu.

In casu, salvo o devido respeito, tendo ficado provado que o recorrente destinava parte das substâncias a outros fins e ao seu próprio consumo, sem que se tenha apurado quais as quantidades a um e outro fim, deveria ter beneficiado do princípio in dubio pro reo.

Não tendo feito uso do princípio in dubio pro reo, o Tribunal a quo violou de forma gritante os referidos princípios, pois devia ter condenado o recorrente pelo crime p. e p. p. artigo 9º do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro e não pelo art. 8º, n.º 1 do mesmo diploma legal.

Os factos dados como provados em relação ao recorrente não permitem a integração da sua conduta e a sua condenação pelo crime p. p. no art. 8º, n.º 1 do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, por falta dos seus elementos essenciais, donde a insuficiência da matéria de facto para a Decisão proferida - vício constante do n.º 2, alínea a) do art. 400º do CPP.

Não se apurou qual a quantidade que era para seu consumo e a que destinava a outros fins.

Tal facto é fundamental para se decidir com rigor sobre o enquadramento jurídico a dar à conduta do arguido, ou seja, para se determinar se o mesmo deve ser condenado pelo art. 8º ou pelo art. 9º, do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

O Tribunal a quo violou as normas constantes dos artigos 114º, 336º e 337º do CPP, extravasando, em absoluto, o princípio da livre apreciação da prova e da formação da sua livre convicção, violando o dever oficioso de considerar todos os elementos probatórios, designadamente todos os constantes dos autos, que ilibam totalmente a recorrente do crime p. e p. pelo art. 8º, n.º 1 do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro pelo qual foi condenado, errando notória e patentemente na apreciação da prova - vício do n.º 2, alínea c) do art. 400º. do CPP.

Nestes termos entende que deve ser concedido provimento ao recurso e, em consequência, condenar-se o arguido pelo crime previsto no art. 9º do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, ou, em alternativa, reenviar-se o processo para que, após novo julgamento, se apure (ou se tente apurar) a quantidade destinada ao consumo do recorrente e a que o mesmo destinava à cedência a terceiros, proferindo-se nova decisão.

*

O Digno Magistrado do MP ofereceu douta resposta, alegando, fundamentalmente:

Entende não assistir razão ao recorrente porquanto o art. 336º do C. P. Penal consagra a regra geral da proibição da valoração das provas não produzidas ou examinadas em audiência e porque as testemunhas, cujos depoimentos produzidos em sede de inquérito, depuseram em audiência pelo que só a esses o Tribunal valorará ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova – art. 114º do mesmo Código.

No fundo, o recorrente discorda da medida, sentido e forma como o Tribunal valorou tais depoimentos, o que lhe está vedado - e é, de resto, insindicável - por força do princípio da livre apreciação da prova consagrado no art. 114º do C. P. Penal.

Por outro lado, quanto à insuficiência de matéria de facto apurada, jamais o Tribunal considerou provado que a droga que trazia não era exclusivamente para o seu consumo ou a destinava apenas a tal fim.

Outrossim,

O que se provou e consta de fls. 178vº do acórdão é que "... depois de comprar a droga, trouxe-a para Macau, não a destinando ao seu próprio consumo" e que "ao adquirir e transportar a droga não a destinava ao seu próprio consumo".

Ou seja,

O que se provou é que havia adquirido e transportava droga sem ser para o seu consumo.

Termos em que entende dever ser negado provimento ao recurso, quiçá rejeitando-o e mantendo-se o decidido.

*

O Digno Magistrado do MP junto deste Tribunal emitiu duto parecer sustentando a posição anteriormente defendida pelo Digno Colega, aquando da resposta às alegações nos termos acima exarados, defendendo a rejeição do recurso por manifestamente improcedente.

*

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Na sentença recorrida foram provados os factos seguintes:

“Factos provados:

Em 25 de Junho de 2004, pelas l7H55, o arguido A foi interceptado pelos verificadores alfandegários no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco.

Realizada a revista ao arguido A, descobriram-se 2 sacos de pó branco na carteira de porta-chaves dentro da sua mala de mão (cfr. auto de apreensão de fls. 6 dos autos).

Submetido ao exame laboratorial, verificou-se que o pó branco, com o peso total de 5,177 gramas, continha substância de "ketamina", cujo peso líquido é de 3,245 gramas e percentagem é de 62,68%.

"Ketamina" é substância abrangida pela Tabela II - C da lista anexa do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro de 1991 (com a nova redacção dada pela Lei n.º 4/2001).

As drogas acima referidas foram adquiridas pelo arguido A na Discoteca "Chio Tim" em Gongbei, na madrugada do dia 25 de Junho de 2004, através dum indivíduo não apurado pelo preço indeterminado.

Adquiridas as drogas acima referidas, o arguido A levou-as para Macau, sem finalidade do consumo próprio.

O arguido A agiu livre, dolosa e voluntariamente.

Sabendo e conhecendo perfeitamente as características e a

natureza das referidas drogas.

O arguido adquiriu e transportou as drogas acima referidas sem finalidade do consumo próprio.

Sabendo perfeitamente que as suas condutas acima mencionadas eram proibidas e punidas por lei.

*

Outros factos provados:

Na audiência de julgamento, o arguido confessou parcialmente os factos que lhe foram imputados.

Não há outro registo criminal no Certificado de Registo Criminal mais recente do arguido.

O arguido trabalhava como condutor de táxi em Hong Kong antes de ser preso preventivamente, auferindo mensalmente o rendimento de HK\$12,000.00.

A mulher e dois filhos maiores estão a viver em Irlanda.

O arguido abandonou os estudos sem concluir o 9º ano de escolaridade devido à dificuldade na aprendizagem.”

*

E na mesma sentença foram os seguintes os “**Factos não provados:**

Os restantes factos importantes constantes da acusação que não são correspondentes aos factos provados:

As drogas apreendidas foram adquiridas pelo arguido pelo preço de RMB ¥500,00 (quinhentas RMB) cada saco.”

*

Com relevância, resulta ainda daquele aresto o seguinte:

“Juízo dos factos:

O arguido confessou na audiência de julgamento que tinha obtido as drogas apreendidas através dum indivíduo de identidade desconhecida, alegando que ele levou as drogas para Macau porque ele esqueceu abandoná-las.

Os verificadores alfandegários que interceptaram o arguido prestaram declarações na audiência de julgamento, descrevendo objectivamente o comportamento do arguido quando eles o interceptaram e detiveram.

Duas testemunhas da parte acusadora, ou seja, amigos do arguido prestaram declarações na audiência de julgamento, verificando que as drogas na posse do arguido foram adquiridas na Discoteca "Chio Tim" em Gongbei na madrugada do dia 25 de Junho de 2004.

As testemunhas da parte defensora forneceram os dados para conhecer a personalidade e a situação da vida do arguido.

Analisadas de forma sintética e objectiva as declarações do arguido e das testemunhas, bem como examinadas as provas documentais, provas apreendidas e outras provas na audiência de julgamento, o presente Tribunal Colectivo apurou os factos acima mencionados.

*

Factos que fundamentam a decisão:

Conforme os factos provados, o arguido obteve, deteve e escondeu droga, sem finalidade do consumo próprio. Aliás, a quantidade de drogas que o arguido possuiu excedeu o critério da quantidade

diminuta.

Pelos expostos, a conduta do arguido constitui um crime de tráfico de drogas e actividades ilícitas que é punido com a pena de 8 a 12 anos de prisão e multa de 5,000.00 a 700,000.00 patacas.”

*

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das questões que vêm suscitadas pelo recorrente, a saber:

- Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada ;
- e
- Erro notório na apreciação da prova.

2. Sobre a primeira questão argumenta o recorrente que é da maior relevância fazer a destrição e quantificação da droga destinada a consumo próprio e da destinada a outros fins porquanto só assim se pode fazer uma correcta qualificação jurídica dos factos na previsão do artigo 8º ou na do artigo 9º do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Na verdade, o tribunal *a quo* parte do errado pressuposto de que não se destinando a droga exclusivamente para o consumo do arguido, ora recorrente e, sendo a quantidade de droga detida superior ao considerado necessário para o consumo necessário por qualquer pessoa do tipo homem médio durante três dias, estava apurada a factualidade que preenchia o tipo legal do art. 8º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Deve, pois, considerar-se verificado o alegado vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (art. 400º, n.º 2,

al. a), do CPP).

Quanto a isto, importa dizer que quem parte de um pressuposto errado é o recorrente, pois parte do princípio de que o Tribunal *a quo* considerou que o produto estupefaciente apreendido se destinaria também ao consumo pessoal do arguido, importando então destrinçar as quantidades afectas a cada uma das finalidades, consumo e tráfico.

Mas não é verdade: o que se colhe do texto da matéria que vem fixada é que “*Adquiridas as drogas acima referidas, o arguido A levou-as para Macau, sem finalidade do consumo próprio*” e ainda que “*O arguido adquiriu e transportou as drogas acima referidas sem finalidade do consumo próprio.*”

E tanto basta para demonstrar a sem razão da argumentação invocada.

3. Quanto à segunda questão, qual seja a do erro na apreciação da prova, sustenta que das declarações das testemunhas Lao Mong Weng e Nig Jai, confirmadas na própria audiência de discussão e julgamento, onde as mesmas foram inquiridas como testemunhas, resulta claro o seguinte:

- “... estavam juntamente com o arguido e mais 14 a 15 pessoas no quarto 88 da Discoteca Focus ... todos os presentes contribuíram com dinheiro para adquirir a droga, cada homem contribuiu com RMB300.00 e cada mulher com RMB200.00;

- “... a droga pertencia a todos os apresents no dito quarto 88 da Discoteca e foi comprada para todos consumirem”;

E logo daqui ressaltaria o erro patente na apreciação da prova: a) se a droga não foi comprada pelo recorrente; b) se a droga foi comprada por mais de 14 a 15 pessoas; c) se a droga foi adquirida para todos consumirem, nunca o Tribunal *a quo*, sem mais, podia dar como provado que foi o arguido quem adquiriu a droga e condená-lo pelo crime do artigo 8º, n.º 1, do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, mas sim puni-lo pela prática do crime do artigo 23º do dito diploma legal.

Ora, sublinha, nenhum *bonus pater familias* pode, segundo as regras mais elementares da experiência comum, deixar de confiar no testemunho de duas pessoas que estiveram no local onde a droga foi adquirida.

4. Apreciando.

A apreciação dos vícios relativos à matéria de facto, referidos no artigo 400º do C. P. Penal, pressupõe, porém, como directamente determina a norma, «que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência comum», e que conste em «insuficiência para a decisão da matéria de facto provada», em «contradição insanável da fundamentação, ou entre a fundamentação e a decisão», ou se verifique «erro notório na apreciação da prova».

A primeira condição de verificação e de apreciação da existência dos "vícios" enunciados é, pois, que estes resultem do próprio texto da decisão recorrida, por si mesma ou conjugada com as regras da experiência comum.

A administração e valoração das provas cabe, em primeira linha,

ao tribunal perante o qual foram produzidas, que apreciará e decidirá sobre a matéria de facto segundo o princípio estabelecido no artigo 114º do Código de Processo Penal: salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência comum e a livre convicção da entidade competente.

A livre convicção não significa, no entanto, e como é óbvio, apreciação segundo as impressões, nem inexistência de pressupostos valorativos, ou a desconsideração do valor de critérios, ainda objectivos ou objectiváveis, determinados pela experiência comum das coisas e da vida, e pelas inferências lógicas do homem comum suposto pela ordem jurídica.

A livre convicção constitui antes um modo não estritamente vinculado de valoração da prova e de descoberta da verdade processualmente relevante, isto é, uma conclusão subordinada à lógica e à razão e não limitada por prescrições formais exteriores.¹

O princípio, tal como está inscrito no artigo 114º do CPP, significa, no rigor das coisas, que o valor dos meios de prova não está legalmente pré-estabelecido, devendo o tribunal apreciá-los de acordo com a experiência comum, com o distanciamento, a ponderação e a capacidade crítica, na «liberdade para a objectividade»²

¹ - Cavaleiro de Ferreira, *in* Curso de Processo Penal, II, pág. 27

² - Teresa Beleza, *in* Revista do Ministério Público, Ano 19º, pág. 40

A livre apreciação da prova pressupõe, pois, a concorrência de critérios objectivos que permitam estabelecer um substrato racional de fundamentação da convicção, que emerge da intervenção de tais critérios objectivos e racionais.

Apenas a fundamentação racional e lógica, que possa fazer compreender a intervenção e o sentido das regras da experiência, permite formar uma convicção motivada e apreensível, afastando as conclusões que sejam susceptíveis de se revelar como arbitrárias ou meramente impressionistas.³

O "erro notório na apreciação da prova", a que se refere a motivação do recorrente, constitui uma insuficiência que só pode ser verificada no texto e no contexto da decisão recorrida, quando existam e se revelem distorções de ordem lógica entre os factos provados e não provados, ou que traduza uma apreciação manifestamente ilógica, arbitrária, de todo insustentável, e por isso incorrecta, e que, em si mesma, não passe despercebida imediatamente à observação e verificação comum do homem médio.

A incongruência há-de resultar de uma descoordenação factual patente que a decisão imediatamente revele, por incompatibilidade no espaço, de tempo ou de circunstâncias entre os factos, seja natural e no domínio das correlações imediatamente físicas, ou verificável no plano da realidade das coisas, apreciada não por simples projecções de probabilidade, mas segundo as regras da "experiência comum".

³ - Marques Ferreira, *in* Jornadas de Direito Processual Penal", ed. CEJ, pág. 226

Na dimensão valorativa das "regras da experiência comum" situam-se, por seu lado, as descontinuidades imediatamente apreensíveis nas correlações internas entre factos, que se manifestem no plano da lógica, ou da directa e patente insustentabilidade ou arbitrariedade; descontinuidades ou incongruências ostensivas ou evidentes que um homem médio, com a sua experiência da vida e das coisas, facilmente apreenderia e delas se daria conta.

Em síntese de definição, estes são os elementos que hão-de conformar a apreciação, em cada caso, sobre a ocorrência do mencionado vício.⁴

Os vícios do artigo 400º, nº 2, do CPP não podem, por outro lado, ser confundidos com a divergência entre a convicção pessoal do recorrente sobre a prova produzida em audiência e a convicção que o tribunal firme sobre os factos, no respeito pelo princípio da livre apreciação da prova inscrito no artigo 114º do CPP.

Neste aspecto, o que releva, necessariamente, é a convicção que o tribunal forme perante as provas produzidas em audiência, sendo irrelevante, no âmbito da ponderação exigida pela função do controlo ínsita na identificação dos vícios do artigo 400º, nº 2, do CPP, a convicção pessoalmente formada pelo recorrente e que ele próprio alcançou sobre os factos.

⁴ - Cfr., em termos de direito comparado, Acs do STJ, no BMJ nºs. 476, pág. 82; 477, pág. 338; 478, pág. 113; 479, pág. 439, 494, pág. 207 e 496, pág. 169

5. Tendo presentes os referidos elementos sobre a conformação do conceito de "erro notório", há que avaliar, sob esta perspectiva, a decisão sob recurso.

O que o recorrente pretende no fundo é sindicatizar a convicção do Tribunal, pretendendo extrair de declarações produzidas no inquérito conclusões que se afastam das extraídas no julgamento da matéria de facto.

Desde logo realça-se com muito apreço a concisa, objectiva e pormenorizada motivação da convicção, ficando-se a saber perfeitamente a razão por que o Tribunal considerou a existência de uma situação de tráfico de estupefacientes, ao dizer-se que o *arguido confessou na audiência de julgamento que tinha obtido as drogas apreendidas através dum indivíduo de identidade desconhecida e que duas testemunhas da parte acusadora, ou seja, amigos do arguido prestaram declarações na audiência de julgamento, verificando que as drogas na posse do arguido foram adquiridas na Discoteca "Chio Tim" em Gongbei na madrugada do dia 25 de Junho de 2004.*

E como justamente observa o Digno Magistrado do MP, o art. 336º do C. P. Penal consagra a regra geral da proibição da valoração das provas não produzidas ou examinadas em audiência, com a ressalva das excepções previstas e das quais não consta a hipótese que se preconiza.

Para se reafirmar que as ditas testemunhas, cujos depoimentos do inquérito se pretendem relevar, produziram depoimento em audiência

pelo que só esses o Tribunal deve valorar ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova , nos termos do art. 114º do mesmo Código.

Nesta conformidade, entende-se inexistir no acórdão o apontado erro notório na apreciação da prova - art. 400º, n.º 2 al. c), do C. P. Penal -, tendo-se assim o recurso como manifestamente improcedente, pelo que, ao abrigo do artigo 410º, n.º1 do C.P.Penal, será de rejeitar.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões acordam em rejeitar o recurso de A.

Custas pelo recorrente, fixando em 3 Ucs a taxa de justiça, devendo pagar ainda o montante de MOP 1500,00 a título de sanção, ao abrigo do disposto no artigo 410º, n.º4 do CPP.

Macau, 31 de Março de 2005,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong