

Processo n.º 670/2009

(Recurso Penal)

Data: 22/Outubro/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

A, 1.º arguido acima epigrafado, melhor identificado nos autos, inconformado com a sentença proferida pelo 3.º juízo criminal do TJB, em 24 de Junho de 2009, nos autos acima epigrafados, condenado por um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M em autoria material e na forma consumada, **numa pena 8 anos 6 meses de prisão efectiva** e na multa de 5.000,00 patacas, vem interpor recurso alegando, em síntese:

Na sentença recorrida, foi condenado o recorrente:

...com as circunstâncias agravantes previstas no artigo 10.º alínea g) do DL n.º 5/91/M..

(sublinhado e bold nosso)

Na sentença recorrida, vê-se no 3.º ponto do 4.º parágrafo da Convicção do Tribunal:

*... conforme os factos provados, o 2.º arguido **B** apenas pediu ao 1.º arguido **A** para comprar drogas a favor dele, assim sendo, não se consegue provar que os dois arguidos praticaram juntamente actos criminosos, razão pela qual **os seus actos não se enquadram nas circunstâncias agravantes previstas no artigo 10.º alínea g) do DL n.º 5/91/M***

... (sublinhado e bold nosso)

Na parte da disposição condenatória, mais indicou a sentença recorrida que se verificou em relação ao recorrente as circunstâncias agravantes previstas pelo artigo 10.º alínea g) do DL n.º 5/91/M, daí, procede-se a determinação da medida de pena em relação ao recorrente.

Assim sendo, existe indubitavelmente contradição óbvia entre a convicção de facto e a sentença.

Para isso, nos termos expostos, quanto a esta parte da sentença recorrida, verifica-se o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada previsto pelo artigo 400.º n.º 2 alínea a) do CPPM;

Para o recorrente obter uma sentença justa, deve o Tribunal de recurso decidir revogar a decisão recorrida;

Confirmar que em relação ao recorrente não se verificou circunstâncias agravantes, no sentido de decidir de forma favorável ao recorrente; se não se concordar com isso, então

deve o Tribunal de recurso mandar reenviar o processo ao Tribunal Judicial de Base para o novo julgamento

Em segundo lugar;

O recorrente foi acusado de vários crimes, e na audiência e julgamento, limitou-se a prestar a confissão quanto à parte dos actos pelos quais veio a ser condenado, ou seja um crime de tráfico de estupefacientes.

E o recorrente não prestou a sua confissão quanto aos outros crimes que lhe foi imputados, não tendo ele ser condenado pela decisão final em relação aos crimes.

Dos vários depoimentos do recorrente prestados na fase de inquérito, sabe-se que o recorrente, desde que foi detido, tem-se colaborado francamente com a Polícia. Isso tem significado positivo para apurar a verdade material no processo.

O recorrente, na audiência, confessou ter praticado o crime de tráfico de estupefacientes pelo qual ele foi acusado e veio a ser condenado.

Para isso, em relação ao recorrente verifica-se as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 66.º n.º 2 alínea c) do Código Penal de Macau, de forma a que a pena aplicada deve ser atenuada até não superior a 8 anos de prisão. No entanto, esta parte não foi confirmada pela decisão recorrida;

Para isso, a decisão recorrida violou o disposto do artigo 66.º n.º 2 alínea c) do CPM referente às circunstâncias atenuantes de forma a conter o vício proveniente do erro na interpretação da lei previsto no artigo 400.º n.º 1 do CPPM.

Entende o recorrente: em conjugação com a situação real referida pelos autos, e

com respeito a ratio legis do artigo 66.º n.º 2 do CPM; Deve-se declarar que se verifica o requisito previsto no artigo 66.º n.º 2 alínea c) do CPM, podendo a sua pena ser atenuada e condenar o recorrente na pena de prisão não superior a 8 anos.

Além disso, requer o recorrente o pagamento adiantado ou pagamento pelo GPTUI da despesa de mandato da sua defensora oficiosa, seja o que for o sentido da sentença de recurso.

Pelo que pede

seja declarado o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada previsto no artigo 400.º n.º 2 alínea a) do CPPM;

***Revogada** a decisão recorrida;*

Confirmado que em relação ao recorrente não se verificaram circunstâncias agravantes;

se não se concordar com isso, então deve o Tribunal de recurso reenviar o processo ao Tribunal Judicial de Base para o novo julgamento;

a declaração da violação pela sentença recorrida do disposto do artigo 66.º n.º 2 alínea c) do CPM referente às circunstâncias atenuantes;

em sequência disso, a verificação do vício proveniente do erro na interpretação da lei previsto pelo artigo 400.º n.º 1 do CPPM; conseqüentemente a revogação da decisão recorrida;

a declaração da verificação do requisito previsto no artigo 66.º n.º 2 alínea c) do CPM em relação ao recorrente, e a condenação deste na pena de prisão não superior a 8 anos em resultado do benefício desta atenuação; e

a declaração do pagamento adiantado ou pagamento pelo GPTUI da despesa de mandato da sua defensora oficiosa seja o que for o sentido da sentença de recurso.

O 2º arguido B, melhor identificado nos autos, igualmente condenado por um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M em autoria material e na forma consumada, **numa pena 8 anos 6 meses de prisão efectiva** e na multa de 5.000,00 patacas, vem interpor recurso, alegando, em síntese:

O recurso é interposto da decisão recorrida por padecer dos seguintes vícios:

- a. erro notório na apreciação de provas (artigo 400.º n.º 2 alínea c) do CPPM) e*
- b. violação do princípio de convicção livre previsto pelo artigo 114.º do CPPM (artigo 400.º n.º 1 do CPM)*

O fundamento do erro notório na apreciação da prova existe quando for evidente, perceptível, pelo cidadão comum, que se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável.

As provas documentais e a gravação da audiência bastam para provar o recorrente como um tóxico-dependente: em 1 de Março de 2008, depois de receber salário, deslocou-se ao interior da China para cortar cabelo e comprar colchão, almofada e toalha, de seguida estava disposto a adquirir três mil patacas de Ketamina ao 1.º arguido A. Porém, A não queria que o recorrente conhecesse a origem de estupefacientes, pelo que lhe encobriu o facto de ter adquirido estupefacientes e sacos plásticos e tê-los trazido para Macau. Tendo sido detido, pelo receio de perder o trabalho, os 1.º e 3.º arguidos inventaram que foi a 3.ª arguida que comprou e consumiu drogas e deteve as utensilagens para consumo.

Após o exame laboratorial, sabe-se que os sacos plásticos transparentes e palhinhas a cores apreendidos nos autos mancharam-se da substância de Ketamina (vide fls. 143 dos autos), o que é suficiente para comprovar o recorrente como um tóxico-dependente.

*Consoante os factos aludidos, o Tribunal recorrido condenou o recorrente com **um crime de tráfico de estupefacientes previsto pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M**, e absolve a 3.ª arguida de **um crime de detenção de utensilagem para consumo de estupefacientes previsto pelo artigo 12.º** do mesmo DL, a sentença essa é incompatível com as provas obtidas na audiência e constantes dos autos.*

O Colectivo recorrido afirmou por um lado que a 3.ª arguida comprou três mil patacas de drogas exclusivamente destinadas ao seu consumo pessoal, enquanto os sacos plásticos serviram para embalar as drogas, e por outro lado absolveu a 3.ª arguida do crime. Obviamente os factos dados por provados e o resultado do julgamento são incompatíveis.

Trata-se do erro grosseiro ou seja um cidadão comum nota de imediato a contradição entre os factos tidos por provados e não provados pelo Tribunal Colectivo, aparte disso, o erro consubstancia a violação das regras empíricas.

A convicção livre é formada segundo a regra de experiência geral, em particular através do confronto directo do julgador com o arguido aquando do interrogatório e após a necessária apreciação global e crítica dos elementos probatórios.

*De acordo com o depoimento obtido na audiência e os documentos anexados pelo recorrente, seria impossível condenar o recorrente com **um crime de tráfico de estupefacientes previsto pelo artigo 8.º n.º 1 do DL 5/91/M**, sem todavia provar a 3.ª arguida como tóxico-dependente e financiadora na aquisição da droga. A sentença contradiz definitivamente a regra de experiência geral.*

Todas as provas obtidas na audiência e constantes dos autos são suficientes para provar o recorrente como um tóxico-depedente e detentor das utensilagens para consumo apreendidas nos autos.

*Assim, a prova que serve para formação da convicção do Tribunal Colectivo recorrido reduz-se à leitura das declarações prestadas pelos 1.º e 2.º arguidos no Tribunal (fls. 53 a 56 dos autos) e à leitura das declarações prestadas pela 3.ª arguida no M.º P.º (fls. 39 e 40 dos autos), sendo assim, de facto, a sentença resulta de um **juízo escrito**.*

Através do exame das gravações da audiência, as provas documentais constantes dos autos, conclui-se que o recorrente é um tóxico-dependente que pediu drogas ao 1.º arguido para consumir naquele dia..

*Condenar-se o recorrente, pela prática de **um crime de tráfico de estupefacientes**, na pena de **8 anos e 6 meses de prisão** com base na leitura das declarações anteriormente prestadas pelo 1.º arguido, o recorrente e a 3.ª arguida, é absolutamente ilógico e contraditório às regras de experiência geral, para além de ser pouco convincente.*

Com a audiência e julgamento e os dados constantes dos autos, prova-se que o recorrente é meramente tóxico-dependente da Ketamina, tendo em vista a invariabilidade do tipo de estupefaciente por ele consumida e adquirida, a sua profissão legítima, o bom ambiente económico familiar, ele não se apresentou de modo nenhum como traficante de estupefacientes.

*A ratio legis do **DL n.º 5/91/M (tráfico e consumo de estupefaciente)**, de 28 de Janeiro é revelado nos seguintes termos: A severidade das penas a aplicar aos traficantes de droga, quais mensageiros indiferentes à morte, só adquirirá verdadeiro significado se as investigações forem eficazes, nomeadamente se alcançarem as redes do grande tráfico; No tocante ao toxicodependente o acento é colocado no tratamento médico, ou seja, no apoio e assistência de um ser humano afectado gravemente na saúde.*

*Em consonância com o ratio legis da referida Lei de tráfico e consumo de estupefacientes, a atitude do Colectivo recorrido na **imputação objectiva** é contrária à ratio legis daquela Lei.*

*Face ao exposto, pede-se para revogar a sentença recorrida e absolver o recorrente de **um crime de tráfico de estupefacientes previsto pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M**, ao invés disso, condená-lo com **um crime de consumo de estupefacientes previsto pelo artigo 23.º e um crime de detenção de utensilagem para consumo previsto pelo artigo 12.º do DL n.º 5/91/M**; ou revogar a sentença viciada e nos termos do **artigo 418.º n.º 1 do CPPM**, reenviar o processo quanto à aquela parte do objecto para o Tribunal Judicial de Base para o novo julgamento a fim de apurar se as drogas compradas pelo recorrente serviam para o seu consumo pessoal, com fundamento no **erro notório na apreciação da prova** indicado pelo **artigo 400.º n.º 2 alínea c) do CPPM**, ou na **violação do princípio da convicção livre***

consagrado pelo artigo 114.º do CPPM.

Pedido

Face ao exposto e em vista da opinião ajuizada do Tribunal Colectivo do TSI, o recurso deve ser julgado procedente, para este efeito, pede-se para:

- 1. revogar a sentença recorrida e absolver o recorrente de **um crime de tráfico de estupefacientes previsto pelo artigo 8.º n.º 1 do DL n.º 5/91/M**, ao invés disso, condená-lo com **um crime de consumo de estupefacientes previsto pelo artigo 23.º e um crime de detenção de utensilagem para consumo previsto pelo artigo 12.º do DL n.º 5/91/M**; ou*
- 2. revogar a sentença viciada e nos termos do **artigo 418.º n.º 1 do CPPM**, reenviar o processo quanto à aquela parte do objecto para o Tribunal Judicial de Base para o novo julgamento a fim de apurar se as drogas compradas pelo recorrente serviam para o seu consumo pessoal, com fundamento no **erro notório na apreciação da prova** indicado pelo **artigo 400.º n.º 2 alínea c) do CPPM**, ou na **violação do princípio da convicção livre consagrado pelo artigo 114.º do CPPM**.*

Responde o **Digno Magistrado do MP**, pronunciando-se pela intempestividade do recurso do 1º arguido e, em qualquer caso pela improcedência do mesmo, tal como evidencia a sem razão do 2º arguido

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emite o seguinte douto parecer:

Acompanhamos as judiciosas considerações do nosso Exmº Colega.

E nada temos, de relevante, a acrescentar-lhes.

Afigura-se-nos, também, que o recurso do arguido A não deve ser conhecido, por extemporâneo.

E temos presente, a propósito, o despacho de fls. 469, proferido no último dia do prazo para a respectiva interposição.

Na esteira do Venerando Tribunal de Última Instância, na verdade, “em processo penal, havendo arguidos presos, tanto no instituto do apoio judiciário, na modalidade de patrocínio judiciário, como no da defesa oficiosa, a substituição de defensor do arguido no decurso do prazo de interposição de recurso de decisão condenatória não determina a suspensão ou interrupção do prazo em curso, salvo caso de justo impedimento” (cfr. ac. 12-10-2005 / proc. n.º 21/2005).

Concordamos, igualmente, com o juízo sobre os vícios invocados nas motivações dos recorrentes.

Os mesmos mais não fazem, realmente, do que discordar do julgamento da matéria de facto feito na decisão recorrida, afrontando flagrantemente a regra da livre apreciação da prova consagrada no art. 114º do C. P. Penal.

E isso, como é sabido, não podem fazê-lo.

Não podemos deixar de subscrever, finalmente, a posição em relação à pretendida atenuação especial da pena.

Não se verifica, efectivamente, o especial quadro atenuativo que o art. 66º do C. Penal pressupõe e 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 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" (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, pg. 306).

A confissão parcial do referido arguido, com efeito, assume um valor muito reduzido.

Não se mostra, além do mais, que tenha sido espontânea e contribuído, de qualquer forma, para a descoberta da verdade.

E, muito menos, que haja sido acompanhada de arrependimento.

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 análise não integra, seguramente, esse circunstancialismo.

Este o nosso parecer.

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Com pertinência, respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

“ (...)

Após a audiência, foram comprovados os seguintes factos:

Em 29 de Fevereiro de 2008, a arguida **C** entregou ao arguido **B** três mil patacas para este ir a Zhuhai a comprar droga vulgarmente designada por Ketamina, para consumo pessoal.

Mais tarde, o arguido **B** telefonou para o arguido **A**, pedindo-lhe ajuda para comprar Ketamina em Zhuhai.

Em 1 de Março de 2008, à tarde, os arguidos **B** e **A** deslocaram-se sucessivamente a Zhuhai. Após se encontrarem ai, o arguido **B** entregou ao arguido **A** três mil patacas que lhe foi entregue pela arguida **C**, pedindo-lhe para comprar Ketamina.

O arguido **A** adquiriu dois sacos de Ketamina, junto ao indivíduo de alcunha “**D**”, não identificado, pelo preço de dois mil e oitocentas patacas.

Posteriormente, o arguido A meteu os dois sacos de Ketamina que tinha adquirido a favor do arguido B nos seus sapatos de ténis, e regressou junto com este para Macau.

Às 19h50 daquele dia, na paragem de taxi ao pé do Átrio de Entrada na Praça de Portas de Cerco Macau, os arguidos A e B que vinham de Zhuhai para Macau foram interceptados pelos agentes da PJ.

Os agentes da PJ encontraram em flagrante dois sacos de Ketamina acima referidos nos sapatos de ténis (pós brancos) do arguido A

Ao mesmo tempo, os agentes da PJ encontraram numa mala de cor branca/cinzenta do arguido B um saco plástico transparente em que se continha 91 saquinhos.

Após o exame laboratorial, os dois sacos de pós brancos acima referidos encontrados pelos agentes da PJ nos sapatos de ténis do arguido A contém Ketamina, substância abrangida pela Tabela II-C anexa ao DL n.º 5/91/M (com redacção dada pela Lei n.º 4/2001), respectivamente com peso de 23,319g (através da análise quantitativa, a Ketamina tem peso líquido de 18,697g) e 22,370 g (através da análise quantitativa, a Ketamina tem peso líquido de 18,048g), no total de 45,689g (através da análise quantitativa, a Ketamina tem peso líquido de 36,745g).

As drogas adquiridas pelos arguidos A e B de Zhuhai e trazidas para Macau iam ser entregue na íntegra à arguida C.

Os saquinhos plásticos encontrados na posse do arguido B pelos agentes da PJ foram comprados em Zhuhai e iam ser entregues à arguida C para embalar as drogas.

Em 1 de Março de 2008, às 22h00, os agentes da PJ dirigiram-se à residência dos

arguidos C e B, localizada na Rua XXX n.º XXX, Edif. XXX, r/c, moradia XXX para realizarem busca, acabando por encontrarem dois saquinhos plásticos transparentes e duas palhinhas a cores acima da mesinha de cabeceira do quarto daquele apartamento.

Após o exame laboratorial, os referidos sacos plásticos e as palhinhas estavam manchadas de Ketamina.

Os referidos sacos e palhinhas são utensilagens que a arguida C utilizava para embalar e consumir drogas.

Os arguidos A, B e C agiram de forma livre, voluntária e consciente, e dolosamente.

Eles conheciam bem a natureza e as características das drogas acima referidas.

Os arguidos A, B e C sabiam bem que os seus actos são legalmente proibidos e punidos.

A arguida C não atingiu a maioridade ao tempo da prática dos actos acima referidos.

O arguido A antes de entrar na prisão, era empregado do Karaoke mediante o salário mensal de MOP7.000,00.

O arguido é solteiro, sem ninguém a seu cargo.

O arguido confessou uma parte dos factos, não sendo delinquente primário.

O arguido B, antes de entrar na prisão, era croupier de casino, mediante o salário mensal de MOP14.300,00.

O arguido é solteiro, sem ninguém a seu cargo.

O arguido não confessou os relevantes factos, sendo delinquente primário.

A arguida C alegou ser desempregada, solteira, sem ninguém a seu cargo.

A arguida não confessou os referidos factos, sendo delinquente primário.

Factos não provados: outros factos descritos na acusação são:

A restante parte dos estupefacientes ia ser utilizada para consumo pessoal do arguido

A.

*

Convicção do Tribunal:

Após a síntese da declaração prestada pelos três arguidos na audiência e julgamento pelo Tribunal Colectivo, a leitura das declarações prestadas pelos 1.º e 2.º arguidos no JIC (fls. 53 a 56 dos autos) e da declaração prestada pela 3.ª arguida no M.º P.º (fls. 39 a 40 dos autos) nos termos do disposto do artigo 338.º n.º 1 alínea b) do CPPM, e os depoimentos prestados pelos três agentes da PJ e testemunhas do 2.º arguido, o relatório laboratorial da substância apreendida da PJ (fls. 77 a 82 e 142 a 146 dos autos), os relatórios sociais dos três arguidos (fls. 348 a 358 e 438 a 444 dos autos) e as demais provas documentais, o Tribunal Colectivo formou a convicção de facto.

*

3. Como não se consegue verificar que o arguido A deteve estupefacientes para consumo pessoal, os actos do arguido não constituem **um crime de posse de estupefacientes**,

deve ele ser **absolvido do crime**.

Neste caso, a arguida **C** deteve o saco plástico e as palhinhas para embalar e consumir estupefacientes, uma vez que os referidos instrumentos não enquadram com o requisito do artigo 12º do DL n.º 5/91/M, razão pela qual os actos do arguido não podem constituir **um crime de detenção de utensilagem para consumo de estupefacientes**, devendo ser **absolvido do crime**.

De acordo com os factos provados, o arguido **A** adquiriu e transportou ilegalmente drogas não destinadas ao uso pessoal, assim cometeu **um crime de tráfico de estupefacientes**.

Além disso, conforme os factos provados, o 2.º arguido **B** apenas pediu ao 1.º arguido **A** para comprar drogas a favor dele, assim sendo, não se consegue provar que os dois arguidos praticaram juntamente actos criminosos, razão pela qual os seus actos não se enquadram nas circunstâncias agravantes previstas no artigo 10.º alínea g) do DL n.º 5/91/M.

(...)"

III – FUNDAMENTOS

A - Recurso de A

Em relação a este recurso o Ministério Público, tanto em sede de resposta como do parecer dado nesta Instância suscita a questão da intempestividade do mesmo.

Na verdade o recurso foi interposto depois de passados os 10 dias

para a interposição do mesmo, sendo ainda que, não obstante a substituição do defensor primitivo, este só veio a pedir a sua substituição dois dias depois de expirado o prazo para recorrer que terminava em 6/7/2009.

Para que o acto deixe de ser praticado no prazo previsto tem de haver justo impedimento e este não se mostra verificado – art. 97º, n.º 2 do CPP.

Diferentes poderiam ser as coisas se a substituição do defensor ocorresse dentro do prazo do recurso, podendo presumir-se, face à prisão do arguido e ao que essa situação implica em termos de tolhimento e limitação de contactos, uma situação de eventual justo impedimento.

Não assim no presente caso, pelo que o decurso do prazo peremptório para a prática do acto extingue o respectivo direito – artigo 95º, n.º 3 e 4 do CPC, *ex vi* art. 4º do CPP.

Ora, se mesmo com uma substituição do defensor, enquanto decorria o prazo, o TUI já entendeu que

“Em processo penal, havendo arguidos presos, tanto no instituto do apoio judiciário, na modalidade de patrocínio judiciário, como no da defesa oficiosa, a substituição de defensor do arguido no decurso do prazo de interposição de recurso de decisão condenatória, não determina a suspensão ou interrupção do prazo em curso, salvo caso de justo impedimento.” – proc. 21/2005, de 12/10/2005 -,

parece que, por maioria de razão, no caso presente não será de relevar a substituição ocorrida já depois do prazo para a interposição do recurso.

Tem-se assim o recurso como extemporâneo, pelo que não se admite, dele não tomando conhecimento.

B- Recurso de B

1. Quanto ao **erro na apreciação da prova**, ainda aqui, como na generalidade da invocação deste vício, o recorrente confunde este vício com a sua discordância em relação à convicção do Tribunal. O recorrente o que diz é que o Tribunal não podia ter dado como provados determinados factos, porquanto os mesmos não se comprovaram e por isso diz que o Tribunal errou.

Para tanto, espraia-se na sua alegação na análise daquilo que isoladamente cada um dos arguidos disse em audiência, pretendendo, a partir daí inverter a prova dos factos tal como consignado.

Pretende o recorrente que se dê como provado que o recorrente era consumidor e, assim, a droga adquirida era para seu consumo, mais alegando que o número considerável de saquinhos encontrados nas sua mala ali foram postos pelo 1º arguido sem o seu consentimento.

Ora, o Tribunal procedeu a uma análise global das provas, não apenas às esmiuçadas pelo recorrente, não se evidenciando a partir dos elementos constantes dos autos a existência de erro.

A relevar a alegação do recorrente estaria aberta a uma reanálise da prova, de forma alargada, solução que não foi a adoptada pelo nosso legislador.

Mas essa não é a via para apurar da existência do aludido vício.

Primeiro tem de se evidenciar o erro e só depois se reabre a prova.

Acresce ainda que, mesmo a considerar os elementos probatórios extractados pelo recorrente nas suas duntas alegações de recurso, eles não se mostram definitivos no sentido de se acreditar na versão do 2º arguido em detrimento da versão dos outros co-arguidos.

O uso de papel de alumínio e outra utensilagem - que o recorrente refere nas suas alegações de recurso e com que o arguido teria sido visto, segundo o depoimento de uma testemunha (o pai), ou encontrado pela PJ – não é suficiente para comprovar que aquele produto estupefaciente em concreto fosse destinado ao consumo do 2º arguido.

O mesmo vale para a nota de HK10,00 que teria resíduos de estupefacientes.

Aquele depoimento tem o valor que tem ou, mesmo que por hipótese tal se admitisse como verdadeiro, ainda aí a versão vertida no acórdão recorrido não ficaria em crise, na medida em que o que releva nos autos é o destino da droga apreendida e a integração típica dos factos vertidos na acusação e que foram dados como provados.

Depois, importa atentar que "O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou se retirou de um facto tido como provado uma

conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou as *legis artis*. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores."¹

Nesta perspectiva defende o recorrente que foram violadas **as regras da experiência comum**, pois se as drogas compradas no valor de três mil patacas eram para consumo da 3ª arguida e se tais drogas foram embaladas em sacos de plástico, existirá aqui uma contradição configurando um erro grosseiro.

Sinceramente que não se vê onde haja a contradição. Será que as drogas, mesmo para consumo pessoal não podem ser embrulhadas, doseando-se à partida as porções a consumir?

Claudicam, pois, os argumentos do recorrente.

2. Quanto à **violação do princípio da livre convicção** não vem essa violação concretizada. Antes pelo contrário. O Tribunal, estribando-se exactamente nesse princípio, formou a sua livre convicção, fazendo a análise global das provas e dizendo por que razão se mostrou convencido dos factos que deu como provados.

É verdade que essa convicção não é a convicção do recorrente. Mas

¹ - Ac. TUI de 16 de Março de 2001

isso é irrelevante em termos de Processo Penal. A contemplar a pretensão do recorrente, tal desiderato, como já se disse, implicaria uma reanálise de toda a prova e esta só é possível em determinados termos restritos à verificação da evidência do erro, seja por contradição dos próprios termos, incompatibilidade dos factos, incomportabilidade das conclusões a partir das premissas usadas, incongruência ou incompatibilidade dos elementos probatórios com a matéria fáctica fixada, violação das regras da experiência comum.

Importa não esquecer que o rei dos julgamentos é aquele que é feito em 1ª Instância, aí se cumprindo a imediação e a naturalidade das provas, não sendo de esquecer todos os elementos que não se resumem à sua descrição objectiva ou à racionalidade decorrente da sua leitura e observação *a posteriori*.

O recurso do 2º arguido não deixará assim de improceder.

C – Das penas

Posto isto, importa, no entanto, face à entrada em vigor da Lei 17/2009, de 10 de Agosto, e ao disposto no n.º 4 do artigo 2º do C. Penal, indagar qual **o regime mais favorável para os arguidos**.

Beneficiando aqui o 1º do recurso do 2º arguido.

Regime este que deve resultar da aplicação em bloco de cada um

dos regimes, não se devendo punir um crime por esta lei e outro por aquela.²

Tem-se como assente que essa indagação deve passar pelo apuramento da pena concreta ao abrigo do velho e do novo regime.

Ora, face à nova lei, o **crime de tráfico** imputado aos arguidos passou a ser punido com uma pena abstracta com muito maior amplitude - **3 a 15 anos, sem multa** -, não cabendo ao Tribunal pronunciar-se sobre as opções legislativas, tão somente devendo aplicar conscienciosamente a lei.

Isto, para referir que aquela amplitude vai originar a reavaliação de todas as situações não transitadas, sem embargo do desconforto que não deixará de existir em relação a algumas situações de cumprimento de pena que foram contempladas com um mínimo de pena a que correspondem 8 anos de prisão e que, de acordo, com a nova lei, se verificado um mínimo de culpa e ilicitude, deverão ser contempladas com uma pena substancialmente inferior.

Importa, no entanto referir, que a ponderação a fazer não implica necessariamente uma qualquer proporção em função do mínimo, sendo certo que o máximo da pena possível também subiu.

Não obstante, o meio da pena ainda se situa abaixo do anterior: 9 contra 10 anos de prisão.

² - Maia Gonçalves, CP Anot., 2004, 16ª ed., 56

Ora, visto todo o circunstancialismo acima descrito e analisado, não esquecendo a quantidade de Ketamina detida e forma de actuação dos arguidos, entende-se que, face ao disposto na nova lei, artigo 8º, n.º 1, a pena adequada será a de **5 anos e 6 meses de prisão**, importando relevar os aludidos fins das penas.

Nesta conformidade, importa reformular a condenação, beneficiando os arguidos do regime da nova lei, por concretamente mais favorável.

Não se deixa de anotar, com estranheza, em nome da transparência do sistema e da necessidade de igual tratamento, embora com respeito pelos princípios aplicáveis ao Processo Penal, não podendo o Tribunal ir além das suas competências, que a 3ª arguida, face aos actos constantes da acusação, não tenha sido acusada pelo crime que ela não terá deixado de cometer, ao induzir e levar os outros arguidos a cometer o crime de tráfico, sendo certo que foi ela que entregou ao **B** dinheiro para ele ir comprar a droga a Zhuhai, droga essa que, uma vez adquirida, lhe era destinada, não obstante para seu consumo.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em não admitir o recurso interposto por **A** e negar provimento ao recurso de **B**, alterando-se, no entanto, oficiosamente, as condenações, face à aplicação da lei nova, Lei n.º 17/09, de 10 de Agosto e, revogando a decisão condenatória proferida, condenam-se os

arguidos **A e B**, pela prática, em autoria material e na forma consumada de 1 crime de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo art. 8º, n.º 1 da Lei n.º 17/09, de 10 de Agosto, na pena de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de prisão**.

- No mais se mantém o decidido no Tribunal Judicial de Base.

Taxa de justiça a cargo dos recorrentes que se fixa em 6 Ucs para o 1º arguido e 3 Ucs para o 2º arguido.

Macau, 22 de Outubro de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan