

Processo n.º 28/2003.

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. Droga sob a forma de comprimidos. Quantidade de substância estupefaciente.

Data da Audiência: 3.12.2003.

Data do Acórdão: 10.12.2003.

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

SUMÁRIO:

I - Em regra, a fim de se decidir se 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, deve apurar-se - se for processual ou tecnicamente possível - qual a quantidade de substância estupefaciente contida nos produtos apreendidos, seja qual for a forma por que se apresentem, incluindo, portanto, os que se apresentem sob a forma de comprimidos ou pílulas.

II – 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.

III – Quando não é possível apurar a quantidade de substância estupefaciente – por razões processuais, técnicas, ou outras - e se prova apenas que o produto em questão contém substância estupefaciente, o tribunal de julgamento ou o de recurso, deve ponderar se é ou não possível concluir se a quantidade de produto com estupefaciente 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*.

IV – Quem ceda para venda 68 comprimidos contendo *MDMA* deve ser condenado como autor do crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91M, quando não tenha sido possível apurar a quantidade líquida total de substância estupefaciente.

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 16 de Junho de 2003, decidiu o seguinte:

Condenar A, em co-autoria material e sob forma consumada, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 8.º, n.º 1, conjugado com o artigo 10.º, alínea g), todos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, conjugado com os artigos 66.º, n.ºs 1 e 2.º, alínea f) e 3 e 67.º, n.º 1, todos do Código Penal, **na pena de 3 (três) anos de prisão e na MULTA no valor de MOP\$5,000.00 (cinco mil) patacas, com alternativa de 22 dias de prisão.**

Interposto recurso jurisdicional pelo arguido, o **Tribunal de Segunda Instância, por Acórdão de 25 de Setembro de 2003**, negou provimento ao recurso.

Não conformado, recorreu o **arguido**, para este Tribunal, terminando a sua motivação com as seguintes conclusões:

1.^a Os co-arguidos do ora recorrente, na altura em que foram detidos, tinham na sua posse produtos proibidos;

2.^a O recorrente, na altura em que foi detido, não tinha na sua posse produtos proibidos;

3.^a O 1.º arguido cedeu a terceiro 68 comprimidos, e foi condenado numa pena de 2 anos e 3 meses de prisão;

4.^a Ao recorrente não lhe foi apreendido produto proibido, e foi condenado numa pena de 3 anos de prisão;

5.^a Deveria ter sido condenado em pena inferior, suspensa na sua execução;

6.^a Não foi apurada, em sede de exame laboratorial, a quantidade líquida de MDMA contida no comprimido submetido a exame;

7.^a Não foi feito exame aos restantes 67 comprimidos, por forma a apurar-se se também eles continham ou não MDMA;

8.^a Desconhece-se qual a quantidade líquida de MDMA que os 68 comprimidos supostamente contêm, em virtude de terem sido entretanto destruídos, e se o seu peso líquido, de MDMA, excede ou não as 300 mg;

9.^a A decisão recorrida parece padecer do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto;

10.º Face às dúvidas criadas e suscitadas, seria mais razoável integrar a conduta do recorrente na norma do art.º 9.º, n.º 1, do D.L. 5/91/M, e condená-lo numa de pena de prisão suspensa na sua execução ou já expiada;

11.ª Assim aconselham os princípios da verdade material, da segurança e certeza na aplicação do direito;

12.ª Terá sido violado o princípio “in dubio pro reo”.

O **Ministério Público** respondeu à motivação do recurso, defendendo a manutenção da decisão, dizendo, em síntese:

- É inequívoca a inverificação do vício da alínea a) do n.º 2 do art. 400.º do Código de Processo Penal, que pressupõe uma lacuna no apuramento da matéria de facto necessária para uma decisão de direito. É que o Tribunal de Segunda Instância decretou o reenvio do processo para apuramento do peso líquido de *MDMA* contido nos comprimidos dos autos, mas estes já haviam sido destruídos, pelo que tal apuramento não é possível.

Daí que a solução de direito tenha de ser encontrada no quadro dos factos dados como provados;

- A questão que se coloca é a de saber se a actuação do recorrente integra a previsão do art. 8.º, n.º 1 ou do art. 9.º, n.º 1, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M,

propendendo-se para a primeira alternativa face à matéria de facto provada, designadamente à quantidade de comprimidos (68) contendo *MDMA*.

Neste Tribunal, o Ex.^{mo} Procurador-Adjunto manteve a posição assumida na resposta à motivação do recurso.

II – Os factos

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

1.º

A partir de data não determinada, os arguidos **A e B**, em conjunto, começaram a dedicar-se, em Macau, a actividades de tráfico de estupefacientes.

2.º

Para levar a cabo as suas actividades de tráfico de estupefacientes, os arguidos **A e B** utilizavam respectivamente os telemóveis n.ºs **XXXXXXXX** e **XXXXXXXX** para se contactarem entre si e estabelecerem contacto com os compradores e vendedores de produtos estupefacientes.

3.º

Os principais destinatários do tráfico de estupefacientes levado a cabo pelos arguidos **A e B** eram as pessoas que se divertiam nos centros de diversão de Macau, e o principal produto estupefaciente que se traficava era "ecstasy".

4.º

Na madrugada do dia 3 de Janeiro de 2001, perto da Praça de Ponte e Horta, o arguido **A** entregou 68 comprimidos "ecstasy" ao arguido **B**, para que este os vendesse no salão de dança.

5.º

Uma vez que, até cerca das duas horas, do mesmo dia, ainda não se tinha encontrado com nenhum comprador, o arguido **B** foi à loja de frutas, sita no [Endereço (1)] e encontrou-se, com o arguido **C** à porta da referida loja.

6.º

O arguido **B** entregou os referidos 68 comprimidos de "ecstasy" ao arguido **C**, para que este o ajudasse a guardá-los temporariamente. Posteriormente, o arguido **B** voltou à sua casa.

7.º

No dia 3 de Janeiro de 2001, cerca das 4h30m, o arguido **C** saiu da loja de frutas, tendo sido imediatamente interceptado por agentes da Polícia Judiciária.

8.º

No local, agentes da Polícia Judiciária encontraram os referidos 68 comprimidos de "ecstasy" na posse do arguido **C**.

9.º

Após exame laboratorial, os referidos comprimidos foram identificados como substâncias com componentes de MDMA, produto abrangido pela tabela II-A da lista anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M.

10.º

Depois de ser detido, o arguido **C** dispôs-se a colaborar com os agentes policiais, tendo revelado que os referidos produtos estupefacientes pertenciam ao arguido **B**.

11.º

No dia 3 de Janeiro de 2001, pelas 5h30m, o arguido **B** telefonou ao arguido **C**, para que este levasse até à residência dele (arguido **B**), sita no [Endereço (2)], os 68 comprimidos de "ecstasy" que antes lhe tinha sido entregue para guarda.

12.º

Os agentes da Polícia Judiciária foram à referida fracção e detiveram o arguido **B**, tendo encontrado 4 comprimidos na aludida fracção.

13.º

Após exame laboratorial, os referidos 4 comprimidos foram identificados como substâncias com componentes de MDMA, produto abrangido pela tabela II-A da lista anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M.

14.º

O arguido **B** adquiriu os referidos 4 comprimidos de estupefaciente junto de um indivíduo de identidade desconhecida e destinava-os para o seu próprio consumo.

15.º

Depois de ser detido, o arguido **B** dispôs-se a colaborar com os agentes policiais, revelando os factos relacionados com o tráfico; de estupefacientes praticado pelo arguido **A**.

16.º

No dia 3 de Janeiro de 2001, cerca das 3h30m, à porta do Cineteatro, junto do [Endereço (3)], agentes da Polícia Judiciária viram o arguido **D** com atitudes que levantavam suspeitas, pelo que interceptaram-no para averiguações.

17.º

O arguido **D**, apercebendo-se da situação, de imediato, deitou um saco de plástico ao chão.

18.º

Após exame laboratorial, os 18 comprimidos contidos no referido saco de plástico foram identificados como substâncias com componentes de MDMA, produto abrangido pela tabela II-A da lista anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M.

19.º

O arguido **D** adquiriu os referidos produtos estupefacientes, na loja de frutas, sita no [Endereço (1)], junto de um indivíduo de identidade desconhecida e destinava dois comprimidos ao seu próprio consumo e os restantes dezasseis para ceder a terceiros.

20.º

Depois de deterem o arguido **D**, os agentes da Polícia Judiciária montaram uma vigilância à loja de frutas.

21.º

No mesmo dia, cerca das 5 horas, perto da loja de frutas, agentes da Polícia viram o arguido **E** com atitudes que levantavam suspeitas, pelo que interceptaram-no para averiguações, tendo sido encontrado na sua posse um comprimido e dois cigarros artesanais.

22.º

Após exame laboratorial, o referido comprimido foi identificado como substância com componente de metanfetamina, produto abrangido pela tabela II-B da lista anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M e os dois cigarros artesanais foram identificados como substâncias com componentes de Cannabis Sativa L., com peso total líquido de 0,267 gramas, produto abrangido pela tabela I-C da lista anexa ao referido Decreto-Lei.

23.º

O arguido **E** adquiriu os referidos produtos estupefacientes junto de um indivíduo de identidade desconhecida e destinava-os para o seu próprio consumo.

24.º

Os arguidos **A, B, C, D e E** agiram livre, voluntária, consciente e deliberadamente, quando tiveram as referidas condutas.

25.º

Os arguidos tinham perfeito conhecimento das qualidades e características dos referidos produtos estupefacientes.

26.º

Os arguidos não tinham autorização legal para assim proceder.

27.º

Os arguidos tinham perfeito conhecimento que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

28.º

Os arguidos **B, A e C** quando tiveram as referidas condutas ainda não tinham completado 18 anos.

* * *

Mais se provou que foi o 4.º arguido que, colaborando com os agentes da autoridade, indicou-lhes a loja de frutas como sendo o local de transacção de estupefacientes e que levou a posterior detenção dos 1.º e 3.º arguidos, assim como, foi ele quem indicou o 5.º arguido aos referidos agentes.

* * *

O 1.º arguido confessa os factos e mostra-se arrependido.

Encontrava-se desempregado e não tem ninguém a seu cargo. Possui o curso secundário incompleto.

O 2.º arguido confessa os factos e mostra-se arrependido.

Aufere, mensalmente, MOP\$3.300,00 e tem a seu cargo o seu pai. Possui o curso secundário incompleto.

O 3.º arguido confessa os factos e mostra-se arrependido.

Encontrava-se desempregado e não tem ninguém a seu cargo. Possui o curso secundário incompleto.

O 4.º arguido confessa os factos e mostra-se arrependido.

Encontrava-se desempregado e não tem ninguém a seu cargo. Possui o curso secundário incompleto.

O 5.º arguido confessa os factos e mostra-se arrependido.

Encontra-se desempregado e não tem ninguém a seu cargo. Possui o curso primário.

* * *

Nada consta em desabono dos arguidos dos respectivos CRCs junto aos autos.

* * *

2. Nenhum facto ficou por provar.

* * *

3. A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos, na análise crítica e comparativa das declarações dos arguidos e dos depoimentos das testemunhas inquiridas.

Relevaram assim não só a confissão dos arguidos, bem como o depoimento dos agentes da PJ que descreveram detalhadamente as investigações e diligências por si efectuadas.

III - O Direito

1. As questões a resolver.

Trata-se de saber se a decisão enferma do vício da insuficiência da matéria de facto provada ou se, face aos factos provados, o recorrente deveria ter sido condenado pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 (tráfico de estupefacientes), como foi pelo acórdão recorrido, ou pelo art. 9.º, n.º 1 (tráfico de quantidades diminutas de estupefacientes) do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

2. O vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

O Tribunal de Segunda Instância, em recurso anterior, determinou o reenvio do processo, por insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, em virtude de não se ter apurado a quantidade líquida de *MDMA* contida nos comprimidos apreendidos.

Regressado o processo à primeira instância, constatou-se não ser possível apurar tal quantidade líquida, por os comprimidos terem sido todos destruídos.

Ora, assim sendo, não faria qualquer sentido reenviar-se novamente o processo para julgamento em primeira instância, pois a questão de facto não poderia ser dilucidada com novo julgamento. E o reenvio do processo apenas tem por finalidade o apuramento de facto ou factos.

Improcede, assim, o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

3. Os factos relevantes

O TSI determinou o reenvio do processo para novo julgamento por ter entendido que a matéria de facto era insuficiente para a decisão por não estar esclarecida a quantidade líquida de *MDMA*.

Regressado o processo à primeira instância, verificou-se não ser possível apurar o facto por os comprimidos terem sido indevidamente destruídos.

Os factos relevantes são os seguintes:

4.º

Na madrugada do dia 3 de Janeiro de 2001, perto da Praça de Ponte e Horta, o arguido **A** entregou 68 comprimidos "ecstasy" ao arguido **B**, para que este os vendesse no salão de dança.

9.º

Após exame laboratorial, os referidos comprimidos foram identificados como substâncias com componentes de MDMA, produto abrangido pela tabela II-A da lista anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M.

24.º

Os arguidos **A, B, C, D e E** agiram livre, voluntária, consciente e deliberadamente, quando tiveram as referidas condutas.

25.º

Os arguidos tinham perfeito conhecimento das qualidades e características dos referidos produtos estupefacientes.

27.º

Os arguidos tinham perfeito conhecimento que as suas condutas eram proibidas e

punidas por lei.

4. A quantidade líquida de estupefaciente e o princípio *in dubio pro reo*.

Em resumo, o recorrente cedeu para venda 68 comprimidos contendo *MDMA*, não se sabendo a quantidade exacta do produto estupefaciente em cada comprimido.

O recorrente foi condenado pela prática do crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1, no caso conjugado com a alínea g) do art. 10.º, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M (tráfico de estupefaciente), mas entende que por não se saber qual a quantidade líquida de estupefaciente, deve ser condenado antes pela prática do crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M (tráfico de quantidades diminutas de estupefaciente), em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

Quid juris?

Antes de mais, convém recordar que este Tribunal nunca se pronunciou sobre a quantidade líquida de *MDMA* (vulgarmente conhecida por *Ecstasy*) 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, de 28.1.

Mas já o fez, por exemplo, para a *Ketamina*,¹ tendo entendido que tal quantidade seria de 1000 mg e para a *Metanfetamina*,² considerando que o referido valor deveria ser de 300 mg.

Informa A. G. LOURENÇO MARTINS³ que, em Itália, o limite máximo de princípio activo para a dose média diária de *MDMA* é de 0,05 gramas, ou seja, 150 mg durante três dias.

Em Portugal, a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, fixou o limite quantitativo máximo para cada dose diária de *MDMA* em 0,1 gramas, ou seja, 300 mg durante três dias.

Estudos norte-americanos apontam para que a dose típica seja de 60-120 mg do mesmo produto activo.⁴

Atendendo a que se trata, tal como a *Metanfetamina*, de produto da família das anfetaminas, entendemos que o quantitativo da dose média diária de *MDMA* deve ser de 100 mg, pelo que a quantidade líquida 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.

¹ Acórdão de 5 de Março de 2003, Processo n.º 23/2002.

² Acórdão de 15 de Novembro de 2002, Processo n.º 11/2002.

³ A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Aequitas Editorial Notícias, 1994, p. 307 e 308.

⁴ Cfr. o sítio do National Institute on Drug Abuse, <http://www.nida.nih.gov/>

5. Revertendo à questão colocada pelo recorrente, este Tribunal já teve oportunidade de apreciar o problema de saber qual deve ser a incriminação do agente, quando não é possível apurar a quantidade do princípio activo da substância estupefaciente, no Acórdão de 9 de Outubro de 2002, Processo n.º 10/2002, por coincidência também estando em causa a mesma substância, *MDMA*.

Aí se estabeleceu o seguinte critério:

“Quando não é possível apurar a quantidade de substância estupefaciente – por razões processuais, técnicas, ou outras - e se prova apenas que o produto em questão contém substância estupefaciente, o tribunal de julgamento ou o de recurso, deve ponderar se é ou não possível concluir se a quantidade de produto com estupefaciente 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*”.

Nesse mesmo processo estavam em causa 30 comprimidos de *MDMA* (e ainda 1,088 gramas de *canabis*), tendo-se concluído não ser possível saber se excediam ou não o consumo individual durante três dias, que é, como se sabe, o conceito legal de quantidade diminuta de estupefaciente, nos termos do art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M. E, por isso, por via do princípio *in dubio pro reo*, condenou-se o arguido pelo

crime previsto e punível pelo art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

No presente processo a quantidade de comprimidos é substancialmente superior, mais do dobro da anterior. E, ao contrário do que alega o recorrente, provou-se que todos os comprimidos continham *MDMA*, apenas não se sabendo a quantidade líquida da substância em cada comprimido.

Dividindo 68 por 3 dias temos 22,66 comprimidos por dia. Quer dizer, para condenar o arguido pelo crime do art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, teríamos de considerar que um consumidor médio consumiria 22 dos comprimidos dos autos por dia, o que se não afigura razoável. Não nos ficam dúvidas que o consumo individual diário destes comprimidos seria sempre inferior a 22 unidades, pelo que há que concluir que o tráfico não foi de quantidades diminutas, o que é o mesmo que dizer que o recorrente praticou o crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1, no caso conjugado com a alínea g) do art. 10.º, ambos do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Tendo o recorrente sido condenado na pena de 3 anos de prisão e em multa, por atenuação especial, não parece razoável suspender a execução da pena de prisão, por a simples censura do facto e a ameaça de prisão não realizarem de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 48.º, n.º 1 do Código Penal).

Improcede, portanto, o recurso.

IV – Decisão

Face ao expendido, negam provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, fixando a taxa de justiça em 5 UC.

Macau, 10 de Dezembro de 2003

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