

Tribunal da Relação de Guimarães
Processo nº 551/13.7PABCL.G1

Relator: ISABEL CERQUEIRA

Sessão: 09 Julho 2015

Número: RG

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: JULGADO IMPROCEDENTE

ERRO DE ESCRITA

MODIFICAÇÃO

ESSENCIALIDADE

MATÉRIA DE FACTO

Sumário

- I) A modificação essencial a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artº 380º do CPP, não corresponde a alteração substancial ou não substancial dos factos.
- II) É que a modificação essencial deve ser aferida em relação ao que estava na mente do julgador e não em relação ao que ficou escrito, sendo obrigatório que tal pensamento se revele inequivocamente para se ajuizar da essencialidade ou não essencialidade dessa modificação.
- III) No caso dos autos, a correcção operada pelo Senhor juiz na facticidade questionada pelo arguido, não implica modificação essencial do julgado, uma vez que qualquer uma das versões dadas nos autos quanto à referida matéria de facto é susceptível de integrar o artº 25º, do DL nº 15/93, de 22.01, por força do texto nº 1 do artº 21 do mesmo diploma legal, que prevê a mera posse como tráfico de estupefacientes, desde que estes não se destinem exclusivamente ao consumo do detentor.

Texto Integral

Largo João Franco, 248 - 4810-269 Guimarães - Telefone: 253 439 900 - Fax: 253 439 999

Correio electrónico: guimaraes.tr@tribunais.org.pt; Internet: www.trg.mj.pt

Acordam, em conferência, na Secção Criminal deste Tribunal:

Relatório

Na Inst. Local de Barcelos - Sec. Criminal - J1 da Comarca de Braga, em processo comum com intervenção do tribunal singular, **foi proferido sentença**, em 28/01/2015 (fls. 126 a 134), que **condenou o arguido Diogo M.**, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade p. e p. pelo art.º 25º alínea a) do DL 15/93, de 22/01, **na pena de 1 (um) ano de prisão, suspensa por igual período, e sujeita a regime de prova.**

Posteriormente, **em 4/03/2015, foi proferido o douto despacho de fls. 157 e seguinte, no qual, nos termos do art.º 380º n.º 1 se procedeu à correcção de um lapso de escrita na alínea b) da matéria de facto provada.**

Daquela sentença bem como desde último despacho interpôs o arguido recurso, respectivamente, a fls. 138 a 153 e 161 a 172.

Nas conclusões do primeiro (pelas se afere o âmbito do recurso), o recorrente alega ter ocorrido uma alteração substancial dos factos que não lhe foi comunicada, o que integra a nulidade prevista na alínea b) do art.º 379º do CPP, por ter sido dado como provado o facto b) da decisão, quando da acusação constava que “Efectivamente, o arguido vendeu, no período em causa e em outras ocasiões, por diversas vezes e em datas não concretizáveis, entre outros indivíduos, cuja identificação não foi possível apurar, a Jorge F., várias embalagens de haxixe, pelo preço de 5,00 (cinco) cada dose”, dela não constando que o produto apreendido fosse para consumo daquele indivíduo, facto com o qual não foi confrontado e teve a possibilidade de se defender (este aspecto do recurso está intrinsecamente ligado ao outro recurso interposto).

Alega erro de julgamento naquela alínea b), que está em manifesta contradição com a prova produzida, designadamente com as partes das suas declarações e do depoimento da testemunha F... que transcreve, pelo que, nunca se poderia concluir que o estupefaciente apreendido fosse para o consumo daquela testemunha, e F..., **ocorrendo também nesta parte erro notório na apreciação da prova.**

Acrescenta que, estando despenalizado o consumo de estupefacientes, tendo a quantidade apreendida peso inferior ao disposto na Portaria 94/96, de 26/03, e tratando-se no caso em análise de uma vulgarmente designada “roda de fumo”, não prevista legalmente, mas na qual não há actividade de tráfico, deve a conduta em causa ser considerada um “autoconsumo atípico”, pelo que, seguindo-se os princípios constitucionais da proporcionalidade e da intervenção mínima e as estratégias de política criminal que implicaram a despenalização do consumo de estupefacientes, **deveria ter sido absolvido do crime pelo qual foi condenado, tendo sido violados designadamente os art.ºs 18º e 32º da CRP.**

No segundo recurso interposto, o recorrente, conclui que a alteração da famosa alínea b) da matéria provada, não integra qualquer correcção de um lapso de escrita, mas sim uma verdadeira nulidade, por constituir uma alteração substancial que afecta o seu direito de defesa, em clara violação dos art.ºs 358º n.º 1 alínea b), n.º 1 do art.º 379º e 380º, todos do CPP, e os 18º e 32º da CRP.

O Magistrado do M.P. junto do tribunal recorrido respondeu aos recursos interpostos (fls. 176 a 185), pugnando pela sua total improcedência.

A Ex.mª Sr.ª Procuradora-Geral Adjunta junto deste tribunal emitiu o douto parecer que antecede, pronunciando-se em igual sentido.

Foi cumprido o disposto no n.º 2 do art.º 417º do CPP; foram colhidos os vistos legais, e procedeu-se à conferência, **cumprindo decidir.**

Foram as seguintes a fundamentação de facto e a motivação na sentença recorrida (que se transcrevem integralmente):

1. De facto

1.1. Factos provados

a) No dia 25 de Outubro de 2013, pelas 22horas e 50 minutos, na Rua, em Barcelos, o arguido trazia consigo 5,050 g de cannabis (resina), repartidos por duas porções de tamanho diferente, produto este que acomodava no seu vestuário.

b) O arguido trazia consigo o produto em causa para consumo próprio do J....

c) O arguido conhecia as características da referida substância e sabia que a sua detenção, cedência e venda sem autorização eram proibidas e punidas por lei.

d) Não obstante levou a cabo os factos supra referidos, actuando de modo livre e consciente, sem ter autorização para tal.

Mais se provou que:

e) O arguido trabalho num escritório de uma pequena empresa têxtil; auferia cerca de € 600,00 a € 700,00 mensais a título de salário; vive com o irmão, a mãe, o padrasto e a irmã, numa casa arrendada, contribuindo para o pagamento da mesma com o valor de € 150,00; paga a quantia mensal de € 245,00 para amortização do crédito contraído para a aquisição de uma viatura automóvel. Tem o 9.º ano de escolaridade.

f) O arguido já foi condenado em 11/07/2013, no âmbito do processo n.º ..., que correu termos no (extinto) 2.º juízo criminal do Tribunal Judicial de Barcelos, pela prática, em 14/06/2013, de cinco crimes de injúria agravada, na pena única de 200 dias de multa (por cúmulo de cinco penas de 65 dias de multa), à taxa de € 6,00.

1.2. Factos não provados

Com relevo para a decisão da causa nenhum outro facto se demonstrou.

Designadamente, não se apurou que:

i) O arguido faça do tráfico de estupefacientes o seu modo de vida, tendo vindo, desde data não concretamente apurada, mas seguramente desde o início de 2013, a dedicar-se com regularidade à venda de cannabis (haxixe) com fins lucrativos;

ii) Para o efeito, o arguido se abastecia junto do Parque da Cidade de Barcelos a indivíduos de etnia cigana, procedendo depois, por si próprio, à divisão e embalagem de tais produtos nas quantidades em que seriam vendidos a amigos, neste concelho, mediante o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro ou em objectos;

iii) O arguido quando se desloca ao local referido em i) era contactado por vários indivíduos consumidores, que assim lhe faziam as respectivas encomendas do produto estupefaciente e quantidades pretendidas por estes, através do telemóvel de que é titular;

iv) Depois (do referido em ii) e iii) acima transcritos) o arguido procedia à entrega das doses de estupefacientes encomendadas, mediante a entrega por parte destes do preço correspondente, em dinheiro e por vezes em objectos, pelo preço de € 5,00 e € 10,00 a dose de haxixe;

v) O arguido tivesse vendido no período em causa, e em outras ocasiões, por diversas vezes e em datas não concretizadas, várias embalagens de haxixe, pelo preço de € 5,00 cada dose, ao J... e a outras pessoas;

vi) Com as transacções supra referidas o arguido procurava obter elevados

proventos para integrar no seu património individual, o que veio a acontecer por diversas vezes;

vii) Aquando da sua detecção, o arguido vendia o produto estupefaciente a troco de determinada quantia em dinheiro, a indivíduos que para o efeito o abordavam, tendo já vendido parte da mesma e propondo-se a levar a efeito a venda de quantidade que ainda detinha e veio a ser apreendida.

1.3. Motivação

Confessou o arguido que nas circunstâncias de tempo e lugar dadas por provadas, tinha consigo o produto estupefaciente (haxixe) que então entregou aos agentes da PSP que o abordaram. Referiu, de resto, que o mesmo produto se destinava ao seu consumo e do seu colega, o J..., que nessa altura o acompanhava, por terem previamente adquirido (cerca de uma semana antes) a pessoa que não consegue identificar, pagando cada um a quantia de € 5,00. Desde que compraram até ao dia em causa, foi sempre o arguido quem guardou o haxixe apreendido.

Negou, peremptoriamente, alguma vez ter vendido haxixe, adquirindo-o apenas para o seu consumo.

No caso, o produto que lhe foi apreendido daria para o seu consumo durante duas semanas, até porque nem sequer é consumidor regular (só consumia, à data, ao fim-de-semana).

Por sua banda, os agentes da PSP, Cândido A., Vítor M. e Nelson R., confirmaram terem abordado o arguido, nas preditas circunstâncias de tempo e lugar, tendo o mesmo imediatamente entregue o produto estupefaciente que trazia consigo. De acordo com os depoentes, terá sido a primeira vez que o arguido foi encontrado com material estupefaciente em tal quantidade, certo que antes já havia sido interceptado com haxixe mas em quantidade inferior àquela prevista para 10 dias de consumo diário.

Referiram as testemunhas que o haxixe (cannabis em resina) se encontrava dividido em duas porções, de tamanho desigual, sendo que nunca antes haviam visto o arguido (ou tinham conhecimento) a vender (ou de qualquer forma “tráfica”, nas palavras empregues pelo depoente M...) produtos estupefacientes.

Finalmente, a testemunha J... confirmou a versão previamente narrada pelo arguido, garantindo que o produto em causa se destinava ao seu consumo e daquele.

As declarações complementarmente prestadas pelo arguido serviram para motivar a convicção do Tribunal no que concerne à sua actual situação pessoal e, quanto aos respectivos antecedentes criminais, relevou o certificado junto a fls. 118/120 dos autos.

Em relação aos factos não provados, cumpre referir, por último, que não se produziu em audiência de julgamento qualquer prova que permitisse dar como provados outros factos para lá dos que, nessa qualidade, se descreveram. Antes, considerando as declarações do arguido e os depoimentos das testemunhas inquiridas, ficou o Tribunal convencido da inveracidade dos factos descritos como não provados.

Fundamentação de facto e de direito

Os recursos interpostos pelo arguido estão intimamente interligados, já que, este defende constituir a alínea b) da matéria de facto provada, uma alteração não substancial dos factos, relativamente à acusação contra si deduzida, que não lhe foi comunicada, implicando, pois, a nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do art.º 379º do CPP, e que a correcção da decisão final efectuada pelo meritíssimo Juiz a quo a fls. 157 e seguinte, implica uma alteração não substancial dos factos.

Só que, modificação essencial, que é o que refere a alínea b) do n.º 1 do art.º 380º do CPP, não corresponde, na nossa opinião, a alteração substancial ou não substancial dos factos, já que aquela deve ser aferida em relação ao que estava na mente do julgador e não em relação ao que ficou escrito, sendo obrigatório que tal pensamento se revele inequivocamente para se ajuizar da essencialidade ou não essencialidade dessa modificação (ac. do STJ de 1/06/2000, citado em anotação ao art.º 380º do Código de Processo Penal Anotado de Maia Gonçalves), pelo que, e **por questões de ordem prática e lógica, começaremos por analisar o segundo recurso interposto**, ou seja, aquele em que o recorrente se insurge, contra a correcção da sentença, nos termos da alínea b) do art.º 380º do CPP, por dela constar na alínea b) da matéria provada, “O arguido trazia consigo o produto em causa para consumo próprio do J...” (antes da correcção).

Neste recurso, o recorrente sustenta não se tratar de um erro de escrita, mas sim de uma verdadeira nulidade, por constituir uma modificação essencial que se prende com o que estava no pensamento do julgador decidir, e não em relação ao que ficou escrito.

Reitera o por si já afirmado no recurso da decisão final de que aquela alínea b) constituía uma alteração não substancial dos factos pelos quais fora acusado, já que da acusação (fls. 87 e seguintes) constava que vendera produto estupefaciente àquele Jorge Filipe Gama, e não que trouxesse consigo o estupefaciente apreendido para seu próprio consumo e daquela testemunha.

Tal questão tem que ser aferida pelo texto integral da sentença proferida, por só através dele, se conseguir aprender o raciocínio do julgador, e concretamente o que pretendia dizer na alínea b) da matéria de facto provada.

Da motivação da decisão de facto, consta claramente que a prova resultou da confissão do arguido, que assumiu que o estupefaciente que lhe foi apreendido se destinava ao seu consumo e ao do seu colega J..., por ambos o terem previamente adquirido, “a meias”, versão que foi confirmada por esta testemunha, que garantiu que o haxixe detido pelo recorrente se destinava ao seu próprio consumo e ao deste.

Ora, e sem necessidade de maiores considerandos, em sede do recurso em análise, **tanto basta para se afigurar como absolutamente certo que o que o julgador pretendia afirmar na alínea b) da matéria provada que “O arguido trazia consigo o produto em causa para consumo próprio e do J...”.**

Tratava-se, pois no texto da decisão final, e quanto a essa matéria de um manifesto lapso de escrita consistente na omissão da preposição e, antes do nome da testemunha, pelo que, bem andou o Meritíssimo Juiz a quo em corrigi-lo, independentemente de tal matéria consistir ou não uma alteração substancial de factos relativamente à acusação deduzida contra o recorrente (que é o objecto do recurso da decisão final interposto), já que, **não implica modificação essencial do julgado, por quer uma versão, quer outra daquela alínea b) poder integrar o art.º 25º do D.L. 15/93, por força do texto n.º 1 do art.º 21º do mesmo diploma legal, que prevê a mera pose como tráfico de estupefacientes, desde que estes não se destinem exclusivamente ao consumo do detentor.**

Improcede, pois, na totalidade, o recurso interposto a fls. 161 e seguintes.

O recorrente começa por alegar configurar a matéria constante de b) da decisão da matéria de facto uma alteração não substancial de factos não comunicada, a provocar que a sentença recorrida esteja ferida de nulidade.

Dispõe o n.º 2 do art.º 358º do CPP, que “Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.”, isto relativamente ao n.º 1 que prevê o procedimento de comunicação de alteração não substancial de factos descritos na acusação.

Ora, **não só a alteração da versão da acusação de que o arguido vendia haxixe à testemunha J... para a de detenção por ele daquele estupefaciente para o consumo de ambos, nunca implicaria alteração**

com relevo para a decisão da causa (mas quando muito para a determinação da medida da pena), **como essa alteração resultou da versão da defesa apresentada em julgamento** (o que se pode confirmar pela simples audição da gravação do início das declarações prestadas pelo recorrente), pelo que, **tal alteração nunca integraria a nulidade da sentença, conforme resulta do próprio texto da alínea b) do n.º 1 do art.º 379º do CPP.**

Ora, **nas conclusões da decisão final, pelas quais se afere o seu âmbito, o recorrente além dessa nulidade, que tem que ser julgada improcedente, impugna a matéria constante de b), nos termos do art.º 412º do CP**, indicando como a imporem decisão diversa, as partes transcritas das suas declarações e do depoimento da testemunha J..., **aspecto que tem que ser julgado inteiramente improcedente**, exactamente face às provas produzidas, e que indica como a imporem decisão diversa, **e finalmente discorda de que a conduta constante da matéria provada integre o crime pelo qual foi condenado**, por “Ao nível do direito penal da droga e na diferenciação dos diferentes tipos de crime, seguiram-se as determinações da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas”.

Assim, entende que no caso dos autos estamos perante um consumo partilhado, que deve ser visto como um autoconsumo atípico, que embora não previsto legalmente, deve ser considerado, quer por a conduta não integrar “...propriamente a realização de atos de tráfico...”, quer porque o direito penal não é um fim em si mesmo, balizando-se pelos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal e o princípio da proporcionalidade, que torna injustificável a condenação do arguido, pelo crime que lhe era imputado, que visa obstar à disseminação do ciclo de comércio de estupefacientes, como fonte de lucros, o que não acontece no caso sub judice.

Acrescenta que porque o estupefaciente que vai ser consumido se restringe à esfera específica e restrita do consumo de todos aqueles que se agruparam com esse propósito, a condenação do arguido viola os princípios constitucionais da proporcionalidade e da presunção de inocência e o art.º 25º do D.L. 15/93 (entre outros normativos que indica, tais como por exemplo, os art.ºs 40º, 70º e 71º do CP, ou 410º n.º 3 do CPP).

Ora, **os vícios previstos no n.º 2 neste último normativo, o da alínea a) nada tem a ver com a insuficiência para a decisão de facto da prova produzida**, referindo-se apenas à “decisão justa” que devia ter sido proferida (ver, neste sentido, Acs. do STJ de 13/02/1991 e 13/05/1998, citados em anotação ao art.º 410º no Código de Processo Penal de Maia Gonçalves), prendendo-se exclusivamente com a insuficiência da matéria de facto provada

para a decisão de direito.

O segundo daqueles vícios (o da alínea b)), a **contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão ocorre quando, há uma incompatibilidade, insusceptível de ser ultrapassada através do texto da decisão recorrida, entre os factos provados, entre factos provados e não provados ou entre a fundamentação e a decisão de facto**. Fala-se do vício da contradição insanável “(...) quando, de acordo com um raciocínio lógico na base do texto da decisão, por si ou conjugado com as regras da experiência comum, seja de concluir que a fundamentação justifica decisão oposta, ou não justifica a decisão, ou torna-a fundamentalmente insuficiente, por contradição insanável entre factos provados, entre factos provados e não provados, entre uns e outros e a indicação e a análise dos meios de prova fundamentos da convicção do Tribunal” – Ac.STJ de 13/10/1999, in Colectânea de Jurisprudência – Ac.STJ, ano VII, tomo II, pág.84, relatado pelo Conselheiro Armando Leandro.

Finalmente, **existe erro notório na apreciação da prova** quando, analisada a decisão recorrida na sua globalidade e sem recurso a elementos extrínsecos, é manifesto que o tribunal fez uma apreciação ilógica da prova, em oposição às regras básicas da experiência comum, ou seja, sempre que para a generalidade das pessoas seja evidente uma conclusão diferente daquela a que chegou o tribunal. Trata-se de um erro ostensivo, que é detectado pelo homem médio.

Ora, **nenhum desses vícios ocorre na douda decisão recorrida, e como bem refere o recorrente, a situação concreta de “consumo em grupo” não está legalmente prevista**, e por razões de Política Criminal, é legalmente tratada como tráfico de estupefacientes, já que a mera detenção destas substâncias, excepto se for para consumo exclusivo do detentor, integra aquele crime, pelo que, e designadamente por não terem sido violados quaisquer normativos legais, **tem o presente recurso que improceder na totalidade**.

Decisão

Pelo exposto, **os juízes deste Tribunal acordam em julgar totalmente improcedentes os recursos interpostos pelo arguido Diogo M..**

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 3 Ucs.

Guimarães, 9 de Julho de 2015