

Processo n.º 44/2005

Data: 7/Abril/2005

Assuntos:

- Insuficiência da matéria de facto
- Erro de direito ligado à qualificação jurídica dos factos
- Livre convicção
- Erro notório na apreciação da prova
- Princípio *in dubio pro reo*
- Atenuação livre da pena prevista no artigo 18º do DL 5/91/M de 28/Jan.

SUMÁRIO:

1. Só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando se verifica uma lacuna no apuramento de matéria que impeça a decisão de direito ou quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada, vício este que não tem a ver com a mera insuficiência de prova.

2. O erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o recorrente.

3. O erro notório na apreciação da prova pode ocorrer nas situações em que se retira de um dado facto uma conclusão ilógica, irrazoável, arbitrária ou visivelmente violadora do sentido da decisão e/ou das regras de experiência comum, bem como das regras que impõem prova tarifada para determinados factos.

4. A detenção de produtos estupefacientes em diferentes lugares deve ser vista no seu conjunto pois se não se unificasse tal conduta estaria aberta a porta aos traficantes para se subtraírem às malhas da Justiça, bastando separar a droga em pequenas porções e disseminá-la por um grande número de lugares, o que não se compadece com as finalidades ínsitas às diferentes incriminações relativas ao tráfico de estupefacientes.

5. O princípio *in dubio pro reo* coloca-se em sede probatória e traduz-se numa imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa.

6. 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, uma dúvida que impeça a convicção do tribunal, sendo aí que se começa a delinear o binómio entre o princípio do *in dubio pro reo* e o da *prova livre*, devendo este supor um entendimento objectivo, motivável e controlável da apreciação do juiz.

7. Perante a discussão sobre a aplicação do art. 18º, n.º 2 do DL n.º 5/91/M, no sentido de saber se ali se pressupõe um resultado concreto contra um traficante ou uma rede de tráfico, ou antes uma mera cooperação formal do arguido, a jurisprudência é líquida no sentido da primeira proposição, tornando-se necessária uma contribuição significativa na repressão de tal ilícito, traduzida, nomeadamente, na descoberta e desmantelamento de organizações ou grupos que se dedicam à sua prática.

O Relator,

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira

Processo n.º 44/2005

(Recurso Penal)

Data: 7/Abril/2005

Recorrente: A

Objecto do Recurso: Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

A veio interpor recurso para este Tribunal de Segunda Instância da condenação arbitrada no Tribunal Judicial de Base, em 20 de Janeiro de 2005, numa pena de 11 anos de prisão e 25.000,00 patacas de multa, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 8º, n.º 1, do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Motivou as suas alegações, sustentando, em síntese, o seguinte:

Imputa o ora recorrente ao douto acórdão recorrido os vícios da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, erro de direito ligado à qualificação jurídica dos factos e o vício do erro notório na apreciação da prova na vertente da violação das regras sobre a prova

vinculada, sendo que o erro de direito que se imputa à dita decisão recorrida importa uma causa da sua nulidade por se verificar uma falta de indicação dos motivos de facto que determinaram o Ilustre Colectivo a incriminar os factos no art. 8º ao invés de o fazer no art. 9º.

No que concerne aos produtos apreendidos na rua, junto ao local da transacção orientada pela Polícia, não se oferece qualquer dúvida de que o ora recorrente, incorrendo embora num crime de tráfico de quantidades diminutas, não chegou a traficar quantidades que pudessem julgar-se enquadradas no tipo do art. 8º.

*E isso porque quer os 5 comprimidos de MDMA com o **peso bruto** de 1,883 gramas quer 1 dos 3 saquinhos contendo ketamina com o **peso bruto global** de 2,957 gramas destinado a ser vendido ao referido indivíduo e, logo, com um peso bruto inferior a 1 grama - $2,957:3 = 0,985$, apresentavam quantidades de substâncias proibidas inferiores às que a nossa jurisprudência definiu constituírem as quantidades máximas para o consumo individual por três dias.*

Conforme o impõe a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, no que concerne a determinados produtos estupefacientes - e, entre eles, a metanfetamina e a ketamina - é absolutamente necessário o apuramento das quantidades líquidas (através da sua medição científica) das aludidas substâncias ao apuramento das quantidades mínimas necessárias ao consumo (médio) individual por três dias, como operação absolutamente indispensável à fixação da fronteira entre os dois tipos de crimes de tráfico (o do art. 8º e o do art. 9º).

Os exames laboratoriais e respectivos relatórios juntos aos autos mostram que os produtos apreendidos na rua (na ocasião da

*operação de tráfico presenciada por agentes da PJ), os cinco comprimidos (de cor preta) classificados como a **prova DT-D377** e a embalagem contendo 3 embalagens pequenas de pó branco classificadas como a **prova DT-D378** continham a substância MDMA com o peso líquido de 0,783 e a substância ketamina com o peso líquido de 2,957, sendo que apenas um terço, sensivelmente, desta última substância era destinada ao tráfico.*

O relatório de exame laboratorial de fls. 167 a 172, é claramente indicador de que as quantidades e pesos referidos no anterior relatório de exame de fls. 104 a 110 como constituindo «quantidades ou pesos líquidos» constituíam antes «quantidades ou pesos ilíquidos» (ou, ao menos, quantidades líquidas dos produtos e não das substâncias proibidas suas componentes).

Em parte alguma dos referidos exames se apontam os pesos brutos ou ilíquidos de ambas os produtos apreendidos no acto de tráfico entre o recorrente e a testemunha B, afigurando-se manifesto que a indicação feita de «quantidades ou pesos líquidos» se deve a lapso que, aliás, se reflecte na relativa confusão espelhada na douta acusação pública ou à conclusão de que se confundem as quantidades líquidas dos produtos com as análises quantitativas das substâncias neles contidas.

Confusão que, depois, surge, identicamente, espelhada na douta sentença recorrida onde, quiçá por virtude das dúvidas suscitadas pelos exames laboratoriais juntos aos autos, se optou por fazer inscrever apenas os «pesos brutos» ou, ao menos, uma confusão entre os conceitos de «pesos líquidos dos produtos» e os «pesos líquidos resultantes da análise quantitativa feita através do processo de cromatografia em fase

gasosa».

Não pode haver dúvidas de que os pesos líquidos, isto é os pesos resultantes das análises quantitativas feitas por «cromatografia em fase gasosa», que é o que conta para a medição quantitativa dos produtos para efeitos da sua incriminação, são os que constam deste último relatório.

Atentos os valores quantitativos líquidos das referidas substâncias, o acto de tráfico praticado pelo arguido ora recorrente só poderia ser enquadrado no art. 9º e não no art. 8º do DL n.º 5/91/M.

A incriminação pelo art. 8º só pode ter sido possível a partir do entendimento de que o arguido ora recorrente não destinava parte dos produtos encontrados na sua residência a consumo próprio.

Acontece, porém, que a sentença recorrida não oferece qualquer explicação - havendo omitido totalmente os motivos de facto da sua conclusão - para o facto, absolutamente surpreendente, de ter dividido em duas partes as substâncias apreendidas na residência do arguido e de concluir que uma parte se destinava a consumo próprio do arguido e outra não se destinava a consumo próprio do arguido, não havendo qualquer forma de entender o raciocínio seguido pelos ilustres Julgadores para atingirem tal conclusão.

Para além dessa absoluta falta de indicação dos motivos de facto de tal distinção, a conclusão de que o arguido não destinava a consumo próprio as duas últimas substâncias mencionadas (MDMA e mecloqualona) mostra-se em visível contraste com o facto de haver o colectivo dado como provado que o arguido ora recorrente «chegou a consumir drogas, tais como cannabis, mecloqualona, MDMA e

nimetazepam» (nelas surgindo incluídas as duas substâncias que o tribunal retirou da esfera de consumo próprio do recorrente de um modo que se afigura absolutamente discricionário).

Também surge de todo insuficiente à incriminação do arguido pelo art. 8º - ainda que se tivesse como admissível que não destinava a consumo próprio as referidas substâncias MDMA e macloqualona encontradas na sua residência - a mera afirmação de que «também não ficou provado (...) depois das análises, devido à grande quantidade de drogas que o arguido obteve e possuía e ainda porque forneceu droga a terceiro, entende-se que para além das drogas em pequena quantidade existiam também drogas em grande quantidade que o arguido obteve e possuía e não se destinavam só para o seu próprio consumo.

Para atingir tal conclusão, o tribunal a quo teria (a) de ter apurado concretamente as quantidades líquidas dessas duas substâncias, (b) que ter dado como assente quais as quantidades líquidas desses dois produtos que integram os respectivos conceitos de quantidades diminutas para efeito da sua incriminação pelo art. 9º e (c) que demonstrar, sem qualquer margem para dúvida, que tais substâncias, pela quantidade e porque destinadas ao tráfico, ultrapassavam tais quantidades diminutas, o que, de todo, não foi feito, conforme resulta patentemente do texto do douto Acórdão.

Nos termos do art. 360º do Código de Processo Penal, é nula a sentença "que não contiver as menções referidas no n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do art. 355º; ora, demonstrado estando que o douto tribunal recorrido não fez qualquer indicação dos motivos de facto que o determinaram a dividir em duas partes as substâncias apreendidas na

residência do recorrente, demonstrada está a verificação da arguida nulidade do acórdão.

Existem ainda nos autos elementos de informação documental que não foram ponderados pelo tribunal recorrido e que impunham que houvesse sido dada por verificada a circunstância atenuante modificativa do art. 18º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Na verdade, escreve-se no auto de denúncia de fls. 1 a 6, elaborado pela Polícia Judiciária, que «o suspeito A (...) decidiu colaborar com a Polícia Judiciária (...) e telefonou, na presença de agentes da PJ, como habitualmente, ao seu fornecedor C para marcar um encontro», facto que permitiu à PJ a captura desse indivíduo.

Do que decorre que o arguido ora recorrente auxiliou, com a sua colaboração concreta, a recolha de provas que permitiram a captura de um traficante de droga, situação que a lei (n.º 2 do art. 18º do DL n.º 5/91/M) configura como um facto justificativo de livre atenuação da pena ou até mesmo de isenção da pena.

A opção das autoridades judiciárias em não levar a julgamento o referido traficante não apaga o facto de haver o arguido ora recorrente beneficiado dessa excepcional circunstância atenuativa, totalmente ignorada pelo tribunal recorrido.

Mostram-se demonstrados os vícios supra referidos imputados ao duto acórdão recorrido, sendo que o erro de direito que se imputa à duta decisão recorrida - concernente à não indicação dos motivos de facto que levaram a distinguir nos produtos apreendidos na sua residência alguns detinados e outros não destinados a consumo próprio do arguido importa uma causa da sua nulidade.

Quando se está perante uma situação em que o tribunal de julgamento já esgotou os seus poderes de indagação em matéria de facto, ficando assim impossibilitado de prosseguir na descoberta da verdade material, existindo insuficiência para a decisão de direito da matéria de facto provada, esta traduz-se em erro na qualificação jurídica dos factos que dá lugar à revogação da decisão recorrida e não ao reenvio do processo para novo julgamento.

A decisão recorrida violou a norma do art. 8º do DL n.º 5/91/M, pela sua aplicação num quadro de inverificação dos seus pressupostos, e a norma do art. 9º do mesmo diploma legal, pela sua não aplicação num quadro em que se verificavam os seus pressupostos, partindo de uma mera presunção e nela fundando a condenação do arguido pelo crime do art. 8º.

Violou, ainda, o princípio da culpa, o princípio in dubio pro reo e, finalmente, as regras sobre o valor da prova vinculada traduzidas na violação da norma do art. 365º do C. P. Civil, subsidiariamente aplicável, ao não valorar os relatórios científicos juntos aos autos, que se impunham ao julgador.

Termos em que entende que deve ser dado provimento ao presente recurso e, em consequência :

- a) Alterada a decisão recorrida e condenado o arguido, tão só, por um crime do art. 9º do DL 5/91/M, operando-se a devida convolação (caso se entenda que o tribunal de julgamento esgotou os seus poderes de indagação em matéria de facto); ou subsidiariamente
- b) Determinado o reenvio do processo para novo julgamento

(caso se entenda que poderão e deverão ser ampliados os elementos de facto necessários a uma decisão de direito); ou subsidiariamente

c) Anulado o julgamento e determinada a sua repetição (na procedência da arguida nulidade do acórdão).

E, de qualquer modo,

d) Ser dada por verificada a circunstância atenuativa especial do art. 18º do DL n.º 5/91/M.

*

O **Digno Magistrado do MP** ofereceu douta resposta, alegando, fundamentalmente:

Inexiste qualquer razão para que os produtos estupefacientes, que o recorrente deitou ao chão na rua e os que tinha em sua casa, possam ser separados.

Seja quanto a uns, seja quanto aos outros, provou-se em julgamento os que eram para consumo próprio e os que destinava à venda.

As quantidades líquidas destes atingem valores muito além do “necessário para o consumo individual durante três dias”.

O Tribunal indicou concisamente os motivos e os elementos de prova que lhe permitiram formar a sua convicção.

Improcede o pedido de convolação para o crime de tráfico de quantidades diminutas (art. 9º do DL n.º 5/91/M).

*Não contendo o acórdão os apontados vícios da **insuficiência e do erro notório**, falta um pressuposto “sine qua non” para que o processo possa ser reenviado para novo julgamento (art. 418º n.º do C. P.*

Penal).

Por cumprido o disposto no art. 355º, n.º 2 do C. P. Penal, não pode também o julgamento ser anulado e repetido (art. 360º, n.º deste Código).

A colaboração que o recorrente prestou à P.J. não foi, em concreto, de molde a poder beneficiar da atenuação livre da pena prevista no art. 18º, n.º 2 do DL n.º 5/91/M.

Termos em que se pronuncia no sentido de que deve ser negado provimento ao recurso e mantido o decidido.

*

O Digno Magistrado do MP junto deste Tribunal emitiu douto parecer, sustentando a posição anteriormente defendida pelo Digno Colega, aquando da resposta às alegações nos termos acima exarados, defendendo a rejeição do recurso por manifestamente improcedente.

*

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

*

II – FACTOS

Na sentença recorrida foram provados os factos seguintes:

“A partir de Janeiro de 2004, o arguido A começou a vender drogas a B.

Em 28 de Abril de 2004, pelas 22H00, a Polícia organizou B para telefonar ao arguido A, mentindo ao dizer que necessitou de drogas

e tendo combinado com o mesmo que iria proceder, em 29 de Abril, pelas 0H00, ao tráfico de drogas, em frente à porta do Edif. "Peng Man", sito na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa n.º 433, em Macau.

Em 29 de Abril, pelas 0H10, o arguido A chegou ao local combinado acima referido, tendo sido interceptado pela polícia.

Durante a intercepção, o arguido A deitou um embrulho de plástico transparente no chão.

A polícia de imediato apanhou este embrulho de plástico transparente, tendo encontrado no interior cinco comprimidos e três embalagens de plástico transparente com pós de cor branca, respectivamente com peso (incluindo a embalagem) de 1,13g, 1,38g e 1,34g.

Após o exame laboratorial, os cinco comprimidos contêm MDMA, substância abrangida pela Tabela II-A anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, com peso líquido total de 1,883g (com peso de 0,783g segundo análise quantitativa), as três embalagens supracitadas de pós de cor branca contêm ketamina, substância abrangida pela Tabela II-C anexa ao mesmo Decreto-Lei, com peso líquido total de 2,957g (com peso de 2,881g segundo análise quantitativa).

As drogas supracitadas foram adquiridas pelo arguido A junto de um indivíduo de identidade desconhecida, nos quais cinco comprimidos e uma embalagem de ketamina iriam ser vendidos a B enquanto o resto também não servia para consumo próprio.

A polícia depois de ter detido o arguido A, foi à residência sita no Istmo de Ferreira do Amaral, Edif. XXX e ali procedendo a uma busca, tendo encontrado nesta fracção autónoma:

1. *um cigarro enrolado fabricado pelo próprio;*
2. *uma nota no valor nominal de MOP\$10,00 que embrulhou pós de cor branca;*
3. *oito comprimidos da cor preta;*
4. *nove comprimidos da cor laranja-clara;*
5. *quatro embalagens de pós da cor branca;*
6. *três embalagens do plástico transparente.*

Após o exame laboratorial, o cigarro enrolado fabricado pelo próprio contém marijuana, substância abrangida pela Tabela I-C anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, com peso líquido de 0,239g; todos os pós de cor branca acima referidos contêm ketamina, substância abrangida pela Tabela II-C anexa ao mesmo Decreto-Lei, com peso líquido de 17,940g (com peso de 17,541g segundo análise quantitativa); os oito comprimidos da cor preta acima referidos contêm MDMA, substância abrangida pela Tabela II-A anexa ao mesmo Decreto-Lei, com peso líquido total de 3,020g (com peso de 1,277g segundo análise quantitativa); os nove comprimidos da cor laranja-clara contêm nimetazepam, substância abrangida pela Tabela IV anexa ao mesmo Decreto-Lei, com peso líquido total de 1,534g.

As drogas supracitadas foram adquiridas pelo arguido A junto do indivíduo da identidade desconhecida, nos quais o cigarro enrolado de marijuana fabricado pelo próprio e ketamina embrulhada na nota no valor nominal de MOP\$10,00, nove comprimidos de cor laranja-clara que contêm nimetazepam serviam para consumo próprio enquanto as demais drogas adquiridas e detidas, designadamente, oito comprimidos de cor

preta que contêm MDMA e quatro embalagens de pós de cor branca que contêm ketamina não serviam para consumo próprio.

O embrulho de plástico transparente supracitado é utensílio utilizado pelo arguido A para embrulhar drogas.

O arguido A agiu livre, voluntária, consciente e deliberadamente.

Ele sabia bem a natureza e característica das drogas acima referidas. As suas condutas não são permitidas por nenhuma lei.

Ele tinha conhecimento perfeito de que sua conduta era proibida e punida por lei.

*

Outros factos provados:

O arguido consumia as drogas tais como marijuana, ketamina, MDMA, nimetazepam etc.

Na investigação, o arguido forneceu activamente à Polícia o local para esconder drogas.

Na audiência de julgamento, o arguido confessou parcialmente os factos imputados.

De acordo com o último CRC do arguido, o mesmo não é primário.

Em 4 de Junho de 1998, o arguido, no PCC n.º CC.88/98 do 5º Juízo deste Tribunal (hoje em dia, CR2-98-0042-PCC) foi condenado na pena de 7 anos de prisão e MOP\$5.000,00 (cinco mil patacas) de multa ou não sendo paga nem substituída por trabalho, em 100 dias de prisão, pela prática de um crime de tráfico e actividades ilícitas, executada de imediato. O acórdão depois de ser confirmado pelo antigo Tribunal

Superior de Justiça de Macau, em 26 de Outubro de 1998, passou a ser transitado em julgado. Em 17 de Novembro de 1997, o arguido cometeu o crime de tráfico e actividades ilícitas supracitado.

Em 17 de Novembro de 1997, o arguido começou a cumprir a pena em prisão, até 23 de Julho de 2002 e foi libertado condicionalmente com o prazo de libertação condicional até 17 de Novembro de 2004.

Durante o período da libertação condicional, o arguido dedicava-se ao sector de cabeleireiro e reparação de computadores, auferindo mensalmente MOP\$5.000,00 (cinco mil patacas).

O arguido cria uma filha menor que fica ao cuidado da mãe do arguido.

O arguido antes de cumprir o curso do 5º ano do ensino primário, abandonou o estudo por não querer estudar mais.”

E na mesma sentença foram os seguintes os “**Factos não provados**”:

Os restantes factos importantes constantes da acusação que não correspondem aos factos provados:

Em 29 de Abril de 2004, pelas 0H10, todas as drogas que o arguido A tinha deitado no chão serviam para serem vendidas a B.

O cigarro enrolado de marijuana fabricado pelo próprio, ketamina embrulhada na nota no valor nominal de MOP\$10,00 e nove comprimidos de cor laranja-clara que contêm nimetazepam, estas drogas que foram adquiridas e detidas pelo arguido A e encontradas pela polícia na residência do arguido, não serviam para consumo próprio.

Além disso, ainda não se comprovou:

Duas embalagens de ketamina que o arguido adquiriu e deteve e tinha deitado no chão, oito comprimidos de cor preta que contêm MDMA e quatro embalagens de pós de cor branca que contêm ketamina, encontrados na residência do arguido, serviam para consumo próprio.”

*

Com relevância, resulta ainda daquele aresto o seguinte:

“Juízo de factos:

O arguido na audiência de julgamento, confessou que tinha adquirido drogas que foram apreendidas pela Polícia quando da interceptação, junto do indivíduo de identidade desconhecida, nos quais a parte era fornecida a B, ainda confessou que tinha escondido as drogas encontradas na sua residência, mas tendo explicado que estas serviam para consumo próprio.

Os elementos da PJ que se encarregavam do inquérito proferiram a declaração na audiência de julgamento, descrevendo objectivamente o comportamento do arguido quando o mesmo foi interceptado e detido.

O defensor do arguido entendeu que a Polícia organizou B para telefonar ao arguido, pedindo a obtenção das drogas, o que constitui o acto de provocar a intenção criminosa do arguido.

Como é descrito no Sumário do Acórdão do Processo n.º 2/2002, proferido em 27 de Junho de 2002, pelo Tribunal de Última Instância:

De acordo com o disposto no n.º 1 do art. 36º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, no âmbito da investigação criminal, os agentes de investigação podem simular a colaboração com os criminosos para recolher provas de crimes de tráfico de droga através da aquisição, directamente ou por meio de terceiros, da droga fornecida por aqueles. Trata-se de norma destinada especialmente ao combate, com eficácia, dos

crimes relacionados com droga. Mas a execução dos respectivos actos, no âmbito definido pela referida norma, não deve violar o disposto no art. 113º do CPP sobre os métodos proibidos de prova.

Este tipo de actos de investigação pode consistir em colaborar com uma actividade criminosa já em curso para obter conhecimento sobre as situações dessa actividade. Contudo, os referidos actos de investigação não se podem tornar em impulso ou instigação para a prática da actividade criminosa. Há que distinguir com rigor entre proporcionar uma ocasião para descobrir um crime que já existe, daquela em que se provoca uma intenção criminosa que ainda não existia.

Quando a intenção do arguido de praticar continuamente a actividade de tráfico de droga forma-se com a total liberdade e a compra simulada de droga montada pela polícia não provoca a actividade criminosa que tem realizado ou a intenção do arguido de praticar crime, mas apenas as revelou, não constitui a recolha de prova mediante meio enganoso prevista na al. a) do n.º 2 do art. 113º do CPP, nem excede o âmbito permitido pelo art. 36º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

No presente processo, já foi confirmado que a partir de Janeiro de 2004, o arguido A começou a vender drogas a B, a intenção do arguido de praticar continuamente a actividade de tráfico de droga forma-se com a total liberdade, por isso, o acto de que a polícia organizou B para telefonar ao arguido e pediu a obtenção das drogas pertence às condições de proporção de uma ocasião para descobrir um crime que já existe, mas não é da provocação de uma intenção criminosa que ainda não existia.

Sintetizadas objectivamente as declarações do arguido e da testemunha, examinadas as provas documentais, provas materiais apreendidas e as demais provas, o Tribunal Colectivo confirmou os factos supracitados.

Após a análise, uma vez que a quantidade de drogas adquiridas e detidas pelo arguido era enorme e o arguido também praticou o acto de prestar a outrem as drogas, por este motivo, o Tribunal Colectivo confirmou que para além das drogas da quantidade diminuta, as demais drogas de grande quantidade adquiridas e detidas pelo arguido não serviam para consumo próprio.

*

Factos para decisão:

De acordo com os factos provados, o arguido adquiriu, deteve e escondeu drogas não é para consumo próprio. Além disso, a quantidade de drogas que o arguido deteve já ultrapassou o limite da quantidade diminuta.

Por isso, o arguido deve ser condenado na pena de 8 anos a 12 anos de prisão e MOP\$5,000.00 (cinco mil patacas) a 700,000.00 (setecentas mil patacas) de multa por ter cometido um crime de tráfico e actividade ilícita p. e p. pelo n.º 1 do art. 8º do Decreto-Lei n.º 5/91/M de 28 de Janeiro.

No entanto, em Novembro de 1997, o arguido já tinha praticado um crime de tráfico e actividades ilícitas, tendo sido condenado, em 4 de Junho de 1998, na pena de 7 anos de prisão e MOP\$5,000.00 (cinco mil patacas) de multa, ou em alternativa, 100 dias de prisão. O arguido cumpria a pena até 23 de Julho de 2002, data em que o mesmo foi

libertado condicionalmente, porém, em menos de 2 anos depois da libertação e mesmo no período da libertação condicional, o arguido tornou a praticar um crime de tráfico e actividades ilícitas julgado no presente processo. Podemos ver por este que a condenação da vez passada não basta para advertir o arguido a fim de que o mesmo não voltasse a cometer o crime. Apesar de existir um intervalo de mais de cinco anos entre os dois actos criminosos, mas tendo descontado o período desde Novembro de 1997 até Julho de 2002 em que o arguido estava a cumprir a pena, deve-se condenar, nos termos do n.º 1 e 2 do art. 69º e art. 70º do Código Penal, o arguido como reincidente, pelo crime de tráfico e actividades ilícitas, com a pena de 10 anos e 8 meses a 12 anos de prisão e multa de MOP\$ de 6,666.00 a 700,000.00.”

*

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das questões que vêm suscitadas pelo recorrente, a saber:

- Insuficiência da matéria de facto que conduziu a um erro de direito ligado à qualificação jurídica dos factos;
- Alteração da decisão recorrida de modo a ser condenado pela prática de um crime de tráfico de quantidades diminuta p. e p. pelo artigo 9º do DL 5/91/M (e não pelo cometimento de um crime de tráfico p. e p. p. artigo 8º, n.º 1 deste DL);
- Erro notório na apreciação da prova;

Vícios esses que determinarão, na perspectiva do recorrente, reenvio do processo para novo julgamento ou anulação do julgamento

em ordem a ser repetido.

- Em todo o caso, se o arguido, ora recorrente, deve beneficiar da atenuação livre da pena a que alude o art. 18º ainda daquele DL, por verificados os respectivos pressupostos.

2. Quanto à questão principal e que se prende com a pretensão de convolação para o tráfico de quantidades diminutas, reenvio do processo, anulação do julgamento, sustenta o recorrente que a decisão recorrida é portadora dos vícios da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e do erro notório na apreciação da prova – art. 400º, n.º 2 al. a), e c), do C. P. Penal, respectivamente.

Para enquadramento dos apontados vícios, convirá registar, sem embargo do que adiante se venha a dizer, que a jurisprudência da RAEM entende que "Só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando se verifica uma lacuna no apuramento desta matéria que impede a decisão de direito ou quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada, vício este que não tem, pois, a ver com a mera insuficiência de prova".¹

E quanto ao erro notório na apreciação da prova "O erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o

¹ - Nesse sentido os acs. de 2004/1/15, proc. n.º 260/2002; de 2003/9/25, proc. n.º 186/2002; de 2003/6/5, proc. n.º 113/2002(I)

recorrente, irrelevante sendo, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal."²

O erro notório na apreciação da prova é prefigurável quando se depara ter sido usado um processo racional e lógico mas, retirando-se, contudo, de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, irrazoável, arbitrária ou visivelmente violadora do sentido da decisão e/ou das regras de experiência comum, bem como das regras que impõem prova tarifada para determinados factos.

Assinala-se ainda que a divergência entre a convicção do recorrente e a convicção do Tribunal esbarra com o princípio da livre convicção do Tribunal. É insindicável a livre convicção do juiz ao abrigo do art. 114º do CPP, salvo casos de manifesto erro por regras de experiência humana ou das *artis legis*. Insindicabilidade que não se confunde, contudo, com apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida.

3. A propósito da **insuficiência de matéria de facto**, o recorrente, abstraindo da quantidade considerável de produtos

² - Acs. de 2004/10/14, proc. n.º 249/2004; de 2004/2/12, proc. n.º 21/2004; de 2003/10/23, proc. n.º 216/2003

estupefacientes encontrados na busca à sua residência, começa por centrar a sua argumentação no facto de a apreensão de produtos deitados ao chão, quando interpelado pela polícia, não permitir a condenação proferida. Tratava-se de um embrulho de plástico transparente, tendo sido encontrados no interior cinco comprimidos contendo MDMA e três embalagens de plástico transparente com pó de cor branca, respectivamente com peso (incluindo a embalagem) de 1,13g, 1,38g e 1,34g, com substâncias do anexo IIC do DL 5/91/M, produtos estes destinados à venda a terceiros.

Pretende o recorrente relevar o facto de que tais quantidades seriam inferiores à quantidade máxima que, para estes produtos, a nossa jurisprudência fixou para o consumo individual por três dias – 900 miligramas para o MDMA e 1 grama para a Ketamina, em peso líquido.

Mas não lhe assiste razão, pois não se vê como se possa distinguir, em termos de integração típica, a mercadoria que lhe foi apreendida nas duas ocasiões e nos diferentes lugares. A não se unificar a conduta, estaria aberta a porta aos traficantes para se subtraírem às malhas da Justiça, bastando separar a droga em pequenas porções e disseminá-la por um grande número de lugares, o que não se compadece com as finalidades ínsitas às diferentes incriminações relativas ao tráfico de estupefacientes.

Os factos devem ser apreciados no seu todo e assim não se descortina por que é que os produtos estupefacientes que deitou ao chão, na rua, e destinava ao tráfico, devam ser separados dos outros - basicamente de natureza idêntica, encontrados em sua casa e não

destinados ao consumo, o que tanto basta para aproximar a afectação do produto à incriminação do tipo legal de crime ponderada na decisão sob recurso.

Daí que, às quantidades que deitou ao chão na rua e tinham a venda como destino terão de ser somadas as que tinha em casa também com uma finalidade considerada como integrante de tráfico (8 comprimidos) de cor preta (MDMA) com o peso de 3,020g e os 4 saquinhos de pó branco (Ketamina), com o peso de 17,940g).

Ora, esta ponderação afasta qualquer tentativa em convencer que o não apuramento de quantidades líquidas de produto estupefaciente seria impeditiva da condenação pelo artigo 8º do DL 5/91/M.

De facto, tratava-se de drogas que em muito excediam as quantidades diminutas, drogas que o arguido obteve e possuía e não se destinavam só para o seu próprio consumo, não havendo razões para crer que qualquer re-avaliação do apuramento da sua *liquidez*, que se não deixou laboratorialmente de fazer (cfr. exame de fls. 168 e segs. dos autos) e de se levar em linha de conta no acórdão produzido, onde expressamente se referem *pesos líquidos*, pudesse pôr em crise a justeza da integração típica produzida.

A determinação do peso líquido é uma evidência na análise dos exames laboratoriais juntos aos autos, bastando atentar nas designações dos produtos e nos seus componentes, onde para além dos pesos destes se referem as percentagens.

Daqui resulta que se não está perante qualquer insuficiência relevante de matéria de facto provada.

4. Quanto ao **erro notório** na apreciação da prova.

Este vício, para o recorrente, concretizar-se-ia "na vertente da violação das regras sobre a prova vinculada", ou seja, em não terem sido valorados os exames científicos, como deviam.

Afasta-se assim a integração deste vício na sua configuração mais usual, como uma violação das "regras da experiência comum" concretizadas em descontinuidades imediatamente apreensíveis nas correlações internas entre factos, que se manifestam 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.

Naquela primeira vertente, verifica-se que, ao contrário do que se afirma, em diversos passos do acórdão sob apreciação, não se deixou de fazer referência aos exames laboratoriais efectuados e às análises quantitativas dos produtos estupefacientes apreendidos.

E para mera elucidação, já se decidiu, em termos de jurisprudência comparada, ainda que se não acolham cegamente todos os princípios, havendo que os conferir sempre perante a casuística concretamente apurada, que “para que o arguido possa ser condenado como traficante de estupefacientes não é necessário que a droga lhe tenha sido apreendida ou identificada através de exame laboratorial” e que nesta matéria rege a livre convicção dos julgadores quanto à prova produzida

através de meios que não sejam proibidos por lei.³; que “a falta de exame do produto não constitui erro notório na apreciação da prova, nem insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”⁴; que “a quantidade exacta de droga não é elemento essencial do crime de tráfico de estupefacientes, tendo apenas relevância para determinação do grau de ilicitude da conduta, a qual, obviamente, não é apreciada em função de quantidades precisas e rigorosas. Por isso, a falta de exame da droga não constitui erro na apreciação da prova, nem insuficiência da matéria de facto para a decisão.”⁵; que “Embora o exame toxicológico seja importantíssimo no domínio da prova dos crimes de tráfico de estupefacientes, nada obsta a que se proceda à demonstração da natureza do produto por outros meios, maxime, nos casos em que o agente faz desaparecer a droga no momento da busca, por exemplo, lançando-o para a sanita.”⁶; que “Para haver condenação pelo crime de tráfico de estupefacientes, p. p. no art. 21º, do DL 15/93, não é necessário que o agente tenha consigo alguma das substâncias a que se reportam as tabelas I a III anexas àquele diploma, bastando que se demonstre por qualquer meio legal, a prática de acto ou actos que se insiram no referido preceito. A lei não exige assim, para a prova desta infracção, que se proceda à

³ - Ac. do STJ, de 21/10/1992, Processo n.º 42809

⁴ - Ac. do STJ, de 09/06/1993, Processo n.º 42347).

⁵ - Ac. do STJ, de 04/06/1996, Acs STJ pág. 186

⁶ - Ac. do STJ de 07/05/1997, Processo n.º 1446/96

apreensão de droga e ao seu conseqüente exame laboratorial.”^{7/8}

E isto, no que ao caso interessa, para concluir que, na verdade, a lei não exige prova tarifada ou legal para a prova deste elemento do tipo, se bem que, no caso, nem sequer tal questão se coloque, já que dos exames que se pretendem relevar e foram tidos em conta até se extrai congruentemente a ilação que foi extraída .

Ora, no caso, não só Tribunal *a quo* deu como provados os referidos factos, no uso do princípio da livre convicção, como explicou detalhada e racionalmente os elementos de prova de que partiu e as razões pelas quais chegou àquela conclusão.

5. Como se vê claramente da decisão recorrida não ficou o tribunal na dúvida sobre nenhum elemento relevante dos factos e que nesse estado de dúvida tivesse decidido contra o arguido. E só nesse caso seria operativo o recurso que o recorrente faz à presunção de inocência em relação ao tráfico do artigo 8º.⁹

O princípio *in dubio pro reo* coloca-se em sede probatória. A prova conduz à demonstração da realidade, isto é, à certeza. Traduz-se numa “imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma

⁷ - Ac. do STJ de 18/06/1998, Processo nº. 522/98

⁸ - Ext. do Proc. do STJ 03P3566, de 2/4/03

⁹ - Cfr. Ac.STJ acima referido

favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.¹⁰ Entronca nas raízes mais profundas do direito natural e da civilização e radica na lógica comum, bom senso e probidade, tendo expressão na máxima de que *a sociedade tolera melhor a absolvição do culpado do que a condenação do inocente*.

Sobre o que deva 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. 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, uma dúvida que impeça a convicção do tribunal. É neste contraponto que se começa a delinear o binómio entre o princípio do *in dubio pro reo* e o da *prova livre*, devendo este supor um entendimento objectivo, motivável e controlável da apreciação do juiz. A liberdade de apreciação das provas é, no fundo, como diz o Prof. Figueiredo Dias, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada “verdade material”.

Enquanto se não afastar a compreensão do livre convencimento do juiz como sinónimo de uma liberdade sem freio, de uma decisão de consciência infranqueável, a fronteira da dúvida oscilará sem critério, carecerá daquele mínimo de objectividade necessário para que o princípio que visa resolver as dificuldades em atingir a certeza se possa erigir em regra de direito.

¹⁰ -V. Moreira e G. Canotilho, CRP Anotada, 3ª Edição, págs. 203-4

6. Projectando estas reflexões no caso concreto, não se vê em que medida tais princípios hajam sido postergados e que haja quaisquer razões para objectivamente converter em dúvidas as certezas do Tribunal.

Não houve qualquer violação das regras da prova vinculada, não se vislumbra qualquer quebra lógica no encadeamento dos factos ou quebrada qualquer regra da experiência comum, fica-se exactamente a saber em que bases o Tribunal radicou a sua convicção e que as conclusões a que chegou não são infirmadas por qualquer elemento objectivo constante dos autos e que, devendo ser levado em conta, tenha sido negligenciado.

Não se ignora que, sendo a verdade absoluta inatingível e a actividade probatória um meio limitado de a prosseguir, sempre há franjas de factos que ficam por almejar. O que importa, contudo, é saber se essas franjas põem em causa a convicção de um núcleo essencial em que se estriba a convicção.

Pretender que não saber por que razão se deu o arguido como consumidor de umas drogas e não de outras abala a conclusão a que se chegou quanto ao tráfico, não colhe.

Desde logo, porque não se diz a razão do erro que o Tribunal elaborou, qual a violação da regras probatórias, em que medida os elementos disponíveis, nesta sede, contrariam a ilação extraída.

Depois, porque dos elementos em análise, se sabe que o arguido reconheceu o consumo de um conjunto até mais alargado de drogas, o Tribunal procedeu à análise dos vários tipos de drogas, ao seu acondicionamento, às respectivas quantidades, analisou exames e documentos e ouviu testemunhas, o que faz pressupor terem sido vários os

elementos em que se estribou para aquela destrição.

7. Nesta conformidade e a jeito de conclusão nada permite um juízo de censura em relação à decisão tomada, não havendo, por conseguinte, base para reenvio do processo para novo julgamento ou anulação do mesmo.

Atento o disposto no art. 418º n.º 1 do C. P. Penal, para o reenvio, sempre seria necessária a existência de "... vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do art. 400º ...", pressuposto que se não observa nos termos acima enunciados.

Também improcede o pedido de anulação do julgamento e consequente repetição, baseado numa falta de fundamentação num ponto concreto e específico do acórdão, qual seja a de que o Tribunal, relativamente aos produtos estupefacientes encontrados em sua casa, deu como provado os que eram para o seu próprio consumo e os que destinava à venda.

Ainda aqui, como acima se disse, mostra-se cumprido o disposto no art. 355º, n.º 2 do C. P. Penal, pelo que a decisão não pode ser declarada nula nos termos do art. 360º, n.º 1 deste diploma legal.

8. Finalmente, quanto à atenuação livre da pena prevista no n.º 2 do artigo 18º do DL 5/91/M, de 28/Jan., diz o recorrente que não se levou em linha de conta a colaboração do arguido, bastando recordar o que consta do auto de fls. 1 a 6 que "o suspeito A (...) decidiu colaborar com a Polícia Judiciária (...) e telefonou, na presença de agentes da PJ, como habitualmente, ao seu fornecedor C para marcar um encontro", o que

permitiu a captura desse indivíduo.

Antes de mais, refira-se que a colaboração com a Polícia não deixou de ser valorizada em termos de medida da pena. Não o foi em termos da referida atenuação livre nem tinha que o ser pelas razões aduzidas pelo Digno Magistrado do MP e que aqui se acompanham, ao enfatizar o facto da relevância da colaboração prestada, sendo que, neste caso, o indivíduo mencionado como fornecedor não viria a ser indiciado, acusado, julgado e muito menos condenado como responsável dessa referida conduta penalmente ilícita.

Perante a discussão sobre a aplicação do art. 18º, n.º 2 do DL n.º 5/91/M, no sentido de saber se ali se pressupõe um resultado concreto contra um traficante ou uma rede de tráfico, ou antes, uma mera cooperação formal do arguido, a jurisprudência é líquida no sentido da primeira proposição, tornando-se necessária uma contribuição significativa na repressão de tal ilícito, traduzida, nomeadamente, na descoberta e desmantelamento de organizações ou grupos que se dedicam à sua prática.¹¹

Não se observam, no caso *sub judice*, tais pressupostos, a entender como devendo ser consideravelmente significativos, não se tendo a colaboração concretamente apurada como decisiva, em vista das finalidades que se visam prosseguir por via de tal atenuação.

¹¹ - Acs. do TUI, de 15/10/2003, proc. n.º 16/2003; TSI, de 24/6/2004, proc. n.º 134/2004; TSI, de 29/04/2004, proc. n.º 80/2004

Nesta conformidade, chega-se à conclusão que se esboroam todos os fundamentos do recurso que se tem assim como manifestamente improcedente, pelo que, ao abrigo do artigo 410º, n.º1 do C.P.Penal, será de rejeitar.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões acordam em rejeitar o recurso de A.

Custas pelo recorrente, fixando em 3 Ucs a taxa de justiça, devendo pagar ainda o montante de MOP 1500,00 a título de sanção, ao abrigo do disposto no artigo 410º, n.º4 do CPP.

Macau, 7 de Abril de 2005,

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira (Relator)

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong