

Recurso nº 20/2003

Data : 10 de Abril de 2003

- Assuntos: - Crime de tráfico de estupefacientes
- Matéria de facto
 - Peso líquido de Metafetamina
 - Qualificação jurídica dos factos
 - A atenuação especial.

SUMÁRIO

1. O Tribunal de recurso julga a matéria de facto e de direito, bem assim consigna a matéria de facto, dentro da sua competência, a fim de suprir a sua insuficiência para a decisão da causa, se não acarretar o reenvio do processo para novo julgamento.
2. O facto comprovativo do peso líquido das substâncias contidas nos comprimidos é essencial para a decisão de causa quer para a qualificação jurídica dos factos quer para a medida de pena.
3. A quantidade de 1,491 gramas de peso líquido apurada das substâncias de Metanfetamina contidas nos 120 comprimidos deve ser considerada com a quantidade superior ao normal consumo individual durante três dias e se impõe a condenar o arguido pela prática do crime previsto pelo artigo 8º nº 1 do DL nº 5/91/M.

4. A função e a competência do Tribunal é de aplicar a lei e não de criticar a lei. Compete-se ao Tribunal a aplicar a lei com base nos factos dados por assentes, em que se permite efectuar uma interpretação da lei em conformidade com o seu próprio juízo que se entende por ser adequado, sem ter risco de desviar o objectivo da lei.
5. A aplicação o regime de atenuação especial ao crime de tráfico de estupefaciente só podem ter lugar nos casos expressamente previstos na lei.
6. O Tribunal não pode criar uma figura jurídica que a lei não permite ou cujo efeito jurídico a lei não pretende produzir.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso nº 20/2003

Recorrente: (A)

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

O Ministério Público acusou o arguido (A) pela prática, em autoria material e sob forma consumada, de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo artigo 8º/1 do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Autuado o processo sob a forma Comum Colectivo e o nº PCC-049-02-6 junto do Tribunal Judicial de Base, foi ordenado o exame complementar dos estupefaciente apreendido, cujo relatório se consta das fls. 164 a 169.

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

1. Condenar o arguido (A) em autoria material e sob forma consumada, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes e actividades ilícitas, previsto no artigo 8º/1 do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, na pena de 9 (nove) anos de prisão, e uma multa no valor de MOP\$5,000.00 (cinco mil patacas), com alternativa de 33 (trinta e três) dias de prisão.

2. Condenar, ainda o arguido a pagar a taxa de justiça no valor de 2 Ucs e nas custas do processo (*artigo 71º/1-a) do RCT, aprovado pelo DL nº 63/99/M, de 25 de Outubro*).
3. Condenar, também, o arguido a pagar um montante no valor de MOP\$500.00 (quinhentas patacas), a favor do Cofre de Justiça, do Notariado e dos Registos, ao abrigo do disposto no artigo 24º/2 da Lei nº 6/98/M, de 17 de Agosto.
4. Condenar, finalmente, o arguido (A) a pagar MOP\$750.00 (setecentas e cinquenta patacas) a título de honorários devidos ao seu Exmo. Defensor interveniente na audiência de julgamento (*artigo 29º do DL nº 41/94/M, de 1 de Agosto, conjugado com a Portaria nº 265/96/M, de 28 de Outubro – ponto 9 da Tabela*).

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

1. O douto Acórdão recorrido subsumiu a conduta do ora recorrente à autoria de um crime do artº. 8º, nº. 1, do Decreto-Lei nº. 5/91/M, de 28 de Janeiro, quando tal conduta integra um crime do artº. 9º, nº.s 1 e 3 do mesmo diploma, uma vez que o total de substâncias proibidas quer as encontradas na sua posse quer a anteriormente detida é considerado quantidade diminuta;
2. 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”, havia que recorrer às regras da experiência e ao princípio da livre convicção da entidade competente mencionados no n.º 5 do art.º 9.º, sendo

que a lei atribui competência aos Serviços de Saúde para dar parecer ao Executivo com vista a concretizar a quantificação das substâncias proibidas, através da determinação dos limites quantitativos máximos do princípio activo para cada dose média individual diária;

3. Embora no seu douto Ac. explicitado no Processo nº 11/2002, o TUI aponte para os 100 mg a dose de consumo médio individual de metanfetamina e o douto Ac. de 2/6/1999 do então TSJ tivesse apontado para os 2 gramas, há que concluir que o TUI não arredou o entendimento do então TSJ, pois a questão, tal como é abordada, não está definida, decorrendo dos estudos científicos que a metanfetamina pura não só produz efeitos mais rapidamente como é considerada uma das formas mais poderosas da droga, pelo que, de forma alguma poderia considerar-se uma quantidade superior como sendo a dose média de consumo diário individual do que a metanfetamina contida como substância activa nos comprimidos;
4. O que, em termos de farmacologia, é usual distinguir-se é a metanfetamina do cloridrato de metanfetamina, sendo que a 1,5 g de metantetamina correspondem 150 mg de cloridrato de metanfetamina que é um produto muito mais pernicioso; não há qualquer justificação científica para a diferenciação que o douto Ac. do TUI faz entre a dose diária de consumo médio individual da substância metanfetamina nas várias formas como é apresentada;

5. Efectuado o exame aos 120 comprimidos apreendidos ao ora recorrente, veio a apurar-se que eles continham um total de 1,491g de “metanfetamina”;
6. 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 o comprimido por ele detido numa vez anterior, facto que se deu como provado.
7. Seguindo-se o percurso para determinar que quantidade de substância proibida 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 1,5g da substância metanfetamina, 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.
8. 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;

9. 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;
10. 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);
11. Face aos fundamentos apresentados, essa Alta Instância poderá considerar adequada ao caso concreto a pena pedida de um ano e três meses de prisão e multa de MOP\$3,000.00, verificando-se, assim, o pressuposto formal da suspensão da execução da pena;
12. 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”;
13. 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;

14. Não pode deixar de se considerar que o ora recorrente se posicionava, na actividade do tráfico de droga, ao nível mais baixo, à quele a que pertencem as denominadas últimas personagens da cadeia de tráfico, os chamados distribuidores ou “dealers”;
15. 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;
16. 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 (art^o.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.

17. Mesmo que não se venha a considerar que a quantidade de 1,5g de mentanfetamina não pode ser considerada diminuta para efeitos do art.º 9.º, n.º 1, a pena de 9 anos de prisão mostra-se inadequada e injusta;
18. Embora a lei preveja uma moldura penal abstracta de 8 a 12 anos para os traficantes, o nosso sistema legal vigente permite que os Exm^{os} Julgadores, através do mecanismo da atenuação extraordinária, corrijam as imperfeições da lei que não consignou o meio termo, passando de uma pena até dois anos de prisão para os traficantes consumidores e para os traficantes de quantidades diminutas, para penas muito gravosas;
19. Atendendo ao facto da quantidade de droga detida pelo ora recorrente não ser excessiva e às circunstâncias de ser ele um delinquente primário, ter confessado o crime, ter mostrado arrependimento e desenvolver uma actividade profissional uma pena de 4 anos de prisão mostrar-se-ia adequada e equilibrada.
20. O douto Acórdão recorrido violou a norma do artº. 9.º., nº.s 1 e 3, do Código Penal de Macau.

Pede assim o provimento ao recurso, e consequentemente, convolvando a acuação do recorrente para um crime do artigo 9º do DL. Nº 5/91/M, da aplicação ao arguido um pena de prisão inferior a dois anos, sendo justa a de um ano e três meses, suspendendo também a sua execução por um período de um ano. E subsidiariamente, pede a aplicação, com o mecanismo da atenuação especial, da pena de 4 anos de prisão.

Do recurso do arguido, respondeu o M^oP^o pugnando por não procedência do recurso.

Nesta Instância, o Digno Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer pugnando pela rejeição do recurso por ser manifestamente improcedente.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes Adjuntos.

Cumpre-se decidir.

I. De Facto

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

- No dia 12 de Abril de 2002, a Polícia Judiciária recebeu uma informação indicando que, na madrugada daquele dia, o arguido (A) já regressou de avião a Macau, vindo da Tailândia, trazendo consigo estupefacientes.
- A informação indicava também que o arguido (A) trouxe estupefacientes para Macau com objectivo de os vender a raparigas de nacionalidade tailandesa que estavam no Território e que o arguido se dedicava à actividades de venda de estupefacientes em Macau há cerca de um ano.
- Na noite do dia 14 de Abril de 2002, pelas 19H15, os agentes da Polícia Judiciária encontraram, por cima de uma cabeceira do

quarto de dormir da residência do arguido (A), sita em Macau, na Travessa nova da Areia Preta no. XX, edifício XX, r/c, uma caixa de plástico transparente de cor branca, contendo três sacos de plástico transparentes de cor branca com 119 comprimidos de cor vermelha e um comprimido de cor verde.

- Feito o exame laboratorial, os referidos comprimidos, respectivamente, com peso total de 10,735 gramas e 0.089 gramas, foram identificados como substâncias com componentes de “cafeína” e metanfetamina, produto sujeito a controlo, abrangido pela tabela II B da lista anexa ao DL nº 5/91/M de 28 de Janeiro (cfr. autos de apreensão a fls. 6 do processo).
- Foi encontrado na posse do arguido (A) um telemóvel com o número 63xxxxx (cfr. autos de apreensão a fls. 7 do processo).
- No dia 12 de Abril de 2002, pelas 01H16 da madrugada, o arguido (A) trouxe os referidos comprimidos a Macau, tendo vindo de avião da Tailândia, no voo “NX881” (cfr. registo de migração de fls. 57 a 59 dos autos), o arguido trazendo total de 130 comprimidos, guardados no(s) sapato(s).
- O arguido (A) adquirira os referidos comprimidos na Tailândia, junto de um indivíduo de identidade desconhecida de nacionalidade tailandesa, pelo preço de MOP\$50,00 (cinquenta patacas) por cada comprimido, com o intuito de os vender pelo preço de MOP\$100,00 (cem patacas) por comprimido às raparigas de nacionalidade tailandesa de Macau, como que pretendia obter vantagens pecuniárias.

- Na noite de 12 de Abril de 2002, na sauna “SS” do Hotel Lisboa, o arguido (A) vendeu a (Y) (também conhecida por “Ah Ana”) 10 dos comprimidos que tinha trazido da Tailândia a Macau, cobrando-lhe o preço de MOP\$1000,00 (mil patacas).
- Cerca de um mês e tal antes da referida data, o arguido (A) chegou a vender a (Y) (também conhecida por “Ah Ana”) um comprimido idêntico pelo preço de MOP\$150,00 (cento e cinquenta patacas).
- O arguido (A) conhecia as qualidades e as características dos aludidos comprimidos.
- O arguido (A) comprou, transportou, deteve, guardou, cedeu e vendeu os referidos comprimidos, a fim de obter ou com intenção de obter vantagens.
- O arguido (A) agiu livre, voluntária e deliberadamente quando teve as referidas condutas.
- O arguido (A) tinha perfeito conhecimento que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

- O arguido (A) é primário, mostrando-se arrependido.
- Confessou parcialmente os factos.
- Auferia um salário mensal no valor de MOP\$4,000.00 (quatro mil patacas) aproximadamente.
- Concluiu o segundo ano do curso secundário.

- Não tem cargo familiar.

- A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos de fls. 1 a 7, 32 a 34, 48 a 52, 68 a 69, e 164 a 168, e no depoimento das testemunhas inquiridas que depuseram com isenção e imparcialidade.

1.2. Consignação oficiosa da matéria de facto

Como se sabe, o Tribunal de recurso julga a matéria de facto e de direito, nos termos do artigo 39º da Lei nº 9/1999 de 20 de dezembro, bem assim consigna a matéria de facto, dentro da sua competência, a fim de suprir a sua insuficiência para a decisão da causa, se não acarretar o reenvio do processo para novo julgamento – artigo 418º nº 2 do Código de Processo Penal.

Como decidiu o Alto Tribunal de Última Instância no Acórdão de 29 de Maio de 2002 no processo nº 7/2002, que “[d]etectado pelo Tribunal de Última Instância o vício do artigo 400º nº 2 al. a) do Código De Processo Penal, não deve reenviar logo o processo para novo julgamento na primeira instância, mas remetê-lo ao Tribunal de Segunda Instância, para que este decidida se pode sanar o vício ou se de reenviá-lo para novo julgamento” (sublinhado nosso), podemos entender que se este Tribunal vier a verificar o dito vício, deve suprir, antes, o vício detectado, tanto quando possível.

Vejamos.

Como resulta da matéria de facto, apesar da efectuação do exame suplementar e do apuramento do peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos apreendidos nos autos, o Tribunal não consignou na matéria de facto o resultado de tal exame.

Como temos decidido nos acórdãos, nomeadamente de 16.05.2002, tirados no âmbito dos processos nº 26/2002 e 41/2002, de 5.09.2002, no processo nº 31/2002 e recentemente de 12.12.2002 no processo nº 117/2002, em que tivemos oportunidade de afirmar que não obstante tratar-se o crime de tráfico (em qualquer das suas vertentes), de um crime de perigo, impõe-se considerar que com o mesmo se pretende punir o “tráfico” (lato sensu) de “substâncias e preparados” compreendidos nas diversas tabelas anexas ao D.L. nº 5/91/M e que se deve ter em conta a “quantidade da substância ou preparado” contido nos comprimidos objecto do tráfico, (e não apenas a quantidade destes), para, daí, se aferir da conduta do agente, qualificando-a (ou não), como a prática de um crime do artº 8º (como “in caso sucedeu”) ou 9º (“tráfico de quantidades diminutas”), bem assim, que, sendo os comprimidos produzidos por “laboratórios ilegais ou clandestinos”, só assim se poderá, com o nível de segurança e certeza necessárias, saber-se se a “substância” objecto do tráfico, se pode considerar “quantidade diminuta” ou não, para, daí, se partir para uma qualificação jurídica e a consequente medida concreta de pena em conformidade.¹

O facto comprovativo do peso líquido é essencial para a decisão de causa quer para a qualificação jurídica dos factos quer para a medida de pena. E a sua falta de consignação deixou efectivamente uma lacuna para

¹ Vide também o recente Acórdão deste TSI de 27 de Março de 2003 no processo nº 258/2002.

uma decisão de direito adequada e conseqüentemente leva ao vício de insuficiência.

Porém, para nós, tal falta não deixaria de ser um mero lapso material do Tribunal na elaboração do Acórdão esquecendo-se de a inserir na matéria de facto. Isto comprova-se da tramitação processual. Se não, vejamos.

Conforme a acta de fl. 157 e ss, o Mm^o Juiz-Presidente que presidiu a audiência, após a inquirição das testemunhas, proferiu o seguinte despacho:

“Compulsados os autos verifica-se que falta um exame laboratorial de interesse para análise dos factos, pelo que adia-se a presente audiência de julgamento e para sua continuação designo desde já o próximo dia 12 de Dezembro de 2002, pelas 14:30 horas.

Solicite exame complementar ao exame de folhas 35 e seguintes, à PJ de Macau no sentido de se estabelecer a quantidade de substâncias de MDMA MDA Metanfetamina e Ketamina, determinado a quantidade líquida das substâncias e quantidade nos comprimidos e nas embalagens ou não sendo possível, qual a percentagem dessas substâncias contidas nos comprimidos.”

Apresentado o relatório do exame complementar, constante das fls. 164 a 168, resultou que “nos 119 comprimidos de cor vermelha, de peso total e bruto de 10,735g, continham 13,74% de Metanfetamina, com peso líquido de 1,475g, enquanto no comprimido de cor verde, de peso total e bruto de 0,089 continha 17,40 % de Metanfetamina com peso líquido de 0,016g”.

Assim o Tribunal procedeu a continuação da audiência e finalmente fez a leitura do Acórdão.

No Acórdão, o Tribunal não só afirmou, como acima referido, que a convicção do Tribunal se formou com base, entre outras provas, na prova constante das fls. 164 a 168 (exame complementar laboratorial), como também na sua fundamentação explanou que “a posse de 1,475 gramas de estupefacientes (metanfetamina) (peso líquido - fls. 167) é um facto muito grave, e esta quantidade é manifestamente superior à legalmente fixada para o consumo próprio durante três dias”.

Cremos que o Tribunal ao elencar os factos provados, limitou-se a transcrever todos os articulados da acusação, omitindo de inserir na matéria o resultado do exame laboratorial de fls. 165 a 168, das substâncias contidas nos 120 comprimidos. Por isso, entende-se ser legal proceder a uma correcção do Acórdão nos termos do artigo 361 n.º 1 do Código de Processo Penal.

Nesta conformidade, consigna-se o seguinte:

Está ainda provado que “Do exame complementar feito pela PJ sobre os comprimidos apreendidos nos autos, resultou que nos 119 comprimidos de cor vermelha, de peso total e bruto de 10,735g, continham 13,74% de Metanfetamina, com peso líquido de 1,475g, enquanto no comprimido de cor verde, de peso total e bruto de 0,089 continha 17,40 % de Metanfetamina com peso líquido de 0,016g.”

Decidida esta matéria de facto, estamos em condição de avançar.

II. De direito

O recorrente levantou as seguintes questões de direito:

- Qualificação jurídica dos factos
- Medida de pena
- Suspensão de execução da pena de prisão
- (Subsidiariamente) A atenuação especial.

2. 1. 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, nomeadamente pelo facto agora consignado, que “Do exame complementar feito pela PJ sobre os comprimidos apreendidos nos autos, resultou que nos 119 comprimidos de cor vermelha, de peso total e bruto de 10,735g, continham 13,74% de Metanfetamina, com peso líquido de **1,475g**, enquanto no comprimido de cor verde, de peso total e bruto de 0,089 continha 17,40 % de Metanfetamina com peso líquido de **0,016g**.”, como também que “O arguido (A) comprou, transportou, deteve, guardou, cedeu e vendeu os referidos comprimidos, a fim de obter ou com intenção de obter vantagens.”.

Perante tais factos dados por assentes, não seria difícil proceder a qualificação jurídica dos mesmos factos.

Como se tem entendido 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.

Vejamos.

Quanto ao crime de tráfico (*lato sensu*), o Decreto-Lei nº 5/91/M prevê que:

“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 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.”

Sabemos também que a quantidade diminuta para os 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 recorrer ao meio facultado pelo 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.²

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.

Esta decisão foi subscrito pelo Acórdão deste Tribunal de Segunda Instância de 21 de Fevereiro de 2003 no processo nº 241/2002.

Perante a quantidade do peso líquido apurada das substâncias contidas nos 120 comprimidos - de 1,491 gramas - é de concluir a sua conduta cometeu o crime previsto pelo artigo 8º nº 1 do DL nº 5/91/M, sendo improcedente a sua pretensão da qualificação como a prática de um crime de “tráfico de quantidades diminutas” p. e p. pelo artº 9º, nº 1 do mesmo Diploma.

Improcede o recurso nesta parte.

² 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.

Quanto às questões de medida de pena e a eventual suspensão da execução da pena de prisão foram colocadas na hipótese da procedência do primeiro fundamento. Assim as mesmas perderão a sua base de ser apreciação, e passamos directamente a apreciação a sua questão subsidiária.

2.2. Atenuação especial da pena

Entende o recorrente que, “Embora a lei preveja uma moldura penal abstracta de 8 a 12 anos para os traficantes, o nosso sistema legal vigente permite que os Exm^{os} Julgadores, através do mecanismo da atenuação extraordinária, corrijam as imperfeições da lei que não consignou o meio termo, passando de uma pena até dois anos de prisão para os traficantes consumidores e para os traficantes de quantidades diminutas, para penas muito gravosas” e, “atendendo ao facto da quantidade de droga detida pelo ora recorrente não ser excessiva e às circunstâncias de ser ele um delinquente primário, ter confessado o crime, ter mostrado arrependimento e desenvolver uma actividade profissional uma pena de 4 anos de prisão mostrar-se-ia adequada e equilibrada”.

Cremos que não tem razão o recorrente.

Sendo certo que a Lei de Droga não fixou uma moldura penal de 2 a 8 anos para quaisquer crimes aí previstos. Mas, como se entende, a função e a competência do Tribunal é de aplicar a lei e não de criticar a lei.

Compete-se ao Tribunal a aplicar a lei com base nos factos dados por assentes, em que se permite efectuar uma interpretação da lei em conformidade com o seu próprio juízo que se entende por ser adequado,

sem ter risco de desviar o objectivo da lei, v.g. a invocada “atenuação extraordinária”.

No próprio regime penal, nomeadamente no regime legal de combater contra as actividades relacionadas às drogas, prevê-se o regime de atenuação especial, i.e., a atenuação livre (Lei de Droga) e a atenuação especial geral (Código Penal).

Nos autos, não se apurou qualquer das situações previstas no artigo 18º do D.L. nº 5/91/M, não haverá a aplicação da atenuação livre da pena.

E para uma atenuação geral, o recorrente invocou a aplicação do regime geral da atenuação especial prevista no artigo 66º do Código Penal, “tendo em conta o número das circunstâncias”.

Diz o artigo 66º do Código Penal:

“1. O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2. Para efeitos do disposto no número anterior são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;

b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;

c) *Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;*

d) *Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta;*

e) *Ter o agente sido especialmente afectado pelas consequências do facto;*

f) *Ter o agente menos de 18 anos ao tempo do facto.*

3. *Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou em conjunto com outras, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial da pena expressamente prevista na lei e à atenuação prevista neste artigo. ”*

E perante todas as circunstâncias apuradas nos autos, não se pode encaixar em qualquer das circunstâncias aí previstas, ou conforme outras disposições especial no Código Penal.

Assim, não se pode lavar ao cabo a atenuação especial previsto no artigo 66º do Código Penal.

Resta decidir se pode o recorrente beneficiar das circunstância atenuante nos termos do artigo 65º do Código Penal.

Sabe-se que na medida de pena, o nosso Código Penal adopta a “teoria da margem de liberdade” segundo o qual a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins da penas dentro destes limites.³

Para nós, *in casu*, conjugando todas as circunstâncias apuradas nos autos, nomeadamente o facto de ser primário, da confissão parcial dos factos,

³ Vide recente Acórdão deste TSI de 27 de Março de 2003, no processo nº 18/2003.

sem esquecer a quantidade das substâncias proibidas em causa, afigura-se equilibrada e adequada uma pena de 9 anos e multa de 5 mil patacas aplicada ao arguido, nada há que censurar.

Improcede o recurso.

Pelo exposto, acordam em negar provimento ao recurso, condenando-se o recorrente nas custas, com taxa de justiça que se fixa em 5UCs para o recorrente.

Macau, aos 10 de Abril de 2003

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

Recurso nº 20/2003

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 130) dos comprimidos contendo Metanfetamina, *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., 10ABR2003

Lai Kin Hong