

Processo n.º 160/2004

Data do acórdão: 2004-07-22

(Recurso penal)

Assuntos:

- bem jurídico do crime de tráfico de droga
- crime de perigo abstracto ou presumido
- quantidade diminuta de droga
- tráfico e actividades ilícitas
- traficante-consumidor
- tráfico de quantidades diminutas
- detenção ilícita para consumo próprio e para cedência a terceiro
- Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro

S U M Á R I O

1. O bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de “tráfico e actividades ilícitas” previsto nos seus termos fundamentais no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, é a saúde pública, na dupla vertente física e moral, pelo que atenta a natureza desse seu bem jurídico, o crime em causa é um crime de perigo abstracto ou presumido, para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o mesmo bem

protegido.

2. O mero acto de detenção de droga em condições expressamente previstas no n.º 1 do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, já integra perfeitamente uma das “actividades ilícitas” incriminadas no tipo de crime em causa, não sendo necessária, para o efeito, prova positiva de algum acto concreto de “cessão” de droga a terceiro, acto de cessão esse que por si só constitui também uma das “actividades ilícitas” previstas no mesmo tipo legal.

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

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

expressamente a lei.

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

6. Se da matéria de facto em consideração pelo tribunal depois de investigado, como lhe cabia, o objecto do processo, se retira que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada ou diversas substâncias estupefacientes, e mesmo assim a(s) deteve de livre vontade, sabendo que assim procedendo iria contrariar a lei, e enquanto não resultar da mesma factualidade que essa conduta de detenção tenha sido praticada exclusiva e totalmente para consumo da(s) mesma(s) substâncias pela própria pessoa dele (com o que se afasta a possibilidade de punição nos termos do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M), nem que com essa conduta de detenção ele tenha tido por finalidade exclusiva conseguir substância(s) ou preparado(s) para seu uso pessoal (com o que fica também afastada a punibilidade em sede do art.º 23.º do mesmo diploma), o mesmo agente tem que ser punido a título da autoria material do crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M por causa daquela conduta de detenção (crime esse susceptível de estar em cúmulo real efectivo com a autoria material de um crime de detenção ilícita para consumo pessoal p. e p. pelo art.º 23.º do mesmo Decreto-Lei, caso se tenha legalmente imputado e tido por provado que o mesmo agente é também um consumidor de droga), salvo se o tribunal competente a conhecer

do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade daquela(s) mesma(s) substância(s) estupefaciente(s) detidas pelo mesmo agente e encontrada(s) na sua disponibilidade “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 Decreto-Lei n.º 5/91/M.

7. Ou seja, desde que não se prove que a detenção da droga seja praticada com a finalidade exclusiva para conseguir substâncias ou preparados para uso pessoal, já não é de aplicar o tipo privilegiado de crime de “traficante-consumidor” descrito no art.º 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M. E desde que o tribunal não considere que o total da droga encontrado na disponibilidade do arguido, e por isso por este detido, seja de quantidade diminuta, já não é de aplicar também o tipo privilegiado de crime de “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, isto independentemente da questão, aliás em si irrelevante para efeitos de condenação no caso de mera detenção ilícita de droga, de saber qual a porção ou parte do total de droga encontrado na disponibilidade do agente do crime é que se destina a seu eventual consumo próprio ou a fornecimento a terceiro, pois a norma incriminadora do mesmo art.º 9.º, atento o disposto no seu n.º 3, não distingue isto para efeitos da sua aplicação, dada, aliás, a natureza do crime do art.º 8.º como crime de perigo abstracto ou presumido.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 160/2004

(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**

A, já melhor identificada como 2.^a arguida nos autos de processo comum colectivo n.º PCC-004-04-1 do 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Base (TJB), veio recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), do seguinte acórdão final aí proferido em 7 de Maio de 2004:

<<1. Acordam os Juizes que compõem o Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base da RAEM.

O Digno Magistrado do Ministério Público acusa as arguidas:

B, solteira, desempregada, nascida a 08/01/1961, em Cantão, RPC, filha de XXX e de XXX, residente na Rua XXX, Macau, telefone XXX, titular do BIRM n.º XXX, ora presa preventivamente no E.P.M.; e

A, casada, desempregada, nascida a 26/05/1966, em Zhuhai, RPC, filha de XX e de XX, residente na Rua XXX, Macau, telefone XXX, titular do BIRM n° XXX, ora presa preventivamente no E.P.M..

Porquanto:

Desde o mês de Julho de 2003, a P.J. recebeu informação de que a arguida B, habitualmente, utilizava o seu ciclomotor de matrícula CM-XXX, transportando drogas a fim de os entregar a terceiros que frequentavam, à noites, discotecas e karaokes, em Macau.

No dia 8 de Setembro de 2003, cerca da 01H30 da madrugada, e após várias diligências de investigação, elementos da P.J., viram a arguida B, no jardim do edificio da Unesco, para onde se tinha deslocado no seu ciclomotor (apreendido a fls. 13 e 15), colocar algo, ali numa arvore.

Abordada ali a arguida B, constataram que na árvore se encontravam 3 sacos transparentes, um saco contendo 17 comprimidos, de forma redonda, de cor amarela e com os dizeres "2", dois contendo um pó branco e ainda uma embalagem de papel igualmente com um pó branco, e, ainda, um telemóvel na sua posse (cfr. auto de apreensão de fls.9).

Os 17 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 5,462 e conter MDMA, este com o peso líquido (g) de 1,736 e o pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 4,234 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 2,683.

Nas escadarias do edificio XXX, onde a arguida B reside foram encontrados 12 sacos transparentes, 8 deles com pó branco, um saco com 10 comprimidos, outro saco com 5 comprimidos e outro com 11 comprimidos, todos de forma redonda, de cor

amarela e com os dizeres "2", e, ainda um saco com um papel que continha pó branco (cfr. auto de apreensão a fls. 10).

O pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 14,843 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 9,940 e os 26 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 8,388 e conter MDMA, este com o peso líquido (g) de 2,393.

Na residência da arguida B e acima referida, num armário junto à entrada da sala foi encontrado 1 saco com várias saquetas, 1 fita-cola, 1 tesoura amarela e uma colher de plástico com vestígios de pó branco (cfr. auto de apreensão de fls. 11).

A colher de plástico submetida a exame laboratorial revelou conter vestígios de Ketamina.

Ainda na residência se encontrava a C, que ali exercia funções de empregada doméstica para a arguida B, há cerca de 4 anos e auferia mensalmente MOP1.800,00 e actualmente a quantia de MOP2.300,00.

A C era portadora de Salvo-Conduto, cujo prazo de permanência em Macau já tinha terminado em 25 de Março de 2002.

A arguida B alojou em sua residência a C até à data dos factos, a fim de entre outros serviços cuidar da sua filha menor.

De seguida, cerca das 05H15, junto à entrada do Karaoke "Sat lek", a arguida A, depois de ali se deslocar no seu motociclo MB-XX-XX (apreendido a fls. 55), foi revistada pela P.J. e foi-lhe encontrado na calcinha interior, um lenço de papel com 4 saquetas, 3 contendo um pó branco e uma contendo 8 comprimidos de forma redonda, de cor amarela e com os dizeres "2", e, ainda, um telemóvel, 2 agendas, um total de HKD500,00 e MOP 8.700,00 (cfr. auto de apreensão de fls. 43).

O pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 4,190 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 1,931 e os 8 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 2,571 e conter MDMA, este com o peso líquido (g) de 0,802.

Numa das residências da arguida A, sita na Rampa dos Cavaleiros, edifício XXX, em Macau, foi encontrado num armário para guardar sapatos, 2 papeis com pó branco, uma caixa de papel com 45 comprimidos de forma redonda e de cor branca, 2 sacos com várias saquetas, um maço de papel de estanho, uma tesoura, 1 tigela plástica, 2 colheres de plástico, 1 cartão pré-pago de telemóvel, com vestígios de pó branco (cfr. auto apreensão de fls. 52).

O pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 0,898 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 0,465, os 45 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 3,811 e conter Estazolam e todos os objectos acima referidos revelaram conter vestígios de Ketamina.

O MDMA está abrangido pela Tabela II-A, a Ketamina pela Tabela II-C e o Estazolam pela Tabela IV, anexas ao DL 5/91/M de 28/1 (com a alteração da Lei n.º 4/2001).

Todos os produtos que foram apreendidos à arguida B, foram por ela adquiridos à arguida A.

Parte dos produtos destinavam-se ao seu consumo próprio e outra parte, ou seja, MOP4.500,00 de MDMA (mais ou menos 40 comprimidos) e MOP3.500,00 de Ketamina, cuja quantidade não foi possível determinar, destinavam-se a ser entregues à sua amiga "Ah Fong", que lhe tinha solicitado ajuda na sua compra, no dia 6 de Setembro de 2003, cerca das 16H00.

Para esse efeito a arguida B contactou, como habitualmente a arguida A, e depois de combinação prévia com esta foi entregar os produtos à arguida B, no mesmo dia à noite, cerca das 20H00, junto ao edifício onde a arguida B reside.

A arguida B, na sua residência, procedeu ao empacotamento dos referidos comprimidos e da Ketamina em várias saquetas.

Em outras vezes, pelo menos duas, já a "Ah Fong" tinha pedido à arguida B para lhe arranjar droga, e dessas vezes, sempre a arguida B telefonou à arguida A, e combinavam a transacção da droga no bar ".38".

A arguida A adquiriu os produtos estupefacientes apreendidos a pessoa que não foi possível identificar, destinando-os à venda a terceiro e para seu próprio consumo.

A arguida A consumia, diariamente, 1 comprimido de MDMA e dois pacotes de Ketamina.

Os utensílios foram apreendidos à arguida B e A, que os utilizavam para embalar estupefacientes, e, ainda como instrumentos para os seus consumos.

As arguidas agiram livre, voluntária e conscientemente.

Bem sabendo as suas características e qualidades dos produtos estupefacientes.

As arguidas adquiriram, guardaram e transaccionaram os produtos estupefacientes com o fim de obter ou procurar obter compensação remuneratória e ainda para consumo pessoal.

As arguidas sabiam igualmente não poder deter os objectos acima referidos, como instrumento para o consumo de estupefacientes.

A arguida B sabia igualmente que não podia constituir relação de trabalho e mantê-la, com pessoa que não fosse titular de documento exigido por Lei para permanecer em Macau.

A arguida B sabia igualmente que a C não era possuidora de documento exigido por Lei para permanecer em Macau, bem como não lhe podia, assim, acolhê-la e alimentá-la na sua residência.

As arguidas tinham perfeito conhecimento que as suas condutas não eram permitidas e punidas por Lei.

Imputa-lhe, assim, o M^oP^o e vêm acusadas as arguidas, cometeram na forma consumada,

- um crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo art.º 8º, nº 1, do DL 5/91/M, de 28/1;
- um crime de detenção indevida de utensilagem, p.p. pelo art.º 12º do DL 5/91/M, de 28/1;
- um crime de detenção ilícita de estupefacientes para consumo próprio, p.p. pelo art.º 23º, al. a) do DL 5/91/M, de 28/1.

A arguida B cometeu na forma consumada,

- um crime de acolhimento, p.p. pelo art.º 8º, nº 1, da Lei 2/90/M;
- um crime de emprego ilegal, p.p. pelo art.º 9º, nº 1, da Lei 2/90/M.

A 1ª arguida apresentou a contestação a fls. 255 que se dá por integralmente reproduzida e a 2ª arguida a fls. 252 oferecendo o merecimento dos autos.

2. Realizou-se a audiência de discussão e julgamento.

Mantém-se a regularidade da instância.

Discutida a causa ficaram provados os seguintes factos:

No dia 8 de Setembro de 2003, cerca da 01H30 da madrugada, e após várias diligências de investigação, elementos da P.J., viram a arguida B, no jardim do edifício da Unesco, para onde se tinha deslocado no seu ciclomotor (apreendido a fls. 13 e 15), colocar algo, ali numa árvore.

Abordada ali a arguida B, constataram que na árvore se encontravam 3 sacos transparentes, um saco contendo 17 comprimidos, de forma redonda, de cor amarela e com os dizeres "2", dois contendo um pó branco e ainda uma embalagem de papel igualmente com um pó branco, e ainda, um telemóvel na sua posse (cfr. auto de apreensão de fls.9).

Os 17 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 5,462 e conter MDMA, este com o peso líquido (g) de 1,736 e o pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 4,234 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 2,683.

Nas escadarias do edifício XXX, onde a arguida B reside foram encontrados 12 sacos transparentes, 8 deles com pó branco, um saco com 10 comprimidos, outro saco com 5 comprimidos e outro com 11 comprimidos, todos de forma redonda, de cor amarela e com os dizeres "2", e, ainda um saco com um papel que continha pó branco (cfr. auto de apreensão a fls. 10).

O pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 14,843 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 9,940 e os 26 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 8,388 e conter MDMA, este com o peso líquido (g) de 2,393.

Na residência da arguida B e acima referida, num armário junto à entrada da sala foi encontrado 1 saco com várias saquetas, 1 fita-cola, 1 tesoura amarela e uma colher de plástico com vestígios de pó branco (cfr. auto de apreensão de fls. 11).

A colher de plástico submetida a exame laboratorial revelou conter vestígios de Ketamina.

Ainda na residência se encontrava a C, que ali exercia funções de empregada doméstica, que foi contratada por D para cuidar da filha de ambos e auferia mensalmente MOP1.800,00 e actualmente a quantia de MOP2.300,00.

A C era portadora de Salvo-Conduto, cujo prazo de permanência em Macau já tinha terminado em 25 de Março de 2002

A arguida B alojou em sua residência a C até à data dos factos.

De seguida, cerca das 05H15, junto à entrada do Karaoke "Sat lek", a arguida A, depois de ali se deslocar no seu motociclo MB-XX-XX (apreendido a fls. 55), foi revistada pela P.J. e foi-lhe encontrado na calcinha interior, um lenço de papel com 4 saquetas, 3 contendo um pó branco e uma contendo 8 comprimidos de forma redonda, de cor amarela e com os dizeres "2", e, ainda, um telemóvel, 2 agendas, um total de HKD500,00 e MOP 8.700,00 (cfr. auto de apreensão de fls. 43).

O pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 4,190 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 1,931 e os 8 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 2,571 e conter MDMA, este com o peso líquido (g) de 0,802.

Numa das residências da arguida A, sita na Rampa dos Cavaleiros, edifício XXX, em Macau, foi encontrado num armário para guardar sapatos, 2 papeis com pó branco, uma caixa de papel com 45 comprimidos de forma redonda e de cor branca, 2 sacos com várias saquetas, um maço de papel de estanho, uma tesoura, 1 tigela plástica, 2 colheres de plástico, 1 cartão pré-pago de telemóvel, com vestígios de pó branco (cfr. auto apreensão de fls. 52).

O pó branco submetido a exame laboratorial revelou ter o peso líquido (g) de 0,898 e conter Ketamina, sendo o peso líquido (g) desta de 0,465, os 45 comprimidos submetidos a exame laboratorial revelaram ter o peso líquido (g) de 3,811 e conter Estazolam e todos os objectos acima referidos revelaram conter vestígios de Ketamina.

O MDMA está abrangido pela Tabela II-A, a Ketamina pela Tabela II-C e o Estazolam pela Tabela IV, anexas ao DL 5/91/M de 28/1 (com a alteração da Lei nº 4/2001).

Parte dos produtos encontrados na posse da arguida B destinavam-se ao seu consumo próprio e outra parte, ou seja, MOP4.500,00 de MDMA (mais ou menos 40 comprimidos) e MOP3.500,00 de Ketamina destinavam-se a ser entregues à sua amiga "Ah Fong", que lhe tinha solicitado ajuda na sua compra, no dia 6 de Setembro de 2003, cerca das 16H00.

A arguida B contactou a arguida A, e depois de combinação prévia, esta foi entregar os produtos à arguida B, no mesmo dia à noite, cerca das 20H00, junto ao edifício onde a arguida B reside.

A arguida B, na sua residência, procedeu ao empacotamento dos referidos comprimidos e da Ketamina em várias saquetas.

A arguida A adquiriu os produtos estupefacientes apreendidos a pessoa que não foi possível identificar, destinando-os à venda a terceiro e para seu próprio consumo.

Os utensílios foram apreendidos à arguida B e A, que os utilizavam para embalar estupefacientes.

As arguidas agiram livre, voluntária e conscientemente.

Bem sabendo as suas características e qualidades dos produtos estupefacientes.

As arguidas adquiriam, guardaram e transaccionaram os produtos estupefacientes com o fim de obter ou procurar obter compensação remuneratória e ainda para consumo pessoal.

A arguida B sabia que a Tam Ieong Meng não era possuidora de documento exigido por Lei para permanecer em Macau, bem como não lhe podia, assim, acolhê-la e alimentá-la na sua residência.

As arguidas unham perfeito conhecimento que as suas condutas não eram permitidas e punidas por Lei.

A 1ª arguida era desempregada, solteira e tem uma filha a seu cargo.

Confessou parcialmente os factos e é primária.

A 2ª arguida era desempregada, casada e tem três filhos a seu cargo.

Confessou parcialmente os factos e é primária.

Não ficaram provados os seguintes factos: os restantes factos da acusação e contestação, designadamente:

Todos os produtos que foram apreendidos à arguida B, foram por ela adquiridos à arguida A.

Em outras vezes, pelo menos duas, já a "Ah Fong" tinha pedido à arguida B para lhe arranjar droga, e dessas vezes, sempre a arguida B telefonou à arguida A, e combinavam a transacção da droga no bar ".38".

A arguida A consumia, diariamente, 1 comprimido de MDMA e dois pacotes de Ketamina.

As arguidas sabiam igualmente não poder deter os objectos acima referidos, como instrumento para o consumo de estupefacientes.

A arguida B constituiu relação de trabalho com pessoa que não era titular de documento exigido por Lei para trabalhar em Macau.

Indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal:

As declarações das arguidas em audiência.

A leitura em audiência das declarações da testemunha C prestadas em memória futura a fls. 91 a 93.

O depoimento das testemunhas da PJ que participaram na detenção das arguidas e na investigação dos factos e que relataram os mesmos com isenção e imparcialidade.

O depoimento das testemunhas de defesa.

O relatório de exame da PJ a fls. 122 ss e 179 ss.

Os restantes documentos colhidos na investigação e juntos aos autos e fotografias.

3. Da matéria assente, temos que as arguidas detinham os produtos estupefacientes para serem oferecidos a terceiros, e ao mesmo tempo consumiam tais produtos.

As arguidas detinham substâncias proibidas, designadamente as abrangidas pelas tabelas II-A, II-C e IV anexas ao DL 5/91/M.

Tendo em consideração 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.

Quanto ao crime de detenção indevida de utensilagem, o Tribunal Colectivo entende que os objectos apreendidos não constituem utensilagem própria e idónea para o consumo de estupefacientes apreendidos.

Provou-se ainda que a 1ª arguida acolheu outrém em situação de clandestinidade, bem sabendo que não tinha direito de permanência, mas não se provou que contratou a mesma para trabalhar, pelo que ficou provado apenas o crime de acolhimento.

4. Dispõe o artº 65º nºs 1 e 2 do CPM:

"1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal.

2. Na determinação da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deve ser censurada através da aplicação da pena".

5. As arguidas confessaram parcialmente os factos e são primárias.

A conduta das mesmas é grave tendo em conta a natureza do crime (de tráfico) e a finalidade do mesmo.

Impõe-se a aplicação de pena efectiva privativa de liberdade, já que qualquer outra punição não lograria as exigências de prevenção criminal.

A 1ª arguida beneficiará de atenuação da pena nos termos do artº 18º nº 2 do DL 5/91/M dado que ofereceu informações aos agentes da PJ e contribuiu para a detenção da 2ª arguida.

Tudo ponderado.

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

A) Absolvem as arguidas de um crime p. e p. pelo art.º 12º do DL 5/91/M, de 28/1 e a 1ª arguida de um crime p. e p. pelo artº 9º nº 1 da Lei 2/90/M;

B) Condenam a arguida B pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 e 18º nº 2 do DL 5/91 /M na pena de seis anos de prisão e seis mil patacas de multa, um crime p. e p. pelo artº 23º al. a) do DL 5/91/M na pena de mil e quinhentas patacas de multa e um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 da Lei 2/90/M na pena de cinco meses de prisão;

C) Em cúmulo condenam na pena de seis anos e dois meses de prisão e seis mil e quinhentas patacas de multa ou em alternativa de quarenta e cinco dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho;

D) Condenam a arguida 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 três meses de prisão e oito mil patacas de multa e um crime p. e p. pelo artº 23º al. a) do DL 5/91/M na pena de mil e quinhentas patacas de multa;

E) Em cúmulo condenam na pena de oito anos e três meses de prisão e oito mil e quinhentas patacas de multa ou em alternativa de cinquenta e cinco dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho.

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

Declararam perdido a favor da RAEM todos os produtos estupefacientes que serão destruídos oportunamente e devolva o restante aos seus legítimos proprietários.

Boletins ao registo criminal.

[...]>> (cfr. o teor do mesmo acórdão, a fls. 278 a 284 dos presentes autos correspondentes, e *sic*).

Concluiu, então, a arguida A (ora recorrente) a sua motivação de recurso e nela peticionou como segue:

<<[...]

1. Na interpretação dada pelo Tribunal recorrido, bastará a droga detida pela recorrente ser superior ao necessário ao consumo individual para três dias para ser condenada pelo crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo art. 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, não obstante se tenha dado como igualmente provado que parte não especificada dessa droga se destinaria ao seu próprio consumo.
2. Esta é uma interpretação inaceitável das normas em causa, pois não estão de acordo com as regras próprias da interpretação jurídica e violam frontalmente princípios fundamentais do Direito Penal.
3. Da interpretação da norma do art. 23.º do mencionado diploma resulta que, no caso do agente adquirir ou deter substâncias proibidas, para seu consumo, e desde que não se verifique que o agente as detenha para as ceder, puser à

venda, etc, para conseguir mais substância para seu consumo pessoal (afastado, portanto o art. 11.º), deverá ser punido meramente enquanto consumidor.

4. Sem que se delimite a aplicação de tal norma pelo tipo de droga encontrado ou pela sua quantidade, e ainda que exceda aquele *quantum* previsto pelo n.º 3 do art 9.º.
5. Nesses termos, bem andou o douto Tribunal Colectivo ao punir a recorrente pelo crime de consumo de estupefaciente.
6. Verificando-se o tráfico de droga por parte da recorrente (porque se provou a intenção mas não a quantidade destinada a tal fim), serão aplicáveis *in casu*, teoricamente, três tipos legais de tráfico de estupefaciente, correspondentes a três situações diferenciadas, em que se gradua a pena aplicada tendo em conta o dolo específico do agente na detenção do produto.
7. Não se tendo alegado nem provado o dolo exigido pelo art. 11.º, recairá a situação em apreço, ou no tráfico de quantidades diminutas, previsto e punido pelo art 9.º, ou no tipo comum de tráfico de estupefacientes previsto e punido pelo art. 8.º.
8. O art. 9.º compreende a situação específica do agente que pratica qualquer das actividades previstas no art 8.º fazendo uso de quantidades diminutas de estupefaciente, cujo *quantum* é concretizado pelo disposto no seu n.º 3.
9. O art. 8.º abrange as restantes situações em que o agente pratica qualquer uma daquelas actividades típicas, sem que demonstre ter por finalidade exclusiva conseguir substância proibida para seu consumo pessoal, ou cuja

quantidade, objecto de tráfico, seja superior ao necessário para consumo durante três dias.

10. É essencial, para a aplicação de uma ou outra norma, que corresponde à diferença, em termos de punição, entre penas de prisão de 1 a 2 anos, e de 8 a 12 anos, o apuramento efectivo da quantidade de estupefaciente destinado a ceder a terceiros.
11. Qualquer outra posição, como a de concluir que, pela quantidade em causa, a droga necessariamente se destinaria à venda, resultaria numa presunção ilegítima, que faria inverter o ónus da prova, violando assim o princípio da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença, criando desigualdades entre os meios probatórios ao dispôr da acusação e da defesa do arguido.
12. Foi efectivamente provado que a recorrente destinaria a droga à cedência a terceiros.
13. A concorrência de tal destino com a finalidade de consumir o mesmo produto estupefaciente, impossibilitou que o Tribunal recorrido destrinçasse, do total do apreendido, aquele que a recorrente destinaria a consumo ou a ceder a terceiros.
14. Não tendo logrado fazê-lo, não deveria o Tribunal *a quo* ter condenado a recorrente pela prática do crime de tráfico p. e p. pelo art. 8.º.
15. A dúvida relativamente à quantidade de produto estupefaciente detido pela recorrente destinada a ser cedida a terceiros, tem de funcionar a favor desta e não contra ela.

16. É o que decorre naturalmente dos princípios *in dubio pro reu* e da aplicação mais favorável da lei criminal.
17. Não esclarecendo o Acórdão recorrido, porque seria impossível fazê-lo, qual a porção da droga destinada à cedência a terceiro, razão pela qual não é possível concluir se a factualidade apurada integra o crime de tráfico do art. 8.º ou o crime de tráfico de quantidades diminutas do art. 9.º, deveria o Tribunal *a quo*, em nome do princípio de que na aplicação da lei criminal se deve, na dúvida, preferir aquela solução que traga menor limitação da liberdade, ter considerado preenchido o preceito que estabelece a sanção concretamente menos grave e não, como fez, aplicar à arguida, ora recorrente, a sanção mais severa.
18. Deveria, assim, a recorrente ter sido punida pela norma que lhe é mais favorável, a do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 5/95/M.
19. A douta decisão ora em crise violou a norma do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 5/95/M (ao fazer a sua aplicação) e a do art. 9.º (pela sua desaplicação), pelos motivos que se deixaram desenhados.
- 20. À cautela de patrocínio disse-se ainda que:**
21. Pode ainda entender-se, perante a falta de explicitação no acórdão recorrido, da quantidade de estupefaciente detida pela recorrente, destinada ao consumo e a que era destinada à cedência a terceiros e pela relevância de tal esclarecimento para determinação da norma aplicável (o art. 9.º ou o art. 8.º), que se verifica o vício de insuficiência (previsto pelo art. 400.º, n.º 2, al.a) do CPP) para a decisão da matéria de facto provada, devendo, nessa medida, proceder-se ao reenvio do processo para novo julgamento a fim de tentar

apurar das quantidades que a recorrente destinava, concretamente, ao seu consumo e a ceder a terceiros.

22. O mesmo vício se verifica, no acórdão recorrido, quanto à matéria de facto, quando se dá por provada a existência, nos 45 comprimidos (com o peso de 3,811 gramas) encontrados na casa da recorrente, da substância proibida “estazolam”, sem que se determine qual o peso líquido de tal substância.
23. O que importaria definir em concreto, a fim de se decidir se o estupefaciente apreendido é de qualificar como “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M – cfr. acórdão do Tribunal de Última Instância de 30 de Maio de 2002, processo n.º 7/2002.
24. Pois tal apuramento da matéria de facto é essencial e necessário a fim de permitir uma correcta subsunção dos factos ao direito.

Nestes termos e nos mais de direito, [...] deve o presente recurso ser julgado procedente e, em consequência, ser revogada a douta decisão recorrida, absolvendo-se a ora recorrente do crime de tráfico de estupefacientes, sendo apenas condenada pelo crime de consumo em concurso real com o crime de tráfico de quantidades diminutas, ou ainda, supletivamente, determinar-se o reenvio do processo a fim de apurar das quantidades de estupefaciente detidas pela recorrente, qual destinaria a consumo e a ceder a terceiro, e qual a quantidade líquida de estazolam existente nos comprimidos apreendidos.

[...] >> (cfr. o teor de fls. 301 a 304 dos autos, e *sic*).

A esse recurso, respondeu o Ministério Público junto do Tribunal recorrido, no sentido de reenvio do processo, por seguintes considerações:

<<Impugna a recorrente a sua condenação pelo crime referido no artº. 8º, nº. 1 do Dec-Lei nº. 5/91/M, de 28-1.

E pretende a convolação desse crime para o descrito no subseqüente artº. 9º, nº. 1 - ou, se assim não se entender, o reenvio do processo com vista à dilucidação da qualificação em questão.

Concordamos com a segunda pretensão, sendo certo que as considerações que iremos aduzir a esse respeito constituem, também, uma resposta ao pedido formulado em primeira linha.

Vejamos.

A matéria de facto fixada, efectivamente, não consente, a nosso ver, a condenação da recorrente pelo crime p. e p. no citado artº. 8º, nº.1.

Mas não propicia, igualmente, em nosso juízo, a pretendida convolação para o do mencionado artº. 9º, nº. 1.

Apurou-se, em consonância com a acusação, que a recorrente detinha a droga que lhe foi apreendida – 2,396g *líquidos* de Ketamina e 0,802g *líquidos* de MDMA – para "venda a terceiro e para o seu próprio consumo".

Não se mostra, todavia, que tenha sido feita a necessária investigação, com vista à determinação da quantidade para "venda a terceiro".

Ora, tal elemento é essencial para enquadrar a actuação da recorrente num ou noutro dos comandos em apreço.

E, a propósito, há que ter presente que o Tribunal de Última Instância fixou em 1g *líquido* a "quantidade diminuta" relativamente à ketamina e em 300 mg *líquidos* a

mesma "quantidade" em relação ao MDMA (cfr. acs. de 5-3-2003 e 10-12-2003, procs. n.ºs. 23/2002 e 28/2003).

É certo – reconhece-se – que a investigação em questão pode não ser conclusiva a esse respeito.

Nesse caso, porém, há que exarar isso mesmo na decisão, de forma a que não possam subsistir quaisquer dúvidas acerca da exaustão da mesma.

Conforme salienta Figueiredo Dias, "a persistência de dúvida razoável após a produção da prova tem de actuar em sentido favorável ao arguido e, por conseguinte, *conduzir à consequência imposta no caso de se ter logrado a prova completa da circunstância favorável ao arguido*" (cfr. D.P.P., I, 215).

O que equivale a afirmar, também, que haverá lugar, então, à intervenção do princípio "in dubio pro reo".

No sentido propugnado decidiu, recentemente, o nosso mais Alto Tribunal (cfr. ac. de 10-3-2004, proc. n.º 6/2004).

Já não se justifica, no entanto, no nosso entender, a pretendida análise *quantitativa* aos comprimidos de "estazolam" apreendidos.

Independentemente da viabilidade dessa análise, na verdade, deve ter-se presente que há uma situação de *concurso aparente* entre as normas que punem o tráfico das substâncias compreendidas nas tabelas II e IV – devendo, nessa perspectiva, a incriminação operar-se por aquelas que asseguram uma protecção mais perfeita (ou seja, pelas que se conexionam com a aludida Tabela II).

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

Um outro vício se divisa, entretanto, no âmbito da matéria de facto.

Deu-se como provado, na realidade, que a arguida B contactou a recorrente "e depois de combinação prévia, esta foi entregar os produtos à arguida B, no mesmo dia à noite, cerca das 20 horas, junto ao edifício onde a arguido B reside".

Não ficou provado, por seu turno, que "todos os produtos que foram apreendidos à arguida B foram por ela adquiridos" à recorrente.

Parece inferir-se que os produtos, a que se reporta aquele facto provado – são todos os produtos apreendidos à aludida arguida – a que se refere aquele facto não provado.

E, nessa óptica, estar-se-ia perante uma *contradição insanável da fundamentação* (cfr. cit. artº. 400º, nº. 2-b).

Mas, mesmo assim, pode fazer-se, ainda, uma distinção entre os termos entregar/receber e adquirir.

De qualquer forma, a afastar-se essa aparente *contradição*, antolha-se, do nosso ponto de vista, uma outra situação de *insuficiência para a decisão da matéria de facto provada*.

É que, para efeitos da responsabilização da recorrente e da própria qualificação da sua actuação, sempre haverá que averiguar quais os produtos e respectivas quantidades entregues, por ela, à mesma arguida.

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

[...]>> (cfr. o teor de fls. 316 a 320 dos autos, e *sic*).

Outrossim, respondeu também a 1.^a arguida não recorrente B (já melhor identificada no acórdão ora recorrido), pugnando pelo improvimento do recurso nos seguintes termos:

<<[...]

I. Na sua motivação, imputa a recorrente ao douto acórdão recorrido, a violação das normas contidas nos arts.8.º. (ao fazer a sua aplicação) e 9.º. (pela sua desaplicação), ambos do Decreto-Lei no.5/91/M, de 28 de Janeiro e o vício de insuficiência para a matéria de facto provada previsto no art.400,no.2 alínea a) do CPP .

II. Cremos porém, no nosso modesto entender, não assistir razão à recorrente, pelas razões que se passam a arrolar:

III. Relativamente ao primeiro dos vícios acima aludidos e analisado no erro ligado à qualificação jurídica dos factos - erro de julgamento - contrariamente ao expandido pela recorrente, ficou efectivamente apurado e destrinçado, do total de estupefaciente apreendido, qual o destinado pela mesma à cedência a terceiros e correspondente quantitativo.

IV. Com efeito, do elenco da matéria fáctica dada por provada no acórdão ora sindicado, ressalta a páginas 9 do mesmo: ”Parte dos produtos encontrados na posse da arguida Un Sio In destinavam-se ao seu consumo próprio e **outro parte, ou seja, MOP 4.500 de MDMA (mais ou menos 40 comprimidos)** e MOP 3.500 de Ketamina destinavam-se a ser entregues à sua amiga “Ah Fong”, que lhe tinha solicitado ajuda na sua compra, no dia 6 de Setembro de 2003, cerca das 16H00.

A arguida B contactou a arguida A, e depois de combinação prévia, esta foi entregar os produtos à arguida B, no mesmo dia à noite, cerca das 20H00, junto ao edifício onde a arguida B reside.

A arguida B, na sua residência, procedeu ao empacotamento dos referidos comprimidos e da Ketamina em várias saquetas.

A arguida A adquiriu os produtos estupefacientes apreendidos a pessoa que não foi possível identificar, destinando-os à venda a terceiro e para seu próprio consumo (o sublinhado é nosso).

V. Ora do elenco fáctico ora reproduzido ressalta, com mediana clareza, que pelo menos uma quantidade aproximada de 40 comprimidos de MDMA que a respondente destinava à sua amiga “Ah Fong”, foram cedidos àquela pela ora recorrente A no próprio dia 6 de Setembro pelas 20H00 junto à residência da respondente B.

VI. Por seu turno, ressalta igualmente que os citados comprimidos pertenciam ao rol dos que foram apreendidos à respondente B e posteriormente submetidos a exame laboratorial tendo-se apurado conterem MDMA com o peso líquido constante no relatório junto aos autos e cujos termos aqui se dão por reproduzidos para todos os efeitos legais.

VII. Tendo em linha de conta que dos 43 comprimidos encontrados posse da respondente B (**17 unidades** colocadas numa arvore no jardim do edifício da Unesco e **26 unidades** guardadas nas escadarias do edifício XXX onde aquela reside) só as 17 unidades já continham o peso líquido de 1.736 gramas de MDMA e as restantes 26 unidades continham o peso líquido de 2.393 gramas de MDMA, facilmente se depreenderá que os cerca de 40 comprimidos da mesma matéria estupefaciente -MDMA- que se deu como provado terem sido entregues à respondente pela recorrente A, excederiam largamente em termos quantitativos, uma grandeza susceptível de se configurar como diminuta e, conseqüentemente excludente de

subsunção no normativo do art. 9º. noº. 3 do Decreto-Lei nº. 5/91/M a que se vem aludindo.

VIII. Por isso, crê a respondente-no seu modesto entendimento-que, por não subsistir dúvida relevante quanto à cedência, por parte da ora recorrente A, à respondente B dos cerca de 40 comprimidos de MDMA e tendo em o peso líquido deste produto apurado em sede laboratorial, não se poderá pois imputar ao douto acórdão recorrido, o vício de erro na qualificação jurídica dos factos, contrariamente ao pugnado pela recorrente.

IX Aliás pelas mesmas razões atrás expendidas, não se alcança que se possa imputar ao acórdão ora sindicado, o vício de insuficiência previsto na alínea a) do no.2 do art. 400º. do CPP como pretende a recorrente, face à explicitação no acórdão recorrido da quantidade de estupefaciente destinada pela recorrente à cedência a terceiros (in casu, à respondente B que por sua vez a destinaria à sua amiga “Ah Fong”), ou seja os cerca de 40 comprimidos de MDMA, pelo menos.

X. Relativamente ao mesmo vício de insuficiência, invocado igualmente pela recorrente, e analisado na falta de determinação do peso líquido da substância proibida “estazolam” detectada em 45 comprimidos com o peso de 3,811 gramas, em ordem a uma eventual qualificação como “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no art.9º. nos 1 e 3 do Decreto-Lei no. 5/91/M, uma eventual procedência do mesmo diluir-se-ia, em termos de relevância jurídica, face **à sua consunção** pelo crime do art.8º. no. 1do atrás citado Decreto-Lei no.5/91/M e conseqüente inconsideração na graduação da pela concretamente imposta à ora recorrente A, pela prática do crime p.p. no art. 8º. no. 1 do mesmo diploma legal (oito anos e três meses) a tocar aliás o mínimo legal.

Nestes termos, deve pois ser negado provimento ao recurso interposto, mantendo-se o duto acórdão recorrido.>> (cfr. o teor de fls. 321 a 322v dos autos, e *sic*).

Subido o recurso para este TSI, o Digno Procurador-Adjunto, em sede de vista a fls. 332, declarou manter a posição já por ele veiculada na resposta então apresentada ao recurso.

Feito subsequentemente o exame preliminar e corridos em seguida os vistos legais, realizou-se neste TSI a audiência de julgamento com observância mormente do disposto no art.º 414.º do Código de Processo Penal de Macau (CPP).

Cumprido, pois, decidir.

São duas as questões concreta, material e nuclearmente colocadas pela 2.^a arguida recorrente A na parte das conclusões da sua motivação como objecto do seu recurso, a saber:

- Do alegado erro de qualificação jurídica dos factos quanto ao crime de tráfico do art.º 8.º (n.º 1) do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, como questão principal através de cuja rogada procedência pede a recorrente a sua absolvição desse crime (devido ao princípio

in dubio pro reo por não se ter apurado, do total de estupefaciente detido pela recorrente, qual a quantidade destinada ao seu consumo próprio e qual a quantidade destinada à cedência a terceiros), e em substituição, a condenação no crime de tráfico de quantidades diminutas do art.º 9.º (n.º 1) do mesmo diploma – cfr., em especial, as conclusões 17.ª a 19.ª da motivação, a fls. 303 dos autos;

- E do alegado vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada previsto no art.º 400.º, n.º 2, alínea a), do CPP, por falta de apuramento, de entre o total de estupefaciente apreendido à recorrente, de qual a quantidade destinada ao seu consumo próprio e de qual a quantidade por ela destinada à cedência a terceiros, como questão subsidiária cuja procedência determinaria o pretendido reenvio do processo para novo julgamento na Primeira Instância – cfr. as conclusões 20.ª a 24.ª da mesma motivação, a fls. 303 a 304 dos autos.

E para responder a estas questões, é de relembrar aqui o nosso entendimento (aliás, já nomeadamente reafirmado nos arestos deste TSI, de 20/5/2004 no Processo n.º 90/2004, de 15/1/2004 no Processo n.º 260/2003, e de 25/9/2003 no Processo n.º 186/2003) quanto à problemática de aplicação de diversos tipos-de-ilícito previstos no Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro:

- 1) o bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de “tráfico e actividades ilícitas” previsto nos seus termos fundamentais no art.º

8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, é a saúde pública, na dupla vertente física e moral, pelo que atenta a natureza desse seu bem jurídico, o crime em causa é um crime de perigo abstracto ou presumido, para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o mesmo bem protegido;

– 2) o mero acto de detenção de droga em condições expressamente previstas no n.º 1 do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, já integra perfeitamente uma das “actividades ilícitas” incriminadas no tipo de crime em causa, não sendo necessária, para o efeito, prova positiva de algum acto concreto de “cessão” de droga a terceiro, acto de cessão esse que por si só constitui também uma das “actividades ilícitas” previstas no mesmo tipo legal;

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

– 4) ao definir a “quantidade diminuta” para cada tipo de substância

ou preparado em consideração, não se pode olhar demasiadamente à sua quantidade letal, mas sim mais propriamente à “quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, como diz expressamente a lei;

– 5) não se tendo provado quais as quantidades de droga efectivamente consumidas pelo agente e se o fazia todos os dias, haverá que aferir as suas necessidades de consumo pelas da generalidade dos consumidores nas suas condições;

– 6) se da matéria de facto em consideração pelo tribunal depois de investigado, como lhe cabia, o objecto do processo, se retira que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada ou diversas substâncias estupefacientes, e mesmo assim a(s) deteve de livre vontade, sabendo que assim procedendo iria contrariar a lei, e enquanto não resultar da mesma factualidade que essa conduta de detenção tenha sido praticada exclusiva e totalmente para consumo da(s) mesma(s) substâncias pela própria pessoa dele (com o que se afasta a possibilidade de punição nos termos do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M), nem que com essa conduta de detenção ele tenha tido por finalidade exclusiva conseguir substância(s) ou preparado(s) para seu uso pessoal (com o que fica também afastada a punibilidade em sede do art.º 23.º do mesmo diploma), o mesmo agente tem que ser punido a título da autoria material do crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M por causa daquela conduta de detenção (crime esse susceptível de estar em cúmulo real efectivo com a autoria material de um crime de detenção ilícita para consumo pessoal p. e p. pelo art.º 23.º do mesmo Decreto-Lei,

caso se tenha legalmente imputado e tido por provado que o mesmo agente é também um consumidor de droga), salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade daquela(s) mesma(s) substância(s) estupefaciente(s) detidas pelo mesmo agente e encontrada(s) na sua disponibilidade “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 Decreto-Lei n.º 5/91/M;

– 7) ou seja, desde que não se prove que a detenção da droga seja praticada com a finalidade exclusiva para conseguir substâncias ou preparados para uso pessoal, já não é de aplicar o tipo privilegiado de crime de “traficante-consumidor” descrito no art.º 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M. E desde que o tribunal não considere que o total da droga encontrado na disponibilidade do arguido, e por isso por este detido, seja de quantidade diminuta, já não é de aplicar também o tipo privilegiado de crime de “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, isto independentemente da questão, aliás em si irrelevante para efeitos de condenação no caso de mera detenção ilícita de droga, de saber qual a porção ou parte do total de droga encontrado na disponibilidade do agente do crime é que se destina a seu eventual consumo próprio ou a fornecimento a terceiro, pois a norma incriminadora do mesmo art.º 9.º, atento o disposto no seu n.º 3, não distingue isto para efeitos da sua aplicação, dada, aliás, a natureza do crime do art.º 8.º como crime de perigo abstracto ou presumido;

– 8) e em todo o caso, atento o bem jurídico no crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e a necessidade da sua protecção, na punição das “condutas ilícitas” nele tipificadas, é considerada toda a quantidade de estupefaciente(s) ou seu(s) preparado(s) de disponibilidade do agente durante uma certa época, e não num determinado momento, daí que, aliás, não pode haver lugar ao concurso real efectivo do crime de “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M com o crime de “tráfico e actividades ilícitas” do art.º 8.º do mesmo diploma, pois a existir comprovadamente e ao mesmo tempo, *in casu*, uma conduta concreta não legalmente autorizada de cultivo, produção, fabrico, extracção, preparação, oferecimento, venda, distribuição, compra, cessão, recebimento, proporcionalização a outrem, transportação, importação, exportação ou de fazer transitar de uma certa quantidade de estupefacientes ou seus preparados, enquadrável no conceito de “quantidade diminuta” defenido no n.º 3 do art.º 9.º do dito Decreto-Lei, e uma conduta de detenção ilícita, e não destinada exclusiva e totalmente para consumo próprio do mesmo agente, de uma(s) outra(s) substância(s) estupefaciente(s) ou seu(s) preparado(s) em quantidade que “excede o necessário para consumo individual durante três dias” (e, portanto, considerada não “diminuta”), a ilicitude daquela primeira “conduta ilícita”, tendo em conta o bem jurídico protegido no crime do art.º 8.º do mesmo Decreto-Lei, já se encontrará absorvida na ilicitude, mais elevada, dessa segunda conduta, também ilícita, de detenção, a não ser que só se encontrem provadas, *in casu*, a prática de uma determinada conduta ilícita concreta tipificada no art.º 8.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei em determinada

“quantidade diminuta” apurada (que não seja a mera detenção da mesma “quantidade diminuta”) e, ao mesmo tempo, a mera detenção ilícita de outra quantidade de estupefaciente(s) (independentemente de se tratar esta de quantidade “diminuta” ou não “diminuta”), exclusiva e totalmente para o consumo próprio do agente, pois nesta situação, considerada como um caso-limite (pois é pouco credível, à luz das regras da experiência humana, que algum toxicoconsumidor detenha quantidade não “diminuta” de estupefacientes só para seu consumo pessoal), este mesmo agente deverá ser punido apenas como autor de um crime do art.º 9.º e de um crime do art.º 23.º do mesmo diploma legal, em cúmulo real efectivo.

Pois bem, à luz dessa nossa visão das coisas (que, salvo o devido respeito por opinião diversa ou divergente, tem ainda de ser mantida enquanto não houver jurisprudência obrigatória em sentido diverso, a ser emanada de eventual recurso extraordinário para a fixação de jurisprudência, a ser interposto por quem de direito à luz do art.º 419.º, n.º 1, do CPP ou até mesmo do art.º 429.º, n.º 1, do mesmo Código, no interesse da unidade do direito), e tendo presente a matéria de facto dada por fixada no texto do acórdão recorrido, é-nos evidente que improcede o recurso da ora recorrente no tangente à primeira questão dita de principal, porquanto os factos aí dados por provados efectivamente dão para condenar a recorrente a título de autor de um crime do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M e de um crime do art.º 23.º, alínea a), do mesmo diploma legal, sendo, pois, e tal como já se explicou no ponto 7 do entendimento acima relembrado, irrelevante, para

efeitos de condenação no tipo legal do referido art.º 8.º por causa de mera detenção ilícita de droga (como é o caso da ora recorrente, por ter detido ilicitamente, de modo livre, consciente e voluntário, um total de estupefaciente que, segundo a livre convicção dos julgadores e as regras da experiência, não pode ser tido como inferior ou igual à quantidade necessária para consumo individual durante três dias), saber qual a porção ou parte do total de droga encontrado na disponibilidade do agente do crime é que se destina ao seu consumo próprio ou ao fornecimento a terceiro.

E do acima por nós concluído decorre necessariamente o fracasso do recurso também no concernente à questão, dita de subsidiária, de reenvio do processo para novo julgamento, posta pela recorrente aliás com base numa mesma alegação, uma vez que também mormente por comando do expendido no ponto 7 do nosso entendimento jurisprudencial *supra* rememorado, não se vislumbra qualquer insuficiência para a decisão da matéria de facto provada no sentido próprio do termo.

Em suma, há que julgar improcedente o recurso no seu todo, por não assistir razão à recorrente na imputação das ilegalidades/vícios na sua motivação de recurso.

Em harmonia com o expendido, **acordam em negar provimento ao recurso da arguida A**, com quatro UC (duas mil patacas) de taxa de justiça a cargo da mesma.

Notifique a presente decisão à própria pessoa da arguida recorrente A e da arguida não recorrente B, por via do Estabelecimento Prisional de Macau.

Macau, 22 de Julho de 2004.

Chan Kuong Seng (relator)

Lai Kin Hong (2.º Juiz-Adjunto)

José Maria Dias Azedo (1.º Juiz-Adjunto) – vencido nos termos de declaração que segue em anexo.

Declaração de voto

Vencido.

Tal como em situações semelhantes em que se colocava a mesma questão relacionada com o crime de “tráfico de estupefacientes” p. e p. pelo artº 8º, nº 1 do D.L. nº 5/91/M, (algumas das quais, recentes, cfr., v.g., as declarações de voto que anexei aos Acs. deste T.S.I. de 20.05.2004, Procs. nº 90/2004 e nº 104/2004), considero que a factualidade pelo Colectivo “a quo” dada como provada é “insuficiente” e “obscura”, não permitindo uma decisão de direito, sendo assim de reenviar os presentes autos para novo julgamento nos termos do artº 418º do C.P.P.M., tal como ora vem pelo Ilustre Procurador-Adjunto opinado no Parecer que juntou aos presentes autos e cujo teor se encontra transcrito no douto Acórdão que antecede.

Daí, e não me parecendo haver motivos para alterar o entendimento que tenho considerado como o adequado, a presente declaração.

Macau, aos 22 Julho de 2004

José Maria Dias Azedo