

Processo n.º 125/2002

Data do acórdão: 2002-7-18

(Recurso penal)

Assuntos:

- Âmbito da decisão do recurso
- Não conhecimento oficioso dos vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP
- Inaplicabilidade do art.º 650.º do CPC ao processo penal
- Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada
- Mera insuficiência da prova
- Falta de realização de diligências de investigação
- Bem jurídico do crime de tráfico de droga do Decreto-Lei n.º 5/91/M
- Crime de perigo abstracto ou presumido
- Critério de aplicação do art.º 9.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 5/91/M
- Quantidade diminuta de droga - definição
- Comprimidos com substância estupefaciente no seu interior
- Compra de droga
- Atenuação livre da pena do art.º 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 5/91/M

S U M Á R I O

1. O tribunal *ad quem* só vai resolver as questões concretamente postas pelo recorrente e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas, só cumprindo, por outro lado, decidir das mesmas questões, e já não apreciar todos os

fundamentos ou razões em que o recorrente se apoia para sustentar a sua pretensão.

2. Os três vícios previstos nas alíneas a), b), e c), do n.º 2 do art.º 400.º do Código de Processo Penal (CPP), possibilitadores da reapreciação pelo tribunal *ad quem* da matéria de facto julgada pelo tribunal *a quo*, não são de conhecimento officioso mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito.

3. Na verdade, a clara redacção do n.º 2 do art.º 400.º, conjugada com o disposto nos seus art.ºs 402.º, n.ºs 1 e 3, e 415.º, n.º 1, e o seu confronto com o art.º 393.º, n.ºs 1 e 2, todos do CPP, apontam no sentido de os vícios em causa só poderem justificar o reenvio do processo nos termos do seu art.º 418.º, n.º 1, quando sejam invocados “como fundamentos do recurso”.

4. E isso estará em sintonia com a *mens legislatoris*, enquanto se atribui aos sujeitos processuais, como “recorrentes”, uma inequívoca co-responsabilidade no bom e rápido êxito final da causa, nomeadamente consentindo-se-lhes a limitação do recurso nos amplos termos do art.º 393.º do CPP e impondo-se-lhes apertadas regras na motivação, que, além do mais, terá de enunciar especificamente os fundamentos do recurso e formular conclusões de acordo com o art.º 402.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma.

5. Com efeito, se o arguido se conformou com a decisão *a quo* feita no tocante à matéria de facto, e não recorreu dela mesmo que em relação à qual

se pudesse detectar eventualmente e *ex officio* qualquer dos vícios do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, mas tão-só vem recorrer da parte da decisão condenatória referente à medida da pena, não faz sentido conhecer oficiosamente dos eventuais vícios do n.º 2 do art.º 400.º contra a “vontade” do arguido, já que este, se entendesse haver esses vícios, bastaria argui-los na motivação do recurso a caber do veredicto do tribunal *a quo*.

6. É anaplicável, a título subsidiário, o art.º 650.º do Código de Processo Civil aos eventuais casos de verificação dos vícios previstos no art.º 400.º, n.º 2, als. a) e/ou b), do CPP.

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

8. O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, tal como os restantes dois vícios de contradição insanável da fundamentação e de erro notório na apreciação da prova, tem que decorrer da própria decisão recorrida, sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, e há-de ser tão notoriamente evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores, isto é, que o homem médio facilmente dê conta dele.

9. Não se verifica, portanto, o vício de insuficiência da matéria de facto

quando os invocados factos a provar não constam da acusação ou de pronúncia, se a tiver havido, nem foram alegados pela defesa nem decorreram da discussão da causa.

10. A falta de realização de diligências de investigação quanto à acusação, defesa ou discussão da causa pelo tribunal *a quo* não conduz à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, visto que essa insuficiência de realização de diligências não resulta do texto da decisão recorrida, pelo que, ao invés, deveria ter sido detectada durante a audiência de julgamento para a produção da prova, com requerimento ao tribunal *a quo* para que tais diligências fossem realizadas, a título de arguição de uma nulidade do processo fundada na omissão de uma diligência que pudesse reputar-se essencial para a descoberta da verdade e prevista no art.º 107.º, n.º 2, al. d), segunda parte, do CPP.

11. O erro de julgamento do tribunal *a quo* no que tange à qualificação jurídica da forma do crime por ele julgado é distinto do caso de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, se precisamente não ter havido nenhuma lacuna no apuramento da matéria de facto descrita na acusação, mas sim uma já investigação total do tema probando descrito na acusação pública.

12. O bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de tráfico previsto nos seus termos fundamentais no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, é a saúde pública, na dupla vertente física e moral, pelo que o crime de tráfico é um crime de perigo abstracto ou presumido, para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo,

mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido.

13. O preceito do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do seu peso, para qualquer situação concreta que seja, dado que para os efeitos eventualmente a resultar do seu n.º 1, há que atender necessariamente às circunstâncias em que é consumida a droga considerada, daí, aliás, precisamente o espírito do disposto no seu n.º 5, ao abrigo do qual a concretização da quantidade diminuta para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico para efeitos do disposto no mesmo art.º 9.º será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

14. Assim, como critério da aplicação do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M com relevância para a aplicabilidade da moldura penal mais leve prevista no seu n.º 1, se a substância proibida ou uma das substâncias proibidas em causa for contida em comprimido, pílula ou até cápsula, ou for misturada aí com outras substâncias, em si proibidas ou não, ou até impurezas, só é de considerar o número dos comprimidos, pílulas ou cápsulas que comprovadamente contêm aquela substância ou uma das substâncias proibidas em questão, sem necessidade do apuramento da sua quantidade líquida, o que não conduz à violação do princípio da legalidade em matéria criminal na sua vertente de *nullum crimen nulla poena sine lege*, visto que é o espírito ínsito no próprio preceito do n.º 5 do mesmo art.º 9.º que permite formar um juízo de valor acerca da verificação ou não de

quantidade diminuta, com base na livre convicção da entidade competente e segundo as regras da experiência.

15. Doutro passo, ao definir a “quantidade diminuta” para cada tipo de substância ou preparado em consideração, não se pode olhar demasiadamente à sua quantidade letal, mas sim mais propriamente à “quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, como diz expressamente a lei.

16. Não se tendo provado quais as quantidades de droga consumidas pelo agente e se o fazia todos os dias, haverá que aferir as suas necessidades de consumo pelas da generalidade dos consumidores nas suas condições.

17. Os consumidores comuns de “comprimidos ecstasy” que contêm no seu interior “Metanfetamina” e/ou “Ketamina” são adolescentes de “*middle-class*” e adultos jovens participantes de “*rave party*” ou frequentadores de “*night-club*” e “*bar*” ou mesmo de festas ou convívios em privado, para poderem, através desses comprimidos tidos como “droga de *design*” e “droga para lazer”, “sentir alto” nesse tipo de ocasiões.

18. Assim, os “comprimidos ecstasy” que contêm no seu interior “Metanfetamina” e/ou “Ketamina”, nas situações normais da vida humana dos seus consumidores comuns, não podem ser nem são consumidos por três dias seguidos, exactamente porque após o estado de exaustão do corpo humano resultante do efeito de “sentir alto” e *inclusive* dos actos

“involuntariamente” contínuos de “abandar a cabeça” com a sua ingestão oral, o seu consumidor comum carece de tempo para se recuperar fisicamente, pelo que ninguém, do tipo do homem médio e razoável, se propõe a “sentir alto” com conseqüente estado de exaustão corporal durante três dias ou noites consecutivos através de ingestão deste tipo de comprimidos, ao que acresce que ninguém se atreve, sob pena de correr grave risco se não mortal à sua saúde, a ingerir, na normalidade das situações da vida humana, mais do que um ou dois “comprimidos ecstasy” numa mesma só ocasião, já que por um lado, ninguém lhe garante que o “comprimido ecstasy” a tomar só contenha uma quantidade ínfima de “Metanfetamina” e/ou “Ketamina”, e mesmo que lhe garanta isto, a gente também não ingere numa mesma ocasião mais do que um ou dois comprimidos, por causa da natureza destes como “droga de *design*” e “droga para lazer” e não droga que cria toxicod dependência habitual em sentido próprio do termo como o caso de heroína, cocaína ou de marijuana, etc..

19. Não vale, por isso, sob pena da tábua rasa às regras da experiência acima referidas, a tese de que se o comprimido contiver uma quantidade ínfima de substância ou substâncias activas proibidas em causa, já o número de uma ou até algumas dezenas de comprimidos poderá ser o necessário para consumo individual durante três dias e, por isso, constituir “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no art.º 9.º do DL 5/91/M.

20. E nem se diga que se o consumidor desses comprimidos soubesse, de antemão, da quantidade líquida exacta da substância ou substâncias activas proibidas contidas no seu interior, e se a achasse tão ínfima que não

chegaria a “sentir alto”, já estaria disposto a ingerir numa mesma ocasião maior número de comprimidos, por exemplo, uma dezena de comprimidos para poder sentir o mesmo grau pretendido de “sentir alto”, por este tipo de tese também estar a contrariar as mesmas regras da experiência humana na normalidade das situações acima expendidas, para além de não respeitar a própria Dogmática do Direito Penal em matéria da Teoria da Culpa, *maxime* no que se refere aos critérios da aferição do elemento intelectual do dolo por parte do agente do crime.

21. Com efeito, estando a substância activa em causa encoberta dentro de comprimidos, e normalmente até misturada com outras substâncias activas e/ou impurezas, para cujo consumo nas suas condições normais, o comum dos consumidores não vai nem está disposto a dismantelar primeiro os comprimidos a fim de extrair deles a quantidade líquida da substância activa que pretenda tomar para alcançar lazer em festas ou convívios em discoteca ou em privado, pois para este objectivo ele optará com certeza pela aquisição da mesma substância activa no seu estado puro à vista desarmada e não contida em comprimido, dada toda a inconveniência desse desfazer do comprimido em ocasiões de “*rave party*” ou convívios em discoteca ou em privado, para além da inerente inviabilidade técnica, para o comum dos consumidores, da extracção e determinação da quantidade líquida exacta da substância activa em causa contida no interior dos comprimidos.

22. Entretanto, aquelas teses já valem se se tratar de “Metanfetamina” ou de “Ketamina” no seu estado puro à vista desarmada e sem ser contida em comprimido, pois neste caso, como o comum dos seus consumidores já

consegue prever a quantidade líquida da mesma substância, já se sente livre e com vontade para a tomar na quantidade que desejar a fim de matar as suas necessidades com os efeitos da mesma.

23. Provado que está que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada substância estupefaciente contida no interior dos “comprimidos ecstasy” em causa, e mesmo assim, os “traficou” de livre vontade mas não por finalidade exclusiva para conseguir substâncias ou preparados para seu uso pessoal, sabendo que assim procedendo iria contrariar a lei, o mesmo agente tem que ser punido a título da autoria material do crime do art.º 8.º do DL 5/91/M, salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade dos comprimidos em questão que comprovadamente contêm no seu interior aquela mesma substância estupefaciente “não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, hipótese em que o agente só será punido com a moldura mais leve do art.º 9.º do mesmo DL 5/91/M.

24. Com isso se demonstra também a impropriedade da “tese de importância e prevalência da análise quantitativa mesmo para os casos de droga contida em comprimidos”, pois esta tese, se fosse adequada, não deveria ver a sua aplicação em concreto condicionada à pressuposta premissa natural da possibilidade técnica da análise quantitativa, uma vez que a tese, assim formulada, iria acarretar a uma aplicação sua de modo bifronte e desigual, pois que para as situações em que não fosse tecnicamente possível a

análise quantitativa, se iria, por exemplo, absolver o arguido pelo princípio de *in dubio pro reo*, enquanto em toda a situação em que fosse tecnicamente possível tal análise, já se iria condenar o agente pelo crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, caso a quantidade líquida da substância proibida activa e contida nos comprimidos em causa tivesse excedido o necessário para consumo individual durante três dias.

25. Assim sendo, o critério mais defensável para efeitos da aplicação do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, por ser um critério sobretudo igual para toda a gente que trafique qualquer substância proibida pelo mesmo diploma legal e apresentada no interior de comprimido, pílula ou cápsula, quer misturada com outra substância ou substâncias, proibidas ou não, quer com simples impurezas ditas inócuas, é unicamente o de número deste tipo de comprimidos, pílulas ou cápsulas, desde que se constate que contenham no seu interior qualquer uma das substâncias proibidas ou controladas pelo mesmo Decreto-Lei, independentemente da questão de se saber se é tecnicamente viável a análise quantitativa da dose líquida da substância proibida activa contida nesse tipo de comprimidos, por esta análise quantitativa não ser pertinente para a formação da livre convicção da entidade julgadora em sede da concretização da “quantidade diminuta” com base nas regras da experiência vivida pelo comum dos consumidores daquele tipo de comprimidos, pílulas ou cápsulas.

26. O conceito de “compra” a que alude no tipo legal do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M exige a tradição da coisa comprada que permite o aparecimento e existência de uma situação de disponibilidade sobre a mesma,

disponibilidade esta que tem pertinência para a aplicação do disposto no n.º 3 do art.º 9.º do mesmo diploma, para além de sem esta disponibilidade não é possível a “criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido” contra o qual a norma incriminadora do tipo de crime de tráfico precisamente pretende combater, lógica da exigência da tradição da coisa esta que anda necessariamente ao contrário da do conceito de “contrato de compra e venda de coisa móvel” vigente no Direito Civil para o qual nomeadamente a entrega da coisa não é requisito para a formação do contrato, mas tão-só um dos efeitos essenciais do mesmo.

27. O erro de julgamento do tribunal *a quo* no que tange à qualificação jurídica da forma do crime por ele julgado é distinto do caso de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, se precisamente não ter havido nenhuma lacuna no apuramento da matéria de facto descrita na acusação, mas sim uma já investigação total do tema probando descrito na acusação pública.

28. Se perante o acervo de elementos decorrentes dos autos se mostra patente que o arguido colaborou concretamente com a justiça, é de accionar o mecanismo de “atenuação livre” da pena nos termos do art.º 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 125/2002

(Recurso penal)

Arguidos recorrentes: (A) e (B)

Arguido não recorrente: (C)

Tribunal a quo: Tribunal Colectivo do 3.º Juízo do TJB

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

I. RELATÓRIO

1. (A), (B) e (C), com os sinais dos autos, após acusados pelo Ministério Público, na qualidade de 1.º, 2.º e 3.º arguidos, como co-autores materiais, na forma consumada, de um crime de tráfico p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, foram julgados no âmbito do processo comum colectivo n.º PCC-112-01-3 do 3.º Juízo do Tribunal Judicial de Base, e a final condenados nos seguintes termos constantes do dispositivo do acórdão de 31 de Maio de 2002 a fls. 385 a 390 do mesmo processo:

“(…)

6. Face ao expendido, julgam a acusação procedente e:

A) Condenam o arguido (A) pela prática, como co-autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M na pena de oito anos e nove meses de prisão e doze mil patacas de multa ou em alternativa de setenta e dois dias de prisão;

B) Condenam o arguido (B) pela prática, como co-autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M na pena de oito anos e seis meses de prisão e dez mil patacas de multa ou em alternativa de sessenta dias de prisão;

C) Condenam a arguida (C) pela prática, como co-autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M e 66º nº 1 do CPM na pena de cinco anos e três meses de prisão e cinco mil patacas de multa ou em alternativa de trinta dias de prisão.

Custas pelos arguidos, fixando a taxa de justiça em 4 UC e em seiscentas patacas cada ao abrigo do artº 24º da Lei 6/98/M de 17/8.

Fixam os emolumentos ao defensor oficioso do 1º arguido em quinhentas patacas.

Declaram perdido a favor da RAEM todos os produtos estupefacientes que serão destruídos oportunamente e os restantes apreendidos.

Boletins ao registo criminal.

Passe mandados de condução dos arguidos ao EPM.

(...)"

2. Após notificados, vieram recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI) apenas os 1.º e 2.º arguidos.

3. O 1.º arguido (A) pede no seu recurso que (cfr. o teor de fls. 428 a 429):

“(…)

- a) À face do vício insanável de insuficiência para a decisão da matéria de facto provado, determinado o reenvio dos autos para novo julgamento a fim de, pelos meios possíveis, apurar o peso líquido das substâncias contidas na totalidade dos 40 comprimidos apreendidos nos autos;
- b) Ou, ser convolada a condenação do ora recorrente para um crime de tráfico de quantidade diminuta, previsto e punido pelo artigo 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro;
- c) Ou, se assim não for entendido, a convolação da condenação do recorrente pela co-autoria, na forma tentata, de um crime de tráfico de estupefaciente, previsto e punido pelo artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

(…)”.

Para tal, conclui a sua motivação do recurso de seguinte maneira (cfr. o teor de fls. 424 a 428):

“(…)

1.ª A insuficiência da matéria de facto existe quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria.

2.ª A quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, pois sem este elemento fáctico, o Tribunal Colectivo “*a quo*” não pode determinar o “*quantum*” para um

consumo individual em 3 dias, o que leva a impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico em quantidade diminuta, seja tráfico para consumo, nem pode liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade da culpa, na medida concreta da pena a aplicar.

3.^a Existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando dos factos dados como provados não consta apurada a sua quantidade de substância proibida – quer da “metanfetamina”, quer da “ketamina”.

4.^a Existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provado, quando o método analítico utilizado pelo Laboratório da Polícia Judiciária no exame efectuado aos comprimidos se consubstancia na escolha de uma amostra aleatória de apenas 2 das 40 pílulas apreendidas e daí extrair conclusões com pretensão de validade para a totalidade dos 40 comprimidos. As conclusões a que se chegou o exame laboratorial constante de fls 96 a 101 não se baseiam num exame laboratorial exaustivo efectuado aos 40 comprimidos. É essencial que assim o faça, até porque a quantidade ou percentagem de substância proibida existente pode variar de comprimido para comprimido apreendido. É inadmissível o recurso a este método analítico de amostragem aleatória, representativa ou não. Verifica-se, assim, haver **insuficiência de matéria de facto para a decisão de direito**, vício esse elencado no artigo 400.º, n.º 2, alínea *a*) do CPP.

5.^a Em caso de substância “MDMA” a que se reportam os presentes autos, a unidade de sua dose não é feita com base no número de “comprimidos” mas sim em miligramas (mg) ou gramas (g) da substância, porque um comprimido contendo MDMA pode conter de 0 a 100mg, até também conter várias substâncias contaminadas, torna-se indispensável apurar o seu peso líquido para os efeitos penais, eventualmente a relevar no enquadramento jurídico dos respectivos tipos legais do crime de tráfico.

6.^a Dos factos dados como provados não consta o peso líquido das substâncias

proibidas contidas nos comprimidos, verifica-se uma lacuna para decisão de direito adequada, o que acarreta o reenvio do processo por existir vício de insuficiência da matéria de facto.

7.^a São de conhecimento officioso, pelo tribunal de recurso, os vícios do artigo 400.º, n.º 2 do Código de Processo Penal.

8.^a O douto acórdão recorrido violou, ainda, as normas legais contidas nos artigos 8.º e 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, bem como o princípio “in dubio pro reo”.

9.^a O douto acórdão recorrido subsumiu a conduta do ora recorrente à co-autoria material de um crime previsto e punido pelo artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, quando tal conduta integra um crime do artigo 9.º, n.ºs 1 e 3 do mesmo diploma legal, uma vez que não se conseguiu apurar o total ou percentual de substâncias proibidas encontradas na posse do co-arguido (B), aquela quantidade deve ser considerada quantidade diminuta;

10.^a Em consequência e por arrastamento, o douto acórdão recorrido, ao não enveredar por uma interpretação e aplicação do Direito aos factos perfilhadora do **princípio “in dubio pro reo”**.

11.^a Em face da factualidade tida por provada, nunca ao ora recorrente pode ser assacada a responsabilidade penal pela prática, na forma consumada, de um crime de tráfico de estupefacientes previsto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro. Quando muito, a sua conduta consubstanciaria uma conduta ilícita, mas na forma tentada.

12.^a Os comprimidos que o recorrente encomendou nunca chegaram à sua posse, esfera jurídica ou sequer disposição fáctica. A co-arguida (C) adquiriu-os no interior da República Popular da China e os fez chegar ao (B) que, por sua vez, os guardou em

sua residência. O co-arguido (B) não os entregou ao recorrente mas sim aos agentes da Polícia Judiciária que faziam busca domiciliária à sua residência.

13.^a Na posse do recorrente, ou em sua residência ou viatura, não foi encontrada qualquer droga ou substância psicotrópica.

14.^a Não se apurou que o recorrente já estivesse a dedicar-se anteriormente a actividade de tráfico (isto, tendo em consideração que a jurisprudência tem sido no sentido de que “... *no crime de tráfico de estupefacientes está em causa não só a droga concretamente apreendida, num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante determinada época foi traficada pelo agente...*”).

15.^a Há **tentativa criminosa** quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.

16.^a No caso “*sub judice*”, o acto de execução praticado pelo recorrente - *a entrega do dinheiro* – não é um elemento constitutivo do tipo legal de crime de tráfico de estupefaciente. Pelo contrário, a entrega do dinheiro ao co-arguido deve ser considerado um acto idóneo a produção do resultado típico.

17.^a Há erro de direito por incorrecta qualificação jurídica da matéria de facto tida por provada. O recorrente deve ser condenado pela prática de um crime de tráfico, na forma tentada, prevista no artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, conjugado com o disposto no artigo 21.º do Código Penal de Macau.”

4. O 2.º arguido (B) peticiona a alteração do acórdão que o condenou a 8 anos e 6 meses de prisão, no sentido de passar a ser condenado a uma pena de prisão que se situe entre os cinco a seis anos de prisão, concluindo, para isso, a sua minuta do recurso de moldes seguintes (cfr. o teor de fls. 440 a 441):

“(…)

1ª Nenhum facto consta do acórdão recorrido que permita assegurar ou meramente indiciar que o recorrente se dedicava, reiteradamente, ao tráfico de estupefacientes, bem pelo contrário.

2ª Foi a primeira e única vez que o recorrente praticou tais actos ilícitos.

3ª O acórdão posto em crise, antes de fazer subsumir pura e simplesmente os factos à lei, deveria ter analisado a importância da actividade - se alguma vez ela existiu - desenvolvida pelo arguido na disseminação de estupefacientes, o que não fez.

4ª Para o preenchimento de conceitos vagos e relativos de tráfico importante e tráfico menor, são de considerar, nomeadamente, o período de tempo da actividade, o número de pessoas identificadas como adquirentes, a repetição das vendas ou cedências, as quantidades adquiridas, as quantidades vendidas e os montantes pecuniários envolvidos no negócio.

5ª O acórdão posto em crise não considerou, o período de tempo da actividade que eventualmente o recorrente se dedicou - na verdade não podia, porque apenas aconteceu uma única vez -, o número de pessoas identificadas como adquirentes - também não podia, porque apenas envolveu um suposto adquirente -, a repetição das vendas ou cedências, as quantidades vendidas.

6ª Tais pressupostos são extremamente importantes para se aferir do grau de culpa e do grau de envolvimento do indivíduo no tráfico de estupefacientes.

7ª O que se constata é que o recorrente foi solicitado pelo 1º arguido a ir buscar-lhe droga. Nem sequer o recorrente detinha a droga quando esta lhe foi pedida. Acresce, ainda, que teve de ser o próprio arguido (A) a dar o dinheiro ao recorrente, caso contrário este não tinha meios financeiros para adquirir os comprimidos. Depois, para além de todas essas circunstâncias bizarras e estranhas à actividade de um verdadeiro

traficante, o recorrente ainda teve que pedir à 3ª arguida que lhe fosse arranjar dita droga para assim satisfazer o pedido ao (A).

8ª Tudo isto escapa à lógica normal da actividade de um traficante de droga. Só se explica na medida em que o recorrente não é e nem nunca foi traficante de estupefacientes.

9ª O Tribunal «a quo» não relevou na devida medida o enquadramento familiar, social profissional e cultural do recorrente, enquadramento esse que vem referido no relatório social constante dos autos a fls. 323 e ss.

10ª O facto de o recorrente ser primário, estar perfeitamente enquadrado no seu ambiente familiar, social, profissional e cultural e o facto de ter sido a primeira e única vez que o mesmo praticou tais actos ilícitos outra deveria ser a pena concreta aplicada.

11ª Será na conjugação desses diferentes factores que se encontrará uma outra pena concreta a aplicar, mais justa, e que deverá situar-se entre os cinco a seis anos de prisão.

12ª Somente alterando a pena aplicada pelo Tribunal «a quo», no sentido da sua diminuição, se fará inteira justiça, pondo em marcha a ideia pedagógica e ressocializadora do sistema penal de Macau.

13ª O acórdão recorrido violou o artº 65º, o artº 66º, nº 1, do Código Penal e o artº 8º, nº 1, do D.L. nº 5/91/M, de 28 de Janeiro.”

5. Respondeu o Digno Procurador-Adjunto junto da Primeira Instância, nos termos seguintes (cfr. o teor de fls. 444 a 448):

“(…)

Impugnam os recorrentes (A) e (B) o douto acórdão que os condenou

pela prática do crime referido no artº. 8º, nº. 1, do Dec-Lei nº. 5/91/M, de 28-1.

O primeiro pretende, em primeira linha, o reenvio do processo para novo julgamento, por via da alegada *insuficiência para a decisão da matéria de facto provada*.

O segundo, por seu turno, insurge-se contra a medida de pena que lhe foi imposta no duto acórdão.

E cremos que assiste razão ao arguido (A), o que prejudica, naturalmente, o recurso interposto pelo (B).

Vejam os.

Os estupefacientes que os arguidos detinham, em comprimidos, eram a *metanfetamina* e a *ketamina*.

Verifica-se, entretanto, que não foram efectuados exames com vista à análise *quantitativa* dos produtos em causa.

Como é sabido – e tem sido afirmado cientificamente – um comprimido de uma droga como as ora em análise pode conter essa droga, em estado puro, a partir de 0 e até 100mg.

O que equivale a afirmar que, em termos *quantitativos*, um único comprimido pode corresponder a mais de cem.

Tudo aponta, assim, para a importância e prevalência da aludida **análise quantitativa** (partindo da premissa, naturalmente, de que a mesma é tecnicamente possível).

O citado artº. 8º, nº. 1, aliás, reporta-se a “substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III”, apontando, dessa forma, inequivocamente, no sentido propugnado.

Deve, pois, sempre que possível, averiguar-se o peso líquido da droga.

Esse peso, na verdade, não pode deixar de ter-se como relevante e,

muitas vezes, como decisivo – quer para a qualificação jurídico-penal, quer para a medida da pena.

Impõe-se, em consonância, para tal efeito, proceder à ampliação da matéria de facto.

Nesse sentido tem decidido, maioritariamente, esse Tribunal (cfr. acs. de 16-5-2002, procs. n.ºs. 26/2002 e 41/2002).

Bem como, igualmente, o Tribunal de Última Instância (cfr. ac. de 30-5-2002, proc. n.º. 7/2002 – que se debruçou sobre o acórdão minoritário desse Tribunal, de 4-4-2002, proferido no processo n.º. 39/2002).

Postergou-se, em suma, a nosso ver, o comando do art.º. 321º do C. P. Penal

O princípio da investigação – que domina o processo penal – traduz-se, em substância, no “poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o *facto* sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão” (cfr. Figueiredo Dias, D.P.P., I, 148).

Sabe-se, de resto, que, aquando da audiência de julgamento, já existia, no Laboratório de Polícia Científica, para além do padrão de *metanfetamina*, o padrão de *ketamina*.

Está-se, pelo exposto, no nosso entender, perante a hipótese prevista no art.º. 400º, n.º. 2, al. a), do C.P. Penal.

Deve, conseqüentemente, ser decretado o reenvio do processo, nos termos e para os efeitos apontados (cfr. art.º. 418º do mesmo Diploma).

Assim se decidindo, será, uma vez mais, feita

JUSTIÇA

(...)”

6. Subidos os recursos para este TSI, o Digno Procurador-Adjunto subscritor da resposta acima transcrita pronunciou-se, em sede de vista, no sentido de manter a posição já ali assumida.

7. Feito o exame preliminar, corridos os vistos legais e realizada a audiência de julgamento nos termos do art.º 414.º do Código de Processo Penal (CPP), com a presença do Ministério Público e dos Ilustres Defensores dos arguidos recorrentes e não recorrente, cumpre decidir dos recursos *sub judice* conforme a deliberação e votação feitas nos termos do art.º 416.º do mesmo diploma adjectivo.

II. DA MATÉRIA DE FACTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO

Encontra-se julgada a matéria de facto descrita na acusação pública pelo Tribunal *a quo* de seguinte maneira (cfr. o teor de fls. 387 a 389v):

“(...) ficaram provados os seguintes factos:

No dia 18 de Outubro do mesmo ano, Tou Wa Chong foi detido por tráfico de produtos estupefacientes, tendo sido acusado e condenado pela prática de crime de tráfico de produtos estupefacientes (vide Inquérito N.º 3423/2001, a fls. 210 a 213 do anexo e Acórdão do Tribunal Judicial de Base, a fls. 233 a 243 dos autos).

No dia 4 de Maio de 2001, o arguido (A) a fim de obter “comprimidos ecstasy”

para fornecer a terceiros, telefonou ao telemóvel do arguido (B), pedindo-lhe que arranjasse na China Continental cinquenta “comprimidos ecstasy”, prometendo-lhe MOP\$500,00 (por extenso: quinhentas patacas) como recompensa.

No dia 5 de Maio de 2001, cerca das 20H00, nos arredores do Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, em Macau, o arguido (A) entregou ao arguido (B) MOP\$3.000,00 (por extenso: três mil patacas), para pagamento do preço dos comprimidos acima referidos.

O arguido (B) depois de ter recebido o acima referido montante, deslocou-se de imediato ao local de trabalho da arguida (C), ou seja, à Casa de Chá, situada na XXX, para lhe entregar o acima referido montante, solicitando-lhe que fosse a Chu Hoi, da RPC, adquirir cinquenta “comprimidos ecstasy”.

O arguido (B) prometeu ainda pagar à arguida (C) MOP\$500,00 (por extenso: quinhentas patacas), a título de recompensa pelo transporte dos “comprimidos ecstasy”.

Pelo que na madrugada do dia 6 de Maio de 2001, pouco depois da meia noite, a arguida (C) deslocou-se ao Karaoke “S” de Chu Hoi, da RPC, e no seu interior adquiriu junto de um indivíduo de nome “XX” quarenta “comprimidos ecstasy”, pelo preço de MOP\$56,00 (por extenso: cinquenta e seis patacas) cada comprimido.

Pouco depois das 8H00 da manhã desse mesmo dia, a arguida (C) guardou os acima referidos “comprimidos ecstasy” no interior da sua meia e os trouxe de Chu Hoi da RPC para Macau, passando pelo Posto Fronteiriço das Portas do Cerco.

Acto contínuo, pelas 8H30 do mesmo dia, a arguida (C) chegou à residência do arguido (B), situado em Macau, onde entregou ao arguido (B) os quarenta “comprimidos ecstasy”.

Pelas 14H10 do mesmo dia, agentes da Polícia Judiciária efectuaram uma busca na acima referida residência do arguido (B), tendo este retirado pessoalmente por detrás da cortina do quarto um saco de plástico transparente, contendo quarenta

comprimidos de cor laranja, da forma rectangular, com uma inscrição de “CC”, vulgarmente conhecidos por “comprimidos ecstasy”.

Segundo exame laboratorial, os acima referidos comprimidos foram identificados como contendo “Metanfetamina” e Ketamina”, substâncias proibidas abrangidas, respectivamente, pelas Tabelas II-B e II-C do Decreto-Lei N° 5/91/M, de 28 Janeiro (com a alteração da Lei N° 4/2001, de 2 de Maio).

Os arguidos (A), (B) e (C) agiram livre, voluntária e conscientemente.

Os arguidos (A), (B) e (C) tinham perfeito conhecimento da qualidade e características dos acima referidos produtos.

Os arguidos (A), (B) e (C) adquiriram, receberam, transportaram, cederam ou forneceram os produtos acima referidos, a fim de obter ou tentar obter recompensa pecuniária ou não; não sendo o objectivo da detenção o consumo pessoal.

Os arguidos (A), (B) e (C) tinham perfeito conhecimento de que as suas condutas eram proibidas e punidas por Lei.

O 1º arguido era desempregado.

É solteiro e não tem pessoas a seu cargo.

Confessou parcialmente os factos e é primário.

O 2º arguido era empregado de mesa de restaurante e auferia o vencimento de três mil e oitocentas patacas.

É casado e tem dois filhos a seu cargo.

Confessou parcialmente os factos e é primário.

A 3ª arguida era empregada de mesa de restaurante e auferia o vencimento de cinco mil e trezentas patacas, mas não recebia o vencimento há três meses.

É solteira e tem os pais a seu cargo.

Confessou os factos e é primária.

Não ficaram provados os seguintes factos: os restantes factos da acusação, designadamente que o 1º arguido vendeu estupefacientes ao (T).”

III. DO DIREITO

1. Antes do mais, é mister delimitar o âmbito do objecto dos dois recursos *sub judice*, tendo presente necessariamente que o tribunal *ad quem* só vai resolver as questões concretamente postas pelo recorrente e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas (cfr. os arestos deste TSI, nos seguintes processos penais: de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001, de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, de 3/5/2001 no Processo n.º 18/2001, e de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000, bem como o aresto do Venerando Tribunal de Última Instância, de 7/2/2001 no Processo n.º 14/2001).

São, pois, as seguintes questões a conhecer na presente lide recursória, sendo óbvio que só nos cumpre decidir das mesmas questões, e já não apreciar todos os fundamentos ou razões em que os recorrentes se apoiam para sustentar a sua pretensão (cfr. os arestos deste TSI nos seguintes processos penais: de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001, de 30/5/2002 no Processo n.º 84/2002, de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, e de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000):

Do recurso do 1.º arguido (A):

- **Questão principal:** Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, devido à falta de apuramento do peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos dos autos, sendo de conhecimento officioso os vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP;
- **1.ª questão subsidiária no caso da improcedência da questão**

principal: Integração da conduta do arguido no crime do art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do DL 5/91/M, por força do princípio de *in dubio pro reo*;

- **2ª questão subsidiária no caso da improcedência da 1.ª questão subsidiária:** Integração da conduta do arguido no crime tentado, e não consumado, de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M.

Do recurso do 2.º arguido (B):

- **Questão única:** Diminuição da pena de prisão imposta.

2. Como todos os três arguidos dos autos principais subjacentes à presente lide recursória foram acusados (e também julgados) a título de co-autoria de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro (doravante apenas por DL 5/91/M), a eventual procedência do vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” arguido a título principal pelo 1.º arguido recorrente e não em termos estritamente pessoais (já que este vício, no entender do 1.º arguido, é essencialmente motivado pela falta de apuramento do peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos dos autos, “problema” esse que é comum aos outros dois “co-arguidos”) iria aproveitar aos restantes dois arguidos por força do art.º 392.º, n.º 2, al. a), do CPP, e implicar a reapreciação da matéria de facto julgada pelo Tribunal *a quo*, pelo que se passa, em seguida, a ocupar-se desde logo do recurso do 1.º arguido, cujo eventual provimento prejudicaria o conhecimento do recurso do 2.º arguido que somente pede a alteração da pena a ele aplicada.

3. Do recurso do 1.º arguido (A), conhecendo:

3. 1. Da questão principal: Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, devido à falta de apuramento do peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos dos autos, sendo de conhecimento officioso os vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP.

Começando pelo fim, é de responder negativamente à tese de conhecimento officioso dos vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP sustentada pelo recorrente, porquanto há que manter a jurisprudência a este ponto já por nós afirmada no aresto deste TSI, de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001, cujas passagens a este respeito se transcrevem *infra*:

<< (...) E para nós, e salvo o devido respeito pela posição diferente, **os três vícios previstos nas alíneas a), b), e c), do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, possibilitadores da reapreciação pelo tribunal *ad quem* da matéria de facto julgada pelo tribunal *a quo*, não são de conhecimento officioso mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito**, por seguintes razões aqui transcritas e adaptadas do erudito Voto Vencido de autoria do Mm.º Conselheiro Manuel Castro Ribeiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, integrante do Acórdão n.º 7/95 deste Órgão, proferido no Plenário da sua Secção Criminal em 19/10/1995 no Processo n.º 46 580, do qual saiu fixada a jurisprudência obrigatória de que: “É officioso, pelo tribunal de recurso, o conhecimento dos vícios indicados no artigo 410.º, n.º 2, do Código de Processo Penal [nota: artigo essencialmente homólogo ao art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau], mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito” (*in Diário da República* de Portugal, n.º 298, I Série-A, pág. 8211 a 8213), necessariamente tidas aqui meramente como doutrina (tal

como o é esse Acórdão n.º 7/95):

– “Na verdade, a clara redacção do n.º 2 do artigo 410.º [*homólogo ao n.º 2 do art.º 400.º do CPP de Macau*], conjugada com o disposto nos artigos 412.º, n.ºs 1 e 3, e 430.º, n.º 1 [*homólogos aos art.ºs 402.º, n.ºs 1 e 3, e 415.º, n.º 1, do CPP de Macau, respectivamente*], e o seu confronto com o artigo 403.º, n.ºs 1 e 2 [*homólogo ao art.º 393.º, n.ºs 1 e 2, do CPP de Macau*], apontam no sentido de os “vícios” em causa só poderem justificar o reenvio do processo (artigo 426.º) [*homólogo ao art.º 418.º, n.º 1, do CPP de Macau*] quando sejam invocados “como fundamentos do recurso”; e isso estará em sintonia com a *mens legislatoris*, enquanto se atribui aos sujeitos processuais, como “recorrentes”, uma inequívoca co-responsabilidade no bom e rápido êxito final da causa, nomeadamente consentindo-se-lhes a limitação do recurso nos amplos termos do artigo 403.º [*homólogo ao art.º 393.º do CPP de Macau*] e impondo-se-lhes apertadas regras na motivação, que, além do mais, terá de enunciar especificamente os fundamentos do recurso e formular conclusões de acordo com o artigo 412.º, n.ºs 1 e 2 [*homólogo ao art.º 402.º, n.ºs 1 e 2, do CPP de Macau*].

A meu ver, não seria de invocar o disposto no n.º 3 do artigo 403.º [*homólogo ao n.º 3 do art.º 393.º do CPP de Macau*] em favor da fixada jurisprudência, por isso que a restrição ali cominada aos limites do recurso pressupõe a “procedência” dele, enquanto o eventual conhecimento oficioso dos “vícios” previstos no artigo 410.º, n.º 2 [*homólogo ao art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau*], com a subsequente determinação do reenvio do processo, implicará, necessariamente, que se não conheça do objecto do recurso.”

– “Entendo, ainda, não ser decisiva a invocação do artigo 426.º [*homólogo ao art.º 418.º, n.º 1, do CPP de Macau*], uma vez que ele apenas visa esclarecer os efeitos dos “vícios”, naturalmente quando destes se conheça por servirem de

fundamento ao recurso nos termos do artigo 410.º, n.º 2 [*homólogo ao art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau*].”

Aliás, cabe notar ainda que apesar de o douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância de 30/7/2001, do seu Processo n.º 11/2001 (onde está em causa apenas um tema decidendo de foro cível), por sua vez invocado no recente Acórdão do mesmo Órgão topo da hierarquia dos tribunais de Macau, defender o sentido do carácter officioso do conhecimento dos vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau, num outro aresto desse mesmo Tribunal de Última Instância, com data anterior, de 7/2/2001, no seu Processo (de recurso penal) n.º 14/2001, já se pronunciou no sentido da delimitação do objecto do recurso penal pelas conclusões da motivação do recorrente, bem como da inaplicabilidade, a título subsidiário, do art.º 650.º do Código de Processo Civil de Macau aos eventuais casos de verificação dos vícios previstos no art.º 400.º, n.º 2, als. a) e/ou b) do CPP de Macau, nos termos seguintes:

– “... só nos limitaremos a resolver as questões concretamente postas pelo recorrente e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas” (cfr. a pág. 79 do aresto);

– e “... aos eventuais casos de verificação da “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” e/ou de “contradição insanável da fundamentação” no acórdão recorrido nos termos do art.º 400.º, n.º 2, als. a) e/ou b), do CPP, nunca se aplica, a título subsidiário, o art.º 650.º do Código de Processo Civil de Macau (CPC), com a epígrafe de “Insuficiência da matéria de facto e contradição na decisão de facto”, que preceitua que: “1. Se entender que a matéria de facto pode e deve ser ampliada para fundamentar a decisão de direito, ou que ocorrem

contradições na decisão de facto que inviabilizam a decisão de direito, o Tribunal de Última Instância manda julgar novamente a causa no Tribunal de Segunda Instância.// 2. O Tribunal de Última Instância fixa logo o regime jurídico aplicável ao caso; se, por insuficiência da matéria de facto, ou contradição na decisão de facto, o não puder fazer, fica a nova decisão que o Tribunal de Segunda Instância proferir sujeita a recurso para o Tribunal de Última Instância, nos mesmos termos que a primeira.”, dada a auto-suficiência do processo penal nesta matéria nos termos acima observados (cfr. o art.º 4.º do CPP).” (cfr. a pág. 81 a 81v do aresto.) >>

Com efeito, a questão deve ser vista no seu modo original: Se o arguido se conformou com a decisão *a quo* feita no tocante à matéria de facto, e não recorreu dela mesmo que em relação à qual se pudesse detectar eventualmente e *ex officio* qualquer dos vícios do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, mas tão-só recorre da parte da decisão condenatória referente à medida da pena, não faz nenhum sentido conhecer oficiosamente dos eventuais vícios do n.º 2 do art.º 400.º contra a “vontade” do arguido, já que este, se entendesse haver esses vícios, bastaria argui-los na motivação do recurso a caber do veredicto do tribunal *a quo*.

Entretanto, o acima concluído carácter não oficioso do conhecimento dos vícios do n.º 2 do art.º 400.º do CPP não vai prejudicar a apreciação, em seguida, do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada aqui suscitado a título de questão principal pelo arguido (A), arguição expressa essa que fez com que o “vício” em causa já tenha feito parte do objecto do recurso *sub judice*.

Pois bem, para poder ver procedente o pedido principal de reenvio dos autos para novo julgamento na Primeira Instância com fundamento no vício de insuficiência para a decisão de matéria de facto provada, “a fim de, pelos meios possíveis, apurar o peso líquido das substâncias contidas na totalidade dos 40 comprimidos apreendidos nos autos” (cfr. o teor da motivação do recurso a fls. 428), o arguido (A) sustenta nuclearmente que “A quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, pois sem este elemento fáctico, o Tribunal Colectivo “*a quo*” não pode determinar o “*quantum*” para um consumo individual em 3 dias, o que leva a impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico em quantidade diminuta, seja tráfico para consumo, nem pode liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade da culpa, na medida concreta da pena a aplicar” (cfr. a conclusão 2.ª da motivação do recurso, a fls. 424), sentido de defesa este que se encontra aprovado pelo Digno Procurador-Adjunto subscritor da resposta à motivação do recurso do ora recorrente e do acima transcrito parecer emitido em sede de vista dos autos.

Ora, é de relembrar primeiro o seguinte acerca do sentido e alcance da figura de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada:

- só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando se verifica uma lacuna no apuramento desta matéria que impede a decisão de direito ou quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada. Não tem, pois, a ver com a mera insuficiência de prova (cfr. o aresto deste TSI, de 15/6/2000 no Processo n.º 92/2000, por seu turno citado pelo aresto deste TSI, de 7/12/2000 no Processo n.º

130/2000, como cfr. ainda os outros arestos deste TSI, de 14/6/2001 no Processo n.º 1/2001, de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, e de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001);

- o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, tal como os restantes dois vícios de contradição insanável da fundamentação e de erro notório na apreciação da prova, tem que decorrer da própria decisão recorrida, sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, e há-de ser tão notoriamente evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores, isto é, que o homem médio facilmente dê conta dele (cfr. os arestos deste TSI, de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001, e de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000, na esteira dos outros arestos deste TSI, de 21/9/2000 no Processo n.º 135/2000, de 29/6/2000 no Processo n.º 101/2000, e de 3/5/2001 no Processo n.º 17/2001);
- não se verifica, portanto, o vício de insuficiência da matéria de facto quando os invocados factos a provar não constam da acusação ou de pronúncia, se a tiver havido, nem foram alegados pela defesa nem decorreram da discussão da causa (cfr., por todos, o referido aresto deste TSI, de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001).
- e a falta de realização de diligências de investigação quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa pelo tribunal *a quo* não pode conduzir à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, visto que essa insuficiência de realização de diligências não resulta do texto da decisão recorrida, pelo que, ao invés, deveria ter sido detectada durante a audiência de julgamento para a

produção da prova, com requerimento ao Tribunal *a quo* – a título de arguição de uma nulidade do processo fundada na omissão de uma diligência que pudesse reputar-se essencial para a descoberta da verdade e prevista no art.º 107.º, n.º 2, al. d), segunda parte, do CPP – para que tais diligências fossem realizadas (cfr., neste sentido, o acima mencionado aresto de 20/6/2002 no Processo n.º 242/2001), daí, aliás, se nos afigura, salvo o devido respeito a nível académico pela opinião diversa ou contrária, ter o Digno Procurador-Adjunto eventualmente confundido na sua resposta à motivação do recurso do arguido (A), e em certa medida, o alcance do princípio da investigação com a figura da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

In casu, o recorrente (A) foi condenado pelo Tribunal recorrido pela prática de um crime de tráfico doloso e consumado, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, em co-autoria com os outros dois arguidos.

Será indispensável para esta decisão condenatória do recorrente, o apuramento do peso líquido das substâncias de “Metanfetamina” e de “Ketamina”, incluídas respectivamente na Tabela II-B e na Tabela II-C do DL 5/91/M, na redacção dada pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio, tidas como contidas nos 40 “comprimidos ecstasy” apreendidos nos autos?

O tipo de crime de tráfico pelo qual vinha acusado o recorrente (A) é o do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, descrito nos seguintes termos:

“Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer

transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5 000 a 700 000 patacas.”

Moldura penal esta que é modificada no sentido de atenuação para a de prisão de 1 a 2 anos e de multa de 2 000 a 225 000 patacas, se os actos referidos no n.º 1 do art.º 8.º “tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III” conforme a norma do n.º 1 do art.º 9.º do mesmo DL 5/91/M.

Sendo certo que segundo o preceituado no n.º 3 deste mesmo art.º 9.º, a “Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente.”

E como o bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de tráfico previsto nos seus termos fundamentais no art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M é, consabidamente, a saúde pública, na dupla vertente física e moral (cfr. neste sentido, o douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Portugal, de 20/3/2002, no Recurso n.º 13074/2001 (3.ª Secção), aqui tido somente como doutrina), assim, o crime de tráfico de droga é um crime de perigo abstracto ou presumido, para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido.

Sendo claro que o preceito do art.º 9.º do DL 5/91/M não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do seu peso, para qualquer situação concreta que seja, dado que para os efeitos eventualmente a

resultar do seu n.º 1, há que atender necessariamente às circunstâncias em que é consumida a droga considerada, daí, aliás, precisamente o espírito do disposto no seu n.º 5, ao abrigo do qual a concretização da quantidade diminuta para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico para efeitos do disposto no mesmo art.º 9.º será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

Assim, como critério da aplicação do n.º 3 do art.º 9.º do DL 5/91/M com relevância para a aplicabilidade da moldura penal mais leve prevista no seu n.º 1, se a substância proibida ou uma das substâncias proibidas em causa for contida em comprimido, pílula ou até cápsula, ou for misturada aí com outras substâncias, em si proibidas ou não, ou impurezas, só é de considerar o número dos comprimidos, pílulas ou cápsulas que *comprovadamente* contêm aquela substância ou uma das substâncias proibidas em questão, sem necessidade do apuramento da sua quantidade líquida.

E é de frisar que a adoção deste critério para casos de substância proibida contida ou misturada no interior de comprimido, pílula ou cápsula não conduz à violação do princípio da legalidade em matéria criminal na sua vertente de *nullum crimen nulla poena sine lege*, visto que – repita-se – é o espírito ínsito no próprio preceito do n.º 5 do art.º 9.º do DL 5/91/M que permite formar um juízo de valor acerca da verificação ou não de quantidade diminuta, com base na livre convicção da entidade competente e segundo as regras da experiência.

Doutro passo, ao definir a “quantidade diminuta” para cada tipo de substância ou preparado em consideração, não se pode olhar demasiadamente à sua quantidade letal, mas sim mais propriamente à “quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, como diz

expressamente a lei.

Não se tendo provado quais as quantidades de droga consumidas pelo agente e se o fazia todos os dias, haverá que aferir as suas necessidades de consumo pelas da generalidade dos consumidores nas suas condições (neste preciso sentido, cfr. *mutatis mutandis*, o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 28/5/1992, votado em unanimidade no Processo n.º 042693, in “<http://www.dgsi.pt/...>”, e aqui tido exclusivamente como doutrina).

Explanado como tese em geral todo o acima, é da nossa convicção que 40 “comprimidos ecstasy” que contêm no seu interior “Metanfetamina” e “Ketamina” excedem “o necessário para consumo individual durante três dias” para os eventuais efeitos a relevar do n.º 3 do art.º 9.º do DL 5/91/M.

Convicção nossa esta que se funda nas seguintes regras da experiência humana na normalidade das situações:

– a) os consumidores comuns de “comprimidos ecstasy” são adolescentes de “*middle-class*” e adultos jovens participantes de “*rave party*” ou frequentadores de “*night-club*” e “*bar*” ou mesmo de festas ou convívios em privado, para poderem, através desses comprimidos tidos como “droga de *design*” e “droga para lazer”, “sentir alto” nesse tipo de festas ou convívios, e daí, aliás, o nome vulgarmente conhecido de “ecstasy” por causa do efeito de “sentir alto”;

– b) os mesmos comprimidos são vendidos por retalhistas e adquiridos por seus consumidores comuns acima referidos por número de comprimidos, e com preços calculados e cobrados também por número de comprimidos, e não por x grama(s) (ou outra unidade de peso) de quantidade líquida da substância pura de “Metanfetamina” e/ou “Ketamina” contida no seu interior

(como comprovativo disso pode referir-se à matéria de facto dada por assente no acórdão recorrido ora em causa), visto que como esses comprimidos que se vendem ilegalmente são fabricados clandestinamente, sem controlo rigoroso da qualidade, nem etiqueta identificativa dos seus ingredientes, os normais retalhistas dos mesmos não sabem ao certo qual a quantidade líquida da substância ou substâncias activas ou puras de “Metanfetamina” e/ou “Ketamina” contidas no interior dos comprimidos, por um lado, e, por outro, quanto aos seus consumidores adquirentes, não é possível saber de antemão e ao exacto a quantidade dessas substâncias activas contidas no interior dos comprimidos a adquirir àqueles, uma vez que já é “dado adquirido” de que esta quantidade líquida só se pode apurar através de exames ou testes laboratoriais com recurso a equipamentos ou aparelhos científicos algo sofisticados, aos quais eles não têm acesso. Por outro lado, e mesmo se abstraindo da dificuldade se não mesmo impossibilidade acabada de ser referida, não é imaginável que os retalhistas e os consumidores comuns vendem e adquiram aqueles comprimidos no mesmo acto de transacção bilateral e sinalagmático mesmo por unidades de peso do total dos comprimidos em mira, já que para o efeito terão que ser munidos de pesadoras próprias (a fim de certificar ao certo se o peso corresponde ao negociado, para efeitos de pagamento de preço, por exemplo), que constituem um todo inconveniente para a celeridade da transacção, que ainda por cima tem que ser feita “às escuras”;

– c) aliás, o mais importante é que não se pode olvidar que rigorosamente falando, os “comprimidos ecstasy”, nas situações normais da vida humana dos seus consumidores comuns, não podem ser nem são consumidos por três dias seguidos, exactamente porque após o estado de exaustão do corpo humano resultante do efeito de “sentir alto” e dos actos

“involuntariamente” contínuos de “abandar a cabeça” (daí a designação vulgar deste tipo de comprimidos em chinês como “搖頭丸”, i.e, “comprimidos para abandar a cabeça”) com a ingestão oral do “comprimido ecstasy”, o seu consumidor comum carece de tempo para se recuperar fisicamente, pelo que ninguém, do tipo do homem médio e razoável, se propõe a “sentir alto” com conseqüente estado de exaustão corporal durante três dias ou noites consecutivos através de ingestão deste tipo de comprimidos, ao que acresce que ninguém se atreve, sob pena de correr grave risco se não mortal à sua saúde, a ingerir, na normalidade das situações da vida humana, mais do que um ou dois “comprimidos ecstasy” numa mesma só ocasião, já que por um lado, ninguém lhe garante que o “comprimido ecstasy” a tomar só contenha uma quantidade ínfima de “Metanfetamina” e/ou “Ketamina”, e mesmo que lhe garanta isto, a gente também não ingere numa mesma ocasião mais do que um ou dois comprimidos, por causa da natureza destes como “droga de *design*” e “droga para lazer” e não droga que cria toxicoddependência habitual em sentido próprio do termo como o caso de heroína, cocaína ou de marijuana, etc..

Nota-se que, assim sendo, cai por terra todo o tipo de tese semelhante à de que se o “comprimido ecstasy” contiver uma quantidade ínfima de substância ou substâncias activas proibidas em causa, já o número de uma ou até algumas dezenas de comprimidos poderá ser o necessário para consumo individual durante três dias e, por isso, constituir “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no art.º 9.º do DL 5/91/M, porque esse tipo de tese está a padecer do vício de petição de princípio, com tábua rasa feita às regras acima aludidas da experiência humana do comum dos consumidores de “comprimidos ecstasy”.

E nem se diga, em abono deste tipo de tese, que se o consumidor desses comprimidos soubesse, de antemão, da quantidade líquida exacta da substância ou substâncias activas proibidas contidas no seu interior, e se a achasse tão ínfima que não chegaria a “sentir alto”, já estaria disposto a ingerir numa mesma ocasião maior número de comprimidos, por exemplo, uma dezena de comprimidos para poder sentir o mesmo grau pretendido de “sentir alto”.

É que este argumento não pode valer, por estar a contrariar, sem mais nem menos, as regras da experiência humana na normalidade das situações acima expendidas, para além de não respeitar, tal como a tese que ela procura salvar, a própria Dogmática do Direito Penal em matéria da Teoria da Culpa, *maxime* no que se refere aos critérios da aferição do elemento intelectual do dolo por parte do agente do crime. Com efeito, uma vez que estando a substância activa em causa encoberta dentro de comprimidos, e normalmente até misturada com outras substâncias activas e/ou impurezas, para cujo consumo nas suas condições normais, o comum dos consumidores não vai nem está disposto a “desmantelar” primeiro os comprimidos a fim de extrair deles a quantidade líquida da substância activa que pretenda tomar para alcançar lazer em festas ou convívios em discoteca ou em privado, pois para este “objectivo” ele optará com certeza pela aquisição da mesma substância activa no seu estado puro à vista desarmada e não contida em comprimido, dada toda a inconveniência desse “desfazer” do comprimido em ocasiões de “*rave party*” ou convívios em discoteca ou em privado, para além da já acima referida inerente inviabilidade técnica, para o comum dos consumidores, da extracção e determinação da quantidade líquida exacta da substância activa em causa contida no interior dos comprimidos.

Entretanto, aquele tipo de teses já será válido se se tratar de

“Metanfetamina” ou de “Ketamina” no seu estado puro à vista desarmada e sem ser contida em comprimido, pois neste caso, como o comum dos seus consumidores já consegue prever a quantidade líquida da mesma substância, já se sente livre e com vontade para a tomar na quantidade que desejar a fim de matar as suas necessidades com os efeitos da mesma..

E contra a adopção do critério de número de comprimidos não se pode argumentar também que com ele se está a punir o agente do crime do art.º 8.º do DL 5/91/M apenas por “medo das pessoas”.

É que se não fosse o art.º 9.º do DL 5/91/M, provado que está qualquer acto descrito no tipo de crime do seu art.º 8.º, o agente do mesmo seria punido sempre pela moldura fundamental do mesmo art.º 8.º, exceptuando obviamente os casos em que o acto praticado tivesse por finalidade exclusiva conseguir as substâncias ou preparados para uso pessoal dele, situação em que seria punido pela moldura mais leve do art.º 11.º do mesmo diploma legal.

Por isso, provado que está que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada substância estupefaciente contida no interior dos “comprimidos ecstasy” em causa, e mesmo assim, os “traficou” de livre vontade mas não por finalidade exclusiva para conseguir substâncias ou preparados para seu uso pessoal, sabendo que assim procedendo iria contrariar a lei, o mesmo agente tem que ser punido a título da autoria material do crime do art.º 8.º do DL 5/91/M, salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade dos comprimidos em questão que comprovadamente contêm no seu interior

aquela mesma substância estupefaciente “não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, hipótese em que o agente só será punido com a moldura mais leve do art.º 9.º do mesmo DL 5/91/M.

Com isso se demonstra também, salvo o devido respeito pela opinião contrária ou divergente, a impropriedade da tese pugnada pelo Digno Procurador-Adjunto na sua resposta à motivação do recurso do ora recorrente, no sentido de que “Tudo aponta, assim, para a importância e prevalência da aludida **análise quantitativa** (partindo da premissa, naturalmente, de que a mesma é tecnicamente possível)”.

Porquanto a proposta “tese de importância e prevalência da análise quantitativa mesmo para os casos de droga contida em comprimidos”, se fosse adequada, não deveria ver a sua aplicação em concreto condicionada a tal premissa natural da possibilidade técnica da análise quantitativa, uma vez que essa tese, assim formulada, iria acarretar a uma aplicação sua de modo bifronte e desigual, pois que para as situações em que não fosse tecnicamente possível a análise quantitativa, se iria, por exemplo, absolver o arguido pelo princípio de *in dubio pro reo*, enquanto em toda a situação em que fosse tecnicamente possível tal análise, já se iria condenar o agente pelo crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, caso a quantidade líquida da substância proibida activa e contida nos comprimidos em causa tivesse excedido o necessário para consumo individual durante três dias?

Assim sendo, para nós, o critério mais defensável para efeitos da aplicação do n.º 3 do art.º 9.º do DL 5/91/M, por ser um critério sobretudo igual para toda a gente que trafique qualquer substância proibida pelo DL 5/91/M e apresentada no interior de comprimido, pílula ou cápsula, quer misturada com outra substância ou substâncias, proibidas ou não, quer com

simples impurezas ditas “inócuas”, é unicamente o de número deste tipo de comprimidos, pílulas ou cápsulas, desde que se constate que contenham no seu interior qualquer uma das substâncias proibidas ou controladas pelo DL 5/91/M, independentemente da questão de se saber se é tecnicamente viável a análise quantitativa da dose líquida da substância proibida activa contida nesse tipo de comprimidos, por esta análise quantitativa não ser pertinente para a formação da livre convicção da entidade julgadora em sede da concretização da “quantidade diminuta” com base nas regras da experiência vivida pelo comum dos consumidores daquele tipo de comprimidos, pílulas ou cápsulas.

Por fim, quanto à crítica do recorrente ao alegado “método analítico utilizado pelo Laboratório da Polícia Judiciária no exame efectuado aos comprimidos”, a que aludiu na conclusão 4.^a da sua motivação do recurso a fls. 424 dos autos, trata-se de uma observação do foro da “mera insuficiência da prova” respeitante à convicção do julgador quanto à matéria de facto em causa pelo mesmo apreciada com base no juízo eminentemente técnico e científico constante do relatório laboratorial em causa, e, portanto, distinta do campo próprio do vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, convicção e apreciação da matéria de facto considerada essa que no caso, por se nos afigurar não violadora de quaisquer normas legais ou regras de experiência ou até das *legis artis* em vigor nos trabalhos jurisdicionais, não é de sindicar.

Face a todo o acima considerado, improcede necessariamente a alegação da existência do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por conforme a nossa convicção formada com base nas regras da experiência acima referidas, ser patente que 40 “comprimidos ecstasy”

excedem o necessário para consumo individual durante os três dias, nos termos e para os efeitos do n.º 3 do art.º 9.º do DL 5/91/M.

3. 2. Da 1.ª questão subsidiária: Integração da conduta do arguido no crime do art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do DL 5/91/M, por força do princípio de *in dubio pro reo*.

Perante a conclusão acima chegada no sentido de que 40 “comprimidos ecstasy” que contêm no seu interior “Metanfetamina” e “Ketamina” excedem o necessário para consumo individual durante três dias para os efeitos do n.º 3 do art.º 9.º do DL 5/91/M, naufraga necessariamente também a questão subsidiária ora em apreço, porquanto aquele entendimento nosso não acarreta nenhuma violação ao princípio de *in dubio pro reo*, dada a inexistência de nenhuma dúvida por nossa parte acerca da não verificação de “quantidade diminuta”, o que prejudica a aplicação da moldura penal mais leve correspondente ao crime privilegiado de tráfico de quantidade diminuta ou ao crime privilegiado de traficante-consumidor.

3. 3. Da questão subsidiária no caso da improcedência da 1.ª questão subsidiária: Integração da conduta do arguido no crime tentado, e não consumado, de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M.

No que concerne a esta questão, já assiste razão ao recorrente, posto que entendemos que o preenchimento do conceito de “compra” a que alude no tipo legal do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M exige a tradição da coisa comprada que permite o aparecimento e existência de uma situação de disponibilidade sobre a mesma, disponibilidade esta que tem pertinência para a aplicação do

disposto no n.º 3 do art.º 9.º do mesmo DL, para além de sem esta disponibilidade não é possível a “criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido” contra o qual a norma incriminadora do tipo de crime de tráfico precisamente pretende combater.

Lógica da exigência da tradição da coisa esta que anda necessariamente ao contrário do que o conceito de “contrato de compra e venda de coisa móvel” vigente no Direito Civil para o qual nomeadamente a entrega da coisa não é requisito para a formação do contrato, mas tão-só um dos efeitos essenciais do mesmo.

Assim sendo, o arguido ora recorrente só responde nos presentes autos pela autoria material de um crime tentado de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, punível nos termos conjugados dos art.ºs 22.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 67.º, n.º 1, do CP, com a moldura de prisão de 1 ano, 7 meses e 6 dias a 8 anos, nomeadamente.

Impõe-se, pois, a consequente revogação da decisão recorrida nesta parte, com aplicação de uma nova medida da pena ao crime tentado em causa, a ser pautada em geral pelos critérios dos art.ºs 64.º, 65.º e 40.º do CP, e, em especial, em função das exigências da prevenção criminal especial e geral em causa, estas sempre limitadas pelo grau da culpa do agente.

Medindo a nova pena concretamente, há que atender a que são elevadas as exigências da prevenção geral do crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, cujo cometimento, tal como se observou *supra*, põe já em perigo abstracto ou presumido para o bem jurídico que se pretende proteger com a sua incriminação, qual seja, “a saúde pública, na dupla vertente física e moral”, no sentido de que para a consumação do crime, não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de

perigo ou risco de dano para o bem protegido, ao que acrescem as necessidades da prevenção especial no caso.

Com efeito, apesar de se tratar *in casu* de um crime tentado, por o arguido ora recorrente não ter ainda a tal “situação de disponibilidade” da droga em causa, a conduta dele (traduzido no acto de “compra” dele de 50 “comprimidos ecstasy” acordado com o 2.º arguido, e com já entrega do preço para o efeito) já desencadeou, no caso concreto e provado dos presentes autos, os efeitos da entrada no mundo de Macau, de 40 “comprimidos ecstasy” vindos da China Continental, os quais são aptos para ofender o bem jurídico que se pretende ver protegido através da consagração do tipo legal de crime de tráfico de droga.

Nesta esteira, e ponderadas crítica e globalmente as circunstâncias apuradas no acórdão recorrido, com pertinência para o disposto no art.º 65.º, n.º 2, do CP, e considerada, em especial, para efeitos da al. a) do mesmo n.º 2 do art.º 65.º do CP, a quantidade dos 50 “comprimidos ecstasy” que se tentou comprar, entendemos por adequado e justo aplicar ao arguido (A) a pena de prisão de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão.

Quanto à pena cumulativa de multa a corresponder ao crime tentado ora constatado, cuja aplicação é exigida também por comando do art.º 393.º, n.º 3, do CPP, afigura-se-nos equilibrado impor ao arguido (A) a multa cumulativa de MOP\$4.000,00 (quatro mil patacas), convertível em 26 (vinte e seis) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho, nos termos do art.º 6.º, prómio e al. a), do Decreto-Lei aprovador do CP, conjugado com o art.º 67.º, n.º 1, al. c), do mesmo Código substantivo, com consequente revogação da decisão recorrida na parte respeitante à aplicação da multa ao mesmo.

Por fim, resta considerar, por comando também do aludido art.º 393.º, n.º

3, do CPP, a hipótese da suspensão da execução da nova pena de prisão acima achada, em sede do art.º 67.º, n.º 2, do CP, conjugado com o art.º 7.º, al. c), do Decreto-Lei aprovador do mesmo Código.

Ora, o art.º 48.º do CP reza, no seu n.º 1, que: “O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”

No caso concreto do recorrente, parece-nos que independentemente do demais, não seja de lançar mão ao instituto da suspensão da execução da pena de prisão, visto que a despeito de se tratar de uma “droga de *design*”, são elevadas as exigências de prevenção geral do crime, e por isso não podemos concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente a finalidade da punição *maxime* a nível da mesma prevenção geral. Nesta perspectiva, não há suspensão de execução da pena de prisão ora imposta ao arguido (A).

Em suma, é de julgar procedente o recurso do 1.º arguido (A) apenas no que toca ao 2.º pedido subsidiário, nos termos acima vistos.

4. Do recurso do 2.º arguido (B), conhecendo:

Este arguido só nos coloca a questão de diminuição da pena de prisão, para tal sustenta nuclearmente que não pode concordar com a pena a si aplicada pelo Tribunal *a quo*, por a considerar “exagerada, desproporcionada

e extremamente injusta”, já que face ao acórdão recorrido “apenas se provou que o recorrente tinha na sua posse aquela quantidade de droga, a fim de a entregar ao (A)”, sendo certo que não mais nenhum facto consta do acórdão recorrido que permita assegurar ou meramente indiciar que ele se dedicava, reiteradamente, ao tráfico de estupefacientes, bem pelo contrário, foi a primeira e única vez que praticou tais actos ilícitos, pelo que deveria ter sido o Tribunal recorrido mais comedido e ponderado na análise dos factos e da importância da actividade – se alguma vez ela existiu – desenvolvida por ele na disseminação de estupefacientes. Acresce ainda o arguido recorrente que o Tribunal *a quo* não revelou na devida medida o enquadramento familiar, social profissional e cultural dele, que vem referido no relatório social constante dos autos, que teria forte relevância para se apurar do autêntico elemento subjectivo do crime e a intensidade da culpa.

Pede, com isso, uma pena que se situa entre os cinco e seis anos de prisão, assacando, pois, ao acórdão recorrido a violação dos art.ºs 65.º, 66.º, n.º 1, do CP e do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M.

Bom, antes de se debruçar sobre este pedido, é de indagar primeiro se é de manter a condenação deste 2.º arguido a título de co-autoria material de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, visto que há que cumprir o dever legalmente imposto no art.º 393.º, n.º 3, do CPP, qual seja, o de retirar da procedência do recurso do 1.º arguido no que concerne à forma do crime de tráfico por que vinha condenado, todas as consequências relativamente a toda a decisão recorrida.

Ora, concluimos acima que o 1.º arguido só praticou a título de autoria material, um crime tentado de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, apesar de ter sido acusado e condenado em primeira instância como co-autor

material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, em conjunto com os 2.º e 3.ª arguidos.

Urge saber se a “saída” do 1.º arguido da “relação de comparticipação” tem ou não implicação para a “relação de comparticipação” entre os restantes dois arguidos.

Para isto, há que reparar efectivamente que no acórdão recorrido não está provado que o 1.º arguido (A) praticou o crime de tráfico em causa pelo menos por acordo juntamente com os outros dois arguidos (B) e (C) no sentido de que os três, antes de praticarem o delito em questão, já tenham combinado previamente e em conjunto o “projecto do crime”, nele participando colectivamente, até porque a todos estes três arguidos nem foi imputado na acusação pública algum facto a isto respeitante, apesar de os mesmos três serem aí acusados a título de co-autoria.

Com efeito, perante a matéria de facto julgada pelo Tribunal *a quo*, só se pode extrair a nítida ilação de que o 1.º arguido (A) celebrou um contrato verbal de compra e venda de 50 “comprimidos ecstasy” com o 2.º arguido ora recorrente (B), não tendo, pois, aquele 1.º arguido combinado prévia e juntamente com este 2.º arguido nem com a 3.ª arguida nem tão-pouco com estes dois ao mesmo tempo para concretizar um projecto criminoso de seguintes moldes semelhantes: o de adquirir “comprimidos ecstasy” na China Continental, directamente pelas mãos da 3.ª arguida, a qual teria que entregá-los pessoalmente ao 2.º arguido, para este guardá-los primeiro na sua casa e depois entregá-los ao 1.º arguido.

O que se provou (e se acusou) foi – algo diversamente – que houve três actos separados a nível da sua existência, e sem ligados entre si por um mesmo “projecto de crime” previamente acordado entre os três arguidos em

conjunto:

- o primeiro acto, traduzido na “compra” pelo 1.º arguido ao 2.º arguido, de 50 “comprimidos ecstasy” pelo preço global de MOP\$3.500,00, a serem arrançados na China Continental e destinados a serem fornecidos a terceiros;
- o segundo acto, representado pela aquisição pelo 2.º arguido à 3.ª arguida, de 40 “comprimidos ecstasy” destinados a serem entregues ao 1.º arguido;
- o terceiro acto, consistente no “transporte” de 40 “comprimidos ecstasy” pela 3.ª arguida adentro de Macau, por ela adquiridos previamente na China Continental, e na entrega posterior dos mesmos ao 2.º arguido.

Desta feita, está-se em face de um erro de julgamento do Tribunal *a quo* no que tange à qualificação jurídica da forma do crime em causa (e obviamente não perante um caso de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, posto que precisamente não houve nenhuma lacuna no apuramento da matéria de facto descrita na acusação, mas sim já uma investigação total do tema probando descrito na acusação pública), cuja constatação impõe a alteração do dispositivo do acórdão recorrido, no sentido de que o 2.º arguido (B) praticou um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M, a título de *autoria* material e na forma consumada, conclusão lógica esta que se estende também à 3.ª arguida (C), pela identidade das razões acima expostas.

É, pois, de voltar à questão colocada pelo 2.º arguido ora recorrente (B):

Desde logo, a pena correspondente ao crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M pode ser livremente atenuada ou até isenta nos termos especialmente previstos no art.º 18.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, segundo o qual: “No caso de prática dos crimes previstos nos artigos 8.º, 9.º e 15.º, se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela causado, auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos outros responsáveis, especialmente no caso de grupos, organizações ou associações, poderá a pena ser-lhe livremente atenuada ou decretar-lhe mesmo a isenção.”

Enquanto para além deste mecanismo especial, o art.º 66.º, n.º 1, do CP prevê também, em termos gerais, a possibilidade da “atenuação especial da pena”, norma esta, tida como violada pelo acórdão recorrido segundo a visão do ora recorrente, que dispõe que: “O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.”

Vamos tentar, em seguida, retirar dos elementos decorrentes dos autos todas as circunstâncias pertinentes à medida da pena do arguido ora recorrente, a fim de resolver a questão ora posta pelo recorrente, traduzida, ao fim e ao cabo, na pretendida atenuação especial da pena.

Assim:

De acordo com a matéria de facto fixada pelo Tribunal recorrido, ficou assente que:

- No dia 4 de Maio de 2001, o 1.º arguido (A), a fim de obter

“comprimidos ecstasy” para fornecer a terceiros, telefonou ao telemóvel do arguido (B), pedindo-lhe que arranjasse na China Continental cinquenta “comprimidos ecstasy”, prometendo-lhe MOP\$500,00 como recompensa;

- No dia seguinte, o 1.º arguido entregou ao 2.º arguido ora recorrente MOP\$3.000,00 para pagamento do preço dos comprimidos acima referidos;
- O 2.º arguido, depois de ter recebido o acima referido montante, dirigiu-se de imediato à 3.ª arguida (C), para lhe entregar o acima referido montante, solicitando-lhe que fosse a Chu Hoi, da RPC, a adquirir cinquenta “comprimidos ecstasy”, prometendo o mesmo 2.º arguido pagar à 3.ª arguida MOP\$500,00 a título de recompensa pelo transporte dos comprimidos;
- Pelo que em 6 de Maio de 2001, a 3.ª arguida adquiriu quarenta “comprimidos ecstasy” num Karaoke de Chu Hoi da RPC, pelo preço de MOP\$56,00 por cada comprimido, trouxe com eles para Macau e os entregou no mesmo dia ao 2.º arguido na casa deste;
- E em momento posterior desse mesmo dia 6, os agentes da Polícia Judiciária efectuaram uma busca na casa do 2.º arguido, tendo este retirado pessoalmente por detrás da cortina do quarto um saco de plástico transparente, contendo os tais quarenta comprimidos;
- O 2.º arguido era empregado de mesa de restaurante e auferia o vencimento de MOP\$3.500,00, é casado e tem dois filhos a seu cargo e confessou parcialmente os factos e é primário.

Enquanto do auto de notícia de 6 de Maio de 2001, elaborado pela

Polícia Judiciária (PJ) e ora constante a fls. 4 a 8 dos autos, consta que:

- o 2.º arguido, depois de declarar à PJ que sentia remorso pelos actos por ele praticados, indicou, a fim de ajudar a PJ a localizar o 1.º arguido, o número do telemóvel deste, bem como fez reconhecer a cara deste através das fotografias arquivadas na PJ;
- com base nestes dados, a PJ localizou o 1.º arguido para ser investigado;
- é também com base nos dados fornecidos pelo 2.º arguido que a PJ conseguiu, através da colaboração do Serviço de Migração da PSP, interceptar a 3.ª arguida, tendo esta confessado tudo na PJ.

Doutro passo, do auto do 1.º interrogatório judicial do 2.º arguido ora recorrente a fls. 65 a 66, consta que ele “Confirma na íntegra os factos em relação a si próprio no auto de notícia”.

E do despacho judicial proferido (a fls. 71 a 72) a final dos 1.ºs interrogatórios judiciais dos três arguidos em causa, consta nomeadamente que: “Os arguidos (B) e (C) admitiram os factos imputados.”; “Por outro lado, bem como se refere na douta promoção da Digna Magistrada do Ministério Público, o processo se encontra na fase de inquérito e a atitude e colaboração com a justiça dos dois arguido (B) e (C) só podem ser tidas em conta na sede do futuro julgamento face à moldura da sanção grave pelos factos de tráfico de estupefacientes.” (cfr. os 1.º e 4.º parágrafos de fls. 72v dos autos).

Ora, perante este acervo de elementos, mostra-se patente que o 2.º arguido colaborou concretamente com a justiça, por ter contribuído utilmente para a PJ poder identificar e capturar o 1.º arguido e a 3.ª arguida, constatação esta que se nos afigura adequada para accionarmos o mecanismo de

“atenuação livre” da pena nos termos do art.º 18.º, n.º 2, do CP.

Entretanto, já se nos afigura não ser de accionar o mecanismo de atenuação especial da pena nos termos gerais do n.º 1 do art.º 66.º do CP, por falta da verificação *in casu* dos seus necessários pressupostos para formar um tal juízo de valor (nota-se que até o próprio 2.º arguido só confessou parcialmente os factos na audiência de julgamento realizada na Primeira Instância, circunstância esta que apesar de não poder relevar para os efeitos da formação do juízo de condenação do arguido no crime por que vinha acusado, já deve ser levada nomeadamente em conta para efeitos da medida da pena a aplicar ao arguido).

Assim sendo, é de aplicar uma nova pena ao 2.º arguido à luz do n.º 2 do art.º 18.º do DL 5/91/M, com necessária ponderação de todas as circunstâncias a isto pertinentes e acima descritas, sob a égide dos critérios dos art.ºs 64.º, 65.º e 40.º do CP, e, em especial, em função das exigências da prevenção criminal especial e geral em causa, estas sempre limitadas pelo grau da culpa do agente.

Nesta esteira, e considerando em especial o modo da prática do crime, mormente o facto de o 2.º arguido, além de ser primário, não ter ganho nada com o cometimento do delito, pois deu todas as três mil patacas recebidas do 1.º arguido à 3.ª arguida, bem como o número de comprimidos (em 40) em causa, entendemos por equilibrado aplicar ao 2.º arguido a pena de prisão de 5 (cinco) anos de prisão efectiva.

Quanto à pena cumulativa de multa a corresponder à autoria material na forma consumada de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M ora constatado, cuja revisão é imposta também por comando do art.º 393.º, n.º 3, do CPP, afigura-se-nos equilibrado impor ao mesmo 2.º arguido, também no

quadro da “atenuação livre” do n.º 2 do art.º 18.º do mesmo DL, a multa cumulativa de MOP\$7.000,00 (sete mil patacas), convertível em 46 (quarenta e seis) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho nos termos do art.º 6.º, proémio e al. a), do Decreto-Lei aprovador do CP, com conseqüente revogação da decisão recorrida na parte respeitante à aplicação da multa ao mesmo.

Em conclusão, há que julgar procedente o recurso do arguido (B), apesar de com fundamentação algo diversa da por ele motivada.

5. Da revisão da decisão recorrida quanto à 3.ª arguida não recorrente, à luz do art.º 393.º, n.º 2, do CPP, por efeito da procedência do recurso do 1.º arguido na parte respeitante à forma do crime:

Estando assente acima que a 3.ª arguida só praticou o crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M a título de autoria material na forma consumada, e não como co-autor material na forma consumada, há que ver agora a questão da pena a caber à mesma arguida.

Ora, dentro da moldura aplicável após a já decretada atenuação especial da pena a ela pela Primeira Instância, e em prol da justiça relativa em relação à pena ora aplicada ao 2.º arguido, e tendo em conta os padrões fixados nos art.ºs 64.º, 65.º e 40.º do CP, e atendendo em especial ao modo da prática do crime e ao número de comprimidos (em 40), entendemos por equilibrado aplicar à 3.ª arguida a pena de prisão de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de prisão.

Quanto à pena cumulativa de multa a corresponder à autoria material na forma consumada de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do DL 5/91/M ora

verificado, cuja revisão é imposta também por comando do art.º 393.º, n.º 3, do CPP, temos por justo aplicar à mesma 3.ª arguida, também no quadro da já decretada “atenuação especial da pena” do n.º 1 do art.º 66.º do CP, a multa cumulativa de MOP\$4.000,00 (quatro mil patacas), convertível em 26 (vinte e seis) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho, nos termos do art.º 6.º, proémio e al. a), do Decreto-Lei aprovador do CP, conjugado com o art.º 67.º, n.º 1, al. c), do mesmo Código substantivo, com consequente revogação da decisão recorrida na parte respeitante à aplicação da multa à mesma arguida.

Por fim, cabe notar que também não há lugar à suspensão da execução da pena de prisão da 3.ª arguida, pela identidade das razões já acima expendidas quanto a este ponto em relação ao 1.º arguido, no que toca às elevadas necessidades da prevenção geral do crime de tráfico de droga na sociedade de Macau.

Em suma, há que revogar a decisão recorrida na parte respeitante à 3.ª arguida em conformidade com o acima considerado.

IV. DISPOSITIVO

Em harmonia com todo o acima considerado, **acorda-se em:**

1) julgar procedente o recurso do 1.º arguido (A) apenas no que toca ao 2.º e último pedido subsidiário formulado na motivação do recurso, e, por conseguinte, revogar a alínea A) do dispositivo do acórdão recorrido, e passar a condenar o mesmo arguido (A), pela autoria material, na forma tentada, de

um crime de tráfico previsto e punível pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com redacção dada pelo art.º 1.º da Lei n.º 4/2001, conjugado com o disposto nos art.ºs 22.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 67.º, n.º 1, do Código Penal de Macau, na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão efectiva e em MOP\$4.000,00 (quatro mil patacas) de multa, convertível em 26 (vinte e seis) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho, nos termos do art.º 6.º, proémio e al. a), do Decreto-Lei aprovador do Código Penal;

2) julgar procedente, apesar de com fundamentação algo diversa, o recurso do 2.º arguido (B), e, por conseguinte, revogar a alínea B) do dispositivo do acórdão recorrido, e passar a condenar o mesmo arguido (B), pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico previsto e punível pelos art.ºs 8.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com redacção dada pelo art.º 1.º da Lei n.º 4/2001, na pena de 5 (cinco) anos de prisão efectiva e em MOP\$7.000,00 (sete mil patacas) de multa, convertível em 46 (quarenta e seis) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho, nos termos do art.º 6.º, proémio e al. a), do Decreto-Lei aprovador do Código Penal de Macau;

3) revogar a alínea C) do dispositivo do acórdão recorrido, e passar a condenar a 3.ª arguida não recorrente (C), pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico previsto e punível pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com redacção dada pelo art.º 1.º da Lei n.º 4/2001, com atenuação especial da pena nos termos do art.º 66.º, n.º 1, do Código Penal de Macau, na pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de prisão efectiva e em MOP\$4.000,00 (quatro mil patacas) de multa, convertível em 26 (vinte e seis) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho, nos termos do art.º 6.º, proémio e al. a), do Decreto-Lei aprovador do Código Penal de Macau.

Sem custas.

Macau, 18 de Julho de 2002.

(Com a certificação de elaboração e revisão integral pelo relator do presente texto processado através de computador, para os efeitos do art.º 84.º, n.º 2, do CPP.)

Chan Kuong Seng (relator)

Sebastião Póvoas

Lai Kin Hong