

## Recurso nº 4/2003

Data : 20 de Março de 2003

- Assuntos: - Vício de insuficiência da matéria de facto
- Impossibilidade de apurar factos
  - Quantidade diminuta
  - Convolação da qualificação jurídica
  - Princípio de *in dubio pro reo*

### SUMÁRIO

1. 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.
2. Não há lugar à insuficiência da matéria de facto provada quando o Tribunal, por não ter tido possibilidade, apesar da investigação efectuada, de apurar a quantidade exacta para consumo e para ser oferecido a terceiros, consignou para a matéria de facto que os estupefacientes apreendidos são “destinados a serem fornecidos a terceiros e a consumo próprio”.

3. Incorre já no erro de julgamento o Tribunal, embora perante tal impossibilidade de apurar os factos comprovativos da quantidade do necessário para consumo individual durante três dias, condena o arguido pela prática do crime de tráfico (lato sensu) do artigo 8º da Lei de Droga e do crime de consumo do artigo 23º da mesma Lei com base nos factos que “os estupefacientes apreendidos são destinados a serem fornecidos a terceiros e a consumo próprio”.
4. Neste caso, o direito do arguido deve ser salvaguardado à sombra do princípio de *in dubio pro reo*, de modo que, em vez do crime acusado, o condena pelo crime menos grave, conforme os factos dados por provados.

**O Relator,**

Choi Mou Pan

**Recurso nº 4/2003**

Recorrente: A

**A**cordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M.

O arguido A respondeu nos autos do Processo Comum Colectivo nºPCC-063-02-3 perante o Tribunal Judicial de Base.

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

- a. 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 e um crime p. e p. pelo artº 23º a) do DL 5/91/M na pena de um mês de prisão;
- b. Em cúmulo condenar o mesmo na pena de oito anos, seis meses e quinze dias 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.

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

1. A insuficiência da matéria de facto existe quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria.;
2. A quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, pois sem elemento fáctico, o Tribunal Colectivo "*a quo*" não pode determinar o "*quantum*" para um consumo individual em 3 dias, o que leva a impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico em quantidade diminuta, seja tráfico para consumo, nem pode liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade da culpa, na medida concreta da pena a aplicar.
3. Existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando dos factos dados como provados não consta apurada a sua quantidade de substância proibida.
4. Existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provado, quando o método analítico utilizado pelo Laboratório da Polícia Judiciária no exame efectuado aos produtos apreendidos se consubstancia na escolha de uma amostra aleatória e parcial do produto apreendido e daí extrair conclusões com pretensão de validade para a totalidade do material apreendido. As conclusões a que se chegou o exame laboratorial constante de fls 38 a 42 e 91 não se baseiam num exame laboratorial exaustivo

efectuado à totalidade dos produtos apreendidos. É essencial que assim o faça, até porque a quantidade ou percentagem de substância proibida existente pode variar. Verifica-se, assim, haver insuficiência de matéria de facto para a decisão de direito, vício esse elencado no artigo 400.º, n.º 2, alínea *a*) do CPP.

5. Dos factos dados como provados não consta o peso líquido das substâncias proibidas contidas nos produtos, verifica-se uma lacuna para decisão de direito adequada, o que acarreta o reenvio do processo por existir vício de insuficiência da matéria de facto.
6. São de conhecimento officioso, pelo tribunal de recurso, os vícios do artigo 400º, n.º 2 do Código de Processo Penal.
7. O douto acórdão recorrido violou, ainda, as normas legais contidas nos artigos 8.º e 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, bem como o princípio “in dubio pro reo”, pois,
8. O douto acórdão recorrido subsumiu a conduta do ora recorrente à autoria material de um crime previsto e punido pelo artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, quando tal conduta integra um crime de artigo 9.º, n.ºs 1 e 3 do mesmo diploma legal, uma vez que não se conseguiu apurar o total ou percentual de substâncias proibidas encontradas.
9. Em consequência e por arrastamento, o douto acórdão recorrido, ao não enveredar por uma interpretação e aplicação do Direito aos factos perfilhadora do princípio “in dubio pro reo”.

Do recurso, respondeu o M<sup>o</sup>P<sup>o</sup> que pugnou pela não provimento do recurso.

Nesta instância, o digno procurador-adjunto apresentou o seu douto parecer que importa a transcrever o seguinte:

O recorrente pretende o reenvio do processo para novo julgamento ou a sua condenação pelo crime de tráfico de quantidades diminutas.

Quanto à primeira pretensão, o M<sup>o</sup>P<sup>o</sup> junto da 1<sup>a</sup> instância evidencia a sua sem razão, nada se impondo acrescentar, de facto, às suas judiciosas considerações.

Já deve proceder, entretanto, a nosso ver, a segunda pretensão do arguido.

Vejamos.

Deu-se como provado que o mesmo detinha 13,640 gramas de *marijuana* e 0,197 gramas de *ketamina*.

Mais se averiguou que esses produtos “eram destinados a serem fornecidos a terceiros e a consumo próprio” (sublinhado acrescentado).

E consignou-se, a propósito, que “não foi possível apurar a quantidade exacta para consumo e para ser oferecida a terceiros”.

O mencionado *tráfico de quantidades diminutas* encontra-se contemplado no art<sup>o</sup>. 9<sup>o</sup> do Dec-Lei n<sup>o</sup>. 5/91/M, de 28-1.

E, para os efeitos do seu n<sup>o</sup>.3, este Tribunal tem decidido, na esteira do Tribunal Superior de Justiça, que a quantidade diária necessária a um

consumidor é de 2,4 gramas, tratando-se de *canabis*, o que dá, para o período aí previsto, um total de 7,2 gramas - ou 8, por arredondamento (cfr., entre outros, ac. de 3-5-2001, proc. nº. 16/2001-II).

Relativamente à *ketamina*, por seu turno, o conceito de “quantidade diminuta” é preenchido, como é sabido, com o peso máximo de 2 gramas.

Verifica-se, assim, pondo de lado a *ketamina* apreendida - dado o seu reduzido peso - que o recorrente transportava uma quantidade de *marijuana* que ficava aquém do dobro da que preenche o conceito em apreço.

E o Tribunal Colectivo, como se frisou, apesar da investigação efectuada, não pôr apurar qual a porção destinada ao consumo e ao tráfico.

Face à situação exposta, cremos que o arguido não poderá deixar de beneficiar do princípio “in dubio pro reo”.

Se tivesse sido possível chegar, no âmbito em análise, a uma conclusão, o acórdão recorrido deveria integrar a conduta do mesmo no artº. 8º ou no artº 9º do citado Dec-Lei.

Dada a impossibilidade de se proferir uma decisão “com segurança”, a alternativa só poderia ser, no nosso entender, a que decorre da aplicação do aludido princípio.

Daí, também, que o recorrente deva ser condenado pelo crime p. e p. no referido artº. 9º, nº. 1.

No sentido propugnado - num caso essencialmente idêntico - decidiu, recentemente, o Tribunal de Última Instância (cfr. ac. de 9-10-2002, proc. nº. 10.2002).

Deve, pelo exposto, nos termos apontados, ser concedido provimento ao recurso.

Foram colhidos os vistos legais do Mm<sup>o</sup>s Juizes Adjuntos.

Cumpre-se decidir.

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

- No dia 29 de Julho de 2002, cerca das 23 horas, em Macau, à porta do posto alfandegário do vestíbulo da Imigração das Portas do Cerco, agentes policiais, ao verificarem que o arguido A tinha atitudes que levantavam suspeitas, interceptaram-no, tendo o mesmo sido conduzido à Polícia Judiciária para averiguações.
- Nas instalações da Polícia Judiciária, agentes policiais encontraram nas cuecas do arguido A uma embalagem contendo um produto que se suspeitava tratar-se de marijuana e duas embalagens de papel contendo pó de cor branca.
- Após exame laboratorial, o referido produto que se suspeitava tratar-se de marijuana foi identificado como substância com componente de marijuana, como peso líquido de 13,640 gramas, produto abrangido pela tabela I-C da lista anexa ao Decreto-Lei nº 5/91/M; o pó branco contido nas aludidas duas embalagens foi identificado como substância com componente de Ketamina, com peso total líquido de 0,197 gramas, produto abrangido pela tabela II-C da lista anexa ao referido Decreto-Lei.

- Os aludidos produtos estupefacientes tinham sido adquiridos pelo arguido A junto de um indivíduo de identidade desconhecida e eram destinados a serem fornecidos a terceiros e a consumo próprio.
- O arguido A conhecia perfeitamente as qualidades e as características dos aludidos produtos estupefacientes.
- O arguido agiu livre, voluntária, consciente e deliberadamente quando teve as referidas condutas.
- O arguido não tinha autorização legal para assim proceder.
- O arguido tinha perfeito conhecimento que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.
- O arguido era bate-fichas no casino Pelota Basca e auferia o vencimento de dez a vinte mil patacas.
- É casado e tem a mãe e o filho a seu cargo.
- Não confessou os factos e é primário.

Na parte respeitante aos factos não provados, limitou-se a referir que “nenhum a assinalar”.

Na indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal afirma que a convicção do Tribunal se forma com base em:

- As declarações do arguido em audiência.

- O depoimento da testemunha da PJ que participou na detenção do arguido e na investigação dos factos e que relatou os mesmos com isenção e imparcialidade.
- O relatório de exame da PJ a fls. 39.
- Os restantes documentos colhidos na investigação e juntos aos autos e fotografias.

Conhecendo:

O recorrente defende no seu recurso subsidiariamente o seguinte:

a) O julgamento é nulo por ter incorrer no vício de insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito, pois dela “não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador” (1ª conclusão), nomeadamente “não consta o peso líquido das substâncias proibidas contidas nos produtos” (5ª conclusão).

b) Assim não se entendendo, entende que se deve convolar para a condenação do arguido ora recorrente pela prática de um crime de tráfico de quantidade diminuta, por não estar clara a quantidade exacta para o consumo e a para tráfico, uma vez o arguido tenha sido condenado por crimes de tráfico e de consumo.

Vejamos.

Sabemos que 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”,<sup>1</sup> 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.”<sup>2</sup>

Neste sentido decidiu também o Tribunal de Última Instância confirmando 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”.<sup>3</sup>

No que diz respeito à apontada insuficiência pelo recorrente, é manifestamente infundada, pois dos factos dados como provados constam claramente que “[a]pós exame laboratorial, o referido produto que se suspeitava tratar-se de marijuana foi identificado como substância com componente de marijuana, como peso líquido de 13,640 gramas, produto abrangido pela tabela I-C da lista anexa ao Decreto-Lei nº 5/91/M; o pó branco contido nas aludidas duas embalagens foi identificado como substância com componente de Ketamina, com peso total líquido de 0,197 gramas, produto abrangido pela tabela II-C da lista anexa ao referido Decreto-Lei”.

Pelo que não se verificou o que o recorrente entendeu por insuficiente a matéria de facto.

---

<sup>1</sup> Entre outros, o acórdão de 15/6/2000 no Recurso nº 92/2000.

<sup>2</sup> Entre outros, o Acórdão de 14 de Setembro de 2000 do processo nº 128/2000.

<sup>3</sup> No Acórdão de 20 de Março de 2002 do processo nº 3/2002.

Por outro lado, parece que se pode eventualmente entender por insuficiente a matéria de facto provada por dela não constarem factos comprovativos à quantidade do necessário para o consumo individual durante três dias.

Dos autos foram dados provados que na posse do arguido A, foi encontrada uma embalagem contendo 13,640 gramas de peso líquido de marijuana e duas embalagens de papel contendo 0,197 gramas líquido de Ketamina e que os aludidos produtos estupefacientes tinham sido adquiridos pelo arguido A junto de um indivíduo de identidade desconhecida e eram destinados a serem fornecidos a terceiros e a consumo próprio.

Perante tais factos, o Tribunal *a quo* condenou o arguido ora recorrente pela prática de um crime de tráfico p. e p. pelo artigo 8º nº 1 do D.L. nº 5/91/M e um crime de consumo p. e p. pelo artigo 23º a) do mesmo diploma.

As respectivas disposições legais são seguintes:

“Artigo 8º (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 23.º (Punição do consumo)

A aquisição ou detenção ilícita de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV, para consumo pessoal, fora da previsão do artigo 11.º, será punida:

- a) Com pena de prisão até 3 meses ou multa de 500 a 10 000 patacas;
- b) Com multa de 250 a 5 000 patacas, se as substâncias ou preparados se destinavam a fim terapêutico.

(Sublinhado nosso)

Por sua vez, dispõem os artigos 9º e 11º da mesma Lei de Droga:

#### Artigo 9º (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.

#### Artigo 11º (Traficante-consumidor)

1. Quando, pela prática de algum dos actos referidos no artigo 8.º, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir substâncias ou preparados para uso pessoal, a pena será a de prisão até 2 anos e multa de 2 000 a 50 000 patacas.
2. Se a substância ou preparado pertencer à tabela IV, a pena de prisão pode ser substituída por multa, nos termos previstos no Código Penal, podendo também ser suspensa a sua execução, nos termos do mesmo

Código, se o condenado, sendo um toxicodependente, se sujeitar a tratamento médico, segundo o que se prevê no artigo 24º.”

Como se tem entendido, 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, sob pena de incorrer no vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito.<sup>4</sup>

Conforme o que foram previstos nos artigos acima transcritos, o que nos parece é que é essencial decidir a quantidade dos estupefacientes que servem para o consumo pessoal durante três dias, para a qualificação jurídica dos factos como o Tribunal *a quo* assumiu – *condenar o arguido ao mesmo tempo pelos crimes de tráfico e de consumo perante o facto de detenção dos estupefacientes*.

Pode o Tribunal, usando a faculdade prevista no artigo 9º da Lei de Droga, determinar, segundo as regras da experiência e a sua convicção, a quantidade 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”. Assim sendo, perante a matéria de facto provada, em que não consta concretamente factos comprovativos das respectivas porções dos estupefacientes para o próprio consumo e para ceder aos terceiros, a decisão teria a alternativa de:

---

<sup>4</sup> Cita-se entre outros, o Acórdão de 16 de Maio de 2002 no processo nº 41/2002.

- a) Uma porção correspondente à “quantidade diminuta” destina-se para o consumo próprio do arguido, enquanto outra para o “tráfico (lato sensu)” ; ou
- b) Uma porção correspondente à “quantidade diminuta” destina-se para o “tráfico (lato sensu)”, enquanto outra para o consumo próprio do arguido.

Ainda por cima, foram apreendidos dois tipos de estupefacientes – Marijuana e Ketamina – embora o última se apresenta uma quantidade pequena (mais de 0.9 gramas), não sabemos se se destina para consumo uma porção de ambos ou só de um, ou um para consumo outro para tráfico.

Pois, para a condenação do crime de consumo (artigo 23º) não há limitação de quantidade, enquanto o crime de tráfico (artigo 8º) pune a detenção indevida dos estupefacientes fora dos casos previsto no artigo 23º.

Na jurisprudência do então Tribunal Superior de Justiça, assim como da jurisprudência dos Tribunais da RAEM, dada a falta de concretização legislativa sobre o *quantum* da “quantidade diminuta” prevista no nº 3 do artigo 9º daquele diploma da droga, tem-se fixado como quantidade diminuta em 7,2 ou 8 gramas para a “cannabis”.<sup>5</sup>

E quanto à Ketamina, o recente Acórdão do Tribunal de Última Instância de 5 de Março de 2003 no Processo nº 23/2002 definiu a sua quantidade diminuta em um grama (1000 mg).

---

<sup>5</sup> Entre outros, os Ac. de TSJ de 19 de Maio de 1999 do Processo nº 1068; os de TSI de 3 de Maio de 2001 do Processo nº 16/2001-II e de 13 de Dezembro de 2001 do Processo nº 213/2001.

Conforme estes critérios a que subscrevemos, também não parece que seria possível tomar uma decisão com segurança com base somente nos factos provados.

Porém, o Tribunal *a quo* tinha consciência do dever de investigação, e apesar da investigação esgotada, como o Acórdão justificou, “[n]ão foi possível apurar a quantidade exacta para consumo e para ser oferecido a terceiros” (fl. 113v a 114 – sublinhado nosso).

Assim, torna-se a situação no sentido diferente, de maneira que não se podia considerar por insuficiente a matéria de facto provada.

Não incorrendo embora na insuficiência da matéria de facto, o Tribunal desviou erradamente o seu sentido da decisão de direito, pois, como nesta situação concreta, esgotada a investigação devida e dada a impossibilidade para o Tribunal de apurar, e conseqüentemente consignar, aqueles factos, o direito do arguido deve ser salvaguardado à sombra do princípio de *in dubio pro reo*, de modo que, em vez do crime acusado, o condena pelo crime menos grave, conforme os factos dados por provados.

Este também foi o sentido da decisão do Venerando Tribunal de Última Instância no Acórdão de 09.10.2002 do Processo nº 10/2002.

Pelo que, deve-se convolar a condenação do crime de tráfico (lato sensu) para o crime de tráfico de quantidade diminuta p. e p. pelo artigo 9º do DL nº 5/91/M, mantendo-se, no entanto, a condenação do crime de consumo p. e p. pelo artigo 23º do mesmo diploma.

Dá-se assim provimento ao recurso no seu pedido subsidiário.

Nesta conformidade, ao abrigo do disposto no artigo 65º do Código Penal, tendo em consideração de todas as circunstâncias apuradas nos autos, nomeadamente a “profissão” do recorrente, a não confissão dos factos, como também o antecedente criminal do mesmo e a sua situação económica e social, cremos adequada uma pena de um ano e três meses de prisão e de multa de três mil pataca para o crime de tráfico de quantidade diminuta p. e p. pelo artigo 9º do Decreto-Lei nº 5/91/M, mantendo-se a pena parcelar aplicada ao crime de consumo.

Em cúmulo, condena-se o arguido na pena única e global de um ano, três meses e 15 dias de prisão e MOP\$3.000,00 de multa.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder o provimento ao recurso, convolvando parcialmente a qualificação jurídica feita pela acusação, e, em consequência, condenar o arguido nos exactos termos acima consignados.

Sem custas.

Macau, RAE, aos 20 de Março de 2003

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong