

Processo n.º 223/2009

(Recurso Penal)

Data: 18/Junho/2009

Recorrentes: A (XXX)
B (XXX)

Objecto do Recurso: Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

Vêm interpostos dois recursos, um por **A** e outro por **B**, condenados que foram no TJB,

pela prática, em co-autoria material e na forma consumada dum crime de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M, respectivamente, **na pena de 8 anos e 9 meses de prisão efectiva, e de MOP15.000,00 de multa, ou em alternativa, 99 dias de prisão.**

A, alega, em síntese conclusiva:

Erro notório na apreciação da prova (artigo 400.º n.º 2 alínea c) do Código de Processo Penal), pelas seguintes razões:

1. *A decisão recorrida, na convicção de factos, assinalou o seguinte :*

como foi encontrado e apreendido na posse do 2.º arguido seiscentos Hong Kong dólares, e este não se encontrava sem nenhum dinheiro, não se consegue dar como provado que o acto do 2.º arguido tinha por fim adquirir dinheiro para comprar drogas destinadas à satisfação da sua necessidade de consumo.

2. No entanto, o raciocínio do Tribunal Colectivo da 1.ª instância não coincide com o que foi descrito nos factos provados: nomeadamente a antecedência criminal, o estado de desemprego e rendimentos do recorrente.

3. Dos demais factos provados do acórdão do Tribunal Colectivo da 1.ª instância resulta que o recorrente cometeu um crime de consumo de estupefaciente em 9 de Junho de 2007, e um crime de detenção da droga para consumo pessoal em 18 de Agosto de 2007. A sua antecedência criminal revelou que ele próprio é tóxico-dependente.

4. Alias, foi indicado nos outros factos provados da decisão recorrida:

O 2.º arguido alegou que frequentava o curso de formação de croupier antes de ser preso, e estava disposto a se dedicar a esta actividade, sem nenhuma experiência de trabalho, recebendo dos familiares a mesada no montante de três mil patacas...

5. Assim, o recorrente viva com dependência nas mesadas dadas pelos seus familiares no montante de três mil patacas. Conforme as regras de experiência geral, uma mesada de três mil patacas não dá para sustentar as despesas quotidianas de um tóxico-dependente adulto, não lhe permite a comprar uma vez estupefacientes de trezentas patacas.

6. O recorrente tem de pagar mensalmente 1.500,00 patacas como despesa de gasolina (tal como é mencionado pela irmã C na audiência e julgamento, a quantia de

seiscentas patacas encontrada na sua posse era para pagar despesa de gasolina. Alias, o recorrente tem de pagar pequeno almoço e almoço todos os dias. O recorrente viva com dependência na mesada de três mil patacas dada pelos familiares, o que é apenas suficiente para manter a sua vida quotidiana.

7. *É necessário um grande montante de dinheiro para aquisição de estupefacientes, imagina se despende duzentas patacas por dia para comprar estupefacientes, custará seis mil patacas por mês.*

8. *Assim, o recorrente não tem dinheiro suficiente para comprar drogas destinadas à satisfação dos seus vícios.*

9. *Dai que o facto de ser encontrado na posse do 2.º arguido seiscentos Hong Kong dólares, não pôde excluir na íntegra a possibilidade de ele precisar do dinheiro para satisfazer a sua própria necessidade de consumo.*

10. *Uma vez que o Tribunal Colectivo da 1.ª instância deu como provado que o recorrente obteve dinheiro não para comprar estupefacientes destinados à satisfação da sua própria necessidade de consumo, a sentença recorrida enferma do erro notório na apreciação da prova previsto no artigo 400.º n.º 2 alínea c) do CPPM.*

Violação do princípio de in dubio pro reo pelas seguintes razões:

11. *Tendo em vista a sua antecedência criminal e o facto de que este encontrava-se desempregado ao ser detido, tudo isto é suficiente para provar que o recorrente vendeu drogas para poder, com o dinheiro obtido, adquirir drogas destinadas ao consumo pessoal.*

12. *Ainda que se entenda não haver provas suficientes para comprovar que o*

recorrente vendeu droga para poder, com o dinheiro obtido, adquirir drogas destinadas ao consumo pessoal, não se poderá excluir essa possibilidade. Sendo assim, existem razoáveis dúvidas sobre o objectivo que o recorrente tinha ao vender a droga. À luz do princípio de in dubio pro reo, deve-se dar por provado que o recorrente vendeu drogas para poder, com o dinheiro obtido, adquirir drogas destinadas ao consumo pessoal.

13. Se for assim, a sentença recorrida violou o princípio de in dubio pro reo.

Face ao exposto, pede seja dado provimento ao recurso, e subsequentemente, convolado o crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M que foi imputado ao recorrente, em crime de tráfico-consumidor p. e p. pelo artigo 11.º n.º 1 do mesmo DL.

B, alega, em sede de conclusões:

a) Salvo o devido respeito, não se justifica, de todo em todo, a pena de 8 anos e 9 meses de prisão e multa de 15000 patacas em que o Arguido foi condenado pela prática do crime de tráfico de droga.

b) O Arguido confessou os factos, designada mente no julgamento.

c) A situação delituosa que levou à detenção do Arguido em flagrante delito foi provocada por agentes policiais.

*d) A detenção do primeiro arguido **D** aconteceu de forma arbitrária, sem justa causa que a explicasse ou justificasse, o mesmo se dizendo em relação à busca feita em sua casa;*

e) Depois de o deterem e de lhe terem apreendido uma pequena dose de droga

destinada ao seu consumo pessoal, os agentes policiais determinaram ao arguido D que simulasse a pretensão de adquirir droga.

f) O segundo Arguido, A, foi contactado telefonicamente (uma segunda opção, pois a primeira não obteve resposta).

g) Por sua vez, contactou também telefonicamente com o ora Recorrente, que só aceitou após insistência daquele.

h) Foi à custa desta forma artilosa que o ora Recorrente foi chamado a cometer o crime pelo qual o sancionaram.

i) O que justifica que a sentença seja superiormente reapreciada tendo em vista a sua revogação, dado que, em nosso entender, se verifica a violação do disposto no n° 1 e na parte final da alínea a) do n° 2 do artigo 113° do Código de Processo Penal (CPP).

j) As referências na sentença sobre declarações anteriores do Arguido, determinam seja invocada a nulidade insanável que afecta a acareação de 17/01/2008, realizada sem que o Arguido estivesse acompanhado do seu próprio defensor.

k) O único advogado presente representava o co-arguido, com interesses incompatíveis - artigo 54°, n° 1, do CPP.

l) Qualquer arguido tem especialmente direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos processuais - artigos 51°, alíneas d) e e), e ambos do CPP.

m) A assistência de um defensor é obrigatória, como prescreve o artigo 53°, n°s. 1 e 2, do CPP.

n) Trata-se de uma nulidade insanável - artigos 51°, alíneas d) e e), 53°, n°s. 1 e 2, e 105°, n° 1, 106°, alínea c), todos do CPP.

o) Reconhecida e declarada como tal pelo Tribunal (artigo 106º do CPP), a nulidade acarreta a invalidade da acareação e dos actos dependentes.

p) Não é invocável, seja para que efeito for, o resultante da diligência de acareação, devendo o Tribunal declarar que mais fica conseqüentemente invalidado - artigo 109º, n.ºs. 1 e 2, do CPP.

q) Importa que o poder judicial estabeleça os parâmetros de liberdade de actuação das polícias no uso de meios de incitação à prática de crimes e à revelação de "criminosos".

r) No caso vertente, o Arguido confessou a prática do crime de tráfico mas não que o teria praticado sem o impulso da intervenção policial, o que igualmente se não provou.

s) São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidos por meios enganosos - artigo 113º, n.º 1, e n.º 2, alínea a), parte final, do Código de Processo Penal.

t) As práticas de provocação de um crime viciam a vontade dos arguidos e põem em causa um princípio fundamental num Estado de Direito, o de presunção de inocência.

u) O Tribunal deu como provado que a polícia levou um jovem a simular querer o que não queria nem precisava: adquirir estupefacientes.

v) Também que esse jovem contactou outro jovem, e este outro o ora Recorrente, tudo em cumprimento de determinação policial.

w) Não fora a actuação da Polícia, o crime dos autos nunca teria acontecido.

x) As pessoas devem ser punidas por aquilo que fazem.

y) E não por aquilo que as autoridades policiais os levam a fazer.

z) Tratando-se de jovens, mais incompreensível, indefensável e injustificável se torna a actuação policial.

aa) Inexiste prova que sustente a alegação do Tribunal de que a intenção de tráfico já havia sido formada antes, no momento da aquisição dos estupefacientes, e que foi essa intenção que a actuação policial veio revelar e não provocar.

bb) Não se provou que o Arguido tivesse cometido anteriormente um qualquer crime de tráfico de estupefacientes.

cc) E não se pode presumir que o Arguido tinha a intenção de cometer um crime

dd) A mera hipótese não é nem seria nunca punível criminalmente.

ee) Não está dado como provado na Sentença que o Arguido iria traficar os estupefacientes detidos.

ff) Tal facto nem consta, dessa forma, da acusação.

gg) A Polícia não deteve o Arguido em flagrante delito de tráfico.

hh) Mas foi indubitavelmente a actuação da Polícia que colocou o Arguido em situação de ser surpreendido em flagrante delito de posse.

ii) A Polícia impôs a outros que incentivassem o Recorrente a praticar um crime que provavelmente nunca teria sido cometido.

jj) Foi à custa de um ardil, de um meio enganoso perfeitamente ilegal, que o Arguido acabou por se prontificar a ceder uma pequena dose de droga.

kk) À luz dos valores defendidos pelo artigo 113º do CPP, o procedimento policial é ilegal e invocável, por não se justificar, de todo em todo, o seu uso contra o

Arguido.

ll) Só no caso de notórios traficantes, e apenas nesses, é que se justificaria a montagem da armadilha usada contra o Arguido.

mm) No caso dos autos, não ocorriam as condições para validar o procedimento policial, pelo que não é utilizável a prova assim produzida, em que a douta sentença recorrida se sustentou.

nn) A jurisprudência corrente considera que o uso dos meios enganosos só se justifica quando tenha sido feita prova de que, anteriormente, já ocorria uma prática continuada do crime de tráfico.

*oo) Não existem no processo elementos de prova da prática continuada anterior do crime de tráfico pelo arguido **B**.*

pp) A douta acusação deduzida não incluía qualquer pressuposto respeitante à prática anterior e continuada do crime de tráfico.

qq) E a respectiva prova - da prática continuada de crime de tráfico -, teria de ser feita em audiência de ser dado como provado na sentença, o que não sucedeu, nem num nem noutro caso.

*rr) A **única prova** sólida que existe, mas que é inválida, é a respeitante à prática do crime que a actuação da Polícia levou o Arguido a cometer.*

*ss) **Não existe prova de quaisquer factos relevantes** para além dos próprios factos produzidos em função da provocação da Polícia.*

*tt) No caso em apreço, temos evidenciado um injustificado **uso de meios enganosos**, o que invalida a prova - artigo 113º do CPP.*

uu) Ver um jovem ardilosamente atraído para cometer um erro gravíssimo

pelas próprias forças policiais é o erro maior.

vv) *A produção de prova da **existência prévia de prática continuada** do crime de tráfico teria sempre de assentar em prévia previsão acusatória, sob pena de **nulidade** por **alteração substancial de factos** - artigos 340º e 360º, alínea b), do CPP.*

ww) *Mesmo que se entendesse que tal não significaria uma alteração **não substancial** de factos, ocorreria sempre a **nulidade** inerente à violação dos artigos 339º e 360º, alínea b), do CPP.*

xx) *E ainda que se **fizesse grava em audiência de julgamento** (princípios da audiência e da imediação), tal teria de constar expressamente da **lista de factos provados da sentença**.*

yy) *A prova que resulta dos autos é insuficiente, inválida e até mesmo inexistente, não sustentando de modo algum a condenação do Arguido numa pena de oito anos e nove meses de prisão e multa – o que se enquadra na previsão do artigo 400º, nº 2, alínea a), do CPP.*

zz) *Não estão reunidas as imprescindíveis condições de facto e de direito para que se possa considerar válida a prova cuja produção foi determinada pela intervenção da polícia.*

aaa) *O erro vive e nós e entre nós e deve ser afastado, mas nunca por nunca deve ser encorajado e muito menos provocado pelas autoridades.*

bbb) *Situações anómalas e injustificadas como a dos autos não podem justificar uma punição severíssima de jovens, que ficam privados da vida em função de uma injustificada intervenção policial.*

ccc) *Ao dar como boa a actuação policial, a douta sentença recorrida viola o*

princípio fundamental in dubio pro reo, a presunção de inocência.

ddd) E viola igualmente o direito de defesa do Arguido, que nunca foi colocado perante o pressuposto acusatório de anteriormente ter praticado de forma continuada o crime de tráfico de estupefacientes.

eee) Na douta sentença recorrida o Tribunal não o parece ter atentado ao facto do Recorrente ser delinquente primário.

fff) Ponderando-se devidamente a Inexistência de antecedentes criminais relevantes, a confissão dos factos, a juventude do Arguido, a artilosa provocação que o induziu à prática do crime em apreço, e a ausência de indícios de actividade prévia, duradoura ou continuada, do crime de tráfico, a medida concreta da pena a ser aplicada ao ora Recorrente B, mais do que diminuída para o mínimo legal, deve sim submetida ao regime de atenuação especial previsto pelos artigos 66º e 67º do Código Penal.

Nestes termos, entende, deverá ser dado integral provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida e, conseqüentemente, determinando-se a absolvição do arguido.

Quando assim se não entenda, deverá a medida concreta da pena a aplicar ao Recorrente ser especialmente atenuada, concretamente ao abrigo do previsto pelos artigos 66º e 67º do Código Penal, fixando-se o mais próximo possível junto do mínimo legal assim encontrado.

O Digno Magistrado do MP oferece douta resposta,

rebatendo a argumentação dos recorrentes, defendendo o acerto do decidido, de forma tal que em boa parte merece o acolhimento na fundamentação expendida neste acórdão

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu o seguinte duto parecer:

O nosso Exmº Colega demonstra, proficientemente, a sem razão dos recorrentes.

E apenas tentaremos complementar, num ou noutro ponto, as suas criteriosas explanações.

*Relativamente à motivação do arguido **B**, não se verifica, de facto, a alega da violação do art. 113º, n.º 2, al. a), do C. P. Penal, devendo ter-se por legítima a questionada actuação policial.*

No sentido apontado tem decidido o Tribunal de Última Instância (cfr. acs. de 27/6/2002 e 9/10/2002, procs. nºs. 6/2002 e 10/2002 - tendo o primeiro sido referenciado, também, no acórdão recorrido).

Conforme se frisa no segundo aresto, numa situação análoga, “a transacção montada pela polícia serviu apenas para revelar os elementos da prática do crime por parte do recorrente, mas não para provocar o recorrente a praticar actos de crime que não tinha intenção de realizar”.

Apurou-se, na realidade, além do mais que, pelo menos uma semana antes do facto em apreço, os 2º e 3º arguidos “começaram a colaborar em vender Ketamina, nos estabelecimentos de karaoke e discoteca, às pessoas que se encontravam a divertir ali,

pelo preço de 250 a 300 patacas por cada pacote”.

E averigou-se, ainda, a propósito, que a droga apreendida se destinava à venda ao 1º arguido “e a outras pessoas”.

A pretendida atenuação especial da pena, por outro lado, não pode deixar de ter-se como descabida.

Não se verifica, na verdade, o especial quadro atenuativo que o art. 66º do C. Penal exige.

Conforme se sabe, a acentuada diminuição da culpa ou das exigências de prevenção (“necessidade da pena”) constitui o pressuposto material da sua aplicação.

E isso só acontece “quando a imagem global de facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante (s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo” (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, 306).

A favor do 30 arguido, realmente, nada de relevante se provou.

Em termos agravativos, por seu turno, há que realçar a quantidade de droga em causa (sendo certo que o conceito de “quantidade diminuta” de Ketamina é preenchido com a dose de 1 grama).

A atenuação especial - convém recordá-lo - só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais.

E a situação em foco não integra, seguramente, esse condicionalismo.

No que concerne ao recurso do arguido A, há que rechaçar, sem hesitação, a propugnada convolação.

O art. 11º do Dec-Lei n.º 5/91/M, de 28-1, prevê a figura do traficante-consumidor, isto é, a situação em que "o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir substâncias ou preparados para uso pessoal" (sublinhado acrescentado).

E essa situação não encontrou qualquer apoio na matéria de facto fixada.

O tipo privilegiado em causa pressupõe, em suma, "uma toxicod dependência e um tráfico, mas este a ser exercido apenas por causa daquela ..." (cfr. ac. deste Tribunal, de 14-9-2000, proc. n.º 137/2000).

Este Tribunal, entretanto, tem-se pronunciado pela alteração oficiosa da qualificação jurídico-penal efectuada na 1ª Instância.

E há uma questão que, em nosso juízo, não pode deixar de ser chamada à colação.

Trata-se, concretamente, da actuação em co-autoria dos recorrentes - que implica, naturalmente, o seu enquadramento na al. g) do art. 10º do Dec-Lei n.º 5/91/M, de 28-1.

Houve, efectivamente, "in casu", uma decisão conjunta e uma execução igualmente conjunta.

Sintomaticamente, aliás, essa situação de "co-autoria material" é expressamente referida no duto acórdão.

Uma outra correcção merece, a nosso ver, a decisão recorrida.

Na esteira da Jurisprudência desta Segunda Instância, com efeito, tendo em conta o comando do art. 6º do Dec.-Lei n.º 58/95/M, de 14-11, o "quantum" da pena de prisão subsidiária deve ser objecto de adequada redução (cfr., nomeadamente, ac. de 17-7-2008, proc. n.º 370/2008).

Este o nosso parecer.

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

“(…)

Factos provados:

Pelo menos a partir de uma semana antes do dia 8 de Novembro de 2007, os arguidos **A** e **B** começaram a colaborar em vender Ketamina, nos estabelecimentos de karaok e discoteca, às pessoas que se encontravam a divertir ali, pelo preço de 250 a 300 patacas por cada pacote.

Os arguidos **A** e **B** costumavam todas as vezes repartir igualmente os lucros resultantes da venda das drogas.

No dia 8 de Novembro de 2007, pelas 19h30, os agentes da PJ interceptaram o arguido **D** no Centro de Jogo Electrónico “XXX” da Travessa XXX, dirigiram-se com este ao apartamento localizado na Avenida do Almirante Lacerda n.º XXX, Edif. XXX, XXX.º andar A. Em resultado da busca ali realizada, foi encontrado na gaveta da secretária do seu quarto um saco plástico manchado de pós brancos

Após o exame laboratório, o referido saco plástico está manchado de Ketamina abrangida pela Tabela II-C anexa ao DL n.º 5/91/M (com a redacção introduzida pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio).

O referido saco plástico continha Ketamina, que foi adquirido pelo arguido **D** junto de um jovem da identidade não apurada ao pé do Hotel Hoi Pang na Areia Preta, pelo preço de duzentos e cinquenta patacas três semanas atrás, e foi deixado na sua residência após o consumo.

Sob arranjos dos agentes da P.J, o arguido **D**, através do telefone (número 6XXXXXXX), entrou em contacto com o arguido **A**, combinando com este uma transacção de drogas junto à porta do Restaurante *Eskimo*, localizado na Praça *Dynasty* às 22h45 do mesmo dia.

Nas horas combinadas, ou seja, às 22h45, o arguido **A** conduziu o carro (matrícula n.º ML-XX-XX), chegou ao pé do *Eskimo* da Praça *Dynasty*, tendo o arguido **B** estado sentado no lugar co-piloto.

A seguir, os agentes da P.J efectuaram uma busca no seu carro, acabaram por encontrar debaixo do volante um saco plástico transparente em que se continha quarenta pacotes de pó branco e dois comprimidos de cor laranja clara.

Após o exame laboratorial, os referidos quarenta pacotes de pó branco têm o peso líquido de 29,338 gramas; contendo Ketamina, substância abrangida pela Tabela II-C anexa ao DL n.º 5/91/M (com redacção introduzida pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio), com o peso líquido de 27,355 gramas; os referidos dois comprimidos de cor laranja clara pesam 0,370 gramas, contendo Nimetazepam substância abrangida pela Tabela IV, anexa ao mesmo Decreto-lei.

As referidas drogas eram possuídos pelos arguidos **A** e **B** em conjunto e ocultadas dentro do carro acima referido a fim de as vender ao arguido **D** e a outras pessoas.

Durante o inquérito, os agentes da P.J encontraram na posse do arguido **B**

um telemóvel preto, da marca Sony Ericsson, novecentos Hong Kong dólares e seiscentas patacas.

O referido telemóvel apreendido na posse do arguido **B** era instrumento de contacto utilizado na transacção de droga, enquanto o dinheiro foi adquirido através da venda de droga.

Entretanto, os agentes da PJ encontraram na posse do arguido **A** um telemóvel preto, da marca Sony Ericsson e seiscentos Hong Kong dólares.

O referido telemóvel apreendido na posse do arguido **A** era instrumento de contacto utilizado na transacção de droga, enquanto o dinheiro foi adquirido através da venda de droga.

Os agentes da PJ apreenderam o carro que o arguido **A** conduziu com matrícula n.º ML-XX-XX.

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

Os arguidos **D**, **A** e **B** conheciam perfeitamente a natureza e as características das drogas por estes adquiridas e detidas.

O arguido **D** sabia bem que não se pode adquirir drogas para consumo pessoal, sem que isso seja autorizado.

Os arguidos **A** e **B** adquiriram, transportaram, venderam e ocultaram ou detiveram as drogas, a fim de as pôr em venda ou fornecer aos outros, por acordo e em conjugação de esforços, com intenção de obter os interesses pecuniários.

Os arguidos **D**, **A** e **B** sabiam bem que os seus actos foram punidos e proibidos pela lei.

*

Mais se provou:

De acordo o CRC, o 1.º arguido é delinquente primário.

O arguido trabalha como croupier no casino mediante salário mensal de 14.000,00 patacas, e viva com os pais. O seu pai é gerente do estabelecimento nocturno, e a mãe é croupier. O arguido tem uma irmã que trabalha na Austrália. O arguido tem como habilitação literária o 1.º ano do curso do ensino secundário complementar.

*

Conforme o CRC, o 2.º arguido não é delinquente primário.

Em 9 de Junho de 2007, o arguido foi condenado na multa de MOP5.000,00 patacas por cometer um crime de consumo de estupefaciente no processo penal sumário CR2-07-0105-PSM, ou convertida em 33 dias de prisão. A sentença transitou-se em julgado em 20 de Junho de 2007. O arguido cometeu o crime em 9 de Junho de 2008, e pagou a multa no dia 13 de Setembro de 2007.

Em 18 de Agosto de 2007, o arguido foi condenado na pena de 1 ano e 2 meses de prisão por cometer um crime de tráfico de estupefaciente em quantidade diminuta e um crime de detenção de droga para consumo pessoal, com suspensão da execução de pena por 2 anos, e na multa de MOP9.000,00 ou convertida em 60 dias de prisão. A sentença transitou-se em julgado no dia 10 de Setembro de 2007. O arguido cometeu o crime em questão no dia 18 de Agosto de 2007 e pagou a multa no dia 22 de Outubro de 2007.

O 2.º arguido alegou que frequentava o curso de formação de croupier antes de ser preso, e estava disposto a se dedicar a esta actividade, sem nenhuma experiência de trabalho, recebendo dos familiares a mesada no montante de três mil patacas. O arguido mora junto com os familiares, sendo o seu pai mestre de obras, e a

mãe doméstica. O arguido tem mais um irmão e uma irmã mais velha, sendo ambos casados e contabilistas do casino. O arguido tem como habilitação literária o 5.º ano do curso do ensino secundário.

*

De acordo com o CRC, o 3.º arguido é delinquente primário.

O 3.º arguido alegou ser DJ numa karaoke antes de ser preso, mediante o salário mensal de alguns mil patacas. Os pais do arguido são divorciados, vivendo o arguido junto com o pai que é operário de construção. O arguido tem duas irmãs mais jovens que estudam na escola secundária. O arguido terminou o curso do ensino primário.

*

Factos não provados:

Outros factos essenciais descritos na acusação e contestação que não estão conforme com os factos provados.

Ainda alguns dias atrás, o arguido **D** comprou junto ao arguido **A**, um pacote de Ketamina pelo preço de trezentas patacas, destinado ao consumo pessoal

O referido carro era utilizado pelos arguidos **A** e **B**, como meio de transporte na transacção das drogas.

*

O contestante não tem rendimento para comprar drogas para o seu consumo pessoal.

O estupefacientes geraram para o arguido sofrimentos de tal modo insuportáveis que ele chegou a prestar auxílio ao acto de tráfico do 3.º arguido, no entanto, esgotou toda a quantia da remuneração na aquisição de estupefacientes

destinada ao consumo pessoal, para satisfazer o vício cada vez mais agravante.

*

Convicção do Tribunal.

O 1.º arguido, na declaração prestada na audiência de julgamento, confessou que tinha adquirido drogas para consumo pessoal, alegando que naquele dia, telefonou para o 2.º arguido fingindo comprar drogas, e depois os 2.º e 3.º arguidos chegaram ao local combinado para transacção. Alias, o 1.º arguido negou ter adquirido drogas junto do 2.º arguido alguns dias antes da ocorrência do caso. No entanto, este declarou, no interrogatório do JIC, que tinha adquirido drogas do 2.º arguido. Foi lida a referida declaração na audiência de julgamento.

O 2.º arguido, na sua declaração prestada na audiência de julgamento, confessou que no dia do caso, recebeu o telefonema do 1.º arguido que lhe pediu drogas, e depois contactou com o 3.º arguido para vender drogas ao 1.º arguido. Mas, o 2.º arguido negou ter fornecido drogas a outros, junto com o 3.º arguido, no entanto, no interrogatório do JIC, o 2.º arguido admitiu que colaborava com o 3.º arguido a vender drogas por cerca de duas semanas, tendo sido lida a declaração na audiência de julgamento.

O 3.º arguido, na declaração prestada na audiência e julgamento, confessou que preparou, a pedido do 2.º arguido, cinco pacotes de Ketamina para vender ao amigo dele, além de admitir que as drogas tinham sido adquiridas mais cedo e ocultadas no seu carro. Mas o 3.º arguido negou ter fornecido drogas a outros em colaboração com o 2.º arguido, defendendo que os quarenta pacotes de Ketamina ocultados no carro são aqueles que ia levar ao *night club* para consumir junto com os seus amigos. No entanto, aquando do interrogatório no JIC, o 3.º arguido, apesar de

negar ter colocado drogas no dentro do seu carro, confessou colaborar com o 2.º arguido a pôr em venda as drogas por cerca de uma semana. Foi lida a dita declaração na audiência e julgamento.

Os agentes da P.J incumbidos da investigação do caso, prestaram declarações na audiência e julgamento, relataram clara e objectivamente o decurso de interceptar o 1.º arguido e encontrar na sua residência o saco plástico manchado de drogas, bem como a detenção do 2.º e 3.º arguidos com a ajuda do 1.º arguido, alias, confirmou o facto de ter encontrado drogas apreendidos no carro dos dois arguidos.

O relatório do Laboratório de Polícia Científica confirmou a coisa apreendida como estupefacientes, identificando a respectiva qualidade e quantidade.

(...)"

III – FUNDAMENTOS

1. Recurso de A

1.1. Motivando o seu recurso, o recorrente elabora sobre anteriores condenações e sobre a constatação de dado circunstancialismo fáctico - nomeadamente a situação de desempregado e que frequentava, à data dos factos, um curso de formação de *croupier*, bem como a mesada de Mop\$3,000.00 que a família lhe dava -, para tentar convencer que era um tóxico-dependente e a sua actividade ter-se-ia devido à necessidade de arranjar dinheiro para poder prover à angariação dos produtos

estupefacientes de que careceria, pedindo, a final, a absolvição do crime de tráfico de estupefacientes, p. e p.p. art. 8º, nº 1 do D.L. 5/91/M, de 28 de Janeiro, e a convolação do mesmo para traficante-consumidor, p.e p. pelo art. 11º, nº 1 deste diploma legal.

Para tanto, aponta ao decidido, erro notório na apreciação da prova, vício referido no art 400º, nº 2, al. c), do C. P. Penal e violação do princípio *in dubio pro reo*, por não se poder excluir a hipótese por si configurada.

1.2. Não há qualquer erro notório na apreciação da prova.

O que é notório é a discordância do recorrente quanto à forma como o tribunal apreciou a prova.

o "erro notório na apreciação da prova" constitui uma insuficiência que só pode ser verificada no texto e no contexto da decisão recorrida, face aos elementos constantes dos autos, 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.

Qualquer 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.

E na dimensão valorativa das "regras da experiência comum" situam-se as descontinuidades imediatamente apreensivas 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.

1.3. Projectemos estas considerações no caso concreto.

O Tribunal *a quo*, com acima se viu, na formação da sua convicção, afirmou:

“O 1.º arguido, na declaração prestada na audiência de julgamento, confessou que tinha adquirido drogas para consumo pessoal, alegando que naquele dia, telefonou para o 2.º arguido fingindo comprar drogas, e depois os 2.º e 3.º arguidos chegaram ao local combinado para transacção. Alias, o 1.º arguido negou ter adquirido drogas junto do 2.º arguido alguns dias antes da ocorrência do caso. No entanto, este declarou, no interrogatório do JIC, que tinha adquirido drogas do 2.º arguido. Foi lida a referida declaração na audiência de julgamento.

O 2.º arguido, na sua declaração prestada na audiência de julgamento, confessou que no dia do caso, recebeu o telefonema do 1.º arguido que lhe pediu drogas, e depois contactou com o 3.º arguido para vender drogas ao 1.º arguido. Mas, o 2.º arguido negou ter fornecido drogas a outros, junto com o 3.º arguido, no entanto, no interrogatório do JIC, o 2.º arguido admitiu que colaborava com o 3.º arguido a vender drogas por cerca de duas semanas, tendo sido lida a declaração na audiência de julgamento.

O 3.º arguido, na declaração prestada na audiência e julgamento, confessou que preparou, a pedido do 2.º arguido, cinco pacotes de Ketamina para vender ao amigo dele, além de admitir que as drogas tinham sido adquiridas mais cedo e ocultadas no seu carro. Mas o 3.º arguido negou ter fornecido drogas a outros em colaboração com o 2.º arguido, defendendo que os quarenta pacotes de Ketamina ocultados no carro são aqueles que ia levar ao night club para consumir junto com os seus amigos. No entanto, aquando do interrogatório no JIC, o 3.º arguido, apesar de negar ter colocado drogas no dentro do seu carro, confessou colaborar com o 2.º arguido a pôr em venda as drogas por cerca de uma semana. Foi lida a dita declaração na audiência e julgamento.

Os agentes da P.J incumbidos da investigação do caso, prestaram declarações na audiência e julgamento, relataram clara e objectivamente o decurso de interceptar o 1.º arguido e encontrar na sua residência o saco plástico manchado de drogas, bem como a detenção do 2.º e 3.º arguidos com a ajuda do 1.º arguido, alias, confirmou o facto de ter encontrado drogas apreendidos no carro dos dois arguidos.

O relatório do Laboratório de Polícia Científica confirmou a coisa

apreendida como estupefacientes, identificando a respectiva qualidade e quantidade.”

1.4. Como se vê, as conclusões a que o Tribunal chegou foram extraídas com respeito pelo princípio da livre apreciação, consagrado no art. 114º do C. P. Penal, a partir de elementos concretos e não desmentidos pelas *divagações* do recorrente. Veja-se, a este propósito, o esforço do recorrente para, servindo-se de estatísticas da RAEHK, extrapolando para uma realidade meramente virtual, construir uma tese de total tóxico-dependência, quer quanto ao consumo, quer quanto ao desenvolvimento da traficância para satisfação de tal necessidade.

Estamos tão-só perante a discordância do recorrente quanto à forma como o Tribunal apreciou a prova, nomeadamente no que respeita à origem dos HKD\$600.00 que, segundo por si afirmado, lhe foram apreendidos que lhe haviam sido dados por C, sua irmã mais velha, para gasolina e não provinham da venda de produtos estupefacientes, como o Tribunal deu como provado.

1.5. Quais as concretas provas donde se pode retirar o afirmado pelo recorrente?

Nada, apenas conjecturas, a partir de alguma factualidade que

vem comprovada, mas que se não deixa de compaginar com a versão que foi fixada.

1.6. E assim se afasta a pretensa violação do princípio *in dubio pro reo*.

Ainda aqui o recorrente confunde as questões.

O que deve entender-se por dúvida insanável a motivar uma decisão *pro reo*?

Não é, naturalmente, qualquer dúvida sobre os factos que autoriza sem mais uma solução favorável ao arguido. Pode dizer-se que a dúvida que há-de levar o tribunal a decidir *pro reo*, tem de ser uma dúvida positiva, uma dúvida racional que ilida a certeza contrária. Por outras palavras, uma dúvida que impeça a convicção do tribunal.

Sob pena de a relação entre *in dubio pro reo* e *prova livre* se começar a desenhar.

Só uma definição consistente do que seja a *dúvida*, suportada em ausência de elementos probatórios ou numa interpretação sustentada desses elementos, pode accionar o princípio e fazer supor um entendimento objectivo da livre apreciação da prova.

Enquanto se não afastar a compreensão do livre convencimento do juiz como sinónimo de uma liberdade sem freio, a fronteira da dúvida

oscilará sem critério, carecerá daquele mínimo de objectividade necessário para que o princípio que se propõe resolvê-lo possa considerar-se, com rigor, numa regra de direito.

Ora, no caso dos autos está bem de ver que a decisão sobre a fixação dos factos *qua tale* não se erigiu sobre qualquer dúvida; antes assentou numa certeza bem estribada a partir de concretos elementos que vêm oportunamente especificados e que não são infirmados por quaisquer outras provas.

Donde se conclui pela inexistência de violação de tal princípio.

Improcederá assim este recurso

2. Recurso de B.

2.1. Vejamos os pontos que interessará apreciar:

- nulidade insanável da acareação que teve lugar no dia 17 de Janeiro de 2008;

- valoração de prova obtida por meios enganosos;

- atenuação especial da pena.

2.2. Nulidade insanável

O acto que o recorrente tem por nulo é o auto de acareação de fls. 139 e segs., datado, como se disse, de 17 de Janeiro de 2008.

Pretende que se tome o acto por nulo por falta da assistência do seu defensor.

Não tem qualquer razão já que no Processo Penal o regime das nulidades é taxativo e a lei não comina tal falta de nulidade. Na verdade, não consta do elenco daqueles actos que exigem a obrigatoriedade de assistência que vem previsto no art. 53º, nº 1 do C. P. Penal.

Como bem assinala o Digno Magistrado do MP, trata-se de um acto formal, processual e materialmente legal e válido, insusceptível de ser enquadrável na lista e hipóteses previstas no art. 106º do mesmo código.

Nem se alcança da acta de audiência e do teor do douto acórdão que a dita acareação tenha sido valorada, nomeadamente para formar a convicção do Tribunal, ao contrário do que sucedeu com as declarações que, - com a assistência do Exmo Defensor, note-se - havia prestado (e outras, então e a ali confirmadas) perante o Mo. Juíz do JIC, lidas em audiência ao abrigo do disposto no art. 338º, nº 1, al. b) do C. P. Penal.)

Assim se conclui pela inexistência da apontada nulidade

insanável.

2.3. Meios enganosos

A condenação do arguido ter-se-ia baseado num procedimento integrante de prova proibida traduzida no facto de o crime praticado ter sido provocado.

Não tem razão alguma o recorrente.

Não é o momento para elucubrar doutrinalmente sobre o tema da prova proibida, mas limitamo-nos a um mero apontamento.

Têm sido, em geral, admitidas medidas de investigação especiais, como último meio, mas como estritamente necessárias à eficácia da prevenção e combate à criminalidade objectivamente grave, de consequências de elevada danosidade social, que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, e às dificuldades de investigação que normalmente lhe estão associadas, como sucede com o terrorismo, a criminalidade organizada e o tráfico de droga.

A actuação do agente provocador é normalmente considerada como ilegítima, caindo nos limites das proibições de prova, sendo patente

o consenso da doutrina e da jurisprudência de que importa distinguir os casos em que a actuação do agente policial (agente encoberto) cria uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o sujeito já está implícita ou potencialmente inclinado a delinquir e a actuação do agente policial apenas põe em marcha aquela decisão. Isto é, importa distinguir entre, a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa, e a criação dessa mesma intenção.

Com efeito, na distinção e caracterização da proibição dum meio de prova pessoal é pertinente o respeito ou desrespeito da liberdade de determinação de vontade ou de decisão da capacidade de memorizar ou de avaliar. Desde que estes limites sejam respeitados, não será abalado o equilíbrio, a equidade, entre os direitos das pessoas enquanto fontes ou detentoras da prova e as exigências públicas do inquérito e da investigação. A provocação, em matéria de proibição de prova só intervém se essas actuações visam incitar outra pessoa a cometer uma infracção que, sem essa intervenção, não teria lugar, com vista a obter a prova duma infracção que sem essa conduta não existiria.¹

Nada terá de ilegítimo a conduta do funcionário de investigação criminal, desde que não induza ou instigue o agente à prática de um crime

¹ - Ac. STJ de 20 de Fevereiro de 2003, Proc. 02P4510, in *CJACSTJ, XXVIII, n.º 166, T. I, págs. 210 e ss*

que de outro modo não praticaria ou que já não estivesse disposto a praticar, porquanto em tais situações não se vê em que é que essa actuação represente grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido.²

No sentido apontado tem decidido o Tribunal de Última Instância.³

2.4. Descendo ao caso concreto, o meio enganoso utilizado pela polícia foi ter instruído um potencial consumidor a fazer uma encomenda de droga.

Poder-se-ia considerar estar-se perante uma provocação ilegítima do crime se ele não fosse praticado sem essa prévia montagem.

Mas não assim no caso da entrega da droga. Não só o crime não se esgota na entrega, como também na detenção prévia, como ainda a actividade ilícita não se terá traduzido apenas na quantidade encomendada, mas ainda os destinatários iam para além do provocador ordenante.

² - Ac. STJ de 30 de Novembro de 2005, Proc. 05P3349 e Costa Andrade, *in* Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pág. 216

³ - cfr. acs. de 27/6/2002 e 9/10/2002, procs. n.ºs. 6/2002 e 10/2002

Não se está, vista a globalidade da actuação, perante um meio enganoso da previsão do art. 113º, n.º 2, al. a) do C. P. Penal.

O 1º arguido limitou-se a encomendar 5 embalagens de *Ketamina*, mas ao recorrente **A**, foram apreendidas 40 embalagens daquele produto, com o respeitável peso líquido de 27.35 5g, que detinham um conjunto para vender ao arguido D e a outrem, para um número indeterminado de outras pessoas numa festa de aniversário.

Digamos que, tanto a montante, como a jusante, só uma parcela do crime cometido terá sido provocado.

A explicitação da convicção do Tribunal do acórdão, levando em linha de conta o teor das declarações que o recorrente e, bem assim, o co-arguido **A** haviam prestado perante o Exmº. Juíz do JIC em que, ambos, ilustra bem a actividade de traficância que em muito extravasou a entrega provocada ou sugerida pela Polícia.

Apurou-se, na realidade, além do mais que, pelo menos uma semana antes do facto em apreço, os 2º e 3º arguidos começaram a colaborar em vender *Ketamina*, nos estabelecimentos de *karaoke* e discoteca, às pessoas que se encontravam a divertir ali, pelo preço de 250 a 300 patacas por cada pacote”.

Donde, sem qualquer dúvida, sob pena de atropelo dos conceitos, se está perante uma situação que se não reconduz a uma

situação de prova proibida invalidante da incriminação sofrida.

2.5. Da atenuação especial da pena

Com base no facto de ter acabado de completar 18 anos de idade, à data do cometimento do crime, não ter antecedentes criminais e não estar em causa a prática de um crime de sangue, defende a aplicação da atenuação especial da pena

Não tem ainda aqui razão o recorrente.

2.6. Como se sabe, a atenuação especial prevista no art. 66º do CPM tem como pressuposto a existência de circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, ou seja, a diminuição acentuada não apenas da ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena e, portanto, das exigências da prevenção.

“O Tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade

da pena” (*artigo 66º, nº 1 do CP*).

Esta previsão baliza os limites da atenuação especial e há-de orientar na concretização de quais sejam essas circunstâncias, de que o nº 2 do citado preceito elenca alguns exemplos.

Dir-se-á ainda que o uso da faculdade de atenuação especial da pena só pode ter lugar quando, ao lado das circunstâncias previstas, não concorram outros factos que lhes diminuam, por forma acentuada, tal efeito atenuativo.

A diminuição da culpa ou das exigências da prevenção só poderá, por seu lado, considerar-se acentuada quando a imagem global do facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo, donde decorre a sua excepcionalidade.

A jurisprudência tem entendido que o número das circunstâncias atenuantes nunca implica necessariamente a atenuação especial, sendo preciso demonstrar-se a diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena. Ou seja, só depois de valorizar todas as circunstâncias verificadas no caso concreto e se do imagem global

do facto resulta a diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente ou da necessidade da pena é que se deve utilizar a atenuação especial da pena.

Ora, tal situação não se verifica no caso presente. O circunstancialismo atenuante que se verifica configura um circunstancialismo normal, não se lhe podendo dar a relevância pretendida pelo recorrente no sentido de diminuir, de forma acentuada, a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

Aliás, o circunstancialismo agravativo, seja em termos da quantidade de estupefaciente, seja da destinação, seja da motivação da conduta, afastam, de todo, tal possibilidade.

3. Impõe-se, no entanto, uma correcção, tal como assinalado no parecer do Exmo Senhor Procurador Adjunto.

Trata-se, concretamente, da **actuação em co-autoria dos recorrentes** que implica, naturalmente, o seu enquadramento na al. g) do art. 10º do Dec-Lei n.º 5/91/M, de 28-1, na medida em que se comprova uma *decisão* conjunta e uma *execução* igualmente conjunta, como, aliás, se referencia no acórdão recorrido.

Razões de proibição de uma convolação agravativa da pena, fora do objecto do recurso, impedem, contudo a adequação da pena a

tal integração

4. Há ainda outra uma questão que o Senhor Procurador Adjunto suscita no seu douto parecer e se prende com o montante da *prisão subsidiária*, face ao disposto no art. 6º do Dec-Lei n.º 58/95/M, de 14-11.

De acordo com a Jurisprudência deste Tribunal justificar-se-ia uma correcção desse montante.⁴

Só que, conforme inflexão recente sobrevinda nesta Instância, passou a entender-se que, não vindo interposto recurso dessa questão, vista a natureza da divergência que se situa apenas ao nível de alguma desproporcionalidade no *quantum* encontrado pelo tribunal *a quo*, visto ainda o disposto no artigo 393º, d) do CPP, entende-se não se dever conhecer dessa matéria.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em negar provimento aos recursos, julgando os mesmos improcedentes, alterando, contudo, officiosamente a condenação proferida na parte respeitante à integração do crime cometido e por que os 2º e 3º arguidos **A** e **B**, foram condenados,

⁴ - Ac. do TSI, de 17-7- 2008, proc. n.º 370/2008 e de 26/2/09, proc. 8/2009

devendo sê-lo pela prática de um crime p. e p. pelo artigo 10º, al. g) do DL 5/91/M, de 28 de Jan., mantendo-se a prisão arbitrada em nome do princípio da *reformatio in pejus*.

No mais se confirma a decisão recorrida.

Custas pelos recorrentes com a taxa que se fixa em 8 Ucs.

Macau, 18 de Junho de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong