

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 69/08.0PEPRT.P1

Relator: LUÍS TEIXEIRA

Sessão: 03 Novembro 2010

Número: RP2010110369/08.0PEPRT.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC. PENAL.

Decisão: NEGADO PROVIMENTO.

LIVRE APRECIACÃO

DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA

Sumário

I- Segundo as regras da experiência comum, é normal e aceitável que uma testemunha expresse, no seu depoimento, uma margem de dúvida e de incerteza, sobretudo se ele se refere a acontecimentos particularmente repentinos e intensos.

II- Nesses casos, certo tipo de dúvidas, ao contrário do interpretado pelo recorrente, podem mesmo conferir credibilidade ao depoimento, traduzindo um testemunho ponderado, racional e sério.

Texto Integral

*

Recurso nº 69/08-0PRPRT.P1

*

Acordam em conferência na 1ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto:

I

1.Nos autos de processo comum nº 69/08-0PRPRT da 4ª Vara Criminal do Porto, com a intervenção do Tribunal colectivo, em que, entre outros, é arguido

B....., conhecido por “B1.....”, solteiro, sem ocupação, nascido a 10/01/1985, em Miragaia, Porto, filho de C..... e de D..... e residente na Rua, n.º ..., ..., ..., Vila Nova de Gaia;

Foi o mesmo julgado e condenado

pela pratica, em co-autoria material, na forma consumada e em concurso real,

de um crime de tráfico de substâncias estupefacientes, p. e p. pelo art. 21º, nº 1 do D.L. 15/93 de 22/01 e de um crime de detenção de arma proibida, p. e p. pelo art. 86º, nº 1, al. c) da Lei nº 5/2006 de 23/02, respectivamente, nas penas de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de prisão e 9 (nove) meses de prisão; Em cúmulo jurídico das penas aplicadas ao arguido B....., à luz do disposto no art. 77º do Código Penal, foi decidido aplicar-lhe a pena única de 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de prisão efectiva.

2. Da sentença recorre o arguido apresentando as conclusões que se sintetizam no seguinte:

2.1. Por existirem graves contradições no acórdão com os depoimentos feitos na audiência de discussão e julgamento conforme o já descrito e segmentos indicados dos suportes magnetofónicos supra referenciados.

2.2. Carecendo assim de fundamentação, quer de facto e como anteriormente aludido de uma errada aplicação de direito, entendendo por todo o exposto que não se deverão dar como provados factos descritos nos pontos 7,8, 16 e 17 do acórdão que agora se recorre,

2.3. Existe pois insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada, de acordo com o estatuído na al. A) do nº 2 do art. 410º, do CPP.

2.4. Violação do disposto no nº 1 do art. 355º, do CPP e da al. B) do nº 1 do art. 357º, do CPP.

2.5. Deveria o ora recorrente ter sido absolvido se não por total falta de prova e insuficiente fundamentação, pelo menos ao abrigo do princípio do in dubio pró reo no que ao crime de tráfico de estupefaciente p. e p. pelo art. 21º, nº 1, do Dec. Lei nº 15/93 diz respeito.

2.6. Ou, ao ser condenado, ser-lhe aplicado o regime especial do art. 25º, do nº 1, do mesmo diploma.

2.7. E nessa circunstância, deverão V.as Exas condenar o recorrente pelo mínimo legalmente permitido de acordo com o estatuído no art. 72º, do CPenal, aplicando de igual forma o preceituado no art. 50º, do CPenal, suspendendo a execução da pena.

2.8. Uma vez que, a medida concreta da pena aplicada, porquanto não vai de encontro à medida concreta da culpa do recorrente ou ao estatuído nos termos do art. 40º, 70º, 71º e 72º de acordo com excesso da pena que ora se recorre.

3. A este recurso respondeu o Ministério Público em 1ª instância, dizendo:

3.1. Quanto à impugnação da matéria de facto - pontos 7, 8, 16 e 17

Só uma parcial e incompleta leitura da prova produzida em audiência de julgamento permite ao recorrente a impugnação daqueles factos.

Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente - art. 127º do Código de Processo Penal.

Nada impede, portanto, que o tribunal se apoie num certo conjunto de provas, em detrimento de outras, nada obstando que esse convencimento parta de um registo mínimo, mas credível, de prova, em detrimento de outras referências probatórias que, contudo, não têm qualquer suporte de credibilidade.

No caso sub judice o tribunal expôs com clareza os meios de prova de que se socorreu e explicou a razão porque a eles atendeu, o mesmo tendo feito relativamente aos elementos que desvalorizou, juízos de valor elaborados à luz das regras da experiência comum, evidenciando ponderação e sem saltos lógicos na valoração dos aspectos essenciais do exame crítico da prova.

Tudo vale por afirmar que sendo a prova apreciada na sua globalidade segundo a regra da livre apreciação, nos termos do art. 127º e sendo certo que o tribunal recorrido justificou de forma coerente o modo como formou a sua convicção, explicitando o porquê da relevância que deu aos meios de prova, que no seu conjunto forneceram um substrato seguro para o que veio a ser considerado como provado, nada há que criticar no douto acórdão recorrido quanto à matéria de facto que considerou assente.

Nada impedia, portanto, o Tribunal recorrido de valorar as declarações do co-arguido E....., até porque, como expressivamente se afirma no acórdão tais declarações foram corroboradas por outros elementos probatórios.

3.2. Alega ainda o recorrente que existe insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada, de acordo com o estatuído na al.a) do nº 2 do artigo 410º do C.P.P..

Esqueceu-se, porém, de invocar quais os elementos em falta que podendo e devendo ser indagados são necessários para se formar um juízo seguro de condenação.

Com efeito, laborando em manifesta confusão entre a existência dos vícios a que alude o artigo 410º do Código de Processo Penal (que têm de resultar directamente do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum) e a sua discordância sobre a matéria de facto provada, acaba o recorrente por trazer, para este efeito, à colação a prova pessoal produzida em audiência de julgamento.

Ora, o recorrente não invoca e também se não consegue vislumbrar que do texto do douto acórdão, por si só ou conjugado com as regras de experiência comum, resulte qualquer vício que o inquene nos termos constantes daquela norma.

3.3. Sem invocar qualquer facto ou circunstância donde fundadamente possa resultar considerável diminuição da ilicitude dos factos, o recorrente, em sede de conclusões pugna, sem mais, pela aplicação daquilo a que chama “o regime especial p. e p. pelo art. 25º nº 1 do Dec-Lei nº 15/93”

No caso dos autos, não se verifica qualquer elemento atenuativo que permita abandonar o crime simples a que corresponde a moldura penal prevista no citado artigo 21º. Não se verificam circunstâncias objectivas que, em concreto e conjuntamente valoradas por referência à matriz subjacente à enumeração exemplificativa contida no artigo 25º, permitam concluir afirmativamente pela considerável diminuição da ilicitude pressuposta no tipo simples. A diferenciação entre o artigo 21º e o 25º em função do grau de ilicitude, embora destinada a dar uma resposta diferenciada a realidades diferenciadas, impõe uma ponderação concreta e positiva das circunstâncias susceptíveis de traduzir a considerável diminuição da ilicitude.

Nesta perspectiva de avaliação e no que se reporta ao caso sub judice, não se vislumbra na factualidade apurada circunstâncias que positivamente permitam uma conclusão sobre a considerável diminuição da ilicitude.

Exigindo o artigo 25º que a diminuição da ilicitude seja considerável, não basta uma ilicitude de grau médio ou mesmo baixo, é necessário que ela se situe no patamar mínimo.

3.4. Quanto à medida da pena

Como claramente resulta da matéria de facto provada o arguido B..... praticou em crime de tráfico de produtos estupefacientes da previsão do artigo 21º nº 1 do Dec-Lei nº 15/93 de 22/01, punível com pena de prisão de 4 a 12 anos.

Como decorre do acórdão, o arguido B.....:

- agiu com dolo directo;
- a culpa é acentuada, registando-se exasperada ilicitude da sua conduta, atenta a sua forma de actuação, preparação e a reiteração no tempo da conduta delituosa;
- tem antecedentes criminais, sendo que já anteriormente sofreu condenação por crimes de tráfico de menor gravidade e roubo;
- não tem hábitos regulares de trabalho;
- não demonstrou o mínimo de arrependimento ou de auto-censura pelos factos que praticou;
- as consequências da sua conduta são gravosas, atentos os bens jurídicos

protegidos pela incriminação e, assim, postos em crise.

Do exposto decorre que são muito intensas as necessidades de prevenção especial e igualmente intensas as necessidades de prevenção geral, atenta a proliferação da actividade do tráfico de estupefacientes com o nefasto reflexo pessoal e social que arrasta, tudo espelho duma sociedade cada dia mais virada para os bens materiais e que premeia o sucesso fácil e rápido, esta actividade é das mais procuradas pelo elevado lucro e rápida ascensão económica que propicia.

Feita a necessária ponderação de todas as referidas circunstâncias é claro que a pena de 6 anos e 4 meses de prisão aplicada ao recorrente não é desproporcionada nem viola qualquer preceito legal.

Nestes termos se conclui que o Tribunal recorrido respeitou as finalidades das penas consagradas no artigo 40º do Código Penal e fez correcta aplicação dos critérios de determinação da medida da pena constantes do artigo 71º do mesmo código.

3.5. Pelo exposto, julgando-se improcedente o recurso interposto pelo arguido B....., far-se-á JUSTIÇA

4. Nesta instância, o Exmº Sr. Procurador-Geral Adjunto pronunciou-se no sentido de que não existe qualquer fundamento para alterar a matéria de facto nem a medida das penas, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente.

5.

Foram os autos a vistos e realizou-se a conferência.

II

1. Impugnação da matéria de facto.

2. Insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada.

3. Medida da pena.

III

São os seguintes os factos provados no acórdão recorrido:

Factos provados[1]:

1 - Desde, pelo menos, inícios de Outubro de 2008, que a P.S.P. recolheu informações que indicavam que a arguida F....., gerente da Pensão “G.....”, sita na Rua, Porto, se dedicava ao tráfico de estupefacientes – heroína e cocaína – designadamente, guardando-os no interior daquele estabelecimento comercial, os quais eram vendidos pela arguida H.....;

2 - Tais informações culminaram em 13 de Outubro de 2008 com a notícia de que, nesse dia, a arguida F..... transportava substâncias estupefacientes, pertencentes à arguida H....., para a dita pensão, pelo que agentes da P.S.P.

se dirigiram para as imediações do local;

3 - Pelas 15h30, aquela arguida F..... foi interceptada e, de imediato, retirou da roupa interior e entregou aos identificados agentes uma embalagem de plástico com vários pedaços de cocaína, com o peso líquido de 3,425 gramas;

4 - Tais produtos estupefacientes eram transportados pela arguida F..... para posterior entrega à arguida H..... que os destinava à venda;

5 - Com efeito, pelo menos desde início de Outubro de 2008, que a arguida H..... vinha vendendo substâncias estupefacientes a quem a procurasse na zona do Bairro da Sé, particularmente nas imediações da pensão supra identificada, onde a mesma residia;

6 - No dia 3 do referido mês de Outubro de 2008, pelas 13.30 horas, no Largo do Souto, Porto, local habitualmente frequentado por vendedores e consumidores de produtos estupefacientes, agentes da P.S.P. vieram mesmo a interceptar a arguida H....., tendo-lhe sido encontrado e apreendido:

- . € 109,33 (cento e nove euros e trinta e três cêntimos), em numerário; e

- . 2 Embalagens de heroína, com o peso líquido de 0,124 gramas;

7 - Em Outubro de 2008, agentes da P.S.P. recolheram, também, informações de que o arguido J....., conhecido por "J1.....", se dedicava ao tráfico de estupefacientes na Rua Alexandre Herculano, nesta cidade e comarca, e que tais produtos eram guardados, quer na sua casa, quer na casa do arguido B....., sitas na Rua, respectivamente, nºs .. e .., ..º, Porto;

8 - O arguido B..... dedicava-se ao tráfico de estupefacientes, utilizando várias residências como "casas de recuo" onde guardava os estupefacientes que vendia e os objectos relacionados com tal actividade;

9 - Assim, munidos dos competentes mandados, em 11 de Dezembro de 2008, agentes da P.S.P. efectuaram buscas nos referidos domicílios, onde encontraram e apreenderam os seguintes bens e produtos:

10 - Na Rua, nº .., ..., no Porto - residência do arguido B.....:

- . € 8.765,00 (oito mil setecentos e sessenta e cinco euros), em numerário;

- . um revólver, classe B1, marca "Taurus", calibre .32 S&W LONG;

- . 16 cartuchos metálicos, carregados com carga propulsora de pólvora, escorva e um projectil metálico, de calibre .32 S&W LONG;

- . uma caixa plástica com cannabis (resina), com o peso líquido de 46,123 gramas;

- . um telemóvel preto, marca "Vodafone", modelo 810, com o IMEI 356559012877630, respectiva bateria e sem cartão SIM, no valor comercial de 15,00€;

- . um telemóvel cinzento/azul, marca "Nokia", modelo 1209, com o IMEI 358627010215208, com cartão Yorn n.º 700820719690 e respectiva bateria, no valor comercial de 10,00€;

. um telemóvel cinzento/azul, marca “Nokia”, modelo 1209, com o IMEI 358627012358956, com cartão Vodafone n.º 700823370103 e respectiva bateria, no valor comercial de 10,00€;

. um telemóvel preto, marca “LG”, modelo KG800, com IMEI 352637013353340, com cartão Yorn n.º 700745012536 e respectiva bateria, no valor comercial de 15,00€;

. um telemóvel preto/vermelho, marca “Samsung”, modelo SGH-C 170, com o IMEI 353999012993750, com cartão da Yorn n.º 700820717538 e respectiva bateria, no valor comercial de 15,00€;

. um telemóvel preto, marca “Sony Ericsson”, modelo J120 I, com o IMEI 352602026372828, com cartão Vodafone n.º 100727813375 e respectiva bateria, no valor comercial de 10,00€;

. um telemóvel cinzento/prateado, marca “Sharp”, modelo GX 25, com o IMEI 354720008903176, sem cartão SIM, com respectiva bateria, no valor comercial de 10,00€;

11 - Paralelamente, no âmbito de outro inquérito com o n.º 485/07.4SJPRT onde o arguido B..... também se encontrava a ser investigado pela prática do mesmo tipo de crime, foi realizada uma busca a outra residência por ele utilizada, sita na Rua, n.º .., .., ..º, Porto, que ocorreu no mesmo dia 11 de Dezembro de 2008, onde foram apreendidos os seguintes artigos:

. uma tábua de cozinha em madeira, com resíduos de cannabis (resina);

. uma tábua de cozinha em plástico sem resíduos de estupefacientes;

. uma faca de cozinha com resíduos de cannabis (resina);

. uma faca de cozinha com resíduos de cannabis (resina); e

. um pedaço de papel, junto a fls. 571;

12 - Foram, ainda, apreendidos ao arguido B..... os veículos automóveis de marcas e modelo “Audi A3” e “Smart”, com as matrículas, respectivamente, ...-ZX e ..-CM-..;

13 - Na Rua, n.º ..., no Porto, residência do arguido J..... foram encontrados e apreendidos os seguintes bens e produtos:

...

14 - No decurso da busca, o arguido J..... informou os agentes da P.S.P. de que entregara ao arguido E....., conhecido por “E1.....” mais produtos estupefacientes que se encontravam guardados em casa deste último;

15 - Assim, no mesmo dia e após autorização escrita do arguido E....., agentes da P.S.P. procederam a busca à residência deste, sita na Rua, n.º ..., .., Porto, onde foram encontrados e apreendidos os seguintes bens e produtos:

...

16 - Os arguidos destinavam à venda os estupefacientes que lhes foram

apreendidos;

17 - Os objectos - caixa plástica, telemóveis, saco plástico, caixa plástica, meia, bloco de folhas, faca de cozinha, maquina fotográfica, monitor de computador, torre de computador de seus componentes, amplificador, rato, teclado, modem, televisor, telecomandos, dvd, box, sub-woofer, quatro colunas de som, telefone, telemóvel, bicicletas, cofre, bicarbonato, saco de desporto, saco de computador, saco preto, caixa de cartão, mochila, balanças de precisão, tesoura, saco cinzento, saco com fecho preto, colheres, cartões, lamina, faca de cozinha, copo, recortes de plástico e fita castanha e as diversas quantias em dinheiro são provenientes da actividade de tráfico que os arguidos levavam a cabo ou obtidos como meio de pagamento dos estupefacientes vendidos, ou, ainda, por foram utilizados nessa mesma actividade;

18 - Todos os arguidos conheciam as características e propriedades dos produtos estupefacientes que venderam, transportaram, guardaram, compraram e detinham para vender, sem para tal estarem autorizados;

19 - O arguido B..... sabia que não podia deter a arma referida e as respectivas munições por serem proibidas;

20 - Todos agiram livre e conscientemente, sabendo que as respectivas condutas não eram permitidas por lei;

...

27 - O arguido E..... confessou os factos, de forma preponderante à descoberta da verdade material, mostrando capacidade de auto-censura e arrependimento;

...

30 - O arguido B..... é o mais velho de dois filhos de um casal - a mãe ama da segurança social, e o pai comerciante - que durante os primeiros anos de vida do arguido lhe proporcionou situação económica favorecida e dinâmica equilibrada até que o progenitor se veio a envolver no consumo de estupefacientes, desenvolvendo toxicodependência. Esta realidade esteve na origem de conflituosidade no relacionamento conjugal, que se veio a separar, e assunção de comportamento delinquente por parte do progenitor, que motivou a sua reclusão de 2006 a 2008 por tráfico de estupefacientes, situação que mantém se volta a verificar na actualidade. O seu processo de crescimento do arguido decorreu em zona mista da cidade - residencial e de comércio tradicional - onde se verifica incidência de situações de exclusão social. Em termos educativos, o arguido teve o progenitor como figura de autoridade ate que se degradou por força da toxicodependência, tendo sido a figura materna quem maioritariamente assumia a condução do processo educativo, mantendo atitude de cariz protector e desculpabilizante. O arguido B..... em idade

própria ingressou no sistema escolar, tendo frequentado, com aproveitamento, estabelecimentos de ensino privados até conclusão do 6º ano de escolaridade, uma vez que no 7º ano de escolaridade transitou para estabelecimento público, altura a partir da qual passou a evidenciar desinteresse, traduzido em acentuado absentismo na companhia de pares, tendo abandonado a frequência escolar por volta dos 14 anos de idade, no que não foi contrariado pelos progenitores. Passa a acompanhar pares da sua zona de residência, conotados com comportamento marginal, com os quais iniciou o consumo de haxixe, que localiza nos 14 anos de idade. Veio a assumir comportamento delinquente na origem de processo tutelar, com aplicação de medida de acompanhamento educativo em Novembro de 1997. Ao longo do período de acompanhamento o arguido e progenitores assumiram atitude pouco vinculada à intervenção, na origem de prorrogações da medida, que veio a ser declarada extinta em Setembro de 2001. A sua primeira experiência profissional decorreu como indiferenciado no estabelecimento que o progenitor explorava, até que, decorrido cerca de um ano, o mesmo foi encerrado por dívidas contraídas pelo pai. Nesta sequência prestou trabalho, durante cerca de 2 meses, numa empresa de fotocópias, a K....., de onde refere ter saído por incompatibilidade com um colega. Desde então, com 16 anos de idade, o arguido B..... refere como principal actividade laboral a comercialização de carros usados, que adquiria em stands e que vendia, após os submeter aos consertos necessários, nos primeiros anos na companhia de amigos mais velhos para poder concretizar os negócios. Durante o ano de 2007, referiu que, em paralelo com aquela actividade, prestou trabalho numa churrasqueira, que não identificou, de onde se despediu por considerar que a remuneração era demasiado baixa. O arguido contava 19 anos de idade quando se autonomizou do agregado materno, estabelecendo união de facto com a que é a sua actual companheira, tendo arrendado casa na Rua, no Porto. A data dos factos na origem do presente processo B..... residia com a companheira, de 21 anos, empregada de limpeza, em casa arrendada sita na Rua, em zona residencial degradada, conotada com problemáticas de exclusão social e incidência de população envelhecida. Segundo o arguido a subsistência do casal decorria do salário da companheira, do Rendimento Social de Inserção, no valor de € 187,18, de que é beneficiário desde 2007 e do resultante da actividade que desenvolvia com a compra e venda de automóveis usados, a qual descreve como rentável e que lhe permitia aceder a bom nível de vida, no que enquadra a aquisição a crédito (€300,00/mês) de viatura de cilindrada elevada. O arguido B..... alega nunca ter legalizado esta actividade profissional, pela irregularidade dos rendimentos daqui provenientes e com o receio de perder o direito ao RSI. Em contacto

estabelecido com o proprietário da oficina mecânica a quem o arguido informou recorrer, foi confirmado o facto deste ali se ter deslocado, cerca de seis vezes, para reparação de automóveis, quer de uso pessoal, quer corri outros que alegava destinar-se a venda. Nessas ocasiões acordou sempre o pagamento em prestações, que cumpriu.

Em Janeiro passado o arguido e companheira mudaram a residência para em Vila Nova de Gaia, segundo referiu na procura de habitação de renda mais acessível, Assim, até meados do corrente mês residiram em casa de tipologia 2 integrada em ilha. Contudo, a situação de desemprego da companheira e as dificuldades pessoais com que informou ter passado a deparar-se com a actividade de compra e venda de viaturas, por ausência de fundo de maneio, motivaram que tivesse optado por abandonar aquela habitação e acolher-se, com a companheira, era casa da mãe no Porto, por não dispor de rendimentos que lhes possibilitasse assegurar o pagamento das despesas fixas mensais, nomeadamente a referente ao arrendamento (€200). Este arguido refere deparar-se com dificuldades económicas, vindo a contar com o apoio da progenitora. O seu quotidiano decorreu sempre na cidade do Porto, almoçando na casa materna e convivendo com os amigos da que sempre foi a sua zona de residência. Assume que mantém consumo regular de haxixe, habito que não avalia prejudicial ao nível da sua inserção social. Como ocupação de tempos livres o arguido refere, ainda, o gosto pela música, informando dispor de um considerável investimento em aparelhagem que lhe permite, sempre que solicitado, desenvolver a actividade de disco jockey o arguido desloca-se regularmente ao Estabelecimento Prisional do Porto para visitas ao progenitor, a quem sempre apoiou, inclusivamente, durante o período que antecedeu a sua reclusão em que aquele cumpriu a medida de coacção de obrigação de permanência na habitação sujeita a vigilância electrónica. No âmbito do acompanhamento que lhe é dispensado no âmbito do RSI, o arguido B..... informou ter recusado a possibilidade de ser colocado e a trabalhar na construção civil, aguardando propostas alternativas;

31 - O arguido B..... tem antecedentes criminais por ilícitos de tráfico de menor gravidade e roubo.

*

FACTOS NÃO PROVADOS

Não obstante todos os meios de prova produzidos não ficou demonstrado que:

1 - O arguido J..... fosse o fornecedor de produtos estupefacientes à arguida H.....;

2 - Os veículos automóveis de marcas e modelos “Audi 3” e “Smart” com as

matrículas, respectivamente, ..-.-ZX e ..-CM-.. fossem provenientes da actividade de tráfico de estupefacientes que o arguido B..... levava a cabo, ou obtidos como meio de pagamento pelos estupefacientes por ele vendidos, ou ainda, utilizado nessa mesma actividade.

IV

Apreciando:

1ª Questão. Impugnação da matéria de facto.

1. Pretendendo o recorrente impugnar determinada matéria de facto provada, importa antes de mais proceder à verificação da sua admissibilidade legal, tendo presente que a esta é aplicável a Lei 48/07 de 29/98, que entrou em vigor em 15/9/07.

Assim, nos termos do art. 412º CPP:

“3. Quando impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, o recorrente deve especificar:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados;
- b) As concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida;
- c) As provas que devem ser renovadas;

4. Quando as provas tenham sido gravadas, as especificações previstas nas alíneas b) e c) do número anterior fazem-se por referência ao consignado na acta nos termos do nº2 do artigo 364º devendo o recorrente indicar concretamente as passagens em que se funda a impugnação.

.....

6. No caso previsto no nº4 o tribunal procede á audição ou visualização das passagens indicadas e de outras que considere relevantes para a descoberta da verdade e a boa decisão da causa.”

2. Analisando a motivação de recurso verifica-se que o recorrente:

2.1. Reproduz naquela o teor de vários itens do factualismo provado, a saber: nºs 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 27, 30 e 31.

2.2. Acto contínuo refere que “tais factos foram dados como provados, aparentemente, com base nos seguintes depoimentos.

- relata as declarações do arguido E..... (cerca de duas páginas).
- analisa a seguir as “incongruências nele existentes”.
- confronta-o com o depoimento da testemunha L.....
- indica outras “incongruência” com outros depoimentos – testemunha M....., agente da PSP;
- questiona a diferença de tratamento do tribunal entre o recorrente e o arguido E.....
- prossegue com mais algumas considerações – que a qualidade do estupefaciente encontrado no interior da residência do recorrente não é da mesma qualidade do encontrado no interior da casa do arguido E..... -.

- questionando, a final, a valoração que é feita pelo tribunal das declarações do co-arguido J....., em fase de inquérito e que em julgamento se remeteu ao silêncio.

E é com base nesta argumentação que o recorrente, nas conclusões, sem acrescentar nada de novo[2], conclui que “não se deverão dar como provados os factos descritos nos pontos 7, 8, 16 e 17 do acórdão”.

3. Manifestamente, não corresponde esta impugnação da matéria de facto ao legalmente exigido e que supra já se transcreveu - art. 412º, nºs 3 e 4 do CPP. Cabem, pois, aqui, por inteiro, as recentes considerações tecidas no ac. desta Relação do Porto proferido no processo nº 1009/05.3TAVFR.P1, de 8.9.2010, por nós subscrito enquanto Juiz Adjunto e que sobre este aspecto, afirma: “Verifica-se assim que o recorrente não satisfaz a exigência do nº 4 citado, pois não indica as concretas passagens das gravações em que se funda a impugnação que impõem decisão diversa, uma vez que o que a lei pretende é que o recorrente indique o facto incorrectamente julgado, indique que a prova X..., (que identifica com o início e fim da parte do depoimento no caso de a prova ser testemunhal) impunha decisão diversa e porquê, e diga qual era essa decisão;

Ora as indicações exigidas pela lei são essenciais, não se tratando de mero capricho, pois “...à Relação não cumpre proceder a um novo julgamento em matéria de facto, apreciando a globalidade das «provas» produzidas em audiência, antes lhe competindo, atenta a forma como se encontra estruturado o recurso... (cfr. Damião da Cunha, O Caso Julgado Parcial, 2002, pág. 37), emitir juízos de censura crítica “, face á forma de impugnar a decisão proferida sobre matéria de facto (passível de modificação se, havendo documentação, a prova tiver sido impugnada, nos termos do artigo 412º, n.º 3, a) e b), - art. 431º b) CPP - aí se impondo a especificação dos concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados bem como as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida (a expressão “concreta” é nova sendo introduzida pela nova Lei que alterou o CPP, e traduz o que já era Jurisprudência e Doutrina assente).

E como se refere no Ac. TC 140/04 cit. “a indicação exigida pela alínea b) do n.º 3 e pelo n.º 4 do artigo 412º do Código de Processo Penal ...- é imprescindível logo para a delimitação do âmbito da impugnação da matéria de facto, e não um ónus meramente formal. O cumprimento destas exigências condiciona a própria possibilidade de se entender e delimitar a impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto, exigindo-se, pois, referências específicas,...”, ora concretas o que está de acordo com o facto de “... o

recurso não é tudo, é um remédio para os erros, não é novo julgamento” (G. Marques da Silva, Conferência parlamentar sobre a revisão do C.P.P., A.R., Cod. Proc. Penal, vol. II, tomo II, Lisboa 1999, pág. 65), e constituindo apenas um remédio para os vícios, o tribunal ad quem verifica apenas da legalidade da decisão recorrida tendo em conta todos os elementos de que se serviu o tribunal que proferiu a decisão e daí a importância da indicação dos pontos “ incorrectamente julgados”, porque o recurso em matéria de facto, destina-se apenas à apreciação em pontos concretos e determinados.

Só assim pode ser entendido o especial dever de motivação e das conclusões que apenas se satisfaz com a especificação, ponto por ponto, do que foi mal decidido, como das provas concretas que “ impõem decisão diversa” por referência aos suportes técnicos, no caso de ter havido gravação ora pela referência à concreta passagem gravada.

Assim está a Relação impossibilitada de apreciar a decisão proferida sobre a matéria de facto – cfr. Ac. R. G. 25/6/07 in www.dgsi.pt, dado que não está em causa apenas uma insuficiência ou deficiência das conclusões, caso em que o Tribunal deveria mandar completar ou corrigir as mesmas – artº 417º3 CPP e ac. STJ de 5/6/08 in www.dgsi.pt/jstj proc. nº 08P1884, - sob pena de ser rejeitado ou não ser conhecido nessa parte (T. C. Ac. nº 140/2004, de 10 de Março, proc. nº 565/2003, DR, II série, de 17 de Abril de 2004), mas “apresenta uma motivação com deficiências de fundo já que contra o que expressamente impõe a lei, não se preocupa em satisfazer as suas exigências, como acontece com a indicação dos suportes técnicos que documentem a sua discordância quanto ao decidido quanto à matéria de facto” (Ac. do STJ de 15-7-2004, proc. nº 2360/04-5ª, in Ac. Guimarães citado) e tal não é desconforme á Constituição como decidiu o TC , em relação ao artº 412º3 CPP no Ac. nº 140/04 de 10/3, DR IIª Série, de 17/4/04, em relação aos nºs 3 e 4 do artº 412º CPP, ac. nº 259/02, in <http://tribunalconstitucional.pt>, e, no ac. 488/04 porque não está em causa apenas uma questão de forma das conclusões, mas algo “imprescindível... para a delimitação do âmbito da impugnação da matéria de facto... O cumprimento destas exigências condiciona a própria possibilidade de se entender e delimitar a impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto, exigindo-se, pois, referências específicas, e não apenas uma impugnação genérica da decisão preferida em matéria de facto” sendo que, “ no caso das exigências constantes do artigo 412º nºs 3, alínea b) e 4 do Código de Processo Penal, cujo cumprimento (incluindo a referência aos suportes técnicos, com indicação da cassete em causa e da localização nesta da gravação das provas em questão) não é desproporcionado e antes serve uma finalidade de ordenamento processual claramente justificada”, sendo que a indicação que o recorrente faz das provas

em que se baseia, não o faz em conformidade com a lei, que impõe que a especificação quanto às provas se faça por referência aos suportes técnicos. Nesse sentido o Ac. R. Porto de 7/2/07 Proc. 2897/06-4 do seguinte teor:

“Esta exigência legal não se basta com a mera indicação de que os depoimentos chamados à colação se encontram gravados; ou que se encontram gravados na cassete nº tal; ou gravados no lado A ou B da cassete nº tal; ou ainda, por forma mais sofisticada mas igualmente inútil, que o depoimento da testemunha T... se encontra gravado na cassete nº tal, lado A ou B, de voltas x a voltas y. Disso toma conhecimento o tribunal de recurso através de mera consulta da acta, de onde necessariamente constam tais informações, pelo que não faria sentido impor ao recorrente que desse nota desses elementos.

O que se exige é que o recorrente, sustentando que um determinado ponto de facto foi incorrectamente julgado, o indique expressamente, mencionando a prova que confirma a sua posição; e tratando-se de depoimento gravado, que indique também, por referência ao correspondente suporte técnico, os segmentos relevantes da gravação.” Interpretação esta que está em conformidade com o expendido no Ac. T.C. 488/04.

A existência da gravação não substituiu a exigência legal imposta ao recorrente, e aderimos á decisão desta Relação, no Ac. de 7/2/07 Proc 2897/06.4, pelo que nessa parte deve o recurso ser rejeitado ou dele não se conhecer, em razão do que não pode a matéria de facto ser alterada pela Relação.

4. Pese embora esta posição quanto à matéria de facto pelo não cumprimento pelo recorrente dos requisitos exigidos para a respectiva impugnação[3], uma questão foi entretanto suscitada, de permeio que, apesar de não suficientemente esclarecida e desenvolvida pelo recorrente suscita alguma reflexão na medida em que pode relevar para efeitos da dita apreciação da prova pelo tribunal a quo, nomeadamente averiguar se se trata de prova legalmente admissível:

Referimo-nos à referência feita pelo recorrente, quando questiona a valoração que é feita pelo tribunal das declarações do co-arguido J....., em fase de inquérito e que em julgamento se remeteu ao silêncio.

4.1. Entre outros, o tribunal deu como provado o facto sob o item nº 14, do seguinte teor:

“No decurso da busca, o arguido J..... informou os agentes da P.S.P. de que entregara ao arguido E....., conhecido por “E1.....” mais produtos estupefacientes que se encontravam guardados em casa deste último”.

Por sua vez, pelo tribunal recorrido são explicitados como elementos que fundamentaram os factos dados como provados[4]:

- o auto de notícia por detenção de fls. 63 a 74, no que tange à identificação dos visados, das casas buscadas e bem assim das declarações prestadas pelo arguido J..... que deram sequencia às diligências de busca domiciliária na Rua, nº .., ..., nesta cidade, residência do arguido E.....[5].

- o auto de busca e apreensão de fls. 76 e 77, no que concerne aos bens e produtos encontrados na residência do arguido J.....

Mais adiante, a fls. 759, em forma de exame crítico da prova produzida e dos elementos referenciados, pelo julgador é afirmado:

“As declarações confessórias do arguido E..... apresentaram-se de grande relevo para a administração da justiça, no que tange à sua forma e modo de actuação, ou seja no que concerne à autoria dos factos que lhe são imputados; mas também no que respeita aos factos de que estão conexamente acusados os arguidos J..... e B....., já que este arguido explicitou a forma como se relacionava com os identificados arguidos e a forma como ele os mesmos participaram na actuação criminosa entre todos desenvolvida.

Tal relevância apenas pôde ser conferida pelo tribunal porquanto o teor daquelas suas declarações foi corroborada, em toda a linha, por outros meios de prova coligidos para os autos, como sejam pelos depoimentos testemunhais e os bens apreendidos, nas condições e locais em que o foram, bem como condizentes com as declarações que, no decurso de uma busca domiciliária, o arguido J..... adiantou a um agente policial e deu causa à feitura de uma busca, inicialmente não contemplada, e que, depois de concretizada, veio a dar lugar à apreensão de um lote muito significativo de produtos estupefacientes.

Perfilhamos, pois, o entendimento pugnado por António Alberto Medina Seica, na sua obra “O conhecimento probatório do co-arguido”, Boletim da Faculdade de Direito, XVII, 160, quando numa feliz síntese afirma que “feito este percurso em torno do problema da possibilidade da valoração das declarações do co-arguido, julgamos poder afirmar que, apesar de o CPP não contemplar expressamente o meio de prova “declarações de co-arguido”, não se infere a impossibilidade da valoração probatória das declarações na parte em que se referem (ou também se referem) aos factos de outro co-arguido. Na verdade, a lei só não proíbe essa valoração como indica em vários preceitos que ela deve ocorrer(...)”.

Posição aliás sufragada pelo mais alto Tribunal[7] em diversos arestos, e onde alertando para uma maior necessidade crítica da prova por esse meio adquirida, veio salientar, estribando-se no disposto nos arts. 125º e 126º do

C.P.P., que “as declarações de co-arguido são meios admissíveis de prova e, como tal, podem ser valoradas pelo tribunal para fundar a sua convicção acerca dos factos que dá como provados” (ultimo dos arestos citados, pág. 8).

...

No sentido pugnado por este tribunal, o da teoria da corroboração, adiantou posição o referido tribunal no primeiro dos arestos identificados, quando na esteira de parecer do Prof. Figueiredo Dias, afirma que “A corroboração das declarações do arguido visa “tornar provável que a história do co-arguido é verdadeira e que é razoavelmente seguro decidir com base nas suas declarações (...)”.

Pela mesma ordem de razões foi atendido o teor das declarações proferidas pelo arguido J....., no decurso da diligencia de busca efectivada à sua residência, porquanto no seguimento das mesmas, e corroborando-as em pleno, foi operada uma busca domiciliaria à residência do arguido E....., que se situava no local indicado pelo primeiro, aí sendo encontrado e apreendido um acervo de produtos estupefacientes, também como o primeiro havia indicado.

Por outro lado, nenhum dos identificados arguidos, o J..... e E....., quis desta forma alijar qualquer responsabilidade própria; pelo contrário, incluiu-se no seio de uma participação criminosa, antes esclarecendo a sua posição e a de terceiros, no caso a do arguido B....., nessa teia criminosa.

4.2. Compulsado o teor do “auto de notícia por detenção” a fls. 70, aí se descreve o seguinte:

“Posteriormente e no decurso da busca domiciliária o J..... afirmou ao Agente N..... de que um indivíduo de alcunha “E1.....” residente na mesma “ilha” de um indivíduo de alcunha “O.....”, indivíduo este que se encontrava a ser alvo de busca domiciliária no âmbito do NUIPC 485/07.4 SJPR T também teria na residência mais estupefacientes, sendo que apenas se saberia que o E1..... se chamaria E..... e que esse estupefaciente teria sido ele, B..... que o colocara lá, a mando do Luís Filipe”.

5. Como resulta da transcrição do texto do acórdão, o julgador levou em conta, na motivação de alguns factos provados, as declarações do arguido J....., produzidas e integrantes dos autos em fase de inquérito, perante um agente policial.

E da motivação resulta ainda que estas declarações do arguido J..... produzidas nas circunstâncias referidas, foram relevantes para o julgador dar determinada matéria de facto como assente na medida em que, segundo

afirma, tais declarações são condizentes e corroboram outros elementos ponderados pelo Tribunal.

Quer o julgador dizer que tais declarações do arguido J..... oferecem força probatória e convicção a outros elementos valorados pelo Tribunal que, conjugados, levam à afirmação de determinado factualismo como provado.

6. Sendo cinco os arguidos dos presentes autos, destes resulta que alguns deles prestaram declarações que o julgador relevou e que serviram de fundamento à matéria dada como provada.

Mas o arguido J..... não prestou declarações, tendo-se remetido ao silêncio. Ora, quando assim acontece, é necessário, obrigatório, levar em consideração determinadas regras processuais quanto à valoração dos elementos que existam no processo e que, em particular, tenham a ver com o arguido que, em concreto, não presta declarações em audiência de julgamento.

Com efeito, o arguido tem o direito de não responder a quaisquer perguntas que lhe sejam feitas sobre os factos, por qualquer entidade – artigos 61º, nº 1, alínea c), 141º, nº 4 e 343º, nº 1, todos do CPP.

Por outro lado, vigora o princípio instituído no artigo 355º, do CPP de que “não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”.

Dizendo o nº 2 deste preceito que “ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas nos termos dos artigos seguintes”.

6.1. Sobre este aspecto dispõem os artigos 357º, nº 1 e 356º, nº 7 – este aplicável por remissão do artigo 357º, nº 2, do CPP - o seguinte:

Art. 357º:

1- “A leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido só é permitida:

a) A sua própria solicitação e, neste caso, seja qual for a entidade perante a qual tiverem sido prestadas; ou

b) Quando, tendo sido feitas perante o juiz, houver contradição ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência”.

Art. 356º, nº 7:

“Os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, bem como quaisquer pessoas que, a qualquer título, tiverem participado na sua recolha, não podem ser inquiridos como testemunhas sobre o conteúdo daquelas”.

6.2. Do exposto resulta que tendo o arguido optado pelo silêncio durante o julgamento, direito que lhe assiste, nem o tribunal poderia proceder à leitura das declarações deste em audiência - leitura proibida - nem poderiam ser prestados depoimentos testemunhais de qualquer agente policial sobre essas

mesmas declarações.

A não se entender assim, seria admitir uma “confissão” do arguido, por interposta pessoa.

Ou, no dizer do ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Maio de 1992, in CJ. Ano XVII, tomo 3º, fls. 31 e ss., “ ...fazer-se-ia entrar pela janela aquilo que (a lei) se fez sair pela porta ou seja, o secretismo das declarações prestadas por este último”[10],[11].

7. Aqui chegados, valorando o tribunal recorrido prova legalmente proibida, inoperante terá de ser a motivação quanto aos factos que fundamenta e que foram dados como provados com base ou convicção nesses elementos.

Ora, segundo o teor concreto das declarações do arguido J....., de fls. 70 e a motivação do tribunal de fls. 754, 759 e 761, as valoradas declarações do arguido J..... teriam ditado a busca domiciliária e apreensão de estupefaciente na ..., do nº ..., da Rua, Porto, residência do arguido E....., a que se refere o auto de fls. 113 a 115.

Tais declarações não determinaram nem o mesmo resulta dos autos, quer a realização da busca à residência do arguido J..... quer à do arguido recorrente B.....

Antes revelam os autos que se procedeu à busca na residência do recorrente, a que se seguiu a busca à residência do arguido J....., ambas realizadas no dia 11.12.2008, pelas 21,00 horas, na sequência de mandados judiciais – v. fls. 66, 76, 77, 94 e 95.

Enquanto que a busca à residência do arguido E..... veio a ocorrer apenas por volta das 22,30 horas, do mesmo dia 11.12.2008, com autorização expressa desta – v. fls. 111. Ou seja, posteriormente àquelas.

7.1. De onde se pode retirar que, a valoração da prova em causa em nada afecta o recorrente.

O arguido que poderia afectar é o arguido E.....

Acontece, no entanto, que este arguido prestou declarações em audiência, confessando os factos que lhe são imputados.

Assim, no que a este arguido respeita, não se pode afirmar ou concluir que a sua responsabilidade foi apurada com base em prova proibida:

A busca à sua residência é válida. Por outro, a sua confissão também foi tida como espontânea e relevante.

8. Concluindo:

Reconhecendo-se a proibição legal da valoração em causa, da mesma não se retiram efeitos práticos no que respeita à imputação/não imputação de qualquer responsabilidade criminal relativamente a qualquer dos arguidos, maxime o recorrente.

Retirando do texto dos factos provados o facto sob o item nº 14, como deve ser

retirado, em nada fica afectado o demais factualismo provado e consequente responsabilidade do recorrente pelos crimes em que foi condenado.

2ª Questão: insuficiência para a decisão da matéria de facto dada com provada.

O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto dada com provada - al. - a) do nº 2 do art. 410 do CPP -, existe, quando a matéria de facto provada é insuficiente para a formulação de uma solução correcta de direito, dado não conter todos os elementos necessários à mesma, não permitindo por esse motivo, um juízo seguro de qualificação dos factos num dos referidos tipos legais.

E, no entender do ac. do STJ de 1.6.2006, proferido no processo nº 06P1614, consultável em www.dgsi.pt/jstj, “O vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão não tem a ver e não se confunde, com as provas que suportam ou devam suportar a matéria de facto, antes, com o elenco desta, que poderá ser insuficiente, não por assentar em provas nulas ou deficientes, antes, por não encerrar o imprescindível núcleo de factos que o concreto objecto do processo reclama face à equação jurídica a resolver no caso”.

Segundo o teor da motivação de recurso, não temos dúvidas que a pretensão do recorrente não se reduz à mera alegação deste vício[12] mas antes a eventual erro de julgamento da matéria de facto com base na prova produzida. Mas esta questão prende-se, directamente, com a impugnação da matéria de facto já supra apreciada e com a aplicação/valoração da prova, segundo o princípio da livre apreciação.

Para além do já exposto, quer quanto à não verificação dos pressupostos para a apreciação da impugnação da matéria de facto e da proba proibida, não se vislumbra nos autos qualquer outro vício de que padeça a decisão.

Conforme facilmente se depreende da motivação da sentença, no que ao recorrente diz respeito, os factos que lhe são imputados resultam essencialmente das buscas domiciliárias que lhe foram feitas e consequente apreensão dos objectos e estupefaciente.

Buscas validamente efectuadas, corroborando o próprio recorrente a apreensão dos bens embora com o argumento de que é consumidor, sendo ainda determinante, nesta parte, as declarações do co-arguido E..... que podem livremente ser apreciadas e merecem tutela e relevância jurídica - para além da jurisprudência citada no acórdão recorrido, v. ainda a. Do STJ de 12.3.2008, proferido no processo nº 08P694, onde se afirma:

“II - As declarações de co-arguido, sendo um meio de prova legal, cuja admissibilidade se inscreve no art. 125.º do CPP, podem e vem ser valoradas no processo.

III - Questão diversa é a da credibilidade desses depoimentos, mas essa análise só em concreto, e face às circunstâncias em que os mesmos são produzidos, pode ser realizada.

IV - Por isso, dizer em abstracto e genericamente que o depoimento do co-arguido só é válido se for acompanhado de outro meio de prova é uma subversão das regras da produção de prova, sem qualquer apoio na letra ou espírito da lei.

V - A admissibilidade como meio de prova do depoimento de co-arguido, em relação aos demais co-arguidos, não colide minimamente com o catálogo de direitos que integram o estatuto inerente àquela situação, mostrando-se adequada à prossecução de legítimos e relevantes objectivos de política criminal, nomeadamente no que toca à luta contra a criminalidade organizada.

VI - O direito ao silêncio não pode ser valorado contra o arguido. Porém, a proibição de valoração incide apenas sobre o silêncio que o arguido adoptou como estratégia processual, não podendo repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal, designadamente a que venha a precisar e demonstrar a responsabilidade criminal do arguido, revelando a falência daquela estratégia”.

Deverá, assim, improceder esta alegação do recorrente.

3ª Questão: a medida da pena.

1. Na determinação da medida concreta da pena, o tribunal ponderou o seguinte:

“Para tal operação importa atender a que, qualquer dos arguidos, agiu com dolo directo.

A culpa dos arguidos é acentuada, registando-se exasperada ilicitude na conduta perpetrada pelos arguidos E....., J..... e B....., atenta a sua forma de actuação, preparação e a reiteração no tempo da conduta delituosa, sendo que qualquer das outras arguidas mostra uma conduta medianamente ilícita, atenta a respectiva modalidade da acção e as consequências das suas condutas.

Contra os arguidos E....., J..... e B..... depõe a circunstância de terem antecedentes criminais, ainda que mais preponderantes quanto ao arguido B....., visto que já anteriormente sofreu condenação por ilícito de tráfico de menor gravidade.

...

Contra os arguidos J..... e B..... depõe a circunstância de se verificar uma ausência de hábitos de trabalho.

A favor de todos os arguidos há que atender à sua modesta condição pessoal, familiar, social e económica.

São, também, de relevar as intensas necessidades de prevenção geral, atenta

a proliferação da actividade do tráfico de estupefacientes com o nefasto reflexo pessoal e social que arrasta, tudo espelho duma sociedade cada dia mais virada para os bens materiais e que premeia o sucesso fácil e rápido, esta actividade é das mais procuradas pelo elevado lucro e rápida ascensão económica que propicia.

As necessidades de prevenção especial são, ainda, muito intensas, no que tange aos arguidos J..... e B....., sendo, ainda, exigentes, quanto aos demais arguidos.

Feita a necessária ponderação de todas as referidas circunstâncias e consideradas as penas abstractamente aplicáveis, entendem-se ser justas, necessárias e adequadas a condenação dos arguidos, nas penas a seguir indicadas:

...

- o arguido B....., na pena de 6 anos e 4 meses de prisão pelo ilícito de tráfico de estupefacientes e a de 9 meses de prisão pelo ilícito de detenção de arma proibida.

Tendo em consideração os critérios firmados no art. 77º do Código penal, há lugar à aplicação de uma única pena ao arguido B.....

Para o efeito, e tendo em atenção a personalidade do arguido, o seu modo e hábitos de vida, à data da prática dos factos, o número dos ilícitos praticados e o seu modo de execução, decide-se aplicar-lhe a pena única de 6 anos e 7 meses de prisão.

Em face da entrada em vigor da Lei nº 17/2009 de 06/05 que introduziu alterações à Lei nº 5/2006 de 23/02 importaria levar a cabo a comparação dos regimes penais, com vista a decidir do regime que, em concreto, se apresenta mais favorável ao arguido B..... Todavia, tal seria um trabalho inglório posto que a alteração operada veio a agravar a moldura penal abstracta, o que, naturalmente, implicaria, um agravamento da pena concreta”.

2. Na determinação da pena tem que tomar-se como referência, desde logo, o disposto no artigo 40º, do Cód. Penal, que diz:

« a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa».

Desta relevância tripartida na aplicação da pena, sem dúvida que a culpa ocupa o seu vértice. O mesmo é dizer que o fundamento da pena se alicerça na culpa.

3. A este propósito refere o Prof. Figueiredo Dias[13]:

“A exigência legal de que a medida da pena seja encontrada pelo juiz em função da culpa e da prevenção é absolutamente compreensível e justificável.

Através do requisito de que sejam levadas em conta as exigências da prevenção, dá-se lugar à necessidade comunitária da punição do caso concreto e, conseqüentemente, à realização in casu às finalidades da pena. Através do requisito de que seja levada em consideração a culpa do agente, dá-se tradução à exigência de que a vertente pessoal do crime – ligada ao mandamento incondicional de respeito pela eminente dignidade da pessoa do agente – limite de forma inultrapassável as exigências de prevenção”.

Por sua vez, diz a Prof.^a Anabela Miranda Rodrigues[14]:

«A medida da pena é fornecida pela medida da necessidade de tutela de bens jurídicos, isto é, pelas exigências de prevenção geral positiva (moldura de prevenção)», vindo a ser definitiva e concretamente estabelecida «em função das necessidades de prevenção especial de socialização do agente ou, sendo estas inexistentes, das necessidades de intimidação e de segurança Individuais», sendo que «a culpa não fornece a medida da pena, mas indica o limite máximo da pena que em caso algum pode ser ultrapassado em nome de exigências preventivas».

Na jurisprudência, refere-se no Ac. Do STJ de 20/11/20008 (cfr. www.dgsi.pt): “I- A aplicação das penas tem por finalidade a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade – art. 40.º, n.º 1, do CP –, funcionando a culpa como limite máximo que aquela pena não pode ultrapassar (n.º 2 do mesmo normativo).

II - A medida da tutela dos bens jurídicos, correspondente à finalidade de prevenção geral positiva ou de integração, é referenciada por um ponto óptimo, consentido pela culpa, e por um ponto mínimo que ainda seja suportável pela necessidade comunitária de reafirmar a validade da norma e a prevalência dos bens jurídicos violados com a prática do crime. Entre esses limites actuam as necessidades de prevenção especial positiva ou de socialização, que, em última instância, determinam a medida da pena. III - As circunstâncias referidas no n.º 2 do art. 71.º do CP, actuando no âmbito da moldura penal abstracta, constituem os itens a que o julgador deve atender na fixação concreta da pena, dentro da submoldura de prevenção definida nos moldes enunciados”.

4. Tendo o Tribunal recorrido colocado e bem o acento tónico na medida da culpa, cumpre dizer que seguiu o critério legal, ao mesmo tempo que também a considerou elevada.

No que respeita à prevenção, a geral é, por natureza, para este tipo de crimes [15], elevada, tantos são os malefícios para a saúde pública e tantos são os dramas familiares e humanos emergentes directamente do consumo de estupefacientes. O tráfico de estupefaciente é um crime grave, que propicia lucros fáceis e faz múltiplas vítimas.

O mesmo se diga quanto à prevenção especial: o recorrente já não é delinquente primário, tendo sido, outrossim, já condenado por tráfico de menor gravidade e roubo.

Passando do artigo 40º, ao artigo 71º, do mesmo Código Penal, diz-nos este preceito no nº 1, que «A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

O que se fez até agora, foi relevar exactamente a culpa e a prevenção.

Mas o nº 2 deste último preceito, enumera, de forma exemplificativa, uma série de circunstâncias atendíveis para a graduação e determinação da pena, que não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor ou contra o agente.

Efectivamente, de entre elas, encontramos “as condições pessoais do agente e a sua situação económica”.

Neste aspecto, o Tribunal a quo valorou as que se provaram nos autos:

- ausência de hábitos de trabalho, modesta condição pessoal, familiar, social e económica.

5. Numa moldura penal de 4 a 12 anos de prisão para o crime de tráfico e de prisão até 5 anos para o crime de detenção de arma proibida, as penas parcelares de 6 anos e 4 meses e de 9 meses de prisão, respectivamente, afiguram-se correctamente dimensionadas. Do mesmo modo que o está a pena conjunta de 6 anos e 7 meses de prisão.

V

DECISÃO

Por todo o exposto, decide-se:

1. Retirar da matéria de facto provada o facto sob o item nº 14 da sentença.
2. Mas na medida em que este facto em nada altera a decisão e sua fundamentação, julga-se improcedente o recurso do recorrente, mantendo-se a sua condenação.

Custas a cargo do recorrente com a taxa de justiça que se fixa em 4 (quatro) UCs.

Porto, 3.11.2010

Luís Augusto Teixeira

Artur Daniel T. Vargues da Conceição

[1] Respeitando os autos a vários arguidos e relevando para a apreciação do

recurso os factos essencialmente referentes ao recorrente, apenas se transcreverão os estritamente necessários, para esta apreciação, deixando de fora, assim, factos pessoais de outros arguidos não recorrentes.

[2] Sendo certo que supra se reproduz o teor de todas as conclusões de recurso do recorrente.

[3] Que, na esteira do que já se disse noutros acórdãos em situações similares, o recorrente apenas faz uma análise de alguns elementos probatórios constantes dos autos, explanando qual a sua posição e versão final, por mera contraposição com a versão “oficial” do julgador.

Com certeza que é um direito seu pensar e valorar de modo diferente determinados elementos probatórios, que façam vingar a sua posição no processo. Coisa diferente é impugnar a matéria de facto nos termos legalmente exigidos para que esta possa ser superiormente apreciada de modo a que possa, eventualmente, em termos vinculativos, alterar a matéria de facto que foi dada como provada pelo tribunal recorrido, com base no princípio da livre apreciação da prova.

[4] Fls. 754.

[5] Sublinhado nosso.

[6] Sublinhado nosso.

[7] Acórdãos do STJ de 07/05/2009, Processo 08P1213, de 12/03/2008, Processo 08P694, de 27/11/2007, Processo 07P3872.

[8] Sublinhado nosso.

[9] Sublinhado nosso.

[10] Referindo-se a arguido.

[11] Anota-se que, diferente desta questão é a relevância jurídica que, em audiência merece um eventual “auto de reconstituição do facto”, meio de prova previsto no artigo 150º, do CPP.

É jurisprudência actual do Supremo Tribunal de Justiça que “a reconstituição constitui prova autónoma, que contém contributos do arguido, mas que não se confunde com a prova por declarações, podendo ser feita valer em audiência de julgamento, mesmo que o arguido opte pelo direito ao silêncio, sem que tal configure violação do artigo 357º, do Código de Processo Penal” - Acórdão do STJ de 20/04/06, Proc. nº 06P363, consultável in www.dgsi.pt.

No mesmo sentido, v. ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 5.1.2005, proferido no processo nº 04P3276, podendo ser consultado em www.dgsi.pt.jstj e CJ, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano XIII (2005), tomo I, fls. 159 e seguintes.

[12] Que não se verifica em concreto ou seja, face à concreta subsunção jurídica dos factos provados ao direito aplicável e que culminou na condenação do recorrente.

[13] “Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime, Coimbra Editora, 2005, fls. 281.

[14] “O Modelo de Prevenção na Determinação da Medida Concreta da Pena, RPCC”, 12.º, 2 (Abr/Jun02).

[15] Quer de tráfico quer de detenção de arma proibida.