

Processo nº 654/2008

(Autos de recurso penal)

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

Relatório

1. Por Acórdão do T.J.B. tirado após novo julgamento realizado em consequência do reenvio dos presentes autos para tal efeito, decidiu-se condenar o arguido **A** como autor da prática de 1 crime de “tráfico de estupefacientes” p. e p. pelo artº 8º, nº 1, do D.L. nº 5/91/M, fixando-lhe o Colectivo a pena de 8 anos e 6 meses de prisão e multa de MOP\$8.000,00 ou, em alternativa, 53 dias de prisão subsidiária; (cfr., fls. 781 a 787-v e 881-v a 882).

*

Inconformado, o arguido recorreu para este T.S.I., motivando para, a final, formar as conclusões seguintes:

“1.ª A decisão recorrida padece de erro de direito integrado no fundamento indicado no n.º 1 do art.º 400.º, vício que, no caso, se articula com o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto apurada, previsto no art.º 400.º, n.º 2, alínea a).

2.ª Houve erro de julgamento e o recurso a dados da experiência comum que se mostram duvidosos, presuntivos e falíveis.

3.ª Concretamente está (ainda) em causa a violação do princípio da tipicidade e, fundamentalmente, do princípio in dubio pro reo.

4.ª O Tribunal ora recorrido exprimiu uma convicção íntima, não sustentada nas provas, sendo impossível compreender o modo como o Tribunal recorrido atingiu a convicção de que o ora recorrente destinava uma ínfima parte das substâncias sintéticas que detinha a cedência a terceiros, através de tal vaga remissão.

5.ª O Tribunal deveria, perante a impossibilidade de apurar concretamente as quantidades destinadas a consumo próprio e as

destinadas a cedência a terceiros, lançar mão do princípio in dubio pro reo e condenar o arguido pelo crime do art.º 9.º.

6.ª O depoimento prestado inicialmente no JIC pelo arguido ora recorrente não é esclarecedor das dúvidas que determinaram o Tribunal a proceder à sua leitura e a sustentar nelas (supõe-se) a vaga conclusão de que o arguido ora recorrente destinava a cedência a terceiros todos os produtos estupefacientes que lhe foram apreendidos.

7.ª A afirmação ali feita pelo arguido de que «destinava as drogas apreendidas ao seu consumo e aos amigos gratuitamente» não permite a leitura de que destinasse necessariamente os três diferentes produtos a cedência a terceiros, podendo significar que apenas destinava a essa cedência a terceiros um deles, a marijuana, conforme fora antes apurado pelas instâncias, e não já os produtos sintéticos.

8.ª Não bastava que o Tribunal de 1.ª Instância se limitasse vagamente a apurar que o arguido destinava uma «pequena porção» dos restantes produtos apreendidos a cedência a terceiros para que se desse por cumprido o desiderato que fora determinado no douto Acórdão do TUI que determinara o reenvio do processo para novo julgamento.

9.ª Mais do que isso, como o exige o princípio do rigor na aplicação do direito, impunha-se mais, que o Tribunal de 1.ª Instância identificasse

a quantidade de produtos destinados a consumo próprio e a quantidade de produtos destinados a cedência a terceiros.

10.ª Resulta hoje de jurisprudência uniforme dos nossos Tribunais Superiores, o tipo do art.º 8.º, por um lado, e o tipo dos art.ºs 9.º, por outro, estão numa relação de alternatividade excludente, pelo que importaria saber qual a porção da droga detida pelo arguido, ora recorrente, que era destinada à cedência a terceiros.

11.ª Tendo sido provado que a droga se destinava a consumo e a venda, impunha-se, como se afirmou, determinar, em concreto, qual a quantidade destinada à cedência a terceiros.

12.ª A dúvida sobre a quantidade detida pelo arguido destinada a ser cedida a terceiros tem de funcionar a favor deste e não contra este. Impunha-se uma decisão favor libertatem e não favor societatem.

13.ª O Venerando TUI tem, uniformemente, fixado jurisprudência no sentido da necessidade da quantificação concreta dos produtos quando esteja em causa a aplicação alternativa do art.º 8.º e do art.º 9.º.

14.ª Sendo embora certo que, no caso, se apurara já, no primeiro julgamento, que o arguido ora recorrente destinava uma quantidade de mariuana não inferior a oito gramas para cedência a terceiros e que bastava, por isso, que se apurasse, no novo Julgamento (conforme

decidiu o TUI), que destinava a cedência a terceiros uma ínfima quantidade dos restantes produtos para ser condenado pelo art.º 8.º e não já pelo art.º 9.º), não bastava ao tribunal de 1.ª Instância concluir que o arguido destinava «uma ínfima» quantidade a esse fim, pois se impunha que se apurasse a quantidade efectiva destinada a essa cedência ou, por exclusão, a que destinava a consumo próprio.

15.ª Também o Venerando TSI se pronunciou no mesmo sentido no seu impressivo Ac. de 3/4/2003.

16.ª Se o Tribunal considerou provado que a substância apreendida na posse do recorrente se destinava ao consumo pessoal por o mesmo ser consumidor e, ao mesmo tempo, para proporcionar a terceiro, devia ter apurado qual a porção de droga destinada ao consumo próprio e à cedência a terceiro, permitindo assim uma correcta subsunção dos factos ao direito.

17.ª Enforma, em consequência, o Ac. recorrido dos vícios de insuficiência da matéria de facto para a decisão e de erro de direito, pelo que deve ser revogado e determinado, uma vez mais, o reenvio do processo para novo julgamento, quando se entenda que o Tribunal de recurso não tem condições para suprir essa insuficiência.

18.ª A decisão recorrida violou o art.º 8.º do DL 5/91/M ao fazer a sua

aplicação) e o art.º 9.º do mesmo diploma (ao desaplicá-lo), assim como violou o princípio in dubio pro reo.”; (cfr., fls. 897 a 912).

*

Em Resposta, pugna o Exmº Magistrado do Ministério Público pela improcedência do recurso; (cfr., fls. 925 s 931).

*

Nesta Instância, juntou o Ilustre Procurador-Adjunto douto Parecer considerando também que o recurso não merece provimento; (cfr., fls. 948 a 949).

Fundamentação

Dos factos

2. Estão dados como provados os factos seguintes:

“Em 16 de Fevereiro de 2006, pelas 21h50, no posto de inspecção

à entrada das Portas de Cerco, os agentes alfandegários interceptaram o arguido A.

Os agente alfandegários encontraram na mochila do arguido A 20 sacos de erva, 10 sacos de pós brancas e 34 comprimidos de cor amarela. (vide fls. 7 do auto de apreensão).

Após o exame laboratorial, os referidos 20 sacos de erva contém Marijuana abrangida pela Tabela I-C anexa ao DL n.º 5/91/M, com peso líquido de 266,32g, os referidos 10 sacos de cor branca contém Ketamina abrangida pela Tabela II-C anexa ao mesmo DL, com peso líquido de 4,598g (de acordo com a análise quantitativa corresponde a 98,65%, no peso de 4,536g); os referidos 34 comprimidos de cor amarela contém MDMA abrangida pela Tabela II-A anexa a este DL (segundo análise quantitativa, corresponde a 28,86%, no peso de 2,398g), e Metanfetamina abrangida pela Tabela II-B e Ketamina abrangida pela Tabela II-C no peso líquido de 8,308g.

Os referidos produtos estupefacientes foram comprados pelo arguido A às 23h00, em 15 de Fevereiro de 2006, na Discoteca 昔日情懷, Gongbei, Zhuhai, de um indivíduo não identificado, e trazidos pelo arguido para Macau, que serviriam para consumo pessoal e alheio, tendo sido a quantidade de marijuana destinada ao consumo alheio não

inferior a 8g, e uma pequena parte dos estupefacientes restantes não destinada ao consumo próprio.

*Em 17 de Fevereiro, às 3h00 da madrugada, os agentes da P.J no domicílio situado em Macau, Areia Preta, Jardim XXX, Bloco n.º XXX, XXX.º andar G, efectuaram uma busca na altura em que o arguido **B** estava neste apartamento.*

*Logo que viu ter entrado os agentes da P.J, o arguido **B** correu para a casa de banho e fechou a porta.*

*Os agente da P.J romperam a porta, acabaram por verificar à pé do arguido **B** um saco de erva (vide fls. 117, o auto de apreensão).*

Após o exame laboratorial, comprovou-se que a referida erva contém marijuana abrangida pela Tabela I-C anexa ao DL n.º 5/91/M, no peso líquido de 3,079g.

*O referido produto estupefaciente pertence ao arguido **B**, e foi deitado no chão por este depois de ter visto o polícia.*

*O arguido **B** deteve os referidos produtos estupefacientes que serviriam para consumo pessoal.*

*Posteriormente, os agentes da P.J deslocaram-se ao apartamento, XXX.º andar L, Bloco n.º XXX de “XXX”, para efectuar uma busca, tendo encontrado 2 sacos de ervas no armário do quarto do arguido **B***

(vide fls. 54, o auto de busca e apreensão).

Após o exame laboratorial, os referidos dois sacos de ervas contém marijuana abrangida pela Tabela I-C anexa ao DL n.º 5/91/M, com peso líquido de 6,292 g.

*Os referidos produtos estupefacientes foram adquiridos pelo arguido **B** junto do indivíduo não identificado, e este adquiriu e deteve os referidos produtos que serviriam para o consumo pessoal.*

*Os arguidos **A** e **B** agiram livre, voluntária, consciente e dolosamente.*

*Os arguidos **A** e **B** conheciam bem o carácter e a natureza dos referidos produtos estupefacientes.*

*Os actos dos arguidos **A** e **B** não são permitidos por nenhuma lei.*

Eles sabiam perfeitamente que os referidos actos são proibidos e punidos pela lei.

O 1.º arguido consumiu Marijuna, Ketamina, MDMA.

O 1.º arguido declarou que consumia 3 a 4 cigarros de Marijuana e 2 saquinhos de Ketamina e MDMA por dia.

O 1.º arguido não confessou os factos e é delinquente primário.

O 1.º arguido declarou que antes de ser preso era DJ mediante o salário de MOP12.000,00, tem a seu cargo os filhos que teve com duas

ex-namoradas. O arguido terminou o curso de ensino universitário.”;
(cfr., fls. 879-v a 880-v).

Do direito

3. Feito que está o relatório, e transcrita que também ficou a factualidade dada como provada, é momento de apreciar e decidir o presente recurso.

Como já resulta do que se deixou relatado, o Acórdão objecto do presente recurso foi proferido em sede de um novo julgamento realizado em consequência do reenvio ordenado pelo V^{do} T.U.I., no douto Ac. de 10.10.2007.

Neste veredicto, e apreciando-se a questão (então também colocada) da “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, consignou-se o que segue:

“Deu-se como provado que o arguido detinha marijuana destinada ao consumo alheio em quantidade não inferior a 8g.

Nesta parte, afigura-se-nos que não há qualquer obscuridade

porque o Tribunal Colectivo foi muito preciso - possivelmente, tanto quanto pôde - quanto à quantidade destinada ao consumo alheio. E não podemos presumir que se enganou.

Contudo, considerando que este TUI tem entendido que, para efeitos do art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, se deve considerar quantidade diminuta de marijuana (Cannabis Sativa L) uma porção entre 6 e 8 gramas (Acórdão de 26 de Setembro de 2001, no Processo n.º 14/2001), a quantidade deste produto que o Tribunal Colectivo deu como provado que o arguido destinava ao consumo alheio está precisamente no limite do crime de tráfico de quantidades diminutas, previsto e punível pelo art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M (Já se o Tribunal tivesse dado como provado que o arguido detinha para consumo alheio quantidade superior a 8 gramas de marijuana (Cannabis Sativa L), já o facto integrava o tipo do art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M).

Assim, face a tal quantidade (não inferior a 8 g.), o arguido só poderia ter sido condenado como traficante de quantidades diminutas.

Assim sendo, é crucial saber-se qual o destino dos produtos na forma de pó branco (10 sacos) e comprimidos (34) que o arguido detinha.

Basta que o Tribunal dê como provado que o arguido detinha para fim que não para consumo pessoal uma ínfima porção, para que a sua conduta integre o crime previsto e punível pelo crime previsto no art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/911M, já que tal quantidade irá somar-se aos 8 gramas de marijuana (Cannabis Sativa L), nos termos explicitados no Acórdão deste TUI, de 15 de Novembro de 2002, no Processo n.º 11/2002 (qualificação de quantidade diminuta face à mistura de drogas).

Ora, o Tribunal Colectivo deu como provado que o arguido consumiu Marijuana, Ketamina e MDMA mas não deu como provado ou não provado um facto alegado pela acusação: que o arguido detinha Ketamina, MDMA e Metanfetamina para fim que não para o seu consumo pessoal.

Na verdade, a expressão consignada na parte dos factos não provados (Outros factos relevantes constantes da acusação que não correspondem aos factos provados) é meramente tabelar e burocrática e não garante a este Tribunal que o tribunal de julgamento tivesse querido considerar não provado o mencionado facto.

O conhecimento destes factos é essencial no circunstancialismo mencionado, pele que se verifica insuficiência para a decisão da matéria de facto provada. Já não seria essencial se o Tribunal tivesse dado como

provado que o arguido detinha para consume alheio quantidade superior a 8 gramas de marijuana, pois o facto integrava o tipo do art. 8. n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.”; (cfr., fls. 786 a 787).

Daí, o determinado reenvio a que se fez referência.

Certo sendo que, atenta a factualidade agora dada como provada no âmbito do novo julgamento, acatou o T.J.B. o que determinado tinha sido no douto Acórdão do V^{do} T.U.I., cremos pois que correcta não é a afirmação pelo recorrente produzida no sentido de que padece (novamente) o Acórdão recorrido do (mesmo) vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”.

De facto, esta só se verifica quando o Tribunal não investiga ou emite pronúncia sobre factos “matéria do processo”, e, de uma mera leitura à factualidade dada como provada e não provada, evidente se nos mostra que investigou o Colectivo a quo toda a matéria que lhe cabia investigar, tendo também emitido pronúncia quanto à que considerou provada e não provada.

Na verdade, e no caso dos presentes autos, ao referido Colectivo cabia (tão só) investigar o destino que o arguido ora recorrente pretendia dar ao “restante produto estupefaciente” pelo mesmo detido, ou seja, os “10 sacos de pó branco” (ketamina) e os “34 comprimidos”, que continham MDMA e Metanfetamina, isto, já que no que dizia respeito à Marijuana, apurado estava que era a mesma “destinada ao consumo alheio em quantidade não inferior a 8g”.

Assim, e tendo o Colectivo a quo dado como provado que “uma pequena parte dos estupefacientes restantes não era destinada ao consumo do arguido”, bem se vê que adequado não é considerar-se que padece o Acordão recorrido de (nova) “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”.

Assim, “quid iuris”?

Creemos que imperativo é julgar-se improcedente o presente recurso.

Como se sabe, e repetidamente tem este T.S.I. afirmado, de nada

vale ao arguido, em sede de recurso, tentar impor a sua versão dos factos, considerando que se devia ou não devia dar como provado determinado facto, pois que, tendo o Tribunal formado a sua convicção, de forma livre, com base em declarações e depoimentos prestados ou reproduzidos em audiência de julgamento, como foi o caso, mais não faz do que afrontar o “princípio da livre apreciação da prova” plasmado no art. 114º do C.P.P.M., o que não pode proceder.

Para além disso, há que notar também que, da nossa apreciação, nenhum elemento dos autos nos leva a considerar que incorreu o mesmo Colectivo em (eventual) “erro notório na apreciação da prova”, e, assim, não indicando também o ora recorrente como, ou em que termos, poderá ter ocorrido tal “erro”, há pois que se dar por definitiva a factualidade dada como provada e atrás retratada

Assim, continuemos.

Pois bem, da dita factualidade resulta de forma clara que uma parte em “quantidade não diminuta” do produto estupefaciente pelo recorrente detido não era destinada ao seu consumo.

Assim, verificado estando também que agiu de forma voluntária, sabendo que proibida e punida era a sua conduta, ainda que quantificada não esteja a “parte do produto que não era destinada ao consumo”, (e não sendo de se olvidar que o Tribunal não é nenhuma “máquina de verdade”, tendo apurado o que lhe foi possível e tendo também justificado de forma que nos parece não merecedora de censura a sua convicção), há que dizer que é aquela matéria bastante para se dar como provada a prática pelo ora recorrente de um crime de “tráfico de estupefacientes” do art. 8º, n 1 do D.L. nº 5/91/M, tal como decidido foi pelo Colectivo a quo, nenhuma censura merecendo assim a decisão ora recorrida.

Nesta conformidade, e apreciadas que assim nos parecem ficar todas as questões colocadas no presente recurso, imperativo é concluir-se que o mesmo não procede.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, acordam negar provimento ao recurso.

**Custas pelo recorrente com taxa de justiça que se fixa em 6
UCs.**

Macau, aos 28 de Novembro de 2008

José M. Dias Azedo

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira