

(Recurso penal)

Assuntos:

- poder de cognição do Tribunal de Segunda Instância
- valor probatório de relatório laboratorial
- art.º 149.º do CPP
- prova pericial
- alteração não substancial dos factos descritos na acusação
- reenvio do processo
- âmbito da decisão da causa
- art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro
- tráfico de quantidade diminuta
- comprimidos com metanfetamina no interior

S U M Á R I O

1. O Tribunal de Segunda Instância, quando julgue em recurso, conhece de matéria de facto e de direito, excepto disposição em contrário das leis de processo.

2. O juízo técnico e científico constante de um relatório de exame laboratorial respeitante ao peso líquido total de uma dada substância

estupefaciente contida no interior de comprimidos submetidos ao exame presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

3. Isto porque em matéria de prova pericial, o Código de Processo Penal, no seu art.º 149.º, n.º 1, determina que o juízo técnico, científico ou artístico se presume subtraído à livre apreciação do julgador, o que traduz uma excepção ao princípio da livre apreciação da prova consagrado no seu art.º 114.º.

4. Significa isto que o julgador, embora mantendo a inteira liberdade de apreciação da base de facto pressuposta pelo perito – e, contrariando-a, pode furtar validade ao parecer – só pode divergir do juízo contido no parecer do perito, fundamentando devidamente a divergência, se puder fazer uma apreciação também técnica, científica ou artística, ou se se tratar de um caso inequívoco de erro (art.º 149.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

5. Se a alteração dos factos descritos na acusação for não substancial e derivar da alegação nesse mesmo exacto sentido pelo próprio arguido, não é necessária a comunicação prévia a ele nem concessão de tempo estritamente necessário para a preparação da defesa, sob pena de uma ilógica processual traduzida em o arguido ter de defender contra uma coisa que ele tiver alegado para a sua própria defesa (cfr. art.º 339.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

6. Sob pena de se sacrificarem gratuitamente a economia e celeridade processuais, só se ordena o reenvio do processo para novo julgamento no tribunal *a quo* como uma medida de *ultima ratio*, a empregar apenas no caso

de não for possível ao tribunal *ad quem* decidir da causa, como preceitua expressamente no art.º 418.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

7. Provado que está que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada substância estupefaciente contida no interior de 40 comprimidos, e mesmo assim, “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, na forma consumada, do crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 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, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade em questão “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 diploma legal.

8. Não se provando nos autos qual a quantidade consumida pelo arguido e se o fazia todos os dias, na definição de qual a quantidade de *metanfetamina* apresentada em determinado número de comprimidos que a contêm no seu interior, considerada como não excedente da necessária para consumo individual durante três dias para os efeitos do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com pertinência para a aplicabilidade do tipo de crime privilegiado do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma, há que recorrer às regras da experiência vividas pela generalidade dos consumidores da *metanfetamina* apresentada e contida no interior do tipo de comprimidos em causa, a fim de formar a convicção do julgador a nível de

emissão do juízo de valor acerca da verificação ou não, *in casu*, de “quantidade diminuta”, nos termos e em prol do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do referido Decreto-Lei.

9. Estando em causa 1,198 gramas líquidos da substância *metanfetamina* contida e dispersa em 40 comprimidos, e consideradas as condições normais em que esses comprimidos são consumidos pelo comum dos seus consumidores do tipo do homem médio, é de formar a convicção de que não se verifica *in casu* nenhuma “quantidade diminuta” para os efeitos do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

10. Pois, os comprimidos deste tipo como “droga para lazer”, 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” 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 consecutivos através da ingestão deste tipo de comprimidos.

11. A tese de que se o comum dos consumidores desse tipo de comprimidos em questão 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 maior número de comprimidos, por exemplo, uma dezena de comprimidos para poder sentir o mesmo grau pretendido de “sentir alto”,

diverge das regras da experiência humana na normalidade das situações a respeito das condições normais em que os comprimidos do tipo em causa são consumidos, uma vez que estando a substância activa em causa encoberta dentro de comprimidos, normalmente miturada 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 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.

12. Entretanto, essa tese já será adequada se se tratar de uma substância activa consumida 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.

O relator por vencimento,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 39/2002-I

(Autos de recurso penal)

Recorrente: (A)

Tribunal a quo: Tribunal Colectivo do 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Base

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

I

1. (A), com os sinais dos autos, veio recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), do acórdão de 18 de Janeiro de 2002, proferido pelo 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Base, a fls. 124 a 127 dos autos (no respectivo Processo Comum Colectivo n.º PCC-075-01-1), tendo concluído e peticionado na sua motivação para o recurso apresentada a fls. 137 a 153, nos termos a seguir transcritos:

“(…) – CONCLUSÕES

1.^a O douto Acórdão recorrido subsumiu a conduta do ora recorrente à autoria de um crime do **art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro**, quando tal conduta integra um crime do **art.º 9.º, n.ºs 1 e 3 do mesmo diploma**,

uma vez que o total de substâncias proibidas quer as encontradas na sua posse quer as anteriormente detidas é considerado quantidade diminuta;

2^a. Não estando preenchido o conceito de “quantidade diminuta” na lei que apenas refere “*a que não excede a quantidade necessária para o consumo individual durante três dias*”, há que recorrer ao entendimento expresso na Jurisprudência dos nossos Tribunais que aponta para os 2 (dois) gramas diários quando se trata da substância “*metanfetamina*” um dos componentes contidos nos comprimidos encontrados na posse do recorrente;

3^a. Efectuado o exame aos 40 comprimidos apreendidos pelo ora recorrente, veio a apurar-se que eles continham um total de **1,198g** de “*metanfetamina*” e, embora, do exame tenha resultado que os mesmos comprimidos continham uma outra substância ilegalizada, na RAEM, desde 2 de Maio de 2001 – “*ketamina*” – não foi possível determinar a sua quantidade exacta, por falta de meios materiais para tal exame;

4^a. Embora tenha havido informação de que fôra pedida informação ao Instituto da Droga junto das Nações Unidas sobre a forma de determinar tal quantidade de “*ketamina*”, o douto Tribunal prescindiu dessa informação;

5^a. Tem sido entendimento pacífico que se o exame laboratorial da droga em causa não puder fazer-se, por qualquer motivo, a sua falta será suprida por outros meios de prova;

6^a. Recorrendo-se às regras da experiência, sempre se chegará à conclusão que a percentagem de “*Ketamina*” contida num determinado comprimido que contém, simultaneamente, “*metanfetamina*” não poderá ser maior do que a percentagem desta, dada as características de tal substância que é, efectivamente, utilizada para contrariar os efeitos das substâncias estimulantes, uma vez que se trata de uma

substância anestésica muito poderosa com efeitos análgicos e amnésicos.

7^a. Tendo prescindido de tal exame, o douto Tribunal apenas poderá aferir-se pela dosagem de “*metanfetamina*” contida nos mesmos comprimidos, pelo que não poderá concluir que a quantidade total de “*ketamina*” contida nos 40 comprimidos seja superior à quantidade de “*metanfetamina*”, ou seja, terá que concluir que os 40 comprimidos continham também eles um total de 1,198g de “*ketamina*”.

8^a. Tomando em consideração que a Jurisprudência dessa Alta Instância 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 uma determinada época foi traficada pelo agente*”, para o cômputo da quantidade na disponibilidade do ora recorrente ter-se-á que entrar em linha de conta com os 20 comprimidos por ele detidos numa vez anterior, facto que se deu como provado.

9^a. Seguindo-se o percurso para determinar que quantidade de substâncias proibidas teve o ora recorrente na sua disponibilidade, ter-se-á que aferir pelos dados constantes do presente processo, sendo que o ora recorrente teve na sua disponibilidade um total de **3,594g** de substâncias proibidas, o que não excederia a quantidade tida como diminuta – para efeitos do **n.º 1 do art.º 9.º do DL n.º 5/91/M** – que é **de 6 gramas**.

10^a. A moldura penal, abstractamente, aplicável ao crime de tráfico de quantidades diminutas é prisão de 1 a 2 anos e multa de MOP\$2,000.00 a MOP\$225,000.00, pelo que, estando perante a aplicação de uma pena inferior a três anos, essa Alta Instância terá que se pronunciar sobre a aplicabilidade (ou denegação) do instituto da suspensão da execução da pena;

11^a. A suspensão da execução da pena depende da verificação de dois

pressupostos: um formal (uma pena não superior a três anos) e outro material consistente numa *prognose social favorável ao arguido*;

12^a. O pressuposto material da suspensão da execução da pena é limitado por duas coordenadas: (1) a salvaguarda das exigências mínimas essenciais de defesa do ordenamento jurídico (*prevenção geral*) e o (2) afastamento do agente da criminalidade (*prevenção especial*);

13^a. Face aos fundamentos apresentados, essa Alta Instância poderá considerar adequada ao caso concreto a pena pedida de um ano e um mês de prisão e multa de MOP\$3,000.00, verificando-se, assim, o pressuposto formal da suspensão da execução da pena;

14^a. Não pode deixar o ora recorrente de fazer referência ao apelo feito, em 1997, nas Nações Unidas pelo Órgão Internacional de Controlo de Estupefacientes, sugerindo que “*os países estabeleçam como prioridade absoluta a apreensão e a punição dos grandes criminosos na área da droga. No caso de pessoas condenadas por possuírem pequenas quantidades de drogas ilícitas, deveriam ser consideradas alternativas às penas de prisão*”;

15^a. Quando se faz um apelo desta natureza, tem-se em vista que não são as penas de prisão dos pequenos traficantes de droga que vão, efectivamente, ajudar à prevenção geral que, no caso do tráfico de drogas, é reprimir o mais possível a observância deste tipo de crime, atendendo ao verdadeiro flagelo que hoje constitui esse tráfico e o consumo de droga e toda a actividade criminosa que lhe está associada;

16^a. Não pode deixar de se considerar que o ora recorrente se posicionava, na actividade do tráfico de droga, ao nível mais baixo, àquele a que pertencem as denominadas últimas personagens da cadeia de tráfico, os chamados distribuidores

ou “dealers”;

17^a. Sendo certo que a RAEM está dotada de um sistema penitenciário que garante o respeito pela dignidade humana, foi uma preocupação constante do legislador limitar, tanto quanto possível, a pena de prisão, atento o seu incontroverso efeito criminógeno, especialmente quando se trata de jovens;

18^a. A possibilidade legal de subordinar a suspensão da execução da pena de prisão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta com o fim de reparar o mal do crime, por um lado e a facilitar a readaptação social, por outro, garante suficientemente a salvaguarda das exigências mínimas essenciais do ordenamento jurídico (*prevenção geral*) e reforça o carácter pedagógico da medida (*prevenção especial*), pelo que, se fôr considerado conveniente, por Vossas Excelências, deverão ser fixadas certas obrigações (**artº.s 49.º e 50.º do Código Penal**) ao recorrente que servirão também para compensar a situação decorrente da não execução da pena de prisão.

19^a. O douto Acórdão recorrido violou a norma do **artº. 9º., nº.s 1 e 3, do Código Penal de Macau.**

(...) – **PEDIDO**

Nestes Termos e contando com o indispensável suprimento de Vossas Excelências, requer seja dado provimento ao recurso e, em consequência, seja convalidada a acusação do ora recorrente para um crime do **artº. 9º., nº.s 1 e 3 do Decreto-Lei nº. 5/91/M, de 28 de Janeiro**, aplicada uma pena de prisão inferior a dois anos, considerando-se justa a de um ano e um mês, suspendendo-se a sua execução por um período de um ano, impondo-se – se ainda fôr do superior entendimento de Vossas Excelências – certas obrigações ou fixando-se alguns dos deveres ou das regras de conduta previstas nos **artº.s 49.º e 50.º do Código Penal.**

(...)"

2. O Digno Magistrado do Ministério Público junto da Primeira Instância concluiu a sua resposta à motivação acima do recorrente, de fls. 155 a 161, pelo seguinte:

“(..."

- I- O exame laboratorial efectuado aos 40 comprimidos apreendidos ao Recorrente revelaram a presença de 1,198gr de “*metanfetamina*”, peso esse que ultrapassa em muito o consumo médio para 3 dias desse tipo de estupefaciente, já que a dose diária do mesmo não deverá ultrapassar os 50mg.
- II- pese embora não tenha sido possível apurar a quantidade específica do estupefaciente “*ketamina*”, também comprovadamente existente naqueles comprimidos, aquela quantidade de “*metanfetamina*” atesta, por si só a correcção da subsunção jurídica efectuada, não sendo possível a almejada integração no disposto no n.º 1 do art. 9º do DL 5/91/M.
- III- Neste contexto, fez o colectivo correcta apreciação dos factos, devida integração jurídica dos mesmos, usando de doseometria penal justa.

Tanto basta para pugnar pela manutenção do douto acórdão em crise,

assim se fazendo

JUSTIÇA”

3. Nesta Instância *ad quem*, e em sede de vista dos autos, o Digno Procurador-Adjunto emitiu o douto parecer de fls. 174 a 176, de seguinte teor:

“(…)

PARECER

Acompanhamos, na sua essencialidade, as judiciosas considerações vertidas na resposta à motivação.

Impõe-se, todavia, liminarmente, uma explicitação.

O acórdão mencionado na motivação do recurso, na verdade, reporta-se ao *ice* em termos de “peso bruto”.

Não deve inferir-se, assim, que as quantidades de *metanfetamina* aí referenciadas sejam doses “puras” dessa substância.

Sempre seria inaceitável, de qualquer forma, um conceito de “quantidade diminuta” do produto em questão correspondente aos aludidos 6 gramas.

Isso mesmo evidencia, de resto, proficientemente, o nosso Exm^o. Colega.

E, tendo em conta o seu interesse para a boa decisão da causa, junta-se, agora, cópia do estudo citado a fls. 158.

No caso “sub *judice*”, estão em causa 1,198 gramas de *metanfetamina pura*.

Trata-se de um “quantum” que, cientificamente, como é sabido, deve ter-se como letal.

E que, nos termos propugnados, excede largamente – em cerca de 8

vezes – “o necessário para consumo individual durante três dias”.

A pena de prisão imposta ao recorrente situa-se, apenas, um mês acima do limite mínimo da respectiva moldura abstracta.

E tal “quantum” não merece, efectivamente, qualquer censura.

É certo que, em benefício do mesmo, se provou a confissão e o arrependimento.

No que tange à primeira, porém, não se mostra, desde logo, que se esteja perante uma confissão espontânea, integral e sem reservas.

E não se divisa, também, que tenha contribuído, de qualquer modo, para a descoberta da verdade.

No que concerne ao arrependimento, por outro lado, há que frisar que o mesmo não se traduziu em actos concretos de que se possa retirar a respectiva sinceridade (cfr. artº. 66º, nº. 2-c, do C. Penal).

Pode dizer-se, em suma, que o facto de o recorrente ter confessado e a circunstância de se mostrar arrependido não passam de consequências naturais – e, até, necessárias – de ter sido “descoberto”.

O recurso em análise é, pelo exposto, **manifestamente improcedente**.

Deve, conseqüentemente, ser **rejeitado** (cfr. artºs. 407º, nº. 3 – c, 409º, nº. 2 – a e 410º, do C. P. Penal).

(...)”

4. Na sequência de toda essa tramitação, foi a final proferido por este

TSI o acórdão de 4 de Abril de 2002, a fls. 190 a 201 dos autos, então lavrado em termos definitivos pelo primeiro dos juízes-adjuntos do presente Colectivo, por o Mm.º Juiz Relator a quem o processo se encontrava distribuído e afecto neste TSI ter ficado vencido relativamente a todos os fundamentos a título principal da decisão. E por esse acórdão de 4 de Abril de 2002, foi decidido rejeitar o recurso do arguido (A) do acórdão da Primeira Instância, por manifesta improcedência do mesmo, com custas pelo recorrente, com 3 UC de taxa de justiça e 4 UC a título de importância devida pela rejeição.

5. Desse mesmo aresto interpôs o arguido recurso para o Venerando Tribunal de Última Instância (TUI), o qual foi oportunamente admitido e mandado a subir para esse supremo Tribunal por despacho do Mm.º Juiz Relator do processo neste TSI.

6. Julgado o recurso no TUI, foi pelo mesmo proferida a seguinte decisão expressa no dispositivo do respectivo duto Acórdão de 30 de Maio de 2002, ora constante de fls. 263 a 274 dos autos:

“Face ao expendido, anula-se a decisão recorrida e decide-se determinar a baixa do processo ao Tribunal de Segunda Instância, para que seja apurada a quantidade de *metanfetamina* nos 40 comprimidos encontrados na posse do recorrente e se profira decisão em conformidade com a doutrina exposta.” (cfr. fls. 273v a 274).

7. Baixados então os autos a esta Segunda Instância, o Mm.º Juiz Relator a quem tinha sido distribuído inicialmente o processo reassumiu as suas funções de relator na presente instância recursória “renovada” por força dos termos ordenados no douto Acórdão de 30 de Maio de 2002 do TUI (para nós por comando do art.º 631.º, n.º 3, segunda parte, do Código de Processo Civil de Macau (CPC), interpretado *a contrario sensu* e em conjugação lógica e necessária nomeadamente com os art.ºs 592.º e 619.º, n.º 1, proémio, do mesmo Código, *ex vi* do art.º 4.º do Código de Processo Penal (CPP)), e determinou a notificação do recorrente e do Ministério Público junto deste TSI para se pronunciarem como por bem entenderem sobre a questão surgida com aquela douta decisão do TUI.

8. Assim, enquanto o Digno Procurador-Adjunto ficou silente, opinou o recorrente, a fls. 284 a 285, essencialmente que, como nos termos do art.º 39.º da Lei n.º 9/1999, “o Tribunal de Segunda Instância, quando julgue em recurso, conhece de matéria de facto e de direito”, e constando “dos autos o facto que deve ficar consignado na fundamentação da sentença, nos termos do **art.º 339.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal**”, o “Tribunal da Segunda Instância pode sanar o vício, não sendo necessário o reenvio do processo à Primeira Instância para novo julgamento”.

9. Em face disso, o Mm.º Juiz Relator do processo nesta instância recursória renovada mandou, no seu despacho a fls. 286, que se colhesse vistos aos juízes-adjuntos, bem como a subsequente inscrição do processo em tabela para julgamento em conferência.

10. Apresentado o douto Projecto de Acórdão por ele elaborado à discussão e deliberação na conferência do presente Tribunal realizada no passado dia 11 de Julho de 2002, o mesmo Mm.º Juiz Relator ficou, na votação sobre o mesmo, vencido quer quanto à decisão quer quanto à fundamentação da mesma (cfr. o teor da acta dessa conferência a fls. 290).

11. É por isso que urge agora decidir nos termos constantes do presente acórdão definitivo, lavrado pelo primeiro dos juízes-adjuntos de acordo com a posição de vencimento.

II

1. Para o efeito, há que, desde logo, tomar em consideração a seguinte matéria de facto fixada pela Primeira Instância:

“**1.** (...), resultaram provados os seguintes factos:

1º

Em 20 de Junho de 2001, cerca das 20H41, no posto fronteiriço das Portas do Cerco, o pessoal da PMF abordou o arguido (A) que vinha de Zhuhai para Macau.

2º

O pessoal da PMF encontrou, em flagrante, no corpo do arguido (A) 40 comprimidos suspeitos de serem comprimidos “ecstasy”.

3º

Após exame laboratorial, os tais comprimidos continham Metanfetamina e Ketamina, substâncias essas constantes respectivamente na Tabela II-B e II-C do DL nº 5/91/M (alterado pela Lei nº 4/2001).

4º

Tais estupefacientes foram adquiridos pelo arguido (A), em Zhuhai a um indivíduo desconhecido, a fim de trazer para Macau e entregar a outro indivíduo desconhecido de nome “Ah Tong” para venda.

5º

O arguido (A) agiu livre, consciente e voluntariamente o supracitado.

6º

Ele sabia perfeitamente a natureza e as características dos estupefacientes acima referidos.

7º

A sua conduta não era permitida por lei.

8º

Ele bem sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei.

Esta foi a segunda vez que o arguido trazia estupefaciente para Macau.

Na primeira vez, trouxe vinte comprimidos “ecstasy” e recebeu, como remuneração, a quantia de MOP\$300,00.

E desta vez, era para receber do tal indivíduo “Ah Tong” a quantia de MOP\$500,00, como recompensa.

O arguido confessa os factos e mostra-se arrependido.

Auferia, mensalmente, cerca de MOP\$3.500,00 e tem a seu cargo os seus pais. Possui o curso primário.

Nada consta em seu desabono do seu CRC junto aos autos.

2. Nenhum facto ficou por provar.”

2. E a esta factualidade então julgada pelo Tribunal *a quo*, há que acrescentar agora mais um facto provado, sob a égide do disposto no art.º 339.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, e conforme o teor da conclusão do relatório de exame n.º DT2001-135A, de 19 de Dezembro de 2001, a fls. 118 dos autos, e da acta da audiência de julgamento da Primeira Instância a fls. 109v), nos termos seguintes:

“O peso líquido total de Metanfetamina contida nos 40 comprimidos apreendidos ao arguido e enviados ao exame do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária, realizado a pedido dele formulado e deferido na audiência de 10 de Dezembro de 2001, é de 1,198 gramas.”

E com isso, fica desde já sanado o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada em obediência à acima referida douta decisão e 30 de Maio de 2002 do TUI com força obrigatória para o processo ora *sub judice*, sanação esta que reputamos como possível, porquanto:

– Abstractamente falando, por força do preceituado no art.º 39.º da Lei

n.º 9/1999, de 20 de Dezembro, definidora das Bases da Organização Judiciária da Região Administrativa Especial de Macau, este TSI, quando julgue em recurso, conhece de matéria de facto e de direito, excepto disposição em contrário das leis de processo;

– E *in casu*, é líquido que se impõe a reapreciação da matéria de facto julgada pela Primeira Instância, por efeito da constatação pelo TUI, no seu douto aresto de 30 de Maio de 2000, do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. a), do CPP;

– Reapreciação fáctica esta que deve ser feita neste TSI, por a questão mandada pelo TUI a apurar – consistente em saber “a quantidade de *metanfetamina* nos 40 comprimidos encontrados na posse do recorrente” – poder ser resolvida cabalmente com os elementos existentes nos autos e decorrentes do texto da decisão recorrida da Primeira Instância, quais sejam, os precisamente constantes do relatório de exame n.º DT2001-135A, de 19 de Dezembro de 2001, do Laboratório de Política Científica da Polícia Judiciária de fls. 115 a 120, cujo juízo técnico e científico respeitante ao peso líquido total de *metanfetamina* contida nos 40 comprimidos então submetidos ao mesmo exame se presume subtraído à livre apreciação do julgador por imperativo do disposto no n.º 1 do art.º 149.º do CPP, e como tal, com base nesse juízo eminentemente técnico e científico, que, aliás, se nos apresenta límpido e sem erro manifesto, *temos que* formar a convicção com ele convergente acerca do facto acima acrescentado à matéria de facto inicialmente fixada pela Primeira Instância, porquanto *in casu* entendemos, por razões retro ditas, descenssário recorrer a outros elementos exteriores ao

mesmo relatório para podermos ficar esclarecidos do seu juízo de valor (hipótese esta prevista no art.º 144.º, n.º 1, do CPP), e, o mais importante, não somos capazes de tirar a validade ao mesmo valor técnico e científico constante do relatório de exame em causa, por não conseguirmos fazer um outro juízo técnico e científico contrário ou divergente daquele, a fim de ilidir, com exposição de fundamentos expressos nesse sentido, a “presunção legal da subtracção à livre apreciação do jogador” em causa (hipótese última esta que se encontra referida no n.º 2 do art.º 149.º do CPP), isto tudo na esteira dos seguintes ensinamentos constantes das Lições do Prof. Doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, chamadas de DIREITO PROCESSUAL PENAL, 1988-9, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 143: “Em matéria de prova pericial, a lei (artigo 163.º, n.º 1) [nota nossa: art.º 163.º, n.º 1, do CPP de Portugal referido nessas lições, homólogo ao art.º 149.º, n.º 1, do CPP de Macau] determina que o juízo técnico, científico ou artístico se *presume subtraído à livre apreciação do julgador*, o que traduz uma excepção ao princípio consagrado no artigo 127.º [homólogo ao art.º 114.º do CPP de Macau].// Significa isto que o julgador, embora mantendo a inteira liberdade de apreciação da base de facto pressuposta pelo perito – e, contrariando-a, pode furtar validade ao parecer – só pode divergir do juízo contido no parecer do perito, fundamentando devidamente a divergência (artigo 163.º, n.º 2) [homólogo ao art.º 149.º, n.º 2, do CPP de Macau] se puder fazer uma apreciação também técnica, científica ou artística, ou se se tratar de um caso inequívoco de erro.” (com sublinhado nosso colocado agora);

- Razões estas precisamente pelas quais não se pode, salvo o devido

respeito, acolher – ao arrepio da lei (i.e., *maxime*, do citado art.º 149.º, n.º 1, do CPP) e sob pena de se sacrificarem gratuitamente a economia e celeridade processuais num processo penal com arguido preso com o reenvio do processo para a Primeira Instância – a douta tese projectada pelo Mm.º Juiz Relator do presente processo no sentido, nomeada e essencialmente, de que:

“Assim, não constando dos presentes autos as provas produzidas no julgamento efectuado pelo Tribunal “a quo” e não constituindo o referido relatório, elemento probatório ao qual, incondicionalmente, se possa considerar estar este Tribunal vinculado, não se vislumbra como poder esta Instância suprir a referida insuficiência; (...)

Nesta conformidade, outra solução não se vislumbra que não cremos haver a não ser que a de, através de novo julgamento e da análise crítica e global de todas as provas então produzidas, se decidir da questão em causa.

Para tal, como é obvio, impõe-se o reenvio dos autos ao Tribunal “a quo”; (cfr. artº 400.º, nº 2, al. a) e 415º, nº 1 e 2 do C.P.P.M.).” (*sic*);

Posição do Mm.º Juiz Relator esta que – note-se a título de entre parentesis – até está em sentido contrário, à moda de *venire contra factum proprium*, à tese por ele próprio preconizada no seu douto Voto Vencido então apendiculado ao Acórdão de 4 de Abril de 2002 no âmbito do presente processo, pois aí o mesmo Mm.º Relator então vencido afirmou, para fundamentar a decisão por ele proposta, de rejeição do recurso do mesmo arguido (A), apesar de em contornos distintos dos termos constantes do aresto definitivo de 4 de Abril de 2002, que:

“Todavia, outra é a “ardua questio”, (colocada pelo ora recorrente).

Reside (exactamente) em se saber se, a quantidade líquida de metanfetamina contida nos referidos 60 comprimidos, constitui “quantidade diminuta”, nos termos e para os efeitos do citado artº 9º.

Ora, resulta dos autos (a fls. 118), que os 40 comprimidos ao recorrente apreendidos continham um total de 1.198 gramas líquidos de metanfetamina, (para além de uma outra quantidade não especificada de Ketamina).

(...)

Perante este “quantum” (líquido) de mentanfetamina, (cerca de 1200 mg nos 40 comprimidos e de quase 600 mg nos outros 20) poder-se-à afirmar constituir o mesmo – como pretende o recorrente – “quantidade diminuta”?

Ressalvado o devido respeito por opinião diversa, temos para nós ser patente assim não poder ser.

Aliás, em nossa opinião, até mesmo o “quantum” de metanfetamina que continham os 40 comprimidos apreendidos ao recorrente não constitui “quantidade diminuta”” (cfr. o teor das págs. 8 e 9 do douto Voto Vencido referido, a fls. 206v a 297 dos autos, e *sic*).

Ademais, até o próprio TUI afirma, na fundamentação do seu douto aresto de 30 de Maio de 2002, que:

– “...Tanto o Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base, como o Tribunal de Segunda Instância, não deram como provado qual a quantidade de metanfetamina nos 40 comprimidos encontrados na posse do recorrente. Isto apesar de tal constar de exame feito nos autos (fls. 118). Tal facto apenas consta do voto de vencido ...” (cfr. o teor de fls. 269, com sublinhado nosso posto agora);

– “É sabido que em recurso, em processo penal, correspondente a terceiro grau de jurisdição, o Tribunal de Última Instância apenas conhece de matéria de direito, bem como dos vícios do n.º 2, do art. 400.º ... (...) e das nulidades não sanadas, nos termos do n.º 3, do mesmo art. 400.º.

Quer isto dizer o Tribunal de Última Instância não tem poder para declarar provada a quantidade de *metanfetamina* nos 40 comprimidos encontrados na posse do recorrente.” (cfr. o teor de fls. 269 a 269v);

– “De facto, embora o facto não constasse da acusação, o Tribunal Colectivo devia tê-lo dado como provado, já que se tratava de matéria relevante, sendo que o Tribunal havia determinado a realização de exame, o que foi feito, a requerimento do arguido.” (cfr. o teor de fls. 273);

– Assim, é-nos, frise-se, evidente que o facto acima acrescentado como provado não implica nenhuma alteração substancial dos factos descritos na acusação com efeitos previstos no art.º 1.º, n.º 1, al. f), do CPP, mas tão-só uma alteração não substancial dos mesmos, a qual, *in casu*, por ter derivado da alegação nesse mesmo exacto sentido pelo próprio arguido, não reclama comunicação prévia a ele nem concessão ao mesmo, de tempo estritamente necessário para a preparação da defesa, sob pena de uma ilógica processual traduzida em o arguido ter de defender *contra* uma coisa que ele tiver alegado para a sua própria defesa (cfr. o disposto nos dois únicos números do art.º 339.º do CPP);

– Por fim, há que salientar que só se ordena o reenvio do processo para novo julgamento na Primeira Instância como uma medida de *ultima ratio*, a empregar apenas no caso de não for possível à Instância *ad quem* decidir da causa, como preceitua expressamente no art.º 418.º, n.º 1, do CPP.

Em suma, pode ser e fica sanado nesta Segunda Instância, o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, verificado pelo TUI no seu douto Acórdão de 30 de Maio de 2002, evitando assim o desnecessário reenvio do processo para novo julgamento na Primeira Instância.

III

Resta, agora, proferir nova decisão ao recurso *sub judice*, interposto pelo arguido (A) do acórdão condenatório da Primeira Instância, tendo presente que “Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão.” (Doutrina esta do Insigne Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *in* CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO, Volume V (Reimpressão), Coimbra Editora Limitada, 1984, pág. 143, já por nós seguida mesmo em causas penais, *maxime* nos Acórdãos deste TSI, de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, de 21/9/2000 no Processo n.º 127/2000, e de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000).

É, pois, de considerar as seguintes questões concretamente postas pelo recorrente:

A. – Da pretendida convalidação do crime do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, por que veio condenado pelo Tribunal *a quo*, para o do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma (cfr. o alegado pelo recorrente nos pontos 2 a 18 da motivação, com respectivo enquadramento nas conclusões 1.ª a 9.ª da mesma).

B. – Da subsequente medida da pena a aplicar ao crime do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e da correlativa aplicabilidade da suspensão de execução da nova pena a aplicar por este crime (cfr. o alegado pelo recorrente nos pontos 19 a 39 da motivação, com correspondente enquadramento nas conclusões 10.ª a 18.ª da mesma).

Cabe, entretanto, notar que a conclusão 19.ª da motivação do recurso do arguido é por nós entendida como se referindo ao art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e não ao art.º 9.º, n.ºs 1 e 3, do Código Penal de Macau, atento o contexto geral de toda a motivação do recorrente, pelo que, perante esse lapso manifesto de escrita, a mesma conclusão 19.ª deve ser entendida como referente, ao fim e ao cabo, à Questão A.

Conhecendo agora em concreto, há que observar que o recorrente se serviu da Questão A como a trave-mestra da sua motivação, pois construiu a sua motivação essencialmente em torno da alegada quantidade diminuta – em termos de peso líquido – da substância *metanfetamina* contida nos comprimidos detidos por ele, considerando nomeadamente que segundo o relatório do exame laboratorial de fls. 118, tais comprimidos contêm uma percentagem de 8,5% de *metanfetamina*, pelo que o peso líquido total desta

substância contida nos 40 comprimidos trazidos por ele em 20 de Junho de 2001 era de 1,198g, daí que, conforme o que alega, em especial, nos pontos 15, 6 e 5 da sua motivação, enquadrados por sua vez nas conclusões 1.^a a 9.^a da mesma, estando “provado que o ora recorrente detinha, à data em que foi preso, em flagrante delito, um grama e cento e noventa e oito miligramas da substância designada por “*Metanfetamina*”, terá que se considerar tal quantidade como diminuta por não exceder o necessário para o consumo individual durante três dias e, conseqüentemente, considerar que a actuação do ora recorrente consubstancia o crime previsto e punido pelo **art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro**”, visto que não “estando ainda concretizada na lei qual *a quantidade necessária para o consumo individual durante três dias*, há que recorrer ao entendimento que vem sendo expresso na Jurisprudência dos nossos Tribunais que aponta para os 2 gramas diários, nomeadamente, quando se trata da substância *metanfetamina* (por todos cfr. Ac. de 02/06/99, Proc. n.º 1073, in “Jurisprudência 1999”, p. 760)”.

Assim, a solução a dar a esta Questão A – aliás, tida como fulcral para o conhecimento do objecto do recurso *sub judice*, dado que a improcedência da mesma prejudica o conhecimento da Questão B, colocada como consequência necessária do provimento da Questão A – reside em saber se se está *in casu* perante uma “quantidade diminuta” para efeitos da convolação do crime do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M por que vinha condenado no crime privilegiado de tráfico de quantidades diminutas previsto e punível pelo art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

Da matéria de facto acima fixada, se retira que estão em causa nos presentes autos:

- 40 comprimidos encontrados no corpo do arguido (A), em 20 de Junho de 2001 no posto fronteiriço da Porta do Cerco, suspeitos de serem comprimidos “ecstasy”, em relação aos quais se veio detectar que continham *metanfetamina* e *ketamina*, substâncias essas constantes respectivamente das Tabela II-B e II-C do Decreto-Lei n.º 5/91/M (com redacção dada pela Lei n.º 4/2001);
- e mais 20 comprimidos “ecstasy” que ele trouxe para Macau na vez anterior.

Assim sendo, para decidir da Questão A, é de atender à *metanfetamina* contida nos tais 40 comprimidos encontrados naquele dia 20 de Junho de 2001, pois se esta parte ultrapassar a quantidade considerada necessária para consumo individual durante três dias, já improcederá o recurso neste ponto, caso contrário, haverá que considerar também a “droga” na vez anterior, isto independentemente da jurisprudência de Macau no sentido de que no crime de tráfico de droga está em causa não só a droga concretamente apreendida num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante uma determinada época foi traficada pelo agente.

É, pois, atento o espírito da doutrina do TUI no douto Aresto de 30 de Maio de 2000, de considerar apenas a substância *metanfetamina* contida nos referidos 40 comprimidos e proibida pelo Decreto-Lei n.º 5/91/M, em relação

à qual já se apurou acima o seu peso líquido, abstraindo-se por enquanto da substância *ketamina* também comprovadamente contida nos 40 comprimidos em causa e proibida pelo Decreto-Lei n.º 5/91/M com a entrada já em vigor da Lei n.º 4/2001 à data em que o arguido foi abordado pelo pessoal da Polícia Marítima e Fiscal no posto fronteiriço da Porta do Cerco, já que por outro lado não se conseguiu apurar o peso líquido da substância *ketamina*.

Entretanto, à falta de definição na doutrina fixada pelo TUI, nesse seu douto Aresto, de qual a quantidade de *metanfetamina* existente nas e para as condições concretas apuradas nos presentes autos, considerada como não excedente da necessária para consumo individual durante três dias para os efeitos do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com pertinência para a aplicabilidade, *in casu*, do tipo de crime privilegiado do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma, entendemos que temos que formar, por nós próprios, a convicção acerca da questão de “quantidade diminuta”, pois se nos afigura que a douta doutrina exposta pelo TUI naquele mesmo Aresto, com força obrigatória para o presente processo, tem por objecto determinar a necessidade de, em regra, apurar a quantidade líquida da substância ou substâncias estupefacientes activas existentes no interior de comprimidos, sempre que isto seja tecnicamente possível, a fim de possibilitar uma matéria de facto assente suficientemente completa que possa servir de base para a adopção de diversas soluções plausíveis de direito ao caso concreto considerado, e já não impor uma certa convicção acerca de qual a quantidade que se deva ser considerada como não excedente para consumo individual durante três dias, para o caso concreto dos presentes autos.

Assim sendo, ao decidir novamente da causa, nos termos do art.º 650.º do CPC de Macau, aplicável ao presente processo nos termos considerados no mencionado duto Aresto do TUI, há que chamar aqui à colação, as regras da experiência vividas pela generalidade dos consumidores da *metanfetamina* apresentada e contida no interior do tipo de comprimidos em causa, a fim de formar a convicção do julgador a nível de emissão do juízo de valor acerca da verificação ou não, *in casu*, de “quantidade diminuta”, nos termos e em prol do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do referido Decreto-Lei, já que, aliás, não se provou nos autos qual a quantidade consumida individualmente pelo arguido ora recorrente e se o fazia todos os dias.

Ora, atentos os 1,198 gramas líquidos da substância *metanfetamina* contida e dispersa por 40 comprimidos em causa, e consideradas, em especial, as condições normais em que esses comprimidos que a contêm são consumidos pelo comum dos seus consumidores do tipo do homem médio, é da nossa convicção de que não se verifica no caso concreto dos autos, nenhuma “quantidade diminuta” para os efeitos do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 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 do tipo idêntico ao dos

presentes autos 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, os quais pretendem, através desses comprimidos tidos como “droga de *design*”, “sentir alto” no lazer que se faz nesse tipo de festas ou convívios;

– b) Assim, este tipo de comprimidos são adquiridos por seus consumidores comuns acima referidos por unidade de comprimidos, por preços calculados e cobrados também por unidade de comprimidos, e não por x grama(s) (ou outra unidade de peso) de quantidade líquida da substância pura de *metanfetamina* contida no seu interior, visto que como esses comprimidos que se traficam ilegalmente são, na normalidade das situações da experiência humana, fabricados clandestinamente, sem controlo rigoroso da qualidade, nem etiqueta identificativa dos seus ingredientes, os normais traficantes retalhistas dos mesmos não sabem ao certo qual a quantidade líquida da substância activa ou pura de *metanfetamina* contida no interior do tipo de comprimidos em causa, por um lado, e, por outro, quanto ao comum dos seus consumidores adquirentes, não lhe é possível saber de antemão e ao exacto a quantidade dessa substância activa contida no interior dos comprimidos a adquirir àqueles, uma vez que é já dado adquirido de que essa quantidade líquida só se pode apurar através de exames ou testes laboratoriais com recurso a equipamentos ou aparelhos científicos sofisticados, aos quais pelo menos o comum dos consumidores (e também dos referidos traficantes retalhistas) não têm acesso;

– c) Aliás, o mais importante é que os comprimidos do tipo em causa, 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” 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 consecutivas através da 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 do tipo em causa numa mesma só ocasião de “*rave party*” ou convívio na discoteca ou mesmo em privado com amigos (festas ou convívios estes que, para o comum dos seus frequentadores ou participantes, também não são pelo mesmo participados *com consumo do tipo de comprimidos em causa* em todos os três dias ou noites seguidas), já que por um lado, ninguém lhe garante que o comprimido a tomar só contenha uma quantidade ínfima de *metanfetamina*, e mesmo que lhe “garanta” isto, a gente também não ingere numa mesma ocasião de festas ou convívios acima referidos mais do que um ou dois comprimidos, por causa da natureza destes como “droga para lazer” e não droga clássica que cria e sustenta toxicod dependência *habitual* (no sentido próprio do termo) como o caso de heroína, cocaína ou de marijuana, etc..

E nem se diga que se o comum dos consumidores desse tipo de comprimidos em questão 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, por exemplo 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 esta observação está a divergir das regras da experiência humana na normalidade das situações acima expendidas a respeito das condições normais em que os comprimidos do tipo em causa são consumidos. Entretanto, ela já será adequada se se tratar de *metanfetamina* apresentada 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 qual a quantidade líquida da mesma substância activa, já se sente livre e com vontade para a consumir na quantidade que desejar a fim de matar as suas necessidades com os efeitos da substância activa em questão.

Em conclusão e para nós, se não fosse o art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 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 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.

Assim sendo, provado que está que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida da substância activa contida nos 40 comprimidos em causa, e mesmo assim, “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, na forma consumada,

do crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, salvo se a entidade julgadora (como 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 em questão “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 diploma legal.

Com efeito, não se pode admitir que seja necessário ao arguido ora recorrente ou ao comum dos consumidores do tipo de comprimidos com *metanfetamina* no seu interior consumir *pele menos* 13 comprimidos desses por dia, segundo a nossa convicção fundada com base nas regras da experiência na normalidade das situações da vida humana *nas condições do consumo* do tipo desses comprimidos, os quais são consumidos para lazer em festas ou convívios em discoteca ou em privado.

Sendo certo que a conclusão para os efeitos do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M já seria outra se os 1,198 gramas líquidos da *metanfetamina* em causa fossem apresentados no seu estado puro e à vista desarmada, por não serem contidos em comprimidos, já que neste caso, o comum dos seus consumidores já consome esta substância neste estado puro, conforme a sua própria necessidade e em quantidade que pretender e previamente dela ciente, condições e realidade de consumo estas que são diferentes daquelas como as do caso concreto dos comprimidos em causa nos autos, em que a *metanfetamina* está “encoberta” dentro de comprimidos, e até misturada com outras substâncias activas e/ou impurezas, para cujo consumo nas suas condições normais acima referidas, o comum dos consumidores não vai nem está disposto a “desmantelar” primeiro o comprimido ou os

comprimidos a fim de extrair dele(s) a quantidade líquida da *metanfetamina* que pretenda tomar para alcançar lazer nas ditas festas ou convívios, pois para este “objectivo” ele optará com certeza pela aquisição da *metanfetamina* no seu estado puro e não contida em comprimido, dada toda a inconveniência desse “desfazer” do comprimido em ocasiões de festas ou convívios referidas, por estar contra a lógica e pretensão do próprio lazer pretendido, 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 comprimido.

Por aí se conclui pela improcedência do pedido de convolação do crime de tráfico p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do dito Decreto-Lei n.º 5/91/M, pelo qual o arguido recorrente vinha condenado pelo Tribunal *a quo*, para o de tráfico de quantidades diminutas do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, devendo ele ser mesmo condenado pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, já que estão efectivamente preenchidos os elementos objectivos e subjectivos deste tipo-de-ilícito e este TSI não dá por verificada nenhuma “quantidade diminuta” segundo a livre convicção e as regras da experiência vividas pelo comum dos consumidores nas condições normais do consumo para lazer do tipo dos comprimidos em causa que contêm no seu interior a *metanfetamina*.

E com esta conclusão fica, por outro lado, prejudicada a apreciação da Questão B acima indicada como componente do objecto do presente recurso, colocada pelo recorrente apenas como corolário lógico da procedência da pretendida convolação para o crime do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e não como uma questão autónoma traduzida em pedir a diminuição da pena então aplicada a ele pela prática do crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1,

do mesmo diploma.

IV

Resumindo e concluindo:

1. O Tribunal de Segunda Instância, quando julgue em recurso, conhece de matéria de facto e de direito, excepto disposição em contrário das leis de processo.

2. O juízo técnico e científico constante de um relatório de exame laboratorial respeitante ao peso líquido total de uma dada substância estupefaciente contida no interior de comprimidos submetidos ao exame presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

3. Isto porque em matéria de prova pericial, o Código de Processo Penal, no seu art.º 149.º, n.º 1, determina que o juízo técnico, científico ou artístico se presume subtraído à livre apreciação do julgador, o que traduz uma excepção ao princípio da livre apreciação da prova consagrado no seu art.º 114.º.

4. Significa isto que o julgador, embora mantendo a inteira liberdade de apreciação da base de facto pressuposta pelo perito – e, contrariando-a, pode furtar validade ao parecer – só pode divergir do juízo contido no parecer do perito, fundamentando devidamente a divergência, se puder fazer uma apreciação também técnica, científica ou artística, ou se se tratar de um caso inequívoco de erro (art.º 149.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

5. Se a alteração dos factos descritos na acusação for não substancial e

derivar da alegação nesse mesmo exacto sentido pelo próprio arguido, não é necessária a comunicação prévia a ele nem concessão de tempo estritamente necessário para a preparação da defesa, sob pena de uma ilógica processual traduzida em o arguido ter de defender contra uma coisa que ele tiver alegado para a sua própria defesa (cfr. art.º 339.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

6. Sob pena de se sacrificarem gratuitamente a economia e celeridade processuais, só se ordena o reenvio do processo para novo julgamento no tribunal *a quo* como uma medida de *ultima ratio*, a empregar apenas no caso de não for possível ao tribunal *ad quem* decidir da causa, como preceitua expressamente no art.º 418.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

7. Provado que está que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada substância estupefaciente contida no interior de 40 comprimidos, e mesmo assim, “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, na forma consumada, do crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 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, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade em questão “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 diploma legal.

8. Não se provando nos autos qual a quantidade consumida pelo

arguido e se o fazia todos os dias, na definição de qual a quantidade de *metanfetamina* apresentada em determinado número de comprimidos que a contêm no seu interior, considerada como não excedente da necessária para consumo individual durante três dias para os efeitos do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com pertinência para a aplicabilidade do tipo de crime privilegiado do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma, há que recorrer às regras da experiência vividas pela generalidade dos consumidores da *metanfetamina* apresentada e contida no interior do tipo de comprimidos em causa, a fim de formar a convicção do julgador a nível de emissão do juízo de valor acerca da verificação ou não, *in casu*, de “quantidade diminuta”, nos termos e em prol do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do referido Decreto-Lei.

9. Estando em causa 1,198 gramas líquidos da substância *metanfetamina* contida e dispersa em 40 comprimidos, e consideradas as condições normais em que esses comprimidos são consumidos pelo comum dos seus consumidores do tipo do homem médio, é de formar a convicção de que não se verifica *in casu* nenhuma “quantidade diminuta” para os efeitos do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

10. Pois, os comprimidos deste tipo como “droga para lazer”, 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” 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 consecutivos através da ingestão deste tipo de

comprimidos.

11. A tese de que se o comum dos consumidores desse tipo de comprimidos em questão 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 maior número de comprimidos, por exemplo, uma dezena de comprimidos para poder sentir o mesmo grau pretendido de “sentir alto”, diverge das regras da experiência humana na normalidade das situações a respeito das condições normais em que os comprimidos do tipo em causa são consumidos, uma vez que estando a substância activa em causa encoberta dentro de comprimidos, normalmente miturada 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 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.

12. Entretanto, essa tese já será adequada se se tratar de uma substância activa consumida 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.

V

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

1. Aditar o seguinte facto dado como provado à matéria de facto fixada pela Primeira Instância:

– “O peso líquido total de Metanfetamina contida nos 40 comprimidos apreendidos ao arguido e enviados ao exame do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária, realizado a pedido dele formulado e deferido na audiência de 10 de Dezembro de 2001, é de 1,198 gramas.”

2. E negar provimento ao recurso interposto pelo arguido (A) do acórdão proferido em 18 de Janeiro de 2002 pela Primeira Instância.

Custas pelo recorrente, com 3 UC de taxa de justiça.

Macau, 18 de Julho de 2002.

Chan Kuong Seng
(1.º juiz-adjunto e relator do acórdão)

Lai Kin Hong
(2.º Juiz-Adjunto)

José Maria Dias Azedo (vencido, nos termos da declaração que anexo)
(Relator do processo)

Declaração de voto (de vencido)

Como relator, considerando inviável a esta Instância sanar o vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, elaborei projecto de acórdão no qual propunha o reenvio dos presentes autos ao Tribunal Judicial de Base.

Na conferência que se realizou no passado dia 11 do corrente mês, e perante o entendimento perfilhado pelos Exm^{os} Colegas 1º e 2º Adjuntos e ora vertido no Acórdão que antecede esta declaração, fiquei vencido, e, nesta conformidade, atento o disposto no artº 621º nº 1 do C.P.C.M., aqui passo a sintetizar os motivos que me levaram a divergir da solução que fez vencimento.

A questão que em primeira mão se colocava na presente lide recursória, era, desde logo, a de saber se podia este Tribunal sanar o apontado vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, decidindo qual a quantidade de metanfetamina contida nos 40 comprimidos apreendidos ao arguido/recorrente; (cfr. Ac. do T.U.I. de 30.05.2002, Proc. nº 7/2002, a fls. 263 a 271).

Como já se fez referência, estatui o artº 39º da Lei de Bases da Organização Judiciária que: “excepto disposição em contrário das leis de processo, o Tribunal de Segunda Instância, quando julgue em recurso, conhece de matéria de facto e de direito”; (sub. nosso)

Em harmonia com o assim preceituado, dúvidas não há que, como “regra geral”, pode esta Instância, em sede de recurso – como é o presente caso – suprir insuficiências quanto à factualidade dada por assente em julgamento ocorrido em Tribunal da Primeira Instância.

Todavia, e antes de mais, importa atentar nas referidas “leis de processo”, e, “in casu”, no estatuído no artº 629º do C.P.C.M. (aqui aplicável por força do artº 4º do C.P.P.M.), o qual dispõe que:

“1. A decisão do tribunal de primeira instância sobre a matéria de facto pode ser alterada pelo Tribunal de Segunda Instância:

- a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artigo 599.º, a decisão com base neles proferida;
- b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas;

- c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.

2. No caso a que se refere a segunda parte da alínea a) do número anterior, o Tribunal de Segunda Instância reaprecia as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações de recorrente e recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que tenham servido de fundamento à decisão de facto impugnada.

3. O Tribunal de Segunda Instância pode determinar a renovação dos meios de prova produzidos em primeira instância que se mostrem absolutamente indispensáveis ao apuramento da verdade, quanto à matéria de facto objecto da decisão impugnada, aplicando-se às diligências ordenadas, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na primeira instância e podendo o relator determinar a comparência pessoal dos depoentes.

4. Se não constarem do processo todos os elementos probatórios que, nos termos da alínea a) do n.º 1, permitam a reapreciação da matéria de facto, pode o Tribunal de Segunda Instância anular, mesmo oficiosamente, a decisão proferida na primeira instância, quando repute deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto ou quando considere indispensável a ampliação desta; a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, podendo, no entanto, o

tribunal ampliar o julgamento de modo a apreciar outros pontos da matéria de facto, com o fim exclusivo de evitar contradições na decisão.

5. Se a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa não estiver devidamente fundamentada, pode o Tribunal de Segunda Instância, a requerimento da parte, determinar que o tribunal de primeira instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou escritos ou repetindo a produção da prova, quando necessário; sendo impossível obter a fundamentação com os mesmos juízes ou repetir a produção da prova, o juiz da causa limita-se a justificar a razão da impossibilidade"; (sub. nosso)

Perante o assim preceituado, sendo que quanto à questão “sub judice”, apenas constam destes autos um relatório elaborado pelo Laboratório da Polícia Judiciária no qual se fez constar conter os ditos 40 comprimidos, “1,198 gramas de metanfetamina” cremos, ressalvado o muito respeito devido a opinião diversa, impor-se o reenvio do processo.

Com efeito, não obstante estatuir o nº 1 do artº 149º do C.P.P.M. que “a prova pericial presume-se subtraída à livre apreciação do julgador”, despidendo não é, ter-se também presente que – para além de ter tal normativo em vista, exclusivamente, o parecer pericial propriamente dito e não os pressupostos de facto sobre os quais se firma – logo no seu nº 2 se preceitua que “sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”.

Assim – e como no Acórdão que antecede esta declaração também já se consignou, citando-se o nosso projecto – não constando dos presentes autos todas as provas produzidas no julgamento efectuado pelo Tribunal “a quo” – visto que não houve registo das declarações e depoimentos prestados – e não constituindo o referido relatório, elemento probatório ao qual, incondicionalmente, se possa considerar estar este Tribunal vinculado, afigura-se-me não poder esta Instância suprir a referida insuficiência dando como assente a quantidade de metanfetamina contida nos referidos 40 comprimidos apenas com base no dito relatório da P.J., (até mesmo porque, ignorando esta Instância quais os motivos que levaram o Colectivo “a quo” a não incluir na matéria de facto que deu como provada a quantidade de metanfetamina consignada no referido relatório – após ter expressamente ordenado o exame aos comprimidos e na factualidade que considerou assente, fazer referência ao “exame laboratorial” – podendo, assim, eventualmente, ter tido razões para com o dito relatório discordar, e por lapso, não o ter consignado, parece-nos, no mínimo, prematuro, dar-se o seu teor por “inquestionável”).

Nesta conformidade, somos pois de opinião que tão só através de novo julgamento e da análise crítica e global de todas as provas então produzidas se poderá decidir da questão em causa.

Daí, não considerando o ora consignado um “venire contra factum proprium”, já que, na declaração de voto que anexei ao veredicto deste T.S.I. de 04.04.2002, perante a questão que aí se colocava de saber se a quantidade de 1,198 gramas de metanfetamina constituía “quantidade diminuta” para os efeitos do artº 9º do D.L. nº 5/91/M, tão só por lapso não atentei que tal “facto” não constava da factualidade pelo Tribunal “a quo” considerada provada, crendo ainda não se dever sacrificar os princípios da segurança e certeza jurídica em prol dos princípios da economia e celeridade processual, e não me parecendo constituir a questão “sub judice” uma mera questão de “alteração dos factos”, uma vez que para se alterar, há que, antes, poder-se dar como “assente” o “facto novo”, ter pugnado pelo reenvio dos presentes autos ao Tribunal “a quo” – (cfr. artº 400º, nº 2, al. a) e 415º, nº 1 e 2 do C.P.P.M.) – e, face ao entendimento sustentado pelos meus Exmºs Colegas que, sem embargo do muito respeito devido, não pude subscrever, esta declaração.

Macau, aos 18 de Julho de 2002

José Maria Dias Azedo