

Recurso nº 220/2002

Data : 13 de Março de 2003

Assuntos: - Crime de tráfico de estupefacientes

- Fundamentação do acórdão
- Insuficiência da matéria de facto provada
- Quantidade diminuta de Metanfetamina
- Atenuação especial das penas
- Confissão dos factos

SUMÁRIO

1. A fundamentação da sentença consiste não só na enumeração dos factos provados e não provados e na indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, como também numa exposição dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, exposição esta que se exige seja *tanto quanto possível completa, ainda que concisa*, visando saber se o direito foi bem ou mal aplicado no caso concreto e pretendendo-se a certificação de um processo lógico ou racional que lhe subjaz. Ou seja, essencial é que a referida exposição dos motivos que fundamentam a decisão é a fundamentação de direito, do enquadramento jurídico dos factos.
2. O erro de julgamento, quando não contende com o vício do julgamento da matéria de facto, nunca pode ser o fundamento da nulidade do acórdão, porque se trata aquela apenas da qualificação jurídica dos factos.

3. Existe o vício da insuficiência da matéria de facto provada quando o Tribunal não deu como provados todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria, ou seja quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito; quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à solução de direito encontrada.
4. A quantidade diminuta para efeitos do disposto no artigo 9º 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.
5. Os 616 miligramas da substância pura de Metanfetamina contida nos 22 comprimidos apreendidos nos autos excedem o limite máximo do necessário para o consumo individual durante três dias para os efeito previsto no artigo 9º nº 3 do Decreto-Lei nº 5/91/M.
6. O facto de mera confissão dos factos só pode e deve ser considerado por relevante para a medida concreta de pena ao abrigo do artigo 65º do Código Penal, mas não leva à atenuação especial das penas, porque o mesmo, por si só, não permite concluir que diminui de forma acentuada a ilicitude da sua conduta ou a culpa do recorrente ou a necessidade de punição.

**O Relator,
Choi Mou Pan**

Recurso nº 220/2002

Recorrente: (A) (劉少基)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.

Os arguidos (A) e (B) responderam nos autos do Processo Comum Colectivo nº PCC-039-02-3 perante o Tribunal Judicial de Base.

Realizada a audiência do julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu acórdão decidindo:

1. Condenar o arguido (A) pela prática, como 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 oito mil patacas de multa ou em alternativa de cinquenta dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho;
2. Condenar a arguido (B) pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo artº 9º nº 1 e 18º nº 2 do DL 5/91/M na pena de um anos e três meses de prisão e três mil patacas de multa ou em alternativa de vinte dias de prisão e um crime p. e p. pelo artº 23º a) do DL 5/91/M na pena de um mês de prisão.

Em cúmulo condenar a mesma na pena de um ano, três meses e quinze dias de prisão e três mil patacas de

multa ou em alternativa de vinte dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho.

Inconformado com a decisão, recorreu o arguido (A), que motivou, em síntese, o seguinte:

- “1. A fundamentação do Ac. recorrido para proceder ao enquadramento jurídico dos factos no art.º 8.º do DL n.º 5/91/M é manifestamente insuficiente pois, para que pudesse concluir que o número de comprimidos e que a quantidade líquida das substâncias proibidas não integravam o conceito de quantidades diminutas em relação ao 1º arguido e que integravam esse conceito em relação à segunda arguida necessário seria que o tribunal recorrido fixasse qual era, em seu entender, a quantidade necessária ao consumo individual de três dias em relação a cada uma das substâncias proibidas.
2. Ao ponderar o número de comprimidos, a decisão recorrida não tomou em consideração a recente jurisprudência do Venerando Tribunal de Última Instância que tem uniformemente entendido que o número de comprimidos é totalmente irrelevante pois o Decreto-Lei n.º 5/91/M pune quantidades de substâncias ou preparados, o que impõe, como absolutamente necessário, a fixação da quantidade das mencionadas substâncias que preencham, cada uma de per si, o conceito de quantidade necessária ao consumo individual por três dias.

3. Ao invés de quantificar as substâncias proibidas Metanfetamina e Ketamina separadamente, o Ac. recorrido procedeu ainda ao somatório de substâncias distintas, incorrendo em outro manifesto erro de julgamento.
4. É, em conformidade, nula a sentença recorrida por não indicar os motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão.
5. O recorrente não tem forma de saber por que razão foi ele condenado pelo art.º 8.º e porque razão foi a segunda arguida condenada pelo art.º 9.º, ambos do citado Decreto-Lei.
6. Acresce que a factualidade apurada é manifestamente insuficiente ao enquadramento jurídico feito pois da conjugação dos ar.ºs 8.º e 9.º do citado Decreto-Lei resulta que a primeira das disposições legais tem uma natureza residual, preenchendo-se a previsão da norma sempre que o agente do crime não justificar, de algum modo, a detenção ilícita de uma das substâncias ali indicadas.
7. Não tem aplicação o art.º 8.º sempre que algum dos actos nele descritos tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, caso em que passa a ter aplicação o art.º 9.º, regulador do tráfico de quantidades diminutas, o que se afigura ser, manifestamente, o caso dos autos.
8. A quantidade de substância Metanfetamina transaccionada pelo arguido recorrente continha o peso líquido total de 0,616, muito inferior à quantidade que a jurisprudência dos nossos

tribunais superiores fixou como correspondendo à quantidade necessária ao consumo individual por três dias: 6 gramas.

9. O peso líquido total da substância Ketamina transaccionada pelo recorrente foi de 3,314 gramas, a qual deve ser identicamente julgada não superior à quantidade necessária para o consumo individual por três dias, integrando, em consequência o conceito de quantidade diminuta justificativo da integração da norma do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.
10. A boa aplicação do direito impõe o apuramento do grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências quer para fins de graduação da pena dentro do escalão abstractamente aplicável quer para fazer eventualmente funcionar a mudança de escalão através do mecanismo da atenuação especial das penas - resulta manifestamente que a matéria de facto apurada não é suficiente a um correcto enquadramento da conduta do agente do crime, vício que se patenteia no texto da própria sentença, a qual apresente uma lacuna no apuramento da matéria de facto que não permite uma decisão com base nas várias soluções de direito possíveis.
11. De acordo com o que resultou provado em audiência, o ora recorrente beneficia de um conjunto de circunstâncias atenuantes de considerável relevo - delinquência primária, confissão plena dos factos e arrependimento, modesta condição social e económica e colaboração com a justiça, as

quais justificariam, em qualquer caso, o uso da faculdade de atenuação da pena.

12. A decisão recorrida violou as normas do art.º 8.º (pela aplicação feita) e do art.º 9.º (pela não aplicação) do Decreto-Lei n.º 5/91/M porque não apurou factos certos e determinados que permitam a aplicação do primeiro dos preceitos indicados, devendo, em consequência, ter enquadrado os factos no segundo preceito de acordo com o princípio *in dubio pro reo*; violou, ainda, os art.ºs 360.º e 355.º, n.º 2 do C. P. Penal e o art.º 65.º do C. Penal; violou, finalmente, o mencionado princípio.”

Pediu assim o provimento do recurso, anulando o acórdão recorrido e reenvio do processo à 1ª instância, ou, revogando a decisão recorrida e supridos os vícios observados, condenando o recorrente tão só pela prática de um crime de tráfico de quantidades diminutas, ao menos com fundamento no princípio *in dubio pro reo*, ou de qualquer modo feito uso da faculdade de atenuação especial da pena.

Do recurso do arguido, respondeu o MºPº, pugnando por negar o provimento ao recurso.

Nesta instância o Digno Procurador-Adjunto deu o seu parecer no sentido de manter a sua posição assumida na resposta do recurso.

Foram colhidos os vistos legais dos Mmºs Juizes Adjuntos.

Realizada o julgamento, em audiência, com a convocação necessária para os efeitos de contraditório, cumpre-se, assim, decidir as questões levantadas no recurso.

I. Dos factos

Quanto à matéria de facto, foi dada assente a seguinte factualidade:

- Em 6 de Março de 2002, cerca das 22H40, perto da embocadura da Rua Formosa, em Macau, agentes da P.J. viram a arguida (B) agir com atitudes que levantavam suspeitas, pelo que interceptaram-na.
- Tinha sido encontrado por agentes da P.J. na mão direita da arguida (B) dois sacos de plástico transparentes, entre os quais, um contendo 15 comprimidos e outro contendo dois comprimidos e duas embalagens de papel contendo pó creme.
- Submetidos a exame laboratorial, os 17 comprimidos acima indicados foram identificados como substâncias com componentes de “Metanfetamina” e “Ketamina” (aditado à Lei nº 4/2001), produtos abrangidos, respectivamente, pelas Tabelas II-B e II-C da lista anexa ao D.L. nº 5/91/M, com peso líquido total de 5,134 gramas. As duas embalagens de pó creme acima mencionadas foram identificadas como substâncias com componentes de “Ketamina”, produto abrangido pela Tabela II-C da lista

anexa ao mesmo diploma, com peso líquido de 0,146 gramas.

- Os referidos estupefacientes foram adquiridos pela arguida (B), em 6 de Março de 2002, cerca das 22H20, perto da embocadura da Rua Formosa, ao arguido (A), para seu próprio consumo e para serem oferecidos a terceiros.
- A arguida (B), depois de ser detida, expôs a agentes da P.J. os factos de tráfico de droga praticados pelo arguido (A), telefonou ao mesmo conforme indicação dos agentes da P.J., fingindo pretender comprar estupefacientes, tendo o arguido (A) respondido que a transacção de produtos estupefacientes seria efectuada no r/c do domicílio (Rua Formosa, nº XX, edf. XX, Xº andar D, Macau) da arguida (B) em 7 de Março, cerca das 23H00.
- Em 7 de Março de 2002, cerca das 23H00, o arguido (A) ao aparecer no referido local combinado foi interceptado por agentes da P.J..
- Foi encontrado no local por agentes da P.J. na posse do arguido (A) 10 comprimidos, duas embalagens de papel contendo substâncias de pó creme, um telemóvel (nº 685xxxx) e 2.300 patacas.
- Submetidos a exame laboratorial, os 10 comprimidos acima mencionados foram identificados como produto com componentes de “Metanfetamina” e “Ketamina”, produtos abrangidos, respectivamente, pelas Tabelas II-B e II-C da

lista anexa ao D.L. nº 5/91/M, com peso líquido total de 2,951 gramas. As duas embalagens de pó creme acima indicadas foram identificadas como substâncias com componentes de “Ketamina”, produto abrangido pela Tabela II-C da lista anexa ao mesmo diploma, com peso líquido de 0,183 gramas.

- Todos os supracitados produtos contêm substâncias estupefacientes, cujos pesos líquidos se encontram descritos nos exames da PJ a fls. 129 ss e 272 ss, que se dão por reproduzidos integralmente.
- Os produtos estupefacientes acima indicados foram adquiridos pelo arguido (A) a um indivíduo não identificado, para serem oferecidos à arguida (B).
- Os arguidos (A) e (B) agiram livre, voluntária, consciente e deliberadamente.
- Bem sabendo das características e natureza dos referidos produtos estupefacientes.
- Os arguidos não tinham autorização legal para assim proceder.
- Os arguidos sabiam perfeitamente que as suas condutas eram proibidas e punidas por Lei.
- O arguido (A) ao praticar os referidos actos ilícitos era funcionário público.

- O 1º arguido era auxiliar do Quartel General e auferia o vencimento correspondente ao índice 140 da tabela de vencimentos.
- É casado e tem a mulher e um filho a seu cargo.
- Confessou os factos e é primário.
- A 2ª arguido é intérprete da Sauna (Q) e auferia o vencimento de seis mil patacas.
- É solteira e tem a mãe e duas irmãs a seu cargo.
- Confessou os factos e é primária.

Na indicação dos factos não provados referiu o Acórdão apenas que “não ficaram provados os seguintes factos: os restantes factos da acusação.

- O mencionado telemóvel era instrumento de contacto para uso dos arguidos (A) e (B) nas transacções de produtos estupefacientes e a quantia de 2.300 patacas era proveniente das actividades de tráfico de estupefacientes exercidas pelo arguido (A).”

Na Indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal, afirmou que a convicção do Tribunal formou-se com base em:

- As declarações dos arguidos em audiência.

- A leitura em audiência das declarações da testemunha prestadas em memória futura a fls. 82
- O depoimento das testemunhas da PJ que participaram na detenção dos arguidos e na investigação dos factos e que relataram os mesmos com isenção e imparcialidade.
- O depoimento das testemunhas de defesa do 1º arguido,
- O relatório de exame da PJ a fls. 129 ss e 272 ss.
- Os restantes documentos colhidos na investigação e juntos aos autos e fotografias.

II. Do direito

Imputou o recorrente à decisão a nulidade do acórdão por falta de fundamentação (artigo 360º e 355º nº 2 do Código de Processo Penal), a qual redundou em erro de direito (artigo 400º nº 1 do CPP) e erro notório na apreciação de prova (artigo 400º nº 2 al. c) do CPP), o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (artigo 400º nº 2 al. a) do CPP), e, na forma subsidiária, o erro na dosimetria da pena e a violação do princípio *in dubio pro reo*.

Então vejamos.

1. Fundamentação do Acórdão

Em primeiro lugar o recorrente afirmou que “a fundamentação do Ac. recorrido para proceder ao enquadramento jurídico dos factos no

art.º 8.º do DL n.º 5/91/M é manifestamente insuficiente pois, para que pudesse concluir que o número de comprimidos e que a quantidade líquida das substâncias proibidas não integravam o conceito de quantidades diminutas em relação ao 1º arguido e que integravam esse conceito em relação à segunda arguida necessário seria que o tribunal recorrido fixasse qual era, em seu entender, a quantidade necessária ao consumo individual de três dias em relação a cada uma das substâncias proibidas”, e, por outro lado, que “ao invés de quantificar as substâncias proibidas Metanfetamina e Ketamina separadamente, o Ac. recorrido procedeu ainda ao somatório de substâncias distintas, incorrendo em outro manifesto erro de julgamento”, concluindo, por tanto que “;e nula a sentença recorrida por não indicar os motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão”

Vejamos.

O artigo 360º do CPPM diz:

“É nula a sentença:

- a) *Que não contiver as menções referidas no nº 2 e na alínea b) do nº 3 do artigo 355º;*
- b) *Que condenar por factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, fora dos casos e das condições previstos nos artigo 339º e 340º”*

Por sua vez diz o artigo 355º:

“1. ...

2. Ao relator segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.”

Como se vê, nos termos do artigo 355º nº 2, a fundamentação da sentença consiste não só na enumeração dos factos provados e não provados e na indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, como também numa exposição dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão.

No que diz respeito à exposição, a lei adjectiva exige que tal exposição de motivos de facto e de direito seja *tanto quanto possível completa, ainda que concisa*, visando saber se o direito foi bem ou mal aplicado no caso concreto e pretendendo-se a certificação de um processo lógico ou racional que lhe subjaz.¹

Ou seja, essencial é que a referida exposição dos motivos que fundamentam a decisão é a fundamentação de direito, do enquadramento jurídico dos factos.²

Para Marques Ferreira, o artigo 360º al. a) do Código de Processo Penal prevê que se verifica a nulidade sempre que “ocorrer a omissão total ou parcial de qualquer das menções referidas no nº 2 do artigo 355º independentemente de essa falta se manifestar no âmbito da enumeração

¹ Leal-Henriques e Simas Santos, Código de Processo Penal Português anotado, II, p. 400, onde citou o Acórdão do STJ de Portugal de 3 de Abril de 1991. Vide também o Ac. Do TUI de 20 de Março de 2002 no proc. nº 3/2002.

² Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotado 1996, 7ª Edição, p. 550, onde citou o Acórdão do STJ de Portugal de 29 de Janeiro de 1992.

dos factos provados ou não provados ou a nível da motivação propriamente dita – exposição de motivação = indicação de provas”.³

Quer dizer, o que é certo é que há nulidade sempre que não indique factos provados ou não provados, ou não indique as provas que servem da formação da convicção do Tribunal – falta do motivo de facto para a decisão.

O que o Acórdão escreveu nesta parte, para além de elencar os factos provados e não provados, com a indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal, (como acima transcrito), que:

“As declarações do arguido em inquérito, da (Y), cujas declarações em inquérito para memória futura, foram lidas na audiência, bem como dos agentes policiais que detiveram o arguido.”

E na parte do motivo de direito, o Acórdão recorrido não deixou de escrever a sua fundamentação no enquadramento jurídico dos factos, conforme as fl. 219 e 219v dos autos, que importa transcrever o seguinte:

“Da matéria assente provou-se que os arguidos proticaram os crimes de que vinham acusados.

O 1º arguido detinha os produtos estupefacientes para serem oferecidos à 2ª arguida, e essa, por sua vez, detinha-os para o seu próprio consumo e para serem oferecidos a terceiros.

³ Juiz Conselheiro de Portugal, in Comunicação nas Jornadas do Novo Código de Processo penal, 1997, Da Fundamentação da Sentença Penal em Matéria de Facto.

Os arguidos detiveram substâncias proibidas, designadamente Metanfetamina e Ketamina abrangidas pelas Tabelas II-B e II-C anexadas ao DL nº 5/91/M.

Tendo em consideração o número de comprimidos e as outras substâncias proibidas que o 1º arguido detinha e os pesos líquidos que tais substâncias demonstram nos relatórios de exames da PJ, conclui-se que não estão integrados no conceito de “quantidades diminutas” prevista na Lei, o que não acontece em relação à 2ª arguida.

Quanto à agravação p. e p. pelo artigo 10º d) do DL 5/91/M, entende-se que não é aplicável neste caso em relação ao 1º arguido dado que o mesmo exerce apenas funções de auxiliar no Quartel General, logo não se enquadra no requisito necessário desta norma.”

Basta uma mera leitura, vê-se que o acórdão apresentou uma exposição dos motivos de factos – elencando os factos provados e não provados com a indicação das provas que serviram para a formação da convicção do Tribunal – e de direito – enquadramento jurídico dos mesmos factos provados, que se afigura suficiente para fundamentar a sua decisão.

A apontada fundamentação manifestamente insuficiente nunca pode ser conduzida para a falta de fundamentação que se traduz como uma falta absoluta da fundamentação e só isto é que leva à consequência da nulidade da sentença.

Por outro lado, o eventual erro de julgamento, quanto a nós, quando não contende com o vício do julgamento da matéria de facto, nunca pode ser o fundamento da nulidade do acórdão, pois trata-se aquela apenas da qualificação jurídica dos factos. Neste caso caberia ao Tribunal de Recurso a censurar a decisão recorrida.

E em relação ao argumento que “o recorrente não tem forma de saber por que razão foi ele condenado pelo artigo 8º e por que razão foi a segunda arguida condenada pelo artigo 9º, ambos do citado Decreto-Lei”, digamos que o Acórdão indicou os factos dados por provados com fundamento da decisão e como base destes efectuou o enquadramento jurídico. Perante tal situação não se pode confirmar uma falta de fundamentação.

O que está em causa também contende com a qualificação jurídica dos factos.

Assim sendo, é de improceder a arguição da nulidade do Acórdão por falta de fundamentação.

2. Insuficiência da matéria de facto provada

O recorrente invocou, impugnando embora apenas na sua motivação sem levar para a conclusão a indicação das normas violadas, o vício do Acórdão da insuficiência da matéria de facto provada, argumentando que “ao enquadramento jurídico feito pois da conjugação dos ar.ºs 8.º e 9.º do citado Decreto-Lei resulta que a primeira das disposições legais tem uma natureza residual, preenchendo-se a previsão da norma sempre que o agente do crime não justificar, de algum modo, a detenção ilícita de uma das substâncias ali indicadas” e “não tem aplicação o art.º 8.º sempre que algum dos actos nele descritos tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, caso em que passa a ter aplicação o art.º 9.º, regulador do tráfico de quantidades diminutas, o que se afigura ser, manifestamente, o caso dos autos”.

Perante tal alegação do recorrente, cremos que a questão que se levantou não contende exactamente com a questão de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito, mas sim com a qualificação jurídica dos factos. Se não vejamos.

O vício da insuficiência da matéria de facto provada, como afirmávamos nos vários acórdãos deste Tribunal, existe “quando o Tribunal não deu como provados todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria”,⁴ ou seja “quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito; quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à solução de direito encontrada”.⁵

Por sua vez, o Tribunal de Última Instância veio também a afirmar que “ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o Tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa ...”.⁶

Salvo melhor opinião, as questões colocadas, no fundo, prendem com a questão de saber quais elementos constitutivos do crime de tráfico previsto e punido pelo artigo 8º da D.L. nº 5/91/M, pois os factos dados por assentes permitem tomar uma decisão de direito adequada, não havendo lugar portanto ao vício de insuficiência.

Como se tem entendido que caso o Tribunal concluia que os factos dados por provados permitem o enquadramento jurídico no artigo 8º do Decreto-Lei 5/91/M, vai directamente condenar o arguido pelo crime aí

⁴ Entre outros, o acórdão de 15/6/2000 no Recurso nº 92/2000.

⁵ Entre outros, o Acórdão de 14 de Setembro de 2000 do processo nº 128/2000.

⁶ No Acórdão de 20 de Março de 2002 do processo nº 3/2002.

previsto, sem necessidade de ter expressamente provado ou consignado factos negativos da aplicação dos artigos 9º, 11º e 23º da mesma Lei de droga.⁷

Patente é que não se pode proceder a arguição do vício de insuficiência da matéria de facto provada.

3. Qualificação jurídica dos factos

Com se referiu a questão que o recorrente levantou tem a ver, no fundo, com a qualificação jurídica dos factos.

Trata-se da questão de saber se pode ser considerada como diminuta, para o efeito do artigo 9º do D.L. nº 5/91/M, a quantidade das substâncias de estupefacientes contidas nos comprimidos apreendidos nos autos.

Dos autos resultou provado que “todos os produtos contêm substâncias estupefacientes, cujos pesos líquidos se encontram descritos nos exames da PJ a fls. 129 ss e 272 ss, que se dão por reproduzidos integralmente”.

E conforme o exame complementar das fls. 272 e ss, ficou apurado que os 27 comprimidos continham substâncias misturadas respectivamente 0,616g e 3,115g de Metanfetamina e Ketamina e no pó creme com peso total de 0,329g continham 0,199g da substância de Ketamina.

⁷ Vide, entre outros, o Acórdão deste TSI de 13 de Junho de 2002 no processo nº 60/2002.

Perante tal facto provado, o Tribunal *a quo* fê-lo integrar o artigo 8º do referida Lei de Droga, em relação ao arguido ora recorrente.

Vejamos.

Como se sabe, quanto ao crime de tráfico (*lato sensus*), o Decreto-Lei nº 5/91/M prevê que:

“Artigo 8.º

(Tráfico e actividades ilícitas)

1. 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.

2. Quem, beneficiando de autorização nos termos do diploma referido no artigo 6.º, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar para que outrem introduza no comércio substâncias e preparados referidos no número anterior, será punido com prisão maior de 12 a 16 anos e multa de 5 500 a 900 000 patacas.

3. Se se tratar de substâncias e preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

Artigo 9.º

(Tráfico de quantidades diminutas)

1. Se os actos referidos no artigo anterior tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

2. Se se tratar de substâncias ou preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão até 1 ano e multa de 1 000 a 75 000 patacas.

3. 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.

4. Ouvidos os Serviços de Saúde, o Governador, mediante decreto-lei, poderá concretizar, para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico, a quantidade diminuta, para efeitos do disposto no presente artigo.

5. A concretização a que se refere o número anterior será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente. ”

Não obstante, afirmamos que a quantificação das substâncias dos estupefacientes é essencial para uma qualificação jurídica dos factos e a medida concreta de pena, ou seja, é determinativa para o enquadramento no crime previsto no artigo 8º ou no artigo 9º.

Sabemos também que quantidade diminuta para efeitos do disposto no artigo 9º “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”.

Embora o Governo está atribuído o poder previsto no nº 4 do citado artigo 9º, nunca fixou a sua quantidade diminuta para o respectivo efeito, cabe assim empregar a faculdade prevista no nº 5 do mesmo artigo 9º.

No Acórdão do então Tribunal Superior de Justiça de Macau, no seu Acórdão de 2 de Junho de 1999 no processo nº 1073, tinha fixado para a Metanfetamina 6 gramas como o limite máximo da quantidade diminuta para o efeito do disposto no artigo 9º da Lei de Droga.

Porém, é reconhecido que não se trata tal quantidade fixada do peso líquido das substâncias contidas naquele produto, mas sim o peso total deste.⁸

Tem-se aqui presente que a distribuição das substâncias e preparados pelas diversas tabelas, como o diz o artº 3º, nº 2, “tem em conta a sua potencialidade letal, a intensidade dos sintomas de abuso, o risco de abstinência e o grau de dependência”.

Quanto à droga apreendida nos autos, a Metanfetamina, constante da tabela II-B, tal com o MDMA, são substâncias do tipo anfetamínico que possuem efeitos estimulantes sobre o sistema nervoso central (nº 2 do artigo 4º do D.L. nº 5/91/M) e, na gíria utilizada pelos consumidores

⁸ Isto se pode confirmar pela matéria de facto dada por assente no mesmo Acórdão citado: “metanfetamina aí apreendida apresenta-se sob forma de cristal e com o peso bruto ...”. Vide também o nosso Acórdão de 16 de Maio de 2002 do processo nº 41/2002 e de 5 de Setembro de 2002 do processo nº 31/2002.

que a consomem abusivamente, trata-se de substâncias estruturalmente relacionadas com a anfetamina (estimulante), produzindo, basicamente os mesmos efeitos, variando, essencialmente, na forma e rapidez de absorção pelo organismo.

Enquanto à Ketamina [2-(2-clorofenil)-2-(metilamino)-ciclohexanona], tendo sido introduzida pela Lei nº 4/2001 na tabela II-C anexada ao Decreto-Lei nº 5/91/M, trata-se de um alucinante por meio do qual o consumidor pode procurar alcançar a sensação de alucinação.⁹

O Alto Tribunal de Última Instância, no seu Acórdão de 15 de Novembro de 2002 no processo nº 11/2002, fixou jurisprudencialmente em trezentos miligramas (300 mg ou 0.3 g) o limite máximo da quantidade diminuta da Metanfetamina pura, a necessária para o consumo individual durante três dias, previsto no nº 3 do mesmo artigo 9º.

Creemos que este critério definido é de seguir para o julgamento do presente caso.

No caso idêntico de mistura das substâncias, neste Acórdão citado, o Alto Tribunal entendeu que:

“Se estamos perante objectos que contêm duas ou mais drogas incluídas nas tabelas conexas ao Decreto-Lei nº 5/91/M e os efeitos de cada tipo de drogas contidas não são manifestamente neutralizados, não é subsumível ao crime de tráfico de quantidades diminutas previsto no artigo 9º do mesmo diploma o tráfico dos referidos objectos quando o peso líquido de uma das

⁹ Cita-se do mesmo Acórdão do TUI de de 15 de Novembro de 2002 no processo nº 11/2002.

drogas contidas exceda a sua quantidade diminuta nos termos do nº 3 do mesmo artigo. Mas se os pesos líquidos das drogas não excedem as respectivas quantidades diminutas, ao averiguar se a quantidade total da mistura das drogas é diminuta, deve converter os pesos das drogas contidas para o de uma destas, segundo a proporção das quantidades diminutas das mesmas, e comparar o resultado com a quantidade diminuta legal desta droga.

Por isso, em relação aos comprimidos que contêm Metanfetamina e Ketamina, não são consideradas de quantidade diminutas prevista no mencionado artigo 9º, nº 3 as drogas contidas nos comprimidos quando o peso líquido de uma daquelas substâncias ultrapassa o necessário para o consumo individual durante três dias da mesma.”

Perante tal e conjugando as análises científicas e o direito comparado e as características da MDMA e ao abrigo do disposto no nº 5 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 5/91/M, cremos que somente os 616 miligramas da substância pura de Metanfetamina contida nos 22 comprimidos apreendidos nos autos excedem o limite máximo do necessário para o consumo individual durante três dias para os efeitos previsto no artigo 9º nº 3 do citado Decreto-Lei.

E em consequência, com este critério não seria difícil fazer o enquadramento jurídico dos factos no artigo 8º da mesma Lei, mantendo-se a qualificação jurídica feita pelo Tribunal *a quo*.

Improcede assim o recurso nesta parte.

4. Atenuação especial

O recorrente pôs em conjunto das descritas circunstâncias: delinquência primária, confissão plena dos factos e arrependimento, modesta condição social e económica e colaboração com a justiça, alegando que tais “justificariam, em qualquer caso, o uso da faculdade de atenuação especial da pena”.

Como dos autos resultou, o recorrente era, ao praticar os actos ilícitos, funcionário público a exercer as funções de auxiliar do Quartel General e auferindo o vencimento correspondente ao índice 140 da tabela de vencimentos, confessou os factos e é primário.

Na medida concreta da pena, o Tribunal, para além de não dar relevância de ser funcionário público do recorrente por ser apenas auxiliar, ponderou, após a citação do disposto do artigo 65º do Código Penal, que:

“Ambos os arguidos confessaram os factos e são primários.

A conduta dos arguidos é grave tendo em conta a natureza do crime e a finalidade do mesmo.”

Sendo certo, com esta confissão do facto, podendo e devendo ser relevante para a medida concreta de pena ao abrigo do artigo 65º do Código Penal, mas, por si só não pode beneficiar da atenuação especial, pois, por uma lado, tal nem sequer se encontra exemplificado em quaisquer das circunstâncias elencadas no artigo 66º nº 2 do Código Penal, e muito menos, por outro, não se pode concluir, quanto a nós,

que a mesma, por si só, diminui de forma acentuada a ilicitude da sua conduta ou a culpa do recorrente, ou a necessidade de punição.¹⁰

Pelo que não se pode ser procedente a pretendida atenuação especial da pena.

Quanto à medida concreta de pena, foi o arguido ora recorrente condenado na pena de 8 anos e 6 meses de prisão e multa de MOP\$10.000,00, um pouco a cima do limite mínimo da moldura legal, que, quanto a nós, também se afigura equilibrada e proporcionadamente fixada, não merecendo qualquer censura.

Assim sendo, improcede o recurso do arguido (A).

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça em 6 UC's.

Macau, RAE, aos 13 de Março de 2003

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong (com declaração de voto)

¹⁰ Quanto a esta parte, vide a consideração do Prof. Figueiredo Dias, Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime, 1993, p. 304 e ss.

Recurso nº 220/2002

Declaração de voto

Acompanho o presente Acórdão à excepção da fundamentação da decisão dada à questão levantada pelo recorrente (A) referente ao enquadramento jurídico-penal dos factos, dado que entendo que o número (que é 27) dos comprimidos contendo Metanfetamina e Ketamina, *de per si*, excede sem dúvida a quantidade necessária para consumo individual de qualquer pessoa durante três dias, o que sustenta o enquadramento da conduta do mesmo recorrente no tipo geral p. e p. pelo artº 8º da lei da droga.

É com base nisso, e não na fundamentação do presente Acórdão nessa parte, subscrevo a decisão que julgou improcedente o argumento do recorrente.

R.A.E.M., 13MAR2003

Lai Kin Hong