

Processo n.º 24/2004.

Recurso jurisdicional em matéria penal.

Recorrente: A.

Recorrido: Ministério Público.

Assunto: Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada. Crime de tráfico de droga. “Quantidade diminuta” de estupefaciente. MDMA. *In dubio pro reo.*

Data da Audiência: 16.7.2004.

Data do Acórdão: 21.7.2004.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e Chu Kin.

SUMÁRIO:

I - A quantidade líquida necessária para o consumo individual durante três dias de *MDMA*, nos termos e para os efeitos do art. 9.º n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é de 300 mg.

II – Em processo penal, a dúvida sobre os factos relevantes para a decisão resolve-se a favor do arguido, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*.

III – Quando se prova que o agente detém produto estupefaciente para consumir e para cedência a terceiros, mas não é possível apurar com rigor qual a quantidade que o agente destina a consumo próprio e qual a que destina a cedência a terceiros, com vista à integração do crime de tráfico nos tipos dos arts. 8.º, n.º 1 ou 9.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, o tribunal de julgamento ou o de recurso devem ponderar, de acordo com os restantes factos provados – designadamente o total da quantidade detida - e as regras da experiência, se é seguro concluir que a quantidade destinada a cedência é

diminuta ou não, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M. Se for possível chegar-se a uma conclusão, a conduta do agente será integrada nos tipos dos arts. 9.º ou 8.º deste diploma legal, consoante os casos. Se o Tribunal não conseguir chegar a uma conclusão segura, terá de condenar o agente pelo crime do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, por via do princípio *in dubio pro reo*.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório

O **Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base**, por Acórdão de 5 de Março de 2004, decidiu o seguinte:

Condenou o arguido **A** pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, na pena de 8 (oito) anos de prisão e na multa de MOP\$6.000,00 (seis mil patacas), com alternativa de 40 (quarenta) dias de prisão e pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 23.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 5/91/M, na pena de 45 (quarenta e cinco) dias.

Em cúmulo jurídico, foi condenado na pena unitária de 8 (oito) anos de prisão e na multa de MOP\$6.000,00 (seis mil patacas), com alternativa de 40 (quarenta) dias de prisão.

Interposto recurso jurisdicional o **Tribunal de Segunda Instância**, por Acórdão de 20 de Maio de 2004, negou provimento ao recurso interposto pelo arguido.

Não conformados, recorrem o **Ministério Público** e o **arguido** para este **Tribunal de Última Instância**.

O **Ministério Público** termina a sua motivação, com as seguintes conclusões:

1.^a - Este Tribunal confirmou o acórdão da 1.^a Instância, que condenou o arguido, além do mais, pelo crime referido no art.º 8.º, n.º 1, do Dec-Lei n.º 5/91/M, de 28-1;

2.^a - A condenação por esse crime ficou a dever-se ao facto de o mesmo deter 15 comprimidos, com o peso líquido de 1,500g de MDMA;

3.^a - Provou-se que tais comprimidos se destinavam ao consumo pessoal e à cedência a terceiros; mas,

4.^a - Não se apurou qual a quantidade que era para fornecer a terceiros; também,

5.^a - Não se mostra que tenha sido feita qualquer investigação com vista à determinação dessa quantidade; ora,

6.^a - Tal elemento é essencial para enquadrar a actuação do arguido no aludido art.º 8.º, n.º 1 ou no subsequente art.º 9.º, n.º 1;

7.^a - Impõe-se, por isso, decretar o reenvio do processo, nos termos do art.º 400.º, n.º 2, al. a), do C. P. Penal, com vista a indagar se o mesmo tinha por objectivo ceder a terceiros uma quantidade superior a 300mg (que corresponde ao conceito de "quantidade diminuta", a que se reporta o aludido art.º 9.º, n.º 3); sem prescindir,

8.^a - Se se entender que não há lugar a esse reenvio, o arguido deverá ser condenado pelo crime previsto no mesmo art.º 9.º, n.º 1; com efeito,

10.^a - Face à factualidade dada como assente, o mesmo não poderá deixar de beneficiar do princípio "in dubio pro reo";

11.^a - Decidindo de forma contrária, o duto acórdão violou os dispositivos e/ ou o princípio supracitados.

Deve, pelo exposto, ser concedido provimento ao recurso e, em consequência, reenviar-se o processo na forma propugnada ou - se assim não se entender - condenar-se o arguido pela prática do crime punido no art.º 9.º, n.º 1, do Dec-Lei n.º 5/91/M de 28-1 (e não pela comissão do descrito no antecedente art.º 8.º, n.º 1).

O arguido A termina a sua motivação, com as seguintes conclusões:

1. Por duto Acórdão de 20/05/2004 do Tribunal de 2.^a Instância, foi confirmado o acórdão da 1.^a Instância, que condenou o arguido, além do mais, na pena de 8 (oito) anos de prisão pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 8.º/1 do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

2. Provou-se que o recorrente detinha 15 comprimidos, com o peso líquido de 1,500g de MDMA, tendo comprado *a droga para a sua namorada e outras amigas*

consumirem numa festa, destinando ainda uma porção dessa droga para seu consumo próprio.

3. Não se apurou qual a quantidade que era para seu consumo e a que destinava a terceiros.

4. Tal facto é fundamental para se decidir com rigor para se decidir sobre o enquadramento jurídico a dar à conduta do arguido, ou seja; para se determinar se o mesmo deve ser condenado pelo art.º 8.º ou pelo art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

5. A decisão recorrida violou assim o princípio da legalidade, o princípio *in dubio pro reo* e os art.ºs 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Pelo exposto, deve ser concedido provimento ao recurso e, em consequência, condenar-se o arguido pelo crime previsto no art.º 9.º do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, ou, em alternativa, reenviar-se o processo para que, após novo julgamento, onde se apure (ou se tente apurar) a quantidade destinada ao consumo do recorrente e a que o mesmo destinava à cedência a terceiros, se profira nova decisão.

O **Ex.º Procurador-Adjunto** emitiu parecer dando por reproduzida a sua motivação de recurso.

II – Os factos

Os factos que as instâncias deram como provados e não provados são os seguintes:

- Pelo menos a partir de Abril de 2003 e através das Portas do Cerco, o arguido A deslocava-se, frequentemente, a Zhuhai onde permanecia por algumas horas e depois regressava a Macau (para pormenores vide registo de entrada e saída fronteiriça a fls. 5 a 7 dos autos.)

- No dia 21 de Maio de 2003, a Polícia de Segurança Pública recebeu uma informação de que o arguido A trouxe por várias ocasiões droga de Zhuhai para Macau, para vender às raparigas de nacionalidade russa que viviam em Macau.

- No dia 22 de Maio de 2003, pelas 17H26, o arguido A voltou a entrar em Zhuhai através das Portas do Cerco e regressou a Macau pelas 21H22 do mesmo dia, tendo apanhado um taxi nas Portas do Cerco para ir ao Hotel.

- Quando o arguido entrou no quarto de banho do átrio de entrada do hotel acima referido, foi imediatamente interceptado por guardas da PSP, os quais encontraram dentro das cuecas do arguido 3 sacos de plástico transparentes, contendo no total 15 comprimidos de cor cinzenta e branca, com a inscrição da letra "L", e ainda na sua posse foi encontrado um telefone portátil, com o número XXXXXXXX (vide auto de apreensão a fls. 3 dos autos.)

- Posteriormente, guardas da PSP deslocaram-se à residência do arguido situado no [Endereço], para uma busca, ocasião em que encontraram duas mil e trezentas patacas (MOP\$2.300,00), novecentos e cinquenta dólares americanos (USD950,00) e duzentos euros (€200,00), dois maços de mortalha e um aparelho de plástico para enrolar cigarros (vide auto de apreensão a fls. 4 dos autos.)

- Após exame laboratorial¹, os comprimidos acima referidos foram identificados como contendo MDMA, vulgarmente conhecidos por "comprimidos ecstasy", com peso líquido total de 4,900 g e peso líquido da sua componente de MDMA de 1,500g.

- MDMA é uma substância na Tabela II-A prevista pelo artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M de 28 de Janeiro, com a nova redacção dada pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio.

- O arguido adquiriu os comprimidos acima referidos na "Discoteca" em Zhuhai, de um indivíduo desconhecido, pelo preço de quarenta e duas patacas cada e trouxe escondidos tais produtos dentro das suas cuecas, via Portas do Cerco, para Macau.

- O arguido adquiriu a droga acima referida com o objectivo de fornecer à sua namorada B e a seus amigos durante as festas, e parte dos produtos era destinada ao seu consumo pessoal, embora consumisse esporadicamente.

- A quantidade de comprimidos acima que o arguido consumia era dois comprimidos e meio por dia.

- O arguido tinha perfeito conhecimento da natureza e das características dos comprimidos acima referidos.

- O arguido adquiriu, transportou e deteve a droga acima referida, com o objectivo de fornecer a terceiros e para consumo pessoal.

- O arguido agiu livre, voluntária e conscientemente.

- Bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por Lei.

Ficou provado ainda o seguinte :

- Os montantes encontrados no [Endereço], compreendendo duas mil e trezentas patacas (MOP2.300,00), novecentos e cinquenta dólares americanos (USD950,00) e DUZENTOS EUROS (E\$200,00), pertenciam à B.

FACTOS NAO PROVADOS:

Considerando o objecto acusatório que delimita o espaço cognitivo do Tribunal, de entre todos os factos constantes da acusação pública para preencher os elementos constitutivos do tipo legal imputado ao arguido, não ficou nenhum por provar, nem existem outros jurídico-penalmente relevantes que importe provar nesta circunstância.

* * *

2. O arguido **A** é primário (fls. 127).

- Confessou parcialmente os factos;

- Encontrava-se desempregado;

- Não tem cargo familiar;

- Concluiu o 1.º ano do curso do ensino secundário.

III - O Direito

1. As questões a resolver

Importa saber:

- Se o processo deve ser reenviado para novo julgamento, em virtude o acórdão recorrido enfermar do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por não ter apurado qual a quantidade de estupefaciente que o arguido destinava a consumo pessoal e qual a quantidade que destinava a cedência a terceiros;

- Se o anterior vício não proceder, se o arguido deve ser condenado pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M [em concurso com um crime previsto e punível pelo art. 23.º, alínea a) do mesmo diploma legal] e não pelo crime do art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

2. Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

As questões a resolver apresentam-se bastante simples.

De útil provou-se que o arguido detinha 15 comprimidos que se provou conterem MDMA, com peso líquido total de 4,900 g e peso líquido da sua componente de MDMA de 1,500g.

O arguido destinava tais comprimidos a consumo pessoal e a cedência a terceiros.

Não se apurou qual a parte que destinava a consumo pessoal e qual a parte que destinava a cedência a terceiros.

O arguido consumia dois comprimidos e meio, do produto em questão, por dia.

Do acórdão proferido pelo tribunal colectivo do Tribunal Judicial de Base ressalta que o tribunal não conseguiu apurar qual a fracção dos comprimidos destinada a consumo pessoal e qual a parte destinada a cedência a terceiros. Na verdade, a p. 13 do acórdão, os Ex.^{mos} Juízes confrontaram-se com a questão, ao referirem que é pouco crível a versão do arguido de que todos os comprimidos eram para consumo próprio e, de seguida, explicaram porquê. Se tivessem conseguido apurar qual parte destinada ao consumo do arguido e qual a parte destinada a cedência, certamente o teriam feito, já que sabiam que era crucial tal dilucidação para se poder saber se o crime de tráfico de

estupefacientes praticado foi o do art.º 8.º, n.º 1 ou o do art. 9.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Assim, considera-se não enfermar tal acórdão do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, pois que, como este Tribunal tem decidido, tal vício só se verifica quando o tribunal não apurou a matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo.¹

Ora, o tribunal investigou a matéria em causa. Simplesmente, não conseguiu chegar a uma conclusão.

Improcede o vício suscitado.

3. O princípio *in dubio pro reo*.

O recorrente foi condenado pela prática do crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1, (tráfico de estupefaciente), mas entende que, por não se saber qual a quantidade líquida de estupefaciente destinada a cedência, deve ser condenado antes pela prática do crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M (tráfico de quantidades diminutas de estupefaciente), em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, já que se provou que parte era destinada ao seu próprio consumo.

¹ Cfr., entre outros o acórdão de 22 de Outubro de 2003, Processo n.º 18/2003.

Como se sabe, os tipos criminais dos arts. 8.º, n.º 1 e 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, respeitam ambos a tráfico de estupefaciente, onde se inclui a cedência a terceiros, ainda que não remunerada. O que distingue estes tipos criminais é que o segundo se refere a tráfico de quantidades diminutas, entendendo-se quantidade diminuta como “...a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias...” (n.º 3 do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M)

No acórdão de 10 de Dezembro de 2003, Processo n.º 28/2003, este Tribunal de Última Instância considerou que a quantidade líquida de *MDMA* necessária para o consumo individual durante três dias, nos termos e para os efeitos do art. 9.º n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é de 300 mg.

O arguido detinha comprimidos com quantidade líquida de *MDMA* de 1,5 g, não se sabendo quantos para consumo e quantos para cedência. Devendo cada comprimido ter cerca de 100 mg de princípio activo (15:1,5 g = 100 mg), é admissível, isto é, é razoável admitir que o arguido pudesse destinar 12 comprimidos a consumo próprio, até porque se provou que o arguido consumia dois comprimidos e meio por dia. O que significaria produto para consumo próprio durante 4,8 dias.

Ou seja, não se sabendo concretamente qual a quantidade que o arguido destinava a cedência e a consumo, na normalidade das coisas, isto é, de acordo com as regras da experiência, não é destituído de razoabilidade que um consumidor de estupefaciente detenha produto para consumir durante 4,8 dias, cerca de 5 dias.

Ora, se 12 comprimidos fossem destinados a consumo próprio, só 3 seriam destinados a cedência (cerca de 300 mg), o que redundaria na prática pelo arguido do crime do art. 9.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M (tráfico de quantidades diminutas), em concurso com o de consumo de estupefacientes.

Claro que existe uma dúvida. Se, em vez de 12 comprimidos para consumo próprio, pudessem ser apenas 9 ou 6, o arguido deteria para cedência, respectivamente, 6 ou 9 comprimidos, o que redundaria em cerca de 600 mg ou 900 mg para cedência e, portanto, na prática do crime do art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M (tráfico de estupefacientes).

Simplesmente, em processo penal, a dúvida sobre os factos relevantes para a decisão resolve-se a favor do arguido, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*.²

Ora, os acórdãos recorridos resolveram a dúvida em prejuízo do arguido.

Logo, no caso, a dúvida sobre a quantidade de estupefaciente que o arguido deteria para consumo pessoal e para cedência a terceiros deve beneficiá-lo, o que significa ser condenado pelo crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Foi o que se decidiu no acórdão deste Tribunal de 10 de Março de 2004, Processo n.º 6/2004, em que perante a detenção de 44,4 g de cannabis para consumo pessoal e não

² J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, primeiro volume, p. 211 e segs.

só, se entendeu que a dúvida devia beneficiar o arguido, de sorte a ser condenado pelo crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Procedem, portanto, os recursos, nesta parte.

4. Convolação e medida da pena

Há que condenar o arguido pelo crime do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, por via do princípio *in dubio pro reo*, convolando, assim, a acusação.

Atento o disposto no art. 65.º do Código Penal, ao facto de não se provar que a cedência fosse remunerada, pois que o arguido adquiriu a droga com o objectivo de fornecer à sua namorada B e a seus amigos durante festas, afigura-se ajustada a pena de dezoito meses de prisão e trinta mil patacas de multa, ou se não a pagar nem a mesma for substituída por trabalho, em três meses de prisão.

Em cúmulo jurídico com a pena aplicada pelo crime de consumo de estupefaciente – que não veio sindicada no recurso - aplicar-se-á a pena unitária de dezoito meses e dez dias de prisão e trinta mil patacas de multa, ou se não a pagar nem a mesma for substituída por trabalho, cumprirá três meses de prisão.

Não se suspenderá a execução da pena de prisão por a simples censura do facto e a ameaça da prisão não realizarem de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 48.º, n.º 1 do Código Penal).

IV – Decisão

Face ao expendido:

A) Negam provimento aos recursos na parte em que pediam o reenvio do processo por insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;

B) Concedem provimento aos recursos na parte restante, revogando o acórdão recorrido e como autor material de um crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, condenam o arguido na pena de dezoito meses de prisão e trinta mil patacas de multa, ou se não a pagar nem a mesma for substituída por trabalho, em três meses de prisão;

C) Em cúmulo jurídico com a pena aplicada pelo crime previsto e punível pelo art. 23.º, alínea a) do mesmo diploma legal, condena-se o arguido na pena unitária de dezoito meses e dez dias de prisão e trinta mil patacas de multa, ou se não a pagar nem a mesma for substituída por trabalho, em três meses de prisão.

Sem custas neste Tribunal e no Tribunal de Segunda Instância.

Macau, 21 de Julho de 2004

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) - Sam Hou Fai - Chu Kin