

Processo n.º 22/2013

Recurso penal

Recorrente: A

Recorrido: Ministério Público

Data da conferência: 3 de Maio de 2013

Juízes: Song Man Lei (Relatora), Sam Hou Fai e Viriato Manuel Pinheiro
de Lima

Assuntos: - Crime de tráfico de estupefacientes

- Erro notório na apreciação da prova

- Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

SUMÁRIO

1. Existe erro notório na apreciação da prova quando se retira de um facto uma conclusão inaceitável, quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou tarifada, ou quando se violam as regras da experiência ou as *legis artis* na apreciação da prova. E tem de ser um erro

ostensivo, de tal modo evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores.

2. Vigorando no processo penal o princípio da livre apreciação da prova e estando as declarações prestadas pelos arguidos sujeitas à livre valoração do Tribunal, não se encontra obstáculo que impeça o Tribunal a acreditar nas declarações de um e não de outro.

3. O vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada só se verifica quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada.

4. E não se verifica o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada relativamente a factos não constantes da acusação ou da pronúncia, nem suscitados pela defesa, e de que não resultou fundada suspeita da sua verificação do decurso da audiência, nos termos do disposto nos art.ºs 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.

A Relatora,

Song Man Lei

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

1. Relatório

Por Acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base em 14 de Dezembro de 2012, **A**, arguido nos presentes autos, foi condenado, pela prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes p.p. pelo art.º 8.º n.º 1 da Lei n.º 17/2009, na pena de 4 anos de prisão.

Inconformado com a decisão, recorreu o arguido para o Tribunal de Segunda Instância, que decidiu rejeitar o recurso.

Vem agora o arguido recorrer para o Tribunal de Última Instância, formulando na sua motivação do recurso as seguintes conclusões:

1. O recorrente foi condenado pela prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 8º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009, na pena de 4 anos de prisão efectiva. Recorreu para o Tribunal de Segunda Instância, tendo o seu recurso sido rejeitado consoante o Acórdão proferido em 7/2/2013 pelo Tribunal de Segunda Instância.

2. O recorrente considera que o acórdão padeceu dos vícios de “erro notório na apreciação da prova” e da “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”.

3. O recorrente concorda com o reconhecimento dos factos feito pelo Tribunal *a quo*, que ao dar por provados os factos, pode aplicar o princípio da livre convicção previsto no art.º 114º do Código de Processo Penal, mas esse princípio da livre convicção não é ilimitado, não significa que esta possa ser formada de modo arbitrário ou puramente subjectivo, antes segue sempre o critério de objectividade e das regras de experiência comum.

4. O recorrente sublinha que ele não discordou pura e simplesmente da convicção do Tribunal *a quo* nem a pôs em causa, mas sim, nos factos provados, existem efectivamente muitas dúvidas que conduziram a que o Tribunal *a quo* incorresse em erro notório ao dar por provados os factos.

5. Podemos saber que consoante as regras da experiência, normalmente os detentores de droga vão ser condenados, e quanto aos chamados traficantes por estes apontados, caso não se consegue encontrar drogas junto deles, os mesmos normalmente vão ser absolvidos do crime.

6. O Tribunal *a quo* preferiu acreditar numa pessoa que tinha na sua posse estupefaciente, mas não acreditar no recorrente, tendo, consoante apenas as declarações prestados pelo arguido que tinha na sua posse estupefaciente, condenado o recorrente. Evidentemente isso violou o princípio “*in dubio pro reo*”.

7. O Tribunal *a quo* deu por provados ainda os factos que os 3 telemóveis e MOP1.940 e HK\$500 em numerário encontrados na posse do recorrente foram utensílios e obtidos na prática de tráfico de droga.

8. De acordo com os dados existentes nos autos, o arguido B só gastou MOP1.300 na aquisição das drogas ora apreendidas nos autos, e só tem um telemóvel para entrar em contacto com ele.

9. Perante a falta de outra prova ou dados para servir de suporte, é um erro grave e notório o que o Tribunal *a quo* deu por provados os factos que os 3 telemóveis e MOP1.940 e HK\$500 em numerário encontrados na posse do recorrente foram utensílios e obtidos na prática de tráfico de droga.

10. Pelo que, o Tribunal *a quo* incorreu no erro notório ao dar por provados esses factos, padecendo assim do vício previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. c) do Código de Processo Penal.

11. É do conhecimento comum que a diferença entre o crime de tráfico e actividades ilícitas e o de tráfico de quantidades diminutas, previstos respectivamente nos art.ºs 8º e 9º reside em quantidade de estupefaciente fornecida pelo agente a outrem para o consumo.

12. De acordo com o facto provado n.º 4, as plantas apreendidas nos autos têm o peso total de 13.462 gramas, que são “cannabis” substancia abrangida na Tabela I-C do D.L n.º 5/91/M, não tendo, contudo, sido apurado se todas eram consumíveis.

13. De acordo com o acórdão proferido no processo n.º 14/2001 pelo Tribunal de Última Instância, tendo o tribunal entendido que a quantidade

de marijuana para o consumo individual durante três dias é de 6 a 8 gramas, ou seja a noção de quantidade diminuta é de 6 a 8 gramas.

14. Deve o Tribunal *a quo* apurar claramente qual a quantidade concreta do peso total das drogas apreendidas nos autos que se destinava ao consumo, uma vez que é provável que parte da cannabis não é consumível.

15. De acordo com os factos provados, não se apurou qual a quantidade do peso total das drogas apreendidas que se destinava ao consumo, e isso, evidentemente, incorreu do vício previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. a) do Código de Processo Penal.

16. Pelo que, pede aos meritíssimos juízes do Tribunal de Última Instância que seja julgado procedente o recurso, remetendo o processo para novo julgamento ao Tribunal Judicial de Base, ao abrigo do art.º 418º do Código de Processo Penal.

Respondeu o Ministério Público, pugnando pela improcedência do recurso.

Nesta instância, o Ministério Público mantém a posição já assumida na resposta à motivação do recurso.

Foram corridos vistos.

2. Os Factos

Nos autos foram apurados os seguintes factos:

- No período da ocorrência dos factos, os arguidos A e B contactaram-se sempre por via telefónica e tinham uma relação muito próxima (vd. registo de entrada e saída da RAEM, a fls. 268 a 283 dos autos e, registo de chamada telefónica, a fls. 295 a 297 dos autos e relatório de análise em anexo).

- Os arguidos A e B usavam a palavra “vinho tinto” como código para “cannabis”.

- Às 23H45 de 14 de Março de 2006, os agentes da Polícia Judiciária foram ao domicílio do arguido B sito em [Endereço(1)] e fizeram uma busca, tendo encontrado na gaveta do armário de cabeceira do seu quarto, uma caixa de cor verde que continha dois pacotes contendo plantas e três pacotes contendo papéis de cigarro (vd. auto de apreensão, a fls. 7 dos autos).

- Submetidas ao exame laboratorial, confirmou-se que as supracitadas plantas tinham o peso de 13.462 gramas, contendo “Cannabis”, substância abrangida na Tabela I-C do Decreto-Lei n.º5/91/M.

- Essas drogas foram compradas ao arguido A com o preço de MOP1.300 pelo arguido B, na semana anterior à detenção (por volta do dia 9 de Março de 2006), com o objecto de ele próprio consumir.

- Às 14H57 e às 15H16 de 15/3/2006, o arguido B, conforme o combinado com a Polícia Judiciária, contactou por seu telemóvel com o

arguido A dizendo que lhe queira comprar “vinho tinto”, que era realmente Canabis, tendo combinado com o arguido A para fazerem a venda da droga na Rotunda Carlos da Maia (vd. anexo – registo de chamada, a fls. 411).

- Às 19H00 do mesmo dia, os agentes da Polícia Judiciária foram ao domicílio do arguido A sito em [Endereço(2)] e fizeram uma busca, acabando por descobrir, no armário da cabeceira do seu quarto, um saco plástico transparente contendo plantas, uma caixinha do cigarro de cor verde e branca contendo 7 pílulas de cor branca, uma caixinha do cigarro de cor vermelha e branca contendo 3 sacos plásticos transparentes e um enrolador de cigarro. (vd. auto de apreensão, a fls. 9 dos autos)

- Além disso, os agentes da Polícia Judiciária também encontraram na posse do arguido A, 3 telemóveis, MOP1.940,00 e HK\$500,00. (vd. auto de apreensão, a fls. 11 dos autos)

- Submetidas ao exame laboratorial, confirmou-se que as supracitadas plantas tinham o peso de 0.041 grama contendo “Canabis”, substância abrangida na Tabela I-C do Decreto-Lei n.º 5/91/M; e as supracitadas pílulas de cor branca tinham o peso total de 0.573 grama contendo “Estazolam”, substância abrangida na Tabela IV do mesmo Decreto-Lei.

- Essas substâncias foram adquiridas pelo arguido A a um indivíduo não identificado, com o objectivo de, além de consumir, principalmente vender e fornecer a terceiros, incluindo o arguido B.

- Os telemóveis acima referidos foram utilizados como instrumento de ligação aquando da prática de tráfico de droga pelo arguido A e o dinheiro acima referido foi obtido por si através do tráfico de droga.

- Os dois arguidos sabiam claramente a natureza e a característica dos estupefacientes acima referidos.

- O arguido A sabia bem que não pode adquirir nem deter os supracitados estupefacientes, com objectivo de, além de consumir propriamente, fornecer ou vender a terceiros.

- O arguido B sabia bem que não pode adquirir nem deter os supracitados estupefacientes, com objectivo de consumir propriamente.

- Os arguidos A e B agiram de forma livre e voluntária ao praticarem os supracitados actos.

- Os dois tinham perfeito conhecimento de que os seus actos eram proibidos e punidos por lei.

Além disso, de acordo com o certificado de registo criminal, também ficaram provados os factos seguintes na audiência de julgamento:

- O arguido A, nos autos CR2-12-0066-PCS, foi acusado da prática de um crime de assistência ao jogo ilícito, tendo sido absolvido do crime depois da audiência de julgamento.

- O arguido A declarou ser desempregado, com habilitações literárias do 8º ano de escolaridade, e tem a seu cargo uma filha menor.

3. O direito

Insurgindo-se contra o Douto Acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância, que rejeitou o seu recurso, imputa o recorrente os vícios do erro notório na apreciação da prova e da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

3.1. Do erro notório na apreciação da prova

Na tese do recorrente, O Tribunal não devia acreditar no arguido B, pessoa que tinha na sua posse estupefaciente, mas não no recorrente, tendo o condenado apenas conforme as declarações prestados por aquele.

Por outro lado, nos autos não há prova ou dados para servirem de suporte para dar por provados os factos que os 3 telemóveis e MOP1.940 e HK\$500 em numerário encontrados na posse do recorrente foram utensílios e obtidos na prática de tráfico de droga.

Ora, é de entendimento uniforme deste Tribunal que existe erro notório na apreciação da prova “quando se retira de um facto uma conclusão inaceitável, quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou tarifada, ou quando se violam as regras da experiência ou as

legis artis na apreciação da prova. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores”.¹

No caso em apreciação, não se nos afigura que está verificada alguma das situações acima referidas que consubstanciam o vício. O que se mostra é a discordância do recorrente relativamente à valoração que o Tribunal fez da prova produzida em audiência de julgamento, pondo em causa a convicção formada pelo Tribunal.

De facto, resulta dos autos que o Tribunal Colectivo de 1.^a instância formou a sua convicção com base na análise conjunta e objectiva das declarações prestadas pelo próprio recorrente, que negou ter fornecido droga a terceiros, e pelo arguido B, do depoimento das testemunhas agentes da Polícia Judiciária que fizeram investigação do caso, todas estas provas sujeitas à livre apreciação do julgador e das provas documentais constantes nos autos, incluindo os autos de apreensão e o relatório do exame aos estupefacientes apreendidos.

Com a fundamentação de facto exposta, conjugada com as regras de experiência comum, não vislumbramos qualquer erro na apreciação da prova, muito menos erro ostensivo, evidente para qualquer pessoa que examine os factos dados como provados e os meios de prova utilizados.

Repare-se que a convicção do Tribunal não foi formada apenas com base nas declarações prestadas pelo arguido B, sendo também relevante o

¹ Ac. do TUI, de 30-1-2003, 15-10-2003 e 11-2-2004, Proc. n.ºs 18/2002, 16/2003 e 3/2004, entre muitos outros.

depoimento dos agentes da Polícia Judiciária que descreveram o processo de investigação, da detenção daquele arguido, que a seguir contactou por via telefónica com o recorrente a propósito de adquirir a droga, até à detenção do recorrente no local combinado e com posse da droga que se destinava a vender.

Acresce que, vigorando no processo penal o princípio da livre apreciação da prova e estando as declarações prestadas pelos arguidos sujeitas à livre valoração do Tribunal, não se encontra obstáculo que impeça o Tribunal a acreditar nas declarações de um e não de outro.

Quanto à invocada falta da prova para os factos respeitantes aos 3 telemóveis e o dinheiro encontrados na posse do recorrente, é de salientar que o recorrente nunca se insurgiu contra a decisão, motivada pela prova dos factos ora em causa, que declarou tais objectos perdidos a favor da RAEM nos termos do art.º 101.º n.º 1 do Código Penal, pelo que a decisão transitou há muito tempo em julgado, o que se torna irrelevante a discussão da questão.

Improcede assim a invocação do vício do erro notório na apreciação da prova.

3.2. Da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

Alega o recorrente que, o Tribunal não apurou qual a quantidade do peso total das plantas de Cannabis apreendidas nos autos que se destinava ao

consumo, sendo provável parte delas não era consumível, incorrendo assim no vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Citando o Acórdão proferido pelo Tribunal de Última Instância em 26 de Setembro de 2001 e no Processo n.º 14/2001, que fixou em 6 a 8 gramas para definir a quantidade diminuta de marijuana, pretende o recorrente a sua condenação pela prática do crime de tráfico da quantidade diminuta.

Desde logo, é de reparar que a referida decisão foi tomada no âmbito do DL n.º 5/91/M, em que, face à não concretização por lei da quantidade diminuta dos estupefacientes para enquadramento jurídico da conduta no art.º 9.º n.º 1 do diploma, cabia aos tribunais a determinação de tal quantidade, daí que a fixação pelo Tribunal de Última Instância daquela quantidade.

Acontece que, com a entrada em vigor da Lei n.º 17/2009, é elaborado e publicado o mapa da quantidade de referência de uso diário, segundo o qual é fixado em 1g, 0,5g e 0,25g para Canabis (folhas e sumidades floridas ou frutificadas), Canabis (resina) e Canabis (óleo), e a punição pelo crime de produção e tráfico de menor gravidade depende da diminuição considerável da ilicitude dos factos, tendo em conta os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, das substâncias ou dos preparados, que não deve exceder cinco vezes a quantidade constante daquele mapa.

E o recorrente foi condenado pela prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes p.p. pelo art.º 8.º n.º 1 da Lei n.º 17/2009 e, tal como salienta a Digna Magistrada do Ministério Público na sua resposta, a aplicação ao recorrente do novo regime penal previsto nesta Lei nunca foi posta em causa, daí que é irrelevante a discussão sobre a quantidade diminuta de Cannabis fixada no âmbito do velho diploma, pois é consabido que, na aplicação da lei no tempo, o regime penal, tanto novo como anterior, deve ser aplicado no seu todo, e não fraccionadamente.

Daí que a quantidade relevante para o nosso caso concreto deve ser referenciada no mapa anexo à Lei n.º 17/2009.

Como se sabe, o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada só se verifica quando “a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada”.²

E não se verifica o vício de insuficiência da matéria de facto quando os invocados factos a provar não constam da acusação ou de pronúncia, se a tiver havido, nem foram alegados pela defesa nem decorreram da discussão da causa.

² Ac.s do TUI, de 22-11-2000, Proc. n.º 17/2000, de 7-2- 2001, Proc. n.º 14/2000, de 16-3-2001, Proc. n.º 16/2000 e de 20-3-2002, Proc. n.º 3/2002.

Tendo em consideração a vinculação temática do tribunal de julgamento relativamente aos factos da acusação – ou da pronúncia, quando a haja – da contestação e da acção conexa, “só poderá haver insuficiência da matéria de facto se a lacuna no apuramento dos factos se referir a uma dos constantes das mencionadas peças processuais”.³

E por Acórdão mais recente de 24 de Novembro de 2010, proferido no Processo n.º 52/2010, o Tribunal de Última Instância reafirmou a posição no sentido de ocorrer o vício “quando a matéria de facto provada, se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos arts. 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.” E que, portanto “não se verifica o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada relativamente a factos não constantes da acusação ou da pronúncia, nem suscitados pela defesa, e de que não resultou fundada suspeita da sua verificação do decurso da audiência, nos termos do disposto nos arts. 339.º e 340.º do Código de Processo Penal”.

Voltando ao caso em apreciação, é de notar que, no decurso de todo o processo, o recorrente nunca levantou dúvida sobre se as plantas apreendidas nos autos continham alguma parte não consumível e a questão

³ Ac. do TUI, de 20-3-2002, Proc. n.º 3/2002.

quanto ao apuramento da quantidade concreta de Cannabis consumível nunca tinha sido suscitada, nem na 1.^a instância nem na 2.^a.

Nos autos ficou provado que o arguido B adquiriu, junto ao recorrente, as plantas de Cannabis com o peso de 13.462 gramas.

E mesmo considerando a mais levada quantidade fixada no mapa para uso diário de Cannabis (folhas e sumidades floridas ou frutificadas), que é de 1g, a quantidade da droga apreendida nos autos excede já cinco vezes a quantidade constante do mapa, pelo que não se deve qualificar a conduta do recorrente como tráfico de menor gravidade.

Face à jurisprudência deste Tribunal de Última Instância e aos factos dados como provados nos autos, sobretudo os referentes à quantidade dos estupefacientes oferecidos pelo recorrente e apreendidos pelos agentes da Polícia Judiciária, que ultrapassa evidentemente cinco vezes a quantidade constante do mapa da quantidade de referência de uso diário anexo à Lei n.º 17/2009, é de crer que não se verifica o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, sendo correcto o enquadramento jurídico-penal operado pelo Tribunal recorrido.

Improcede também a argumentação deduzida pelo recorrente.

4. Decisão

Face ao expendido, acordam em rejeitar o recurso por ser manifestamente improcedente.

Nos termos do art.º 410.º n.º 4 do Código de Processo Penal de Macau, é o recorrente condenado a pagar 4 UC.

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça fixada em 4 UC.

Macau, 3 de Maio de 2013

Juízes: Song Man Lei (Relatora) – Sam Hou Fai –

Viriato Manuel Pinheiro de Lima