

Processo n.º 154/2006

(Recurso Crime)

Data: 11/Maio/2005

ASSUNTOS:

- Medidas de coacção
- Falta de indícios do tráfico de estupefacientes

SUMÁRIO:

Não havendo nenhum elemento nos autos, para além da apreensão de marijuana em casa do arguido, superior às necessidades de consumo para 3 dias, todas as informações conduzindo apenas no sentido de que ele era consumidor e tendo capacidade económica para adquirir aquele produto em concreto, não se pode sustentar que haja indícios de tráfico de estupefacientes.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 154/2006

(Recurso Penal)

Data: 11/Maio/2006

Recorrente: (A)

Objecto do Recurso: Despacho que decidiu sobre medida de coacção

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

I – RELATÓRIO

(A) vem, nos termos dos artigos 389º, 391º, n.º 1, al. b) e 203º, todos do C. P. Penal, interpor recurso para este Tribunal de Segunda Instância do despacho de 23 de Março de 2006 que lhe aplicou a medida de coacção da prisão preventiva, o que faz, motivando-o, em síntese, da seguinte forma:

Imputa o recorrente à decisão recorrida os vícios da insuficiência da matéria de facto indiciariamente apurada para a decisão, o qual redundou na violação dos pressupostos de facto e de direito determinantes da aplicação da medida de coacção da prisão preventiva.

Assim como a violação dos princípios in dubio pro reo, da presunção da inocência e da proporcionalidade, o vício da falta de fundamentação e, ainda, de erro de direito.

A detenção do papel próprio para enrolar cigarros não se compreende no conceito de detenção indevida de cachimbos e outra utensilagem destinada a utilização de substâncias psicotrópicas ou estupefacientes, pelo que não podia dar-se por indiciado o crime do art.º 12º.

Não existem (não podem existir validamente) nos autos quaisquer elementos indiciários que permitam, no que concerne ao recorrente, o enquadramento da factualidade deles resultante no tipo do art. 8º da lei em consideração.

O arguido nunca praticou qualquer acto de cedência a qualquer título de produtos estupefacientes nem de compra fora das situações previstas no art. 23º do mesmo diploma legal.

O produto que lhe foi apreendido era exclusivamente destinado ao seu consumo, por ser consumidor de marijuana, isto é, do produto estupefaciente que lhe foi apreendido.

Nada existe (nada pode validamente existir) nos autos que contrarie a verdade de que o recorrente é um mero consumidor de marijuana, não tendo qualquer base de sustentação o enquadramento jurídico-penal feito da sua conduta no preceito do art. 8º.

A Digna Representante da acusação, titular da acção penal, na sua doughty promoção que se seguiu ao 1º interrogatório judicial do recorrente, opinou que o caso exigia ainda investigação complementar e propôs a aplicação ao arguido ora recorrente de medidas de coacção não detentivas.

O Ilustre Magistrado recorrido, mau grado haja ponderado que a investigação não se mostrava completa, invocou justamente como um dos fundamentos da necessidade da aplicação da medida extrema da prisão preventiva a necessidade de salvaguardar o desenvolvimento normal da investigação, o que lhe estava interdito.

O Juiz de Instrução não pode aplicar ao arguido medida de coacção mais grave do que a requerida pelo Ministério Público.

Isso deriva da natureza da intervenção do magistrado judicial nesta fase do processo, por ser ele o juiz das liberdades, o garante dos direitos fundamentais, que apenas intervém a requerimento, nomeadamente do Ministério Público.

A necessidade de diligências complementares para o apuramento dos factos - ressaltada quer na promoção da Ilustre Magistrada do MP e no próprio despacho recorrido - é claramente indicativa da existência de dúvidas quanto ao facto de se saber se o recorrente, efectivamente, destinava parte do produto que lhe foi apreendido a cedência a terceiros, em termos de permitir o seu enquadramento na norma do art. 8º.

Ao julgar indiciariamente verificado o crime de tráfico de estupefacientes e ao sustentar a aplicação da medida extrema da prisão preventiva, num quadro de dúvidas que requeria investigação complementar, o Meritíssimo Juiz recorrido violou o princípio in dubio pro reo enformador do processo penal.

O princípio de que o arguido deve presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação vincula estritamente a exigência de que só sejam aplicadas as medidas que se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente.

Qualquer desvio na utilização das medidas de coacção, nomeadamente como antecipação da pena ou para coagir o arguido a colaborar na investigação, é incompatível com o princípio da presunção da inocência.

É manifesto, no caso, o excesso que se observa na aplicação da medida de coacção ora sob impugnação, uma vez que resulta do despacho recorrido uma ideia de antecipação do cumprimento de pena num quadro de ausência de indícios que justificavam a sua aplicação, em violação manifesta do princípio da proporcionalidade que vige em matéria de medidas de coacção.

Ainda, porém, que se entendesse que é possível ao juiz de instrução um agravamento das medidas de coacção propostas pelo MP, mister era que tal decisão se mostrasse devidamente fundamentada.

O princípio da fundamentação das sentenças penais e o grau de exigência delas impõe, na sua aplicação adaptada ao caso e na correspondente articulação com o disposto no art. 186º do mesmo código, a enumeração dos factos indiciariamente e a exposição sucinta mas completa dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão.

Não existe, no despacho judicial sob impugnação qualquer fundamentação, mínima que seja, que demonstre a razão de ser do agravamento das medidas de coacção propostas pela titular da acção penal.

Não se vislumbra que existisse, exista ou venha a existir qualquer receio de fuga por parte do arguido, o qual esteve permanentemente à disposição da Justiça desde a sua libertação pelo Ministério Público na noite de 16 de Março de 2006.

O recorrente é delinquente primário (a excepção é uma condenação em multa por

um acidente de trânsito' que nem consta do seu registo criminal), tem emprego certo, reside com a sua mãe numa fracção autónoma pertença do seu pai, vivendo a mãe a cargo do arguido.

Nada existe no despacho recorrido, nem um só argumento, uma só razão, um só indício, um qualquer facto, um apontamento válido que justificasse a decisão de decretamento da prisão preventiva do arguido.

Não obedecem, aos cânones concernentes ao dever de fundamentar as decisões judiciais uma justificação mais ou menos vaga, imprecisa, genérica e ancorada em puro subjectivismo;

Ao utilizar-se a fórmula de que existem dados de continuação criminosa, sem no-los apontar, exterioriza-se um conceito esvaziado de conteúdo, sendo uniforme o entendimento de que quanto mais grave é o crime mais se exige uma fundamentação da decisão da medida de coacção, devendo fundamentar-se positivamente a decisão.

A gravidade do crime por que o arguido se encontra acusado não fundamenta nem pode fundamentar, só por si, a afirmação, constante do despacho que decretou e manteve a prisão preventiva, de que se verifica, em concreto, perigo de fuga e perigo de continuação da actividade criminosa, não podendo inferir-se da natureza e gravidade dos crimes imputados, antes tendo de ser revelados por elementos e circunstâncias de facto.

A detenção para mero consumo de substâncias psicotrópicas ou estupefacientes, ainda que exceda a quantidade necessária ao consumo individual para três dias, não faz resvalar o crime de detenção para o crime de tráfico.

Provando-se (indiciariamente) que o recorrente é consumidor, haveria que deduzir

na quantidade possuída aquela que destinava ao seu próprio consumo.

A decisão recorrida violou, nomeadamente, as normas dos artigos 87º, n.º 4, 186º, 188º e 355º do C. P. Penal e dos artigos 8º e 12º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Violou ainda os princípios in dubio pro reo, da presunção da inocência e da proporcionalidade das medidas cautelares.

Termos em que entende que deve ser dado provimento ao recurso e revogado o despacho recorrido, revogando-se a prisão preventiva aplicada ao arguido.

Responde a Digna Magistrada do Ministério Público (art. 403º, n.º 1 do CPPM), concluindo:

Entendeu o MºPº, existir, apenas, fortes indícios quanto aos crimes p.p. pelos art. 23º e 12º do Diploma já citado, pelo que, e atentos os princípios reguladores da aplicação das medidas de coacção, que nos abstermos de explanar, o Ministério Público, requereu, por serem as adequadas in casu:

- a prestação do TIR;
- caução não inferior a MOP5.000,00; e
- apresentações quinzenais na P.J.

Ao MºPº é o dominus do inquérito, competindo-lhe assim, apreciar a necessidade da medida de coacção ou de garantia patrimonial para assegurar as finalidades do inquérito, bem como o seu plano de investigação.

*A lei dispõe que, na fase de inquérito, as medidas são aplicadas a requerimento do MºPº, o que significa de imediato, que sem requerimento do MºPº não pode ser aplicada qualquer medida, e, que se impõe, igualmente, que o juiz não tem a possibilidade de escolher medida diversa da requerida, tendo o juiz, em nossa modesta opinião, intervenção apenas de feição garantística, e não como possa parecer um *simples manus actuantis* ou *longa manus* do MºPº.*

O Mmº Juiz a quo, decidiu enquadrar jurídico-penalmente, como prática dos crimes p.p. pelos art. 23º, 12º e 8º n.º1 do Decreto-Lei 5/91/M como determinar a prisão preventiva, ao arguido recorrente, contrariando agravando o requerido pelo Ministério Público.

Destarte, não concorda com o Mmº JIC, quanto ao enquadramento jurídico-penal do acervo fáctico assim indiciado, quando determinou a aplicação de medida de coacção mais gravosa que a requerida, a da prisão preventiva ao arguido.

O Excelentíssimo Juiz deveria ter indiciado o arguido recorrente, pela prática dos crimes p.p. pelos art. 12º e 23º do Decreto-Lei 5/91/M e aplicado as medidas de coacção promovidas pelo MºPº.

Propugna pela revogação do despacho recorrido.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu o seguinte duto parecer:

Compulsando os autos, somos de parecer que o presente recurso merece de provimento pela seguinte:

Como foi bem salientado pela Exma. Colega na sua douda resposta constante a fls. 152 a 157 dos autos, dos elementos fácticos recolhidos até ao momento apontam, ao nosso ver, no sentido de o recorrente praticou, com fortes indícios, o crime de consumo de estupefacientes ou até eventualmente o crime de detenção ilícita de utensilagem (com reserva nossa do seu efectivo preenchimento do tipo). Quanto ao crime de tráfico de estupefaciente, é inegável que os elementos indiciadores são mais fracas ou menos intensas, porque para além da quantidade de droga apreendida excedeu a normal quantidade que a jurisprudência faz distinção entre o tráfico de quantidade diminuta e de tráfico, não constam, para já, outros elementos que são capazes de corroborar nesse sentido.

Com efeito, desde o primeiro momento da intervenção dos agentes policiais, até à detenção do recorrente e à posterior detenção de outro co-arguido, e se atentam os seus depoimentos, não existem, realmente, outros elementos probatórios suficientemente convincentes de que o recorrente tivesse praticado o crime de tráfico.

Se é certo que a incriminação do art. 8º, n.º 1 do D/L n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro abrange a mera detenção ilícita do produto estupefaciente, também é verdade que é preciso afastar a finalidade de consumo próprio para que possa preencher, por inteiro, o respectivo tipo incriminador.

Ora, pensamos que faltaram, nos autos, elementos indiciários capazes de afastar, para já, a finalidade de consumo próprio, e em consequência, formar um juízo relativamente seguro sobre o tráfico.

Neste contexto, e como as provas indiciárias são o fundamento e alicerce de qualquer decisão da aplicação da medida de coacção, pensamos que a prisão

preventiva seria, efectivamente, uma medida desadequada e excessiva para o caso concreto.

Se falhar (e como falhou) a base de indícios suficientes sobre o crime de tráfico, torna-se irrelevante o análise de outros argumentos deduzidos pelo recorrente por desnecessário.

Sem mais demora, podemos concluir que o despacho ora recorrido enferma do vício de direito e precisa de ser reparado.

Termos em que o presente recurso merece provimento e se deve substituir a decisão por outra medida de coacção não privativa de liberdade ao recorrente.

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

É do seguinte teor o despacho recorrido:

“Nos termos dos artigos 240º e 128º, n.º 1 do Código de Processo Penal, declara-se legal a detenção aplicada ao arguido **(A)**.

Analizados os dados constantes dos autos, há fortes indícios de que o arguido **(A)** tinha praticado um crime de tráfico de drogas p. e p. pelo artigo 8º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, um crime de detenção de utensilagem para consumo de drogas p. e p. pelo artigo 12º e um crime de detenção de drogas p. e p. pelo artigo 23º, alínea a), ambos do mesmo Decreto-Lei.

Ponderando apenas o crime de tráfico de drogas, a pena máxima a aplicar pode atingir à pena de prisão de 12 anos, pelo que, podendo o Juízo aplicar ao referido arguido a medida de prisão preventiva nos termos dos artigos 186º, n.º 1, al. a) e 193º, n.º 3, al. c) do Código de Processo Penal.

Tendo em consideração a gravidade dos crimes acima referidos e a penalidade legal relativamente alta que o arguido terá de enfrentar, o Juízo entende que se não exerça a medida de prisão preventiva, existirá perigo de fuga do mesmo arguido.

Ademais, atendendo à personalidade do arguido e à sua situação sócio-económica, o Juízo entende que há grande risco que o arguido continuar a cometer os crimes.

Dado que a conduta de tráfico de drogas influencia de modo grave a saúde de toxicodependentes e causa outra criminalidade violenta ou graves crimes contra bens patrimoniais, pelo que o legislador estipula punição severa contra a conduta de tráfico de drogas.

Nos termos do artigo 193.0 do Código de Processo Penal de Macau, o crime cometido pelo arguido **(A)** pertence ao crime incaucionável, pelo que o Juízo deve aplicar ao referido arguido a medida de prisão preventiva.

Para assegurar o normal andamento da investigação criminal, especialmente para assegurar a conserva e a obtenção dos dados favoráveis à apuração da identidade de outros eventuais fornecedores de drogas, além de evitar que o arguido cometerá os actos criminosos da mesma natureza e tendo em consideração que a conduta de tráfico

de drogas influencia de modo grave a segurança pública e a paz social, apesar de a prisão preventiva poder levar certa influência sobre a fisiologia e fisiologia do arguido, para proibir o abuso de drogas, tendo ouvido o parecer do Ministério Público e a sugestão do defensor, nos termos do princípio de adequação e de proporcional idade, o Juízo, nos termos dos artigos 177º; 178º; 179º; 186º, n.º 1, alínea a); 188º e 193º, n.º 3, alínea c) do Código de Processo Penal, decide aplicar ao arguido (A) a medida de coacção de prisão preventiva para aguardar o julgamento.

Passe o mandado de condução e elabore os respectivos registos de identificação.

Cumpra o disposto no artigo 179º, n.º 4 do Código de Processo Penal.

Notifique e D.N..

Após a sua conclusão, remeta os presentes autos ao Ministério Público para os fins tidos por convenientes.”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa por saber se, neste caso concreto, se se verificam os pressupostos da aplicação da medida de coacção mais gravosa, qual seja a da prisão preventiva.

O despacho recorrido indicou o recorrente pela prática de três crimes: o de detenção de substâncias estupafacientes ou psicotrópicas para consumo pessoal (do art. 23º, alínea a), o de detenção ilícita de cachimbos e outra utensilagem (do art. 12º) e o de tráfico - de estupefacientes (do art.

8º), todas as indicadas disposições do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

2. Atentando no despacho recorrido desde logo se observa que não há aí uma mínima referência à indicição do crime de tráfico de estupefacientes, o único, no caso que possibilitaria legalmente a aplicação de tal medida de coacção. O Mmo juiz *a quo* limita-se a partir do pressuposto, conclusivamente que o mesmo está indiciado, sem que refira um mero detalhe a partir do qual se possa formular um juízo provável de culpabilidade e de integração do tipo de crime que se lhe imputa.

3. É pertinente recordar aqui os ensinamentos do Prof. Germano Marques da Silva¹:

“A indicição do crime necessária para aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial significa *probatio levior*, isto é, a convicção da existência dos pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais, mas em grau inferior à que é necessária para a condenação.

Não se trata, porém, de mera presunção ou probabilidade insegura, que seria sempre directa função da maior ou menor exigência que pessoalmente o juiz pusesse nas suas presunções ou nos critérios de probabilidade, antes se impõe uma comprovação objectiva face aos elementos probatórios disponíveis.

No momento da aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, que pode ocorrer ainda na fase do inquérito ou da

¹ - Curso de Processo Penal, 1999, II, 240

instrução, fases em que o material probatório não é ainda completo, não pode exigir-se uma comprovação categórica da existência dos referidos pressupostos, mas tão-só, face ao estado dos autos, a convicção objectivável com os elementos recolhidos nos autos de que o arguido virá a ser condenado pela prática de determinado Crime.

Nos casos em que a lei exige *fortes indícios* a exigência é naturalmente maior; embora não seja ainda de exigir a comprovação categórica, sem qualquer dúvida razoável, é pelo menos necessário que face aos elementos de prova disponíveis seja possível formar a convicção sobre a maior probabilidade de condenação do que de absolvição.

Importa ter presente que nenhuma medida pode ser aplicada não só quando a isenção da responsabilidade ou a extinção do procedimento criminal estejam demonstrados no processo, mas também quando haja dúvidas sobre a sua verificação.

De facto é necessária muita cautela para dar satisfação à exigência fundamental de evitar uma inútil e injustificada limitação da liberdade pessoal e se a dúvida sobre a verificação da causa de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento deve determinar a absolvição não se justifica que entretanto possa ser aplicada uma medida de coacção ao arguido.”

Para acrescentar ainda que "nas fases preliminares do processo não se visa alcançar a demonstração da realidade dos factos, antes e tão só indícios, sinais que um crime foi eventualmente cometido por determinado arguido, As provas ,recolhidas nas fases preliminares do processo não

constituem pressuposto da decisão jurisdicional de mérito, mas mera decisão processual quanto à prossecução do processo até à fase de julgamento”²

Como bem refere a Digna Magistrada do MP, pretende-se nesta fase obter um conjunto de elementos factuais que, relacionados e conjugados, façam acreditar que são idóneos e bastantes para se imputar, ou não, ao arguido a prática de um determinado ilícito criminal e se concluir ser muito provável, ou não, a sua condenação.. Pretende-se, ainda, face ao ilícito criminal em causa, acautelar a eficácia do procedimento, quer quanto ao seu desenvolvimento, quer quanto à execução das decisões condenatórias, sendo necessária, para tal, a aplicação de uma medida de coacção equilibrada, associando-se os princípios da legalidade, subsidiariedade, necessidade, adequação e proporcionalidade.

4. Vejamos, pois, qual a factualidade indiciada, porque constatada nos autos:

- Desde logo a denúncia recebida pela P.J., foi no sentido de informar que o arguido recorrente consumia com frequência droga, na sua residência;

- Ao arguido recorrente nada foi encontrado aquando a sua abordagem no restaurante XX, após a competente revista corporal;

- Ao arguido recorrente foi encontrada na sua residência a

² - ob. cit. III, 182

droga constante a fls. 7;

- O arguido recorrente logo confessou que a mesma era para seu consumo e esclarecendo com toda a clareza, como a adquiria, quanto por ela pagava, a quem a adquiria e há quanto tempo;

- Negou peremptoriamente ser vendedor de estupefacientes;

- O arguido (B), declarou conhecer o recorrente e saber que o mesmo era consumidor;

- O arguido refere por diversas vezes que é consumidor há mais de 2 anos e comprova-se que tem rendimentos suficientes que comportem a tese do consumo, muito embora a droga apreendida seja em quantidade superior ao necessário ao consumo par 3 dias;

- Refere e repete pormenorizadamente as condições da aquisição do referido produto.

É verdade que a quantidade de droga apreendida é superior à estipulada para consumo durante 3 dias, e na generalidade dos casos, indicia de imediato fortes indícios da prática do crime p.p. pelo art. 8º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, mas não podemos deixar de descurar o facto, da existência maior ou menor, de indícios de consumo, de consumo e tráfico ou apenas de tráfico.

Não se observa qualquer elemento probatório que possa sustentar a tese de que o arguido traficava aquele produto; nem sequer as

informações policiais vão nesse sentido.

5. O que claramente resulta , no caso em concreto, e até prova em contrário, é que foram reunidos apenas indícios de que o recorrente é consumidor, restando muitas dúvidas, face ao circunstancialismo apurado, não obstante a quantidade de droga, pela razoabilidade e atendendo ao princípio "in dubio pro reo" da aplicação da prisão preventiva.

Em face do exposto crê-se que se está muito aquém dos indícios fortes, ou seja, suspeitas, sinais e indicações, suficientes e bastantes, logicamente relacionados e conjugados, donde resulte uma possibilidade muito razoável de vir a ser aplicada ao arguido, em julgamento, uma pena pelo crime que se lhe imputa, ou seja, para convencer que o recorrente praticou o crime p.p. pelo art. 8º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, que pode conduzir a uma acusação e condenação.

E não estando aqui em causa o poder de o Juiz de Instrução estar limitado pelas proposta do Ministério público, a quem compete a condução e direcção do inquérito, não se curando aqui de saber quem está em melhor posição para avaliar da situação processual mais conveniente, seja em função dos interesses daquele mesmo inquérito ou dos interesses reclamados pela sociedade em geral, não é de menosprezar todavia que os diferentes magistrados intervenientes daquela órgão e Instituição tenham sido unânimes no sentido da inexistência daquele pressuposto essencial à aplicação de tal medida.

Assim sendo, pelas razões e fundamentos acima expostos,

entende-se ser de revogar o despacho recorrido no sentido de excluir a aplicação da prisão preventiva, devendo ser aplicadas as medidas de coacção que se julguem pertinentes.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao presente recurso, revogando a decisão recorrida na parte respeitante à aplicação da prisão preventiva, devendo o arguido ser conduzido ao Mmo Juiz de Instrução para aplicação das medidas de coacção julgadas pertinentes.

Passe mandados de soltura e condução ao TIC.

Sem custas por não serem devidas.

Macau, 11 de Maio de 2006,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Choi Mou Pan – Lai Kin Hong