

Processo n.º 17/2015

Recurso penal

Recorrente: A

Recorrido: Ministério Público

Data da conferência: 20 de Maio de 2015

Juízes: Song Man Lei (Relatora), Sam Hou Fai e Viriato Manuel Pinheiro
de Lima

Assuntos: - Crime de tráfico de estupefacientes

- Método proibido de prova

- Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

SUMÁRIO

1. Os meios enganosos eventualmente usados pela Polícia só devem ser considerados proibidos quando causarem efectivamente perturbação da liberdade de vontade ou decisão, afectando esta liberdade, não sendo bastante para o efeito a alegação sobre a utilização de qualquer meio enganoso.

2. Há que distinguir os casos em que a actuação do agente policial cria uma intenção criminosa, até então inexistente, dos casos em que o arguido já está implícito ou potencialmente inclinado a delinquir, sendo que a actuação do agente policial apenas põe em marcha aquela decisão.

3. Não se verifica o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada relativamente a factos não constantes da acusação ou da pronúncia, nem suscitados pela defesa, e de que não resultou fundada suspeita da sua verificação do decurso da audiência, nos termos do disposto nos art.ºs 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.

A Relatora,
Song Man Lei

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

1. Relatório

Por Acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base em 5 de Novembro de 2014, **A**, arguido nos presentes autos, foi condenado, pela prática de um crime de tráfico ilícito de estupefacientes p.p. pelo art.º 8.º n.º 1 da Lei n.º 17/2009, na pena de 7 anos e 3 meses de prisão.

Inconformado com a decisão, recorreu o arguido para o Tribunal de Segunda Instância, que decidiu julgar improcedente o recurso.

Vem agora o arguido recorrer para o Tribunal de Última Instância, formulando na sua motivação do recurso as seguintes conclusões:

1. No presente processo, o TSI manteve a condenação do recorrente, pela prática de 1 crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p.p.p. art.º 8.º, n.º 1 de da Lei n.º 17/2009, a pena de 7 anos e 3 meses de prisão efectiva.

2. O recorrente inconformado com a decisão, uma vez que o TSI concordou com o acórdão do Tribunal a quo, pelo que também padece dos vícios previstos no art.º 113.º do CPP sobre métodos proibidos de prova; enferma do vício previsto no art.º 400.º do CPP; a pena foi excessiva, violou o art.º 8.º n.º 1 da Lei n.º 17/2009, em conjugação com o art.º 65.º,

40.º e 48.º do CP; devendo declarar a sua nulidade, nos termos dos art.ºs 360.º, a) e 355.º, n.º 2 do CPP,

3. No acórdão recorrido entende que a conduta do recorrente foi apenas continuação da sua actividade de tráfico ilícito de estupefaciente, portanto não pertence ao previsto no art.º 113.º, n.º 1 do CPP sobre métodos proibidos de prova.

4. Contudo, se bem que a testemunha B pediu, por várias vezes, que queria comprar droga, mas o recorrente recusou.

5. B devia vinte e tal mil ao recorrente, ora pergunto, quem estaria disposto de conceder novo empréstimo, sem ter reavido a dívida anterior?

6. A testemunha B sabia que o recorrente nunca mais lhe iria fornecer droga, nem a testemunha lhe iria pagar a dívida,

7. Por isso, tentou todos os meios aliciar o recorrente trazer droga para Macau, a fim de a polícia prender o recorrente.

8. Nestes termos: a testemunha B sabendo que o recorrente queria reaver a dívida de vinte mil, por isso, mentiu que iria pagar-lhe o dinheiro para ele aparecer no local.

9. Mas a testemunha nunca pensou pagar a dívida ao recorrente, se bem que desta vez prometeu pagar a dívida ao recorrente, isto foi apenas para instigá-lo trazer droga para Macau.

10. O objectivo principal da vinda do recorrente a Macau, foi para reaver a dívida.

11. Se não fosse a testemunha B ter dito que iria pagar-lhe a dívida, com certeza que o recorrente nunca iria trazer droga para Macau para lhe fornecer.

12. Deste modo, dito de forma simples, no presente processo, não houve tráfico da droga, razão porque, conforme as declarações da testemunha B, ele nunca teve a intenção de comprar droga.

13. Salvo o devido respeito, entendemos que o presente processo se trata de simulação de crime.

14. Conforme consta no acórdão do TUI n.º 6/2002: De acordo com o disposto no n.º 1 do art.º 36.º 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.º 113.º do CPP sobre os métodos proibidos de prova.

15. Do mesmo acórdão, 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.

16. A Lei n.º 17/2009 que revoga o art.º 36.º do DL n.º 5/91/M permite utilizar pessoas de confiança, mas isto apenas para atingir as finalidades de prevenção, para reconhecer se o agente, independentemente da participação da pessoa de confiança, praticou o facto espontaneamente.

17. Evidentemente que o presente processo violou o art.º 113.º do CPP sobre métodos proibidos de prova.

18. Tais provas não podem ser utilizadas porque são inválidas, pois trata-se de nulidade insanável devido à sua gravidade.

19. O surgimento dessa nulidade insanável pode ser apresentada a qualquer momento da acção e proceder oficiosamente ao conhecimento pelo Tribunal *ad quem*.

20. Se bem que o recorrente confessou ser traficante de droga na China Continental, mas o Tribunal de Macau não tem competência para julgar este facto.

21. A testemunha B não conseguiu indicar em que dia e mês o recorrente chegou trazer droga para Macau, nem sabe os registos de entradas e saídas do recorrente constantes nos autos, isto demonstra que o

recorrente raramente vem a Macau, na altura do facto, o recorrente foi a única vez que entrou em Macau.

22. Antes a testemunha prestar juramento, disse que era amigo do recorrente, pois ele e o recorrente conhecem entre si e pode considerar que ambos confiam um no outro.

23. Ao mesmo tempo, o material probatório constante nos autos, em si/ou em conjugação com as regras da experiência, prova este ponto – Nos termos do CPP, o disco CD da gravação das provas produzidas na audiência é parte integrante do processo, por isso, a parte da condenação padece do vício de erro notório na apreciação das provas.

24. Quanto aos apreendidos: Na altura, conforme os registos de entradas e saídas, o recorrente entrou precisamente naquele momento em Macau, no processo não provou, a partir desse facto, que o recorrente chegou a transaccionar droga com alguém.

25. Por outro lado, o dinheiro encontrado no corpo do recorrente, era para ajudar os seus familiares da China comprar objectos do dia a dia em Macau, tais como bath gel, shampoo, conforme a situação de Macau, é muito normal pessoas do continente vir a Macau comprar tais objectos.

26. Assim sendo, não houve absolutamente provas que o dinheiro apreendido foi proveniente da prática do crime, pelo que deve ser restituído ao recorrente.

27. O acórdão recorrido carece de fundamentação pelo que deve

declarar a sua nulidade.

28. Por isso, caso seja impossível de proferir acórdão em relação ao presente processo, requeira que ordene nos termos do art.º 418.º, n.º 1 do CPP de Macau, o reenvio do processo para novo julgamento.

29. Nestes termos, se julgar procedente a motivação do recurso, deve enviar o processo ao TSI ou tal como acima referiu que proceda a alteração do acórdão do colectivo.

30. Finalmente, a atenuação da pena não cumpriu o disposto na lei.

Respondeu o Ministério Público, terminando a sua resposta com as seguintes conclusões:

1. Quanto à violação do art.º 400.º, n.º 2 do CPP: No recurso interposto, o recorrente A impugna que o acórdão do TSI padece dos vícios previstos no art.º 400.º, n.º 2, al.s a), b) e c).

2. Contudo, na sua fundamentação apenas indicou que: “o material probatório constante nos autos, em si/ou em conjugação com as regras da experiência, prova este ponto – Nos termos do CPP, o disco CD da gravação das provas produzidas na audiência é parte integrante do presente processo, por isso, entende que o acórdão recorrido do TSI padece do vício previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. c) do CPP, quanto aos vícios relacionados com as al.s a) e b), o recorrente não apresentou quaisquer fundamentos para os apoiar.

3. Segundo o acórdão do TUI n.º 20/2007 de 25/04/2007 entende que: Se o acórdão recorrido padece do vício de erro na apreciação dos factos previsto no art.º 400.º, n.º 2 do CPP, o TUI pode julgar o processo e proceder oficiosamente ao conhecimento. (vide acórdão do TUI n.º 7/2004 de 16/04/2004)

4. No presente processo, embora o recurso interposto pelo recorrente A carece de fundamentação em relação ao vício disposto no art.º 400.º, n.º 2, al.s a) e b) do CPP, contudo, entendemos que o TUI pode na mesma julgar os factos que violam o previsto no art.º 400.º, n.º 2 do CPP, especialmente as al.s a) e b).

5. Veremos o caso em concreto constante no processo: Relativamente ao vício de os factos descritos nos factos provados não foram suficientes para apoiar a decisão constante no acórdão: Face ao previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. c) do CPP, o TUI chegou fazer a sua interpretação rigorosa em diversos processos: vide acórdãos do TUI n.º 12/2014 de 30/07/2014 e n.º 51/2013 de 06/11/2013.

6. No presente processo, embora o recurso interposto pelo recorrente A carece de fundamentos em relação ao vício disposto no art.º 400.º, n.º 2 do CPP para apoiar a sua conclusão, contudo, entendemos que tanto o TJB como o TSI recorrido, durante a investigação do processo, nomeadamente, reconheceram como fundamentais os factos abaixo descritos, parece que realmente surgiu lacuna de investigação:

✧ Pelo menos a partir do ano de 2012, A dedicava à actividade de

tráfico da droga entre Zhuhai e Macau, a droga vendida incluía “ketamina”, “cocaína” e “comprimidos ecstasy” (vide fls. 330, 387 v);

✧ A normalmente usava os telefones nºs 0086-XXXXXXXXXXXX e 0086-XXXXXXXXXXXX para exercer a supracitada actividade de tráfico da droga. (vide fls. 331 e verso, 387 verso)

✧ A forma de tráfico exercida pelo A incluía: A depois de receber a encomenda da droga, ele próprio fazia a transacção com o comprador no local combinado em Zhuhai, ou mandava alguém acompanhá-lo a Macau para contactar e transaccionar a droga com o comprador, ou ainda, quando não conseguia arranjar alguém para lhe trazer a droga, A deslocava sozinho a Macau e contactava directamente com o comprador para efectuar a transacção; A por cada venda de droga recebia centenas a milhares remimbis ou patacas. (vide fls. 331 e verso, 388).

7. Na parte do juízo de facto constante no acórdão proferido pelo Colectivo do TJB, a investigação dos factos apenas incluía: a confissão do recorrente A, que na data da detenção, foi a pedido da testemunha B que trouxe droga para Macau, das declarações das testemunhas B e da polícia, bem como, o relatório social e o exame laboratorial.

8. Se fosse tal como o teor da gravação da audiência reproduzido na motivação do recurso apresentada pelo recorrente A, vimos que a testemunha B parece que contactou por telefone durante 3 dias, o recorrente para pedir droga, tendo o recorrente recusado todas as vezes que a testemunha pedia, ele nunca demonstrou a intenção de trazer droga à

testemunha B, até que a testemunha B, com pretexto de que iria pagar a dívida, mas com condição de lhe trazer droga, é que o recorrente aceitou e enfim foi detido pela polícia por ter na posse droga (vide fls. Gravação da audiência de fls. 402 do fundamento de recurso).

9. Feito a conjugação das declarações supracitadas com o 1º auto de declarações prestadas pela testemunha B (parece que não foram lidas ou averiguadas na audiência, vide fls. 19, al. 20), ele chegou a dizer que telefonou por várias vezes ao requerente A para comprar droga antes de 3 ou 4 meses, tendo o último dito que por problemas familiares, por enquanto não podia fornecer droga à testemunha B.

10. Quanto às declarações prestadas pela testemunha B, tanto no julgamento do TJB como no TSI não procederam uma averiguação profunda, esta lacuna de investigação, pode causar dúvidas razoáveis: será que o recorrente A já deixou de exercer esta actividade, será que ele aceitou trazer droga para Macau a fim de entregar à testemunha B, será que foi aliciado pela testemunha B que lhe iria devolver o dinheiro?

11. Com certeza que, conforme os demais elementos constantes no processo, incluindo as quatro testemunhas arroladas na acusação do MP: C (vide fls. 127, 287), D (vide fls. 141, 288), E (vide fls. 160, 296) e F (vide fls. 203, 289) todos declararam a situação como o recorrente A vendeu droga à testemunha, especialmente, disseram que muito provável que o recorrente A até ao momento da detenção, sempre dedicava à actividade do tráfico da droga.

12. Se as declarações prestadas pelas supracitadas testemunhas fossem averiguadas na audiência, tais dúvidas razoáveis podiam ser retiradas; infelizmente, tanto no TJB como no TSI cometeram essa lacuna de investigação dos factos que são provas indispensáveis para obter uma determinação legal adequada, que entretanto no acórdão recorrido foi feito directamente a determinação dos respectivos factos.

13. Assim sendo, salvo o devido respeito, entendemos que, o acórdão recorrido do TSI confirmou os factos constantes no acórdão do TJB padece do vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” violou o disposto no art.º 400.º, n.º 2, al. a) do CPP.

14. Quanto ao vício de “Erro notório na apreciação da prova”: Sobre o disposto no n.º 2, al. c), o TUI chegou fazer a percepção nos acórdãos dos recursos do TUI n.ºs 12/2014 de 30/07/2014 e 51/2013 de 06/11/2013.

15. No presente processo, embora o recorrente A na sua fundamentação do recurso apenas indicou que: “o material probatório constante nos autos, em si/ou em conjugação com as regras da experiência, prova este ponto ... Nos termos do CPP, o disco CD da gravação das provas produzidas na audiência é parte integrante do processo, por isso, entende que o acórdão do TSI padece do vício disposto no art.º 400.º, n.º 2, al. c) do CPP.

16. Todavia, a testemunha B na audiência de julgamento admitiu que o recorrente no princípio recusou de trazer droga para Macau, até que afirmou ao recorrente A que iria liquidar a dívida, mas com condição de ter

que trazer droga para Macau, a razão dessa afirmação foi porque “Ah Sir” disse-lhe para arranjar meio de aliciar o recorrente vir cá”; além disso, a testemunha B nunca conseguiu esclarecer quando foi a última vez, em que dia ou mês transaccionou droga com o recorrente a transacção da droga (vide gravação da audiência constantes nos fundamentos do recurso de fls. 402).

17. Do nosso ponto de vista, no pressuposto de não haver outras provas mais concretas ou depoimento para apreciação e investigação, perante as declarações das referidas testemunhas, o TSI recorrido reconheceu os factos provados constantes no acórdão do TJB; salvo o devido respeito, não podemos deixar de considerar que o acórdão recorrido, de facto, violou a lei de apreciação das provas:

18. Entendemos que, realmente, o Tribunal recorrido cometeu, manifestamente, erro na apreciação das provas, razão porque com excepção do depoimento do pessoal policial, vimos no julgamento que só temos apenas as declarações da testemunha B, que foi a única pessoa investigada no processo; contudo, perante essas declarações confusas e incertas desta única testemunha, cujo teor é até vantajoso ao recorrente A, só se tiver outras provas ou declarações testemunhais a suportar, caso contrário, conforme as regras da experiência, realmente é impossível de formar a convicção concluída, de que os 3 pontos acima referidos são factos provados, quem lê o acórdão recorrido, de imediato, verifica isto!

19. Por isso, entendemos que o acórdão recorrido do TSI, de facto

violou o previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. c) do CPP.

20. Nos acórdãos do TUI n.º 51/2013 de 06/11/2013 e n.º 52/2013 de 24/11/2010 diz-nos: a existência dos vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal só conduz ao reenvio se não for possível decidir a causa.

21. No acórdão do TUI n.º 42/2011 de 12/10/2011 diz-nos ainda: “I – No ordenamento jurídico de Macau o recurso da matéria de facto está limitado à arguição dos vícios do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal e ao pedido de renovação da prova, prevista no artigo 415.º do mesmo diploma, esta da competência exclusiva do Tribunal de Segunda Instância. ...”

22. Uma vez que o acórdão recorrido padece do vício previsto no art.º 400.º, n.º 2, al.s a) e c) do CPP, nos termos do art.º 418.º, n.º 1 da mesma lei, deve reenviar o processo para novo julgamento.

23. Nestes termos, deve julgar procedente esta parte dos fundamentos do recurso e reenvie o processo para novo julgamento, por enquanto, não há outras questões que cumpram conhecer de imediato no presente recurso.

Nesta instância, o Ministério Público mantém a posição já assumida na resposta à motivação do recurso, pugnando pelo reenvio do processo para novo julgamento, por procedência parcial do recurso.

Foram corridos vistos.

2. Os Factos

Nos autos foram apurados os seguintes factos:

- Pelo menos a partir do ano de 2012, A dedicava à actividade de tráfico da droga entre Zhuhai e Macau, a droga vendida incluía “ketamina”, “cocaína” e “comprimidos ecstasy”.

- A normalmente usava os telefones nºs 0086-XXXXXXXXXXXX e 0086-XXXXXXXXXXXX para exercer a supracitada actividade de tráfico da droga.

- A forma de tráfico exercida pelo A incluía: A depois de receber a encomenda da droga, ele próprio fazia a transacção com o comprador no local combinado em Zhuhai, ou mandava alguém acompanhá-lo a Macau para contactar e transaccionar droga com o comprador, ou ainda, quando não conseguia arranjar alguém para lhe trazer a droga, A deslocava pessoalmente a Macau e contactava directamente com o comprador para efectuar a transacção; A por cada venda de droga recebia centenas a milhares remimbis ou patacas.

- No dia 21/11/2013, o pessoal da PJ após investigação e com a ajuda da testemunha, pelas 21H40 desse mesmo dia, foi ao [Restaurante] sita no [Edifício] r/c, que fica perto das Portas do Cerco, para interceptar A que na altura estava dentro desse estabelecimento.

- O pessoal da PJ encontrou no saco de plástico com caracteres “XXX” que A munia nas mãos, uma grande quantidade de sacos transparentes e cristais brancos embrulhados com lenço de papel (vide auto de apreensão de fls. 13)

- Após exame laboratorial, os cristais de cor branca contêm “ketamina” substância regulada na tabela II C da Lei 17/2009, com peso líquido de 25.494g, após análise quantitativa, a percentagem da “ketamina” é de 86.08%, correspondente a 21.945 g.

- A supracitada droga foi adquirida por A em Zhuhai, a indivíduo desconhecido, que pouco antes da detenção trouxe-a de Zhuhai para Macau (vide os elementos const. nas fls. 9 e 10 dos autos); A obteve e detinha a supracitada droga com o objectivo de vender a terceiros em Macau.

- Posteriormente, o pessoal da PJ encontrou no corpo de A, 4 telemóveis, 1900 remimbis, 5500 HK dollars e 6600 patacas; os supracitados telemóveis eram utilizados por A como instrumento de contacto para a prática do crime, o dinheiro supracitado era o capital e lucro obtido da actividade supracitada (vide auto de apreensão de fls. 14).

- A agiu livre, consciente, voluntariamente e com dolo a conduta supracitada.

- Ele bem sabia as características e a natureza da droga.

- A conduta supracitada não tinha permissão legal, bem como é proibida e punida por lei.

Foram ainda provados os seguintes factos:

- Conforme o registo criminal, o arguido não tem antecedentes criminais.

- O arguido declara que tem o 2º ano do ensino secundário elementar, é condutor, auferia mensalmente 7,000 a 8,000 remimbis, tem a cargos os avós, o pai, e uma filha.

3. O direito

Insurgindo-se contra o Douto Acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância, que julgou improcedente o seu recurso, imputa o recorrente a violação do disposto no art.º 113.º do Código de Processo Penal sobre os métodos proibidos de prova bem como todos os vícios referidos no n.º 2 do art.º 400.º do CPP.

Pretende a sua absolvição do crime de tráfico ilícito de estupefacientes, ou o reenvio do processo para novo julgamento, ou ainda a aplicação da pena inferior a 3 anos de prisão, suspensa na sua execução.

Pede finalmente a restituição do dinheiro apreendido nos autos, alegando que não houve prova de que era produto da prática do crime.

3.1. Sobre a nulidade da prova

Alega o recorrente que não houve tráfico da droga porque, conforme as declarações da testemunha B, este nunca teve a intenção de comprar droga, tratando-se assim da provocação do crime, pelo que foi violado o disposto no art.º 113.º do CPP, sendo que as provas assim obtidas não podiam ser utilizadas por serem inválidas.

Ora, nos termos do art.º 112.º do CPP, “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

E quanto aos métodos proibidos de prova, dispõe o art.º 113.º do CPP o seguinte:

Artigo 113.º

(Métodos proibidos de prova)

1. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral da pessoa.

2. São ofensivas da integridade física ou moral da pessoa as provas obtidas, mesmo que com consentimento dela, mediante:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;

c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

3. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4. Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos no presente artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

Aponta o recorrente para a violação da disposição na al. b) do n.º 2 do art.º 113.º do CPP, segundo a qual são nulas e não podem ser utilizadas as provas obtidas mediante “perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação”.

Vejamos se assiste razão ao recorrente.

É de salientar, desde logo, que não se afigura estar em causa a disposição indicada pelo recorrente, mesmo provados os factos alegados.

Na realidade, decorre dos elementos constantes nos autos (nomeadamente o auto de notícia elaborado pela Polícia Judiciária) que foi com a colaboração da testemunha B, que telefonava para o recorrente, fornecedor da droga que vivia em Zhuhai, simulando a encomenda de “ketamina” que costumava comprar àquele, que os agentes policiais conseguiram interceptar o recorrente, que se tinha deslocado a Macau para transacção da droga.

Na perspectiva do recorrente, ele deslocou-se a Macau com o objectivo principal de receber de retorno uma quantia que a testemunha lhe devia, sendo certo que, se não fosse a promessa (simulada) da testemunha de pagar a dívida, não iria trazer droga para Macau a fim de oferecer à testemunha.

Tal situação integraria, quanto muito e na tese defendida pelo recorrente, no preceito da al. a) do n.º 2 do art.º 113.º, e não da al. b), uma vez que, para o recorrente, a testemunha utilizou o meio enganoso, determinando que ele viesse a Macau, trazendo consigo a droga.

Mesmo assim, repare-se que aqueles factos não foram dados como provados pelo Tribunal de 1.ª instância, até nem sequer alegados pelo recorrente na sua contestação apresentada ao abrigo do disposto no art.º 297.º do CPP, onde se limitou a pedir ao Tribunal “para avaliar objectivamente todas as provas constantes nos autos e fazer a habitual justiça” (cfr. fls. 293 dos autos).

E em audiência de julgamento a Ilustre Defensora do recorrente dispensou-se de fazer exposição introdutória referida no n.º 2 do art.º 319.º do CPP, segundo o qual podia indicar, se assim o desejasse, os factos que pretendia provar (cfr. fls. 322 dos autos).

Por outro lado, constata-se nos autos que, aquando da interposição do recurso para o Tribunal de Segunda Instância, o recorrente não requereu a renovação da prova para que o tribunal de recurso pudesse reapreciar as provas produzidas em 1.ª instância, não obstante ter descrito, na sua motivação do recurso, as declarações prestadas oralmente por si e pelas testemunhas, devidamente gravadas.

E não cabe ao Tribunal de Última Instância reapreciar as provas, por ser um tribunal que, em princípio, apenas conhece de matéria de direito quando julgue em recurso não correspondente a segundo grau de jurisdição (art.º 47.º n.º 2 da Lei de Bases da Organização Judiciária).

Daí que não pode este Tribunal de Última Instância apreciar a questão da nulidade da prova, que é de conhecimento oficioso, com base nos factos que os tribunais inferiores não deram como provados.

Por outro lado, e mesmo na mera hipótese de provar os factos alegados pelo recorrente, afigura-se-nos que não implicava a violação do disposto a al. a) do n.º 2 do art.º 113.º.

Na realidade, os meios enganosos eventualmente usados pela Polícia só devem ser considerados proibidos quando causarem efectivamente perturbação da liberdade de vontade ou decisão, afectando esta liberdade, o

que não sucedeu no nosso caso concreto, não sendo bastante para o efeito a alegação sobre a utilização de qualquer meio enganoso.

A “idoneidade” do meio enganoso para atingir a liberdade de vontade ou decisão deve ser aferida, naturalmente, no circunstancialismo do caso concreto, em conjugação com os elementos apurados no caso.

No caso vertente, não se demonstra bem como é que a actuação da testemunha, de prometer o pagamento da dívida, conseguiu determinar a prática do crime, no sentido de criar na pessoa do recorrente uma intenção criminosa, antes inexistente.

Há que distinguir os casos em que a actuação do agente policial cria uma intenção criminosa, até então inexistente, dos casos em que o arguido já está implícito ou potencialmente inclinado a delinquir, sendo que a actuação do agente policial apenas põe em marcha aquela decisão.¹

Decorre da factualidade provada que o recorrente se dedicava, pelo menos a partir do ano de 2012, às actividades de tráfico da droga entre Zhuhai e Macau, tendo mandado alguém ou deslocado pessoalmente a Macau para efectuar a transacção, para além de vender droga em Zhuhai, e recebia por cada vez centenas a milhares renminbis ou patacas.

Os elementos constantes nos autos revelam que não foi a primeira vez que o recorrente forneceu droga à testemunha, que tinha adquirido junto daquele por várias vezes a droga, mesmo aqui em Macau.

¹ Cfr. Ac. do STJ de Portugal, de 6 de Maio de 2004.

Daí que permite concluir que não era o recorrente traficante ocasional da droga e a sua actividade estendia para fora da cidade Zhuhai. E a actuação policial e da testemunha desenvolvida nos autos não passou mais do que pôr em marcha a decisão de fazer transacção da droga, continuando as suas actividades ilícitas.

Analizado o circunstancialismo do caso, entende-se que a promessa de pagar a dívida, feita pela testemunha, não é susceptível de assumir a relevância de criar nem determinar a re formação da resolução criminosa, fazendo com que o recorrente retomasse uma actividade que tinha deixado de praticar. E vê-se na conduta do recorrente, de trazer droga para Macau a pedido da testemunha, uma clara intenção de continuar as actividades criminosas, que tinham sido desencadeadas já por algum tempo e até à sua detenção em Macau.

A questão ora colocada foi já discutida em várias ocasiões, tendo o Tribunal de Última Instância entendido que “quando a intenção do arguido de praticar continuamente a actividade de tráfico de droga se forma 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 previsto na al. a) do art.º 113.º do CPP, nem excede o âmbito permitido pelo art.º 36.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M”.

E os 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”.²

É admissível a actuação policial em causa, com finalidade de acolher mais provas e detectar mais criminosos que se dedicam às actividades ilícitas já em curso, não se vislumbrando onde está a provocação ou engano susceptível de constituir método proibido de prova.

Resumindo, não se pode afirmar que o crime de tráfico de estupefaciente praticado pelo recorrente foi provocado e instigado pela testemunha ou pelos agentes policiais; antes pelo contrário e tal como ficou provado, o recorrente agiu livre, consciente e voluntariamente.

Improcede a questão suscitada pelo recorrente.

3.2. Sobre os vícios referidos no n.º 2 do art.º 400.º do CPP

Lida a motivação do recurso apresentada pelo recorrente, constata-se que, não obstante a imputação de todos os vícios referidos no n.º 2 do art.º 400.º do CPP, certo é que não fez nenhum desenvolvimento sobre a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e a contradição insanável da fundamentação.

² Cfr. Ac. do TUI, de 27-6-2002 e 25-9-2002, Proc. n.ºs 6/2002 e n.º 10/2002.

No que concerne ao erro notório na apreciação da prova, invoca o recorrente o objectivo principal da sua deslocação para Macau (de reaver a dívida) e a falta de prova sobre a frequência e data de tal deslocação.

Ora, é de entendimento uniforme deste Tribunal que existe erro notório na apreciação da prova “quando se retira de um facto uma conclusão inaceitável, quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou tarifada, ou quando se violam as regras da experiência ou as *legis artis* na apreciação da prova. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores”.³

No caso em apreciação, não se nos afigura que está verificada alguma das situações acima referidas que consubstanciam o vício. O que se mostra é a discordância do recorrente relativamente à valoração que o Tribunal fez da prova produzida em audiência de julgamento, pondo em causa a convicção formada pelo Tribunal.

Salienta-se que, vigorando no processo penal o princípio da livre apreciação da prova, as declarações prestadas pelo próprio arguido e o depoimento das testemunhas estão sujeitas à livre valoração do Tribunal, que pode, e deve, formar a sua convicção conforme a sua valoração de provas produzidas em audiência.

E é irrelevante se é frequente a deslocação do recorrente para Macau.

³ Ac. do TUI, de 30-1-2003, 15-10-2003 e 11-2-2004, Proc. n.ºs 18/2002, 16/2003 e 3/2004, entre muitos outros.

Improcede a invocação do vício do erro notório na apreciação da prova.

Quanto à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, verificada na óptica da Magistrada do Ministério Público que emitiu parecer nesta instância, é consabido que tal vício só se verifica quando “a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada”.⁴

Recorda-se ainda que, tendo em consideração a vinculação temática do tribunal de julgamento relativamente aos factos da acusação, ou da pronúncia, quando a haja, da contestação e da acção conexa, “só poderá haver insuficiência da matéria de facto se a lacuna no apuramento dos factos se referir a um dos constantes das mencionadas peças processuais”.⁵

E por Acórdão proferido em 24 de Novembro de 2010, proferido no Processo n.º 52/2010, o Tribunal de Última Instância reafirmou a posição no sentido de ocorrer o vício “quando a matéria de facto provada, se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa

⁴ Ac.s do TUI, de 22-11-2000, Proc. n.º 17/2000, de 7-2- 2001, Proc. n.º 14/2000, de 16-3-2001, Proc. n.º 16/2000 e de 20-3-2002, Proc. n.º 3/2002.

⁵ Ac. do TUI, de 20-3-2002, Proc. n.º 3/2002.

decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos art.ºs 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.” E que, portanto “não se verifica o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada relativamente a factos não constantes da acusação ou da pronúncia, nem suscitados pela defesa, e de que não resultou fundada suspeita da sua verificação do decurso da audiência, nos termos do disposto nos art.ºs 339.º e 340.º do Código de Processo Penal”.

No caso vertente, constata-se que na sua contestação o recorrente não alegou nenhum facto e em audiência de julgamento dispensou-se de fazer exposição introdutória, não indicando os factos que queria provar, tal como já foi referido.

E se os factos ora alegados pelo recorrente decorreu do julgamento, certo é que o tribunal de 1.ª instância não os deu como provados.

Não se nos afigura existente o vício invocado pelo recorrente.

E não se vê a contradição insanável da fundamentação, que nem sequer foi demonstrada pelo próprio recorrente.

3.3. Sobre a medida concreta da pena e a suspensão da execução da pena

Pretende o recorrente a redução da pena para não superior a 3 anos de prisão, suspensa na sua execução.

Nos termos do art.º 40.º n.º 1 do Código Penal de Macau, a aplicação de penas visa não só a reintegração do agente na sociedade mas também a protecção de bens jurídicos.

E ao abrigo do art.º 65.º do Código Penal de Macau, a determinação da medida da pena é feita “dentro dos limites definidos na lei” e “em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal”, tanto de prevenção geral como de prevenção especial, atendendo a todos os elementos pertinentes apurados nos autos, nomeadamente os elencados no n.º 2 do artigo.

No caso vertente, o crime pelo qual foi condenado o recorrente é punível com a pena de 3 a 15 anos de prisão.

Não resultam dos autos quaisquer circunstâncias que militem a favor do recorrente, com excepção de ser delinquente primário e da confissão parcial.

Não obstante o recorrente ter admitido trazer droga a Macau, certo é que não se trata duma confissão integral e sem reserva que contribuisse para a descoberta da verdade material, sendo que o recorrente foi detido em flagrante delito.

Decorre da factualidade provada que o recorrente se dedicou, pelo menos a partir do ano de 2012, às actividades de tráfico da droga entre Zhuhai e Macau e foram apreendidos nos autos 21,945 gramas de “ketamina” (peso líquido).

A factualidade assente revela que é muito intenso o dolo do recorrente e são graves os factos ilícitos.

No que tange às finalidades da pena, são prementes as exigências de prevenção geral, face à realidade social de Macau, em que se tem detectado problemas graves relacionados com o tráfico e consumo de estupefacientes, impondo-se prevenir a prática do crime em causa, que põe em risco a saúde pública e a paz social.

Pretende a recorrente a redução da pena, recorrendo ainda à comparação das penas aplicadas e das quantidades apreendidas noutros processos.

É de dizer que a determinação da medida concreta da pena é feita caso a caso, havendo de proceder a uma ponderação de todas as circunstâncias apuradas no caso concreto, sendo a quantidade da droga apreendida apenas um elemento, mas não único, a considerar pelo Tribunal.

Ponderado todo o circunstancialismo apurado no presente caso, nomeadamente as circunstâncias referidas no art.º 65.º do Código Penal de Macau, não se nos afigura excessiva a pena de 7 anos e 3 meses de prisão aplicada ao recorrente, que foi encontrada dentro da moldura penal fixada para o crime em causa.

E o recorrente não chegou a alegar a violação das regras de experiência por parte dos tribunais, que na realidade não se verifica.

Tal como tem entendido este Tribunal, “Ao Tribunal de Última

Instância, como Tribunal especialmente vocacionado para controlar a boa aplicação do Direito, não cabe imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, desde que não tenham sido violadas vinculações legais – como por exemplo, a dos limites da penalidade – ou regras da experiência, nem a medida da pena encontrada se revele completamente desproporcionada”⁶, pelo que se não se estiver perante essas situações, como é no caso vertente, o Tribunal de Última Instância não deve intervir na fixação da dosimetria concreta da pena.

É de concluir pela improcedência do recurso, também nesta parte.

Finalmente e quanto à pretensão de ver restituído o dinheiro apreendido nos autos, não tem razão o recorrente.

De facto, ficou provado que o dinheiro apreendido era o capital e lucro obtido da actividade de tráfico da droga, pelo que foi declarado perdido a favor da RAEM, nos termos do art.º 101.º do Código Penal.

Não merece censura a decisão posta em causa.

4. Decisão

Face ao expendido, acordam em negar provimento ao recurso.

⁶ Acórdãos do TUI, de 23 de Janeiro de 2008, 19 de Setembro de 2008, 29 de Abril de 2009 e 28 de Setembro de 2011, nos Processos n.ºs 29/2008, 57/2007, 11/2009 e 35/2011, respectivamente.

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça fixada em 4 UC.

Macau, 20 de Maio de 2015

Juízes: Song Man Lei (Relatora) – Sam Hou Fai –

Viriato Manuel Pinheiro de Lima