

Recurso nº 276/2005

Data: 1 de Dezembro de 2005

- Assuntos:**
- Insuficiência de material de facto
 - Crime de tráfico
 - Crime de consumo
 - Quantidade de estupefaciente

SUMÁRIO

1. 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 ambos do D.L. nº 5/91/M.
2. Para a condenação do crime de consumo (artigo 23º) não há limitação de quantidade, enquanto o crime de tráfico (artigo 8º) pune a detenção indevida dos estupefacientes fora dos casos previsto no artigo 23º, e se esta detenção de quantidade diminuta, pune nos termos do artigo 9º, todos do do D.L. nº 5/91/M .
3. Incorrer-se-á no vício de insuficiência da matéria de facto nos termos do artigo 400º nº 2 al. a) do Código de Processo Penal, quando o Tribunal der como provados ou/e não provados factos que não permitem uma decisão de direito, ou seja os factos não são líquidos para uma decisão judiciousa, podendo isto verificar-se quando o Tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar,

dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa.

4. No caso em que o arguido detém o(s) estupefaciente(s) tanto para venda como para consumo próprio, incumbe o Tribunal a apurar a quantidade exacta para consumo e para ser oferecido a terceiros, ou pelo menos uma delas; em caso de, apesar do esgotamento a investigação, impossibilidade desse apuramento, deve justificar essa impossibilidade e em consequência aplicar a lei mais favorável ao arguido.

O Relator,
Choi Mou Pan

Recurso nº 276/2005

Recorrente: A

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

Os arguidos A, B e C responderam nos autos do Processo Comum Colectivo nº PCC-067-03-1 perante o Tribunal Judicial de Base.

Realizada a audiência de julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu o Acórdão decidindo que:

- A. Condenam o arguido A pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo art.º 8º nº 1 do DL 5/91/M na pena de oito anos e nove meses de prisão e dez mil patacas de multa ou em alternativa de sessenta e seis dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho, e um crime p. e p. pelo art.º 23º alínea a) do DL nº 5/91/M na pena de um mês de prisão;
- B. Em cúmulo, o condenam na pena única de oito anos, nove meses e 15 dias de prisão e dez mil patacas de multa ou em

alternativa de sessenta e seis dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho;

- C. Condenam os arguidos B e C pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo artº 23º alínea a) do DL 5/91/M (sendo o 2º arguido por convolção de crime) na pena de dois meses de prisão, suspendendo a sua execução por dois anos e seis meses.

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

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

1. Entenderam os Ilustres Julgadores que a factualidade apurada preenchia o tipo legal do artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M com o fundamento de que, «face à quantidade de estupefacientes em causa, não se pode considerar no âmbito do conceito de “quantidades diminutas”, mesmo subtraindo a quantidade destinada ao consumo próprio durante três dias» ;
2. Mas é este um fundamento que, ressalvado o devido respeito, não se pode aceitar, na medida em que resulta de uma interpretação incorrecta dos tipos legais dos artigos 8.º, 9.º e 23.º, e por levar a resultados incongruentes com os princípios fundamentais do Direito penal;

3. O tipo legal do artigo 23.º não deve ser afastado nos casos em que não se prova que a droga não se destinava exclusivamente ao consumo do ora recorrente, pelo contrário, deverá ser aplicado em todos os casos em que se prove a existência de consumo de estupefacientes, tanto nos casos em que se prove que a droga se destinava exclusivamente ao consumo próprio como nos casos em que se prova que a droga se destinava ao consumo próprio e à cedência a terceiros, doutra forma não se compreenderia a ressalva constante da parte final do n.º 1 do artigo 8.º;
4. Punindo a lei o tráfico e o consumo de estupefaciente, o destino da droga para consumo do próprio agente impõe que se faça um diagnóstico diferencial relativamente ao tipo legal de tráfico de estupefacientes do artigo 8.º, apenas e sempre que estejam em causa actividades típicas de aquisição ou detenção, pois apenas estas têm coincidência normativa nos preceitos dos artigos 8.º, n.º 1 e 23.º;
5. E isso o que o artigo 8.º, n.º 1 impõe, como pressuposto da punição aí prevista, quando afirma que essas actividades se desenrolem «fora dos casos previstos no art.º 23.º» ;
6. Tendo-se provado que o arguido destinava a droga também para o seu próprio consumo, não é a circunstância de a detenção ilícita de estupefacientes constituir um crime de perigo abstracto que impede que se tenha que determinar qual a porção que o arguido destinava ao seu consumo;

7. A punição pelo crime de consumo não exige que a quantidade de droga não seja superior à legalmente fixada para o consumo próprio durante 3 dias, é o que resulta do elemento sistemático e teleológico da interpretação, como de resto do elemento literal, na verdade, se o legislador tivesse querido estabelecer essa limitação, como o fez expressamente no crime de tráfico de quantidades diminutas, tê-lo-ia feito, tal como o denota o facto de ter estabelecido o limite daquela quantidade diminuta por referência ao consumo pessoal;
8. Não fazendo, nem tendo querido fazer, a lei da Região de Macau, qualquer referência à quantidade de estupefaciente na previsão da punição do consumo, contrariamente ao que acontece, por exemplo, na homóloga lei portuguesa, para a verificação do crime de consumo de estupefaciente é indiferente a quantidade da droga detida, tal como é indiferente, por exemplo, tratar-se de droga leve ou dura;
9. Interpretando-se o artigo 23.º com o sentido de que ele implica o conceito de "quantidade diminuta", para concluir que a droga era superior à fixada para o consumo médio individual durante três dias, a douda decisão recorrida violou o princípio da tipicidade;
10. Tendo-se apurado que o arguido não destinava a droga exclusivamente ao seu próprio consumo, é indiscutível que o arguido, ora recorrente, praticou, em concurso real, dois crimes, um de tráfico e um de consumo de estupefacientes, uma vez que estão em causa bens jurídicos diferentes;

11. O problema está em que, na nossa ordem jurídico-criminal, não há apenas um só tipo legal de tráfico, mas antes três: o tipo comum do art.º 8.º e dois tipos especiais ou privilegiados dos artigos 9.º e 11.º;
12. O legislador de Macau, em vez de adoptar uma posição maximalista de punir do mesmo modo grandes e pequenos traficantes, optou por consagrar uma solução de gradação de responsabilidade, punido de forma diferenciada o grande traficante, o pequeno traficante e o traficante-consumidor, sendo que, diferentemente do que acontece para os dois últimos casos, a pena para os grandes traficantes não pode deixar de ser a mais severa;
13. Para a verificação do crime de traficante-consumidor, previsto e punido pelo artigo 11.º, n.º 1, exige-se que se dê como provada a prática dos actos referidos no artigo 8.º e ainda a prova do dolo específico, que privilegia o crime, e que consiste em o traficante praticar aqueles actos com a finalidade exclusiva de conseguir droga para o seu próprio consumo; por seu turno, a verificação do crime de tráfico de quantidades diminutas criminaliza a prática de actos referidos no artigo 8.º, quando estes actos tenham por objecto quantidades diminutas de substâncias estupefaciente, sendo que a quantidade diminuta, para este efeito, é, nos termos do n.º 3 do artigo 9.º, a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias;
14. O tipo do artigo 8.º, por um lado, e os tipos dos artigos 9.º e 11.º, por outro, estão numa relação de alternatividade

excludente, o que significa que apenas se pode aplicar, a uma dada realidade de tráfico, um deles: ou a hipótese do artigo 8.º ou, excludentemente, a hipótese do artigo 9.º ou a do artigo 11.º;

15. Era necessário que o tribunal tivesse provado qual a quantidade da droga destinada a ceder a terceiros, ou então, por exclusão de partes, qual a quantidade da droga destinada ao uso pessoal do ora recorrente, isto porque foi provado que o arguido não destinava a droga exclusivamente ao seu próprio consumo pessoal;
16. A determinação dessa quantia constituía um prius lógico para a correcta aplicação do artigo 8.º ou do artigo 9.º, n.º 1, porque, presumir que a droga detida pelo ora recorrente, em virtude da sua quantidade, se destinava à distribuição, não seria juridicamente legítimo, uma vez que significaria fazer inverter o ónus da prova, o que não seria admissível face ao princípio da presunção de inocência do arguido, ou, pelo menos, criaria desigualdades, não admissíveis, entre os meios probatórios ao alcance da acusação e da defesa, é o que decorre, seja do princípio *in dubio pro reo*, seja do princípio da aplicação mais favorável da lei criminal;
17. Em virtude da falta de conhecimento daquele elemento fáctico, e, em consequência, não se conseguindo esclarecer se a factualidade apurada integra o crime de tráfico do artigo 8.º ou o crime de tráfico de quantidades diminutas do artigo 9.º, n.º 1, o princípio da aplicação mais favorável da lei penal, deveria levar a que o tribunal devesse considerar

preenchido o preceito que estabelece a sanção concretamente menos grave e não, como fez, o preceito que estabelece a sanção mais severa, o que significa que, nesse caso, o doutro tribunal deveria ter julgado o arguido de acordo com o princípio *in dubio pro libertatem* e não *in dubio pro societatem*;

18. O duto colectivo fez uma interpretação das normas dos artigos 8.º, 9.º e 23.º não conforme ao princípio do *in dubio pro reo* ou ao princípio da aplicação mais favorável da lei penal (*in dubio pro libertatem*);
19. A decisão recorrida violou as normas dos citados artigos 8.º (pela sua aplicação) e 9.º (pela sua não aplicação).

Termos em que e contando como duto suprimento de Vossas Excelências, deve o presentes recurso ser julgado procedente e, em consequência, ser dado provimento ao mesmo, procedendo à convoção no sentido de condenar o arguido, ora recorrente, pela prática de um crime de tráfico de quantidade diminuta, p e p. pelo artigo 9.º em concurso real e efectivo com o crime de consumo, p. e p. pelo artigo 23.º, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, assim se fazendo a costumada Justiça.

Ao recurso, respondeu o M^oP^o que:

“Impugna o recorrente o duto acórdão que o condenou pelo crime referido no art. 8º, nº. 1, do Dec-Lei nº. 5/91/M, de 28-1.

E pretende que se proceda à respectiva convolação no sentido da sua condenação pelo tipo descrito no subseqüente art. 9.º, n.º.1.

Insurge-se, portanto, contra o enquadramento jurídico-penal da sua actuação (sendo certo que não está em causa a prática, pelo mesmo, do ilícito previsto no art. 23º, al. a), do mesmo Diploma).

Creemos, no entanto, que a matéria de facto fixada não permite uma tomada de posição sobre o objecto do recurso.

Vejamos.

O acórdão recorrido deu como provado que o recorrente detinha, para além de uma substância compreendida na tabela IV do referido Dec.-Lei, 3,264g líquidos de Ketamina e 0,160g líquidos de Metanfetamina, “para cedência e venda a terceiro e consumo próprio”.

E não se mostra que tenha sido feita a necessária investigação, com vista à determinação da quantidade para “cedência e venda a terceiro”.

Ora, tal elemento é essencial para enquadrar a situação do mesmo nos mencionados arts. 8º, n.º. 1 ou 9º, n.º. 1.

E, a propósito, há que ter presente que o Venerando Tribunal de Última Instância fixou em 1g líquido a “quantidade diminuta” relativamente à Ketamina e em 300mg líquidos a mesma “quantidade” em relação à Metanfetamina (cfr. acs. de 5-3-2003 e 15-11-2002, procs. Nos. 23/2002 e 11/2002, respectivamente).

O Tribunal “a quo” partiu, efectivamente, para a questionada qualificação, de uma premissa errada.

Limitou-se, com efeito, a deduzir à droga apreendida aquela que preenche o conceito de “quantidade diminuta”.

E essa perspectiva, como se salienta na motivação, não pode aceitar-se.

É óbvio, na verdade, que um indivíduo pode deter, só para consumo, uma quantidade superior a essa.

Basta atentar, “in casu”, na situação do 3º arguido (que detinha, com essa finalidade, 1,850g líquidos de Ketamina).

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.

Só, então, naturalmente, se poderá colocar a eventual aplicação do princípio “in dubio pro reo”.

No sentido propugnado, decidiu, aliás, o nosso mais Alto Tribunal, num aresto assim sumariado:

1. Se da acusação consta que o agente destinava determinada quantidade de estupefaciente para consumo próprio e para cedência a terceiro e se qualifica o crime de tráfico como o previsto e punível pelo art. 8º do Decreto-Lei nº. 5/91/M, o tribunal de julgamento deve tentar apurar quais as quantidades de estupefaciente para cada um dos fins.
2. Caso o tribunal de julgamento não tente apurar quais as quantidades de estupefaciente para cada um dos fins

mencionados na conclusão anterior, a sentença enferma, em princípio, do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”. (Acórdão de 22-9-2004, proc. nº 34/2004)

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

Deve, conseqüentemente, ser decretado o reenvio do processo, nos termos e para os efeitos apontados (cfr. Art. 418º do mesmo Código).”

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos dos juizes-adjuntos.

À matéria de facto, foi dada por assente a seguinte factualidade:

- No dia 4 de Setembro de 2002, por volta das 02H30, o arguido C foi interceptado pelos agentes da PJ em frente do Edifício Fei Choi Un, onde ele mora, sito em Macau, na Avenida do Coronel Mesquita, nº 5.
- Agentes da PJ encontraram, no bolso dianteiro direito das calças do arguido C, um saco de plástico hermético transparente, contido com pó de cor branca (vide autos de apreensão a fls. 8 dos autos).
- Após exame laboratorial, foi confirmado que os referidos pós de cor branca, com peso neto de 3,177g, continham “Ketamina” e “Barbital” controlados respectivamente nas Tabela II - C e Tabela IV do Secreto-Lei nº 5/91/M, de 28 de

Janeiro, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 1,829g.

- Agentes da PJ deslocaram-se logo à residência do arguido C sita em Macau, na Avenida do Coronel Mesquita, nº 5, Edifício Fei Choi Un, XXº andar J, para proceder uma busca, e encontraram, no peitorial da janela do seu quarto, uma metade do comprimido de cor amarela conhecido por “Ecstasy” (vide autos de apreensão a fls. 10 dos autos).
- Após exame laboratorial, foi confirmado que aquela metade do comprimido de cor amarela, com peso neto de 0,095g, continha “Ketamina” e “Metanfetamina” controlados respectivamente nas Tabela II - C e Tabela II - B do Decreto-Lei nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 0,021g e substâncias de “Metanfetameina” no peso neto de 0,003g.
- Sob disposição da polícia, o arguido C contactou o arguido A através do telemóvel nº XXX, marcando um encontro no dia 5 de Setembro de 2002, às 01H40, em frente do Edifício Fei Choi Un, onde o arguido C mora, sito em Macau, na Avenida do Coronel Mesquita nº 5, no intuito de fazer negócio de estupefaciente.
- No dia 5 de Setembro de 2002, por volta das 01H40, o arguido A foi interceptado pelos agentes da PJ perto do

Edifício Fei Choi Un sito em Macau, na Avenida do Coronel Mesquita, nº 5.

- E encontraram, no bolso dianteiro direito das calças do arguido A, um tablete de 9 comprimidos de cor de laranja conhecidos por “Ecstasy”, embrulhado com lenço de papel de cor branca, 10 comprimidos de cor amarela, imprimidos com desenho de “Mickey Mouse” e conhecidos por “Five Chai”, embrulhados com papel, e um saco de plástico hermético, contido com pó de cor branca.
- Ao mesmo tempo, encontraram ainda, no bolso traseiro esquerdo das calças do arguido A, HKD\$91.500,00 (noventa e um mil e quinhentos dólares de Hong Kong) e MOP\$13.000,00 (treze mil patacas); bem como apreenderam na posse do mesmo um relógio da marca “Rolex” e dois telemóveis (vide autos de apreensão a fls. 16 dos autos).
- Após exame laboratorial, foi confirmado que aquele tablete de 9 comprimidos de cor de laranja, com peso neto de 3,678g, continham “Ketamina” e “Metanfetamina” controlados respectivamente nas Tabela II - C e Tabela II - B do Decreto-Lei acima referido, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 0,835g e substâncias de “Metanfetamina” no peso neto de 0,160g; enquanto aqueles 10 comprimidos de cor amarela imprimidos com desenho de “Mickey Mouse”, com peso neto total de 1,552g, continham “Nimetazepam” controlado na Tabela IV do Decreto-Lei acima referido; em relação aos

referidos pós de cor branca, com peso neto de 1,426g, continham “Ketamina” controlado na Tabela II - C do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com nova redacção dada pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias e “Ketamina” no peso neto de 1,175g.

- Posteriormente, agentes da PJ encontraram, na caixa de depósito da porta do lado direito do veículo de matrícula MI-XX-XX do arguido A, um saco de plástico transparente, contido com pó de cor branca; encontraram ainda, no porta-bagagem do mesmo veículo, 84 comprimidos de cor de laranja conhecidos por “Five Chai” (vide autos de apreensão a fls. 17 e 19 dos autos).
- Após exame laboratorial, foi confirmado que os referidos pós de cor branca, com peso neto de 1,557g, continham “Ketamina” controlado na Tabela II - C do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com nova redacção dada pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 1,254g; enquanto aqueles 84 comprimidos de cor de laranja, com peso neto de 14,447g, continham “Nimetazepam” controlado na Tabela IV do Decreto-Lei acima referido.
- Todos estes estupefacientes tinham sido adquiridos pelo arguido A a indivíduo desconhecido, para cedência e venda a terceiro e consumo próprio.

- No dia 5 de Setembro de 2002, por volta das 02H30, agentes da PJ procederam revista ao arguido B no Estabelecimento de Pesca de Camarões Sio Io Pou sito em Fai Chi Kei, Edifício Wai Choi Fa Un, nº 298, loja.
- Encontraram, no bolso direito das calças do arguido B, um saco de plástico hermético, contido com pó de cor branca (vide autos de apreensão a fls. 27 dos autos).
- Após exame laboratorial, foi confirmado que os referidos pós e cor branca, com peso neto de 0,348g, continham “Ketamina” controlado na Tabela II - C do Decreto-Lei nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 0,217g.
- De seguida, agentes da PJ encontraram, num armário ao lado do balcão do Estabelecimento de Pesca de Camarões Sio Io Pou, explorado pelo arguido B, um maço de sacos de plástico transparentes (vide autos de apreensão a fls. 29 dos autos).
- Posteriormente, agentes da PJ deslocaram-se à residência do arguido B sita em Macau, na Rua XXX, para proceder uma busca, e encontraram, na mesinha de cabeceira do seu quarto, 5 comprimidos de cor cinzenta e branca, imprimidos com letras de “AA” e conhecidos por “Ecstasy” (vide autos de apreensão a fls. 29 dos autos).

- Ao mesmo tempo, apreenderam ainda, na posse do arguido B, HKD\$200,00 (duzentos dólares de Hong Kong), MOP\$830,00 (oitocentas e trinta patacas), NTD\$3.000,00 (três mil dólares novos de Taiwan), um fio dourado com imagem dourada de Buda e um telemóvel (vide autos de apreensão a fls. 32 dos autos).
- Após exame laboratorial, foi confirmado que aqueles comprimidos de cor cinzenta e branca, com peso neto de 2,251g, continham “Ketamina” e “Metanfetamina” controlados respectivamente nas Tabela II - C e Tabela II - B do Decreto-Lei acima referido, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 0,680g e substâncias de “Metanfetamina” no peso neto de 0,112g.
- Estes estupefacientes tinham sido adquiridos pelo arguido B numa data não apurada, na Discoteca “DNA”, junto dum indivíduo desconhecido, de alcunha “A Meng”, pelo preço de MOP\$800,00 (oitocentas patacas), para consumo próprio.
- Os arguidos A, B e C agiram livre, voluntária e dolosamente quando tiveram as referidas condutas.
- Os arguidos A, B e C tinham perfeitos conhecimentos da natureza e das características dos estupefacientes acima referidos.
- O arguido A comprou, adquiriu, ofereceu e detinha tais estupefacientes para consumo próprio e cedência e venda a

terceiro, a fim de adquirir ou tentar adquirir remuneração pecuniária.

- Os arguidos B e C compravam, adquiriam e detinham tais estupefacientes para consumo próprio.
- Os arguidos A, B e C bem sabiam que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.
- O 1º arguido é operário de decoração e auferia o vencimento mensal de dez mil patacas.
- É casado e tem os pais e dois filhos a seu cargo.
- Não respondeu em audiência e é primário.
- O 2º arguido é solteiro, desempregado e vive à custa dos pais.
- Confessou parcialmente os factos e é primário.
- O 3º arguido é amanuense e auferia o vencimento mensal de oito mil patacas.
- É casado e tem um filho a seu cargo.
- Não respondeu em audiência e é primário.

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

- Os estupefacientes acima referidos tinham sido adquiridos pelo arguido C na data em que foi detido (4 de Setembro de 2002), por volta da 01H00, no Estabelecimento de Pesca de Camarões Sio Io Pou sito em Fai Chi Kei, Edifício Wai Choi

Fa Un, loja, junto do arguido B, pelo preço de MOP\$1.000,00 (mil patacas), para consumo próprio.

- Durante os três meses anteriores da detenção, o arguido C adquiriu, três vezes, estupefaciente junto do arguido B, e nas primeiras duas, adquiriu “Ketamina” de 1,5g pelo preço de MOP\$500,00 (quinhentas patacas).
- O arguido C consumia, cada vez, uma quantidade diminuta de “Ketamina”.
- As quantias em numerário e os instrumentos apreendidos junto dos 1º e 2º arguido eram relacionados com o tráfico de estupefacientes.
- Os sacos de plástico transparentes destinavam-se à embalagem de estupefaciente por parte do artigo B para efeitos de posto à venda e cedência.

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

- As declarações do 2º arguido em audiência.
- O depoimento das testemunhas da PJ que participaram na detenção dos arguidos e na investigação dos facto e que relataram os mesmos com isenção e imparcialidade e testemunhas de defesa.
- O relatório de exame da PJ a fls. 85, 92, 99 e 178 ss.
- Os restantes documentos colhidos na investigação e juntos aos autos.

Conhecendo.

O recorrente argumenta que em virtude da falta de conhecimento daquele elemento fáctico, e, em consequência, não se conseguindo esclarecer se a factualidade apurada integra o crime de tráfico do artigo 8.º ou o crime de tráfico de quantidades diminutas do artigo 9.º, n.º 1, deveria ter julgado o arguido de acordo com o princípio *in dubio pro libertatem* e não *in dubio pro societatem*, passar a condenar o mesmo pelo crime de tráfico de quantidade diminuta.

A questão que se coloca parece, de primeira vista, ter a ver com a questão de direito, a interpretação dos factos e o seu respectivo enquadramento, prende, no findo, com a questão de matéria de facto, essencialmente no facto que o Tribunal deu como provado, relativamente com o arguido ora recorrente, que “todos estes estupefacientes tinham sido adquiridos pelo arguido A a indivíduo desconhecido, para cedência e venda a terceiro e consumo próprio”.

Está provado que:

- ... no bolso dianteiro direito das calças do arguido A,
 - um tablete de 9 comprimidos de cor de laranja conhecidos por “Ecstasy”, embrulhado com lenço de papel de cor branca,
 - 10 comprimidos de cor amarela, imprimidos com desenho de “Mickey Mouse” e conhecidos por “Five Chai”, embrulhados com papel, e
 - um saco de plástico hermético, contido com pó de cor branca.

- Após exame laboratorial, foi confirmado que
 - aquele tablete de 9 comprimidos de cor de laranja, com peso neto de 3,678g, continham “Ketamina” e “Metanfetamina” controlados respectivamente nas Tabela II - C e Tabela II - B do Decreto-Lei acima referido, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 0,835g e substâncias de “Metanfetamina” no peso neto de 0,160g;
 - enquanto aqueles 10 comprimidos de cor amarela imprimidos com desenho de “Mickey Mouse”, com peso neto total de 1,552g, continham “Nimetazepam” controlado na Tabela IV do Decreto-Lei acima referido;
 - em relação aos referidos pós de cor branca, com peso neto de 1,426g, continham “Ketamina” controlado na Tabela II - C do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias e “Ketamina” no peso neto de 1,175g.
- Posteriormente, agentes da PJ encontraram,
 - na caixa de depósito da porta do lado direito do veículo de matrícula MI-XX-XX do arguido A, um saco de plástico transparente, contido com pó de cor branca;
 - no porta-bagagem do mesmo veículo, 84 comprimidos de cor de laranja conhecidos por “Five Chai”.

- Após exame laboratorial, foi confirmado que
 - os referidos pós de cor branca, com peso neto de 1,557g, continham “Ketamina” controlado na Tabela II – C do Decreto-Lei nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com nova redacção dada pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio; e após análise quantitativa, verificou-se substâncias de “Ketamina” no peso neto de 1,254g;
 - aqueles 84 comprimidos de cor de laranja, com peso neto de 14,447g, continham “Nimetazepam” controlado na Tabela IV do Decreto-Lei acima referido.
- Todos estes estupefacientes tinham sido adquiridos pelo arguido A a indivíduo desconhecido, para cedência e venda a terceiro e consumo próprio.

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

As respectivas disposições legais são seguintes:

“Artigo 8º (Tráfico e actividades ilícitas)

1. Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a

pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5 000 a 700 000 patacas.

2. Quem, beneficiando de autorização nos termos do diploma referido no artigo 6.º, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar para que outrem introduza no comércio substâncias e preparados referidos no número anterior, será punido com prisão maior de 12 a 16 anos e multa de 5 500 a 900 000 patacas.
3. Se se tratar de substâncias e preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

Artigo 23.º (Punição do consumo)

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

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

(Sublinhado nosso)

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

Artigo 9º (Tráfico de quantidades diminutas)

1. Se os actos referidos no artigo anterior tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados

compreendidos nas tabelas I a III, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

2. Se se tratar de substâncias ou preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão até 1 ano e multa de 1 000 a 75 000 patacas.
3. Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente.
4. Ouvidos os Serviços de Saúde, o Governador, mediante decreto-lei, poderá concretizar, para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico, a quantidade diminuta, para efeitos do disposto no presente artigo.
5. A concretização a que se refere o número anterior será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

Artigo 11º (Traficante-consumidor)

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

Código Penal, podendo também ser suspensa a sua execução, nos termos do mesmo Código, se o condenado, sendo um toxicod dependente, se sujeitar a tratamento médico, segundo o que se prevê no artigo 24º.”

Como se tem entendido, a quantificação das substâncias dos estupefacientes é essencial para uma qualificação jurídica dos factos e a medida concreta de pena, ou seja, é determinativa para o enquadramento no crime previsto no artigo 8º ou no artigo 9º, sob pena de incorrer no vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito. ¹

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

Pode o Tribunal, usando a faculdade prevista no artigo 9º da Lei de Droga, determinar, segundo as regras da experiência e a sua convicção, a quantidade a que “não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente”. Assim sendo, perante a matéria de facto provada, em que não consta concretamente factos comprovativos das respectivas porções dos estupefacientes para o próprio consumo e para ceder aos terceiros, a decisão teria a alternativa de:

¹ Cita-se entre outros, o Acórdão de 16 de Maio de 2002 no processo nº 41/2002.

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

Ainda por cima, foram apreendidos três tipos de estupefacientes – Metanfetamina, Ketamina e Nimetazepam – com a quantidade respectivamente de:

- Metanfetamina (Tabela II-B): 0.160 g,
- Ketamina (Tabela II-C): 3.364 g e
- Nimetazepam (Tabela IV): 15.999 g,

não sabemos se se destina para consumo uma porção de todos ou só de um ou dois deles, ou dois para consumo outro para tráfico.

Pois, para a condenação do crime de consumo (artigo 23º) não há limitação de quantidade, enquanto o crime de tráfico (artigo 8º) pune a detenção indevida dos estupefacientes fora dos casos previsto no artigo 23º, e se esta detenção de quantidade diminuta, pune nos termos do artigo 9º.

E quanto às Metanfetamina e Ketamina, o recente Acórdão do Tribunal de Última Instância definiu respectivamente a sua quantidade diminuta, em 0.3 gramas (300 mg) e um grama (1000 mg).²

² Os acórdãos de de 15 de Novembro de 2002 no processo nº 11/2002 e de 5 de Março de 2003 no Processo nº 23/2002.

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

E, o Tribunal *a quo* não tinha esgotado a investigação, que lhe cabe, nem justificado a impossibilidade de apuramento da quantidade exacta para consumo e para ser oferecido a terceiros, ou pelo menos uma delas.

Ainda por cima, o Tribunal *a quo* partiu da premissa errada ao considerar que “não se pode considerar no âmbito do conceito de quantidade diminuta, mesmo subtraindo a quantidade destinada a consumo próprio durante três dias”, e que a quantidade de estupefacientes lhe era punível nos termos do artigo 8º da Lei de Droga.

Como sempre dizemos, incorre-se no vício de insuficiência da matéria de facto nos termos do artigo 400º nº 2 al. a) do Código de Processo Penal, quando o Tribunal der como provados ou/e não provados factos que não permitem uma decisão de direito, ou seja os factos não são líquidos para uma decisão judiciousa, podendo isto verificar-se quando o Tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa.³

E só não incorre na insuficiência da matéria de facto, quando o Tribunal tinha esgotada a investigação devida e dada a impossibilidade para o Tribunal de apurar a quantidade para consumo e para a venda. Foi neste sentido a decisão do Venerando Tribunal de Última Instância no

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

Acórdão de 09.10.2002 do Processo nº 10/2002 e nossa de 20 de Março de 2003 no processo nº 4/2003.

Pelo que, deve-se reenviar o processo para o julgamento no sentido de consignar factos comprovativos das respectivas quantidades para o consumo do próprio arguido e para a venda ou cedência a terceiros, caso seja impossível para este apuramento, justificar a sua impossibilidade, nos termos do artigo 418º do Código de Processo Penal.

A procedência do recurso não aproveita os arguidos não recorrentes por não são co-relacionados, devendo o novo julgamento limitar apenas à matéria de facto que diz respeito ao arguido ora recorrente.

Ponderado resta decidir.

Acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento ao recurso, embora com fundamento diferente, determinando o reenvio do processo nos termos acima consignados.

Sem custas.

Macau, RAE, aos 1 de Dezembro de 2005

Choi Mou Pan (Relator)

João A. G. Gil de Oiveira

Lai Kin Hong (com declaração de voto vencido)

Processo nº 276/2005 **Declaração de voto vencido**

Votei vencido por não poder acompanhar o Acórdão antecedente no sentido de julgar verificado o alegado vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e conseqüentemente determinar o reenvio do processo para novo julgamento.

É de jurisprudência unânime que só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando se verifica uma lacuna no apuramento desta matéria que impede a decisão de direito ou quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada.

In casu, a simples leitura do Acórdão recorrido demonstra já a evidência de que o Tribunal chegou a investigar todo o objecto do processo fixado na acusação. Investigado todo o *thema probandum*, naturalmente não há lacuna no apuramento, e logo não pode existir o vício de insuficiência nos termos expostos no parágrafo anterior.

Quanto muito, o que existe nos presentes autos é a insuficiência da acusação e nunca o vício da insuficiência a que se refere o artº 400º do CPP.

Todavia, não cabe ao Tribunal “completar ou aperfeiçoar” a acusação que se mostra insuficiente para o preenchimento de um determinado tipo de crime, sob pena de cairmos num processo de estrutura inquisitória.

O que o Acórdão antecedente agora pretende apurar através do reenvio do processo para novo julgamento é matéria não existente no texto da acusação e susceptível de agravar a situação processual do arguido recorrente.

Obviamente isso não é permitido pela lei por força do princípio da vinculação temática do tribunal.

Não havendo assim lugar ao reenvio do processo para novo julgamento, este Tribunal só pode decidir de direito, condenando ou absolvendo, de acordo com a matéria de facto provada.

E mesmo na economia da tese da quantidade líquida da Ketamina do TUI (expressamente exposta no duto Ac. de 05MAR2003 no Pro. Nº 23/2002), não por mim acolhida apesar do devido respeito, a quantidade líquida da Ketamina concreta e comprovadamente vendida (em 1,829 gramas) pelo arguido recorrente dos autos ao arguido Carlos Alberto Azedo Augusto dos mesmos autos já ultrapassou em muito a quantidade líquida diminuta doutamente ali fixada pelo nosso Tribunal topo (em 1 grama) para a mesma substância, quantidade líquida essa (em 1,829 gramas) que, para quem siga essa tese do TUI, será mais do que suficiente para a condenação do arguido recorrente pela prática de crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artº 8º do Decreto-Lei Nº 5/91/M.

R.A.E.M., 01DEZ2005

Lai Kin Hong