

**Processo n.º 44/2007.**

**Recurso jurisdicional em matéria penal.**

Recorrente: A

Recorrido: Ministério Público.

**Assunto: Princípio da legalidade. Princípio da presunção de inocência do arguido. *Marijuana (Cannabis Sativa L)*. Tráfico de quantidades diminutas. Insuficiência para a decisão da matéria de facto.**

Data do Acórdão: 10 de Outubro de 2007.

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

#### SUMÁRIO:

**I** – Viola os princípios da legalidade e da presunção de inocência do arguido a decisão que condene um arguido pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, desde que não se prove que o estupefaciente se destina a seu consumo pessoal.

**II** – Para que o agente possa ser condenado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é necessário provar-se que detinha determinada quantidade de estupefaciente, que não destinava a seu consumo pessoal.

**III** - Para efeitos do art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, deve-se considerar quantidade diminuta de *marijuana (Cannabis Sativa L)* uma porção não superior a 8 gramas.

**IV** - Verifica-se o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto se o Tribunal Colectivo dá como provado que o arguido detinha para consumo alheio quantidade de *marijuana (Cannabis Sativa L)* não inferior a 8 g (que, por si só, integra a prática do crime do art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M) e não dá como provado nem como não provado facto constante da acusação - que o mesmo arguido detinha *Ketamina, MDMA e Metanfetamina* para fim que não para consumo pessoal - pois a prova de que destinava qualquer porção destas substâncias para outro fim que não o do seu consumo pessoal, pode conduzir a que o crime cometido seja o previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

O Relator

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

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

**I – Relatório**

O **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), por Acórdão de 26 de Julho de 2007, negou provimento ao recurso interposto pelo arguido **A**, da decisão do **Tribunal Colectivo do Tribunal Criminal** que o condenou na pena de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de prisão e na multa de MOP\$8.000,00 (oito mil patacas), ou, em alternativa a esta, em 53 (cinquenta e três) dias de prisão, pela prática de um crime de tráfico de estupefaciente, previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Inconformado, interpõe recurso para este **Tribunal de Última Instância**, formulando as seguintes **conclusões**:

1.<sup>a</sup> Existe, no caso, susceptibilidade de impugnação do douto Acórdão proferido pelo Venerando Tribunal de Segunda Instância;

2.<sup>a</sup> A decisão recorrida padece de erro de direito integrado no fundamento indicado no n.º 1 do art. 400.º do CPP, vício que, no caso, se articula com o vício da insuficiência

para a decisão da matéria de facto, erro de julgamento, pelo recurso a dados da experiência comum que se mostram duvidosos, presuntivos e falíveis, a violação do princípio da tipicidade, do princípio *in dubio pro reo*, já antes imputados à decisão da 1.<sup>a</sup> Instância e ainda em omissão de pronúncia, ao não se debruçar sobre as questões centrais do recurso, mostrando-se, conseqüentemente, ferido de nulidade.

3.<sup>a</sup> As Instâncias não apuraram um critério que permitisse distinguir as quantidades de ketamina e comprimidos de ecstasy destinada a consumo e a destinada a cedência a terceiros.

4.<sup>a</sup> Não foi possível identificar um único acto de tráfico praticado ou planeado pelo arguido ora recorrente.

5.<sup>a</sup> Toda a argumentação expendida pelo Ilustre Colectivo em 1.<sup>a</sup> Instância para fixar as quantidades de marijuana destinadas a cedência a terceiros e a consumo partiram de meras suposições, que lhe retiram toda a base de sustentação.

6.<sup>a</sup> Em parte nenhuma da prova produzida se demonstrou que o arguido fizesse cigarros com 0,3 gramas de marijuana, havendo o tribunal recorrido fundado essa hipótese, tão só, nas regras da experiência.

7.<sup>a</sup> Constitui um facto notório que um cigarro de marijuana pode ser confeccionado com maior ou menor quantidade de marijuana, o que resulta da experiência comum, por ser frequente encontrar consumidores que adicionam ao tabaco uma maior quantidade e haver

outros que lhe adicionam uma menor quantidade de marijuana.

8.<sup>a</sup> Se 8 gramas é a quantidade de produto necessário ao consumo individual por 3 dias do consumidor médio de marijuana, isso significa que por cada dia de consumo se admite a possibilidade abstracta, mas real, de um indivíduo consumir 2,67 gramas de marijuana por dia.

9.<sup>a</sup> Tomando essa quantidade de 2,67 gramas, e distribuída que seja à razão de 0,6 gramas por cigarro, ela permite, por dia, o consumo de 4 a 5 cigarros.

10.<sup>a</sup> É razoável supor que, se o consumidor fuma menor número de cigarros, coloque maior quantidade de estupefaciente em cada cigarro e que, se fuma maior número de cigarros, coloque menor quantidade de produto estupefaciente em cada um.

11.<sup>a</sup> A proporção de erva misturada no tabaco pode ser maior ou menor, em função da qualidade do produto e da quantidade de substância activa nele existente.

12.<sup>a</sup> O tempo de validade das condições da marijuana está, essencialmente, dependente das condições de conservação dos produtos.

13.<sup>a</sup> A conclusão atingida de que destinava a terceiros uma quantidade não inferior a 8 gramas afigura-se manifestamente aleatória e gravemente ofensiva do princípio *in dubio pro reo*.

14.<sup>a</sup> Provado nos presentes autos que o arguido, ora recorrente, detinha os produtos

que lhe foram apreendidos para consumo pessoal e cedência e venda a terceiros, os critérios utilizados para condenar o recorrente por um crime do art.º 8.º fundaram-se em meras presunções e prospecções hipotéticas, e claramente falíveis.

15.<sup>a</sup> Não se entende que aplicação tem ao caso a conclusão do TSI de que não existe qualquer lacuna no apuramento do objecto do processo atinente ao crime de tráfico imputado ao recorrente.

16.<sup>a</sup> Não se compreende a asserção de que o mero acto de detenção de droga em condições expressamente previstas no n.º 1 do art. 8.º já integra perfeitamente uma das actividades ilícitas incriminadas no tipo, pois o que justamente se colocava em causa era a existência de um quadro que excepcionava a aplicação de tal disposição normativa.

17.<sup>a</sup> O postulado de que *«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 quantidades de consumo pelas das generalidades dos consumidores nas mesmas condições»* afigura-se incompreensível na medida em que abstrai da situação concreta do agente e é essa situação concreta que tem de ser apurada pelos tribunais.

18.<sup>a</sup> O Ac. recorrido fez uma interpretação das normas dos arts. 8.º e 9.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.<sup>a</sup> O Ac. recorrido violou, nomeadamente, a norma do art.º 8.º do DL 5/91/M, ao

proceder à sua aplicação num quadro fáctico que o não permitia.

Na resposta à motivação do recurso o **Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do Ministério Público** defendeu a negação de provimento ao recurso.

No seu parecer, o **Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Adjunto** defendeu o reenvio do processo por insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

## **II – Os factos**

As instâncias consideraram provados e não provados os seguintes factos:

*"Em 16 de Fevereiro de 2006, pelas 21h50, no posto de inspecção à entrada das Portas de Cerco, os agentes alfandegários interceptaram o arguido A.*

*Os agente alfandegários encontraram na mochila do arguido A 20 sacos de erva, 10 sacos de pós brancas e 34 comprimidos de cor amarela. (vide fls. 7 do auto de apreensão).*

*Após o exame laboratorial, os referidos 20 sacos de erva contém Marijuana abrangida pela Tabela I-C anexa ao DL n.º 5/91/M, com peso líquido de 266,32g, os referidos 10 sacos de cor branca contém Ketamina abrangida pela Tabela II-C anexa ao mesmo DL, com peso líquido de 4,598g (de acordo com a análise quantitativa corresponde*

*a 98,65%, no peso de 4,536g); os referidos 34 comprimidos de cor amarela contém MDMA abrangida pela Tabela II-A anexa a este DL (segundo análise quantitativa, corresponde a 28,68%, no peso de 2,398g), e Metanfetamina abrangida pela Tabela II-B e Ketamina abrangida pela Tabela II-C no peso líquido de 8,308g.*

*Os referidos produtos estupefacientes foram comprados pelo arguido A às 23h00, em 15 de Fevereiro de 2006, na Discoteca, Gongbei, Zhuhai, de um indivíduo não identificado, e trazidos pelo arguido para Macau, que serviriam para consumo pessoal e alheio, tendo sido a quantidade de marijuana destinada ao consumo alheio não inferior a 8g.*

*Em 17 de Fevereiro, às 3h00 da madrugada, os agentes da P.J no domicílio situado no [Endereço (1)], efectuaram uma busca na altura em que o arguido B estava neste apartamento.*

*Logo que viu ter entrado os agentes da P.J, o arguido B correu para a casa de banho e fechou a porta.*

*Os agente da PJ romperam a porta, acabaram por verificar à pé do arguido B um saco de erva (vide fls. 117, o auto de apreensão).*

*Após o exame laboratorial, comprovou-se que a referida erva contém marijuana abrangida pela Tabela I-C anexa ao DL n. ° 5/91/M; no peso líquido de 3,079g.*

*O referido produto estupefaciente pertence ao arguido B, e foi deitado no chão por este depois de ter visto o polícia.*

*O arguido B deteve os referidos produtos estupefacientes que serviriam para consumo pessoal.*

*Posteriormente, os agentes da PJ deslocaram-se ao apartamento do [Endereço (2)], para efectuar uma busca, tendo encontrado 2 sacos de ervas no armário do quarto do arguido B (vide fls. 54, o auto de busca e apreensão).*

*Após o exame laboratorial, os referidos dois sacos de ervas contém marijuana abrangida pela Tabela I-C anexa ao DL n.º 5/91/M, com peso líquido de 6,292 g.*

*Os referidos produtos estupefacientes foram adquiridos pelo arguido B junto do indivíduo não identificado, e este adquiriu e deteve os referidos produtos que serviriam para o consumo pessoal.*

*Os arguidos A e B agiram livre, voluntária, consciente e dolosamente.*

*Os arguidos A e B conheciam bem o carácter e a natureza dos referidos produtos estupefacientes.*

*Os actos dos arguidos A e B não são permitidos por nenhuma lei.*

*Eles sabiam perfeitamente que os referidos actos são proibidos e punidos pela lei.*

\*

*Mais se provou*

*O 1.º arguido consumiu Marijuana, Ketamina, MDMA.*

*O 1.º arguido declarou que consumiu 3 a 4 cigarros de Marijuana e 2 saquinhos de Ketamina e MDMA por dia.*

*De acordo com o CRC, o 1.º arguido é delinquente primário.*

*O 1.º arguido declarou antes de ser preso era DJ mediante o salário de MOP 12.000,00, tem a seu cargo os filhos que teve com duas ex-namoradas. O arguido terminou o curso de ensino universitário.*

*o 2.º arguido declarou por conta de saúde, tem que mastigar canabis antes de actos sexuais.*

*De acordo com CRC, o 2.º arguido é delinquente primário.*

*O 2.º arguido declarou empreender negócio relativo à exportação das matérias de construção antes de ser preso, auferindo mensalmente MOP40.000,00 a 50,000,00. Tem a seu cargo a mãe e a filha que teve com mulher separada. O arguido terminou o curso de ensino universitário.*

\*

*Factos não provados:*

*Outros factos constantes da acusação que não correspondem aos factos provados:*

*O arguido B adquiriu e deteve o cannabis deitado no rés-do-chão da casa de banho e dentro do armário do quarto, que não serviria para o consumo pessoal."*

### **III - O Direito**

#### **1. As questões a resolver**

A primeira questão é a de saber se para que um agente seja condenado pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 ou pelo art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é necessário provar-se que detinha determinada quantidade de estupefaciente que não fosse para seu consumo pessoal ou, desde que não se prove que a referida quantidade de estupefaciente se destina a seu consumo pessoal ele deve ser condenado pela prática de um dos dois crimes, dependendo da quantidade em questão, como decidiu o TSI.

A segunda questão a abordar é a de saber se a decisão enferma de vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, nos seguintes segmentos:

- Quando deu como provado que o arguido detinha *marijuana destinada ao*

*consumo alheio não inferior a 8g;*

- Quando se não pronunciou acerca de saber se os seguintes produtos estupefacientes detidos pelo arguido: *os 10 sacos de cor branca contendo Ketamina com peso líquido de 4,598g (de acordo com a análise quantitativa corresponde a 98,65%, no peso de 4,536g) e os 34 comprimidos de cor amarela contendo MDMA (segundo análise quantitativa, corresponde a 28,68%, no peso de 2,398g), e Metanfetamina abrangida pela Tabela II-B e Ketamina abrangida pela Tabela II-C no peso líquido de 8,308g*, não eram, no todo, ou em parte, destinados ao consumo pessoal do arguido.

## **2. Trafico de estupefaciente. Consumo pessoal.**

Quanto à primeira questão - a de saber se para que um agente seja condenado pela prática de um crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 ou pelo art. 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é necessário provar-se que detinha determinada quantidade de estupefaciente que não fosse para seu consumo pessoal ou, desde que não se prove que a referida quantidade de estupefaciente se destina a seu consumo pessoal ele deve ser condenado pela prática de um dos dois crimes, dependendo da quantidade em questão, como decidiu o TSI - já este TUI a abordou no Acórdão de 1de Junho de 2005, no Processo n.º 12/2005.

Aí se concluiu que para a integração da conduta do agente no tipo criminal previsto

no art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, não é essencial a prova da detenção (ou outro acto previsto na mesma norma) de estupefaciente para venda, mas apenas a detenção (ou outro acto) que não seja para consumo pessoal ou próprio, como resulta da interpretação conjugada dos arts. 8.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Ou seja, se não se prova nada quanto ao destino do estupefaciente, não pode o agente, como pretende o TSI, ser condenado como traficante de estupefaciente. Isso constituiria violação dos princípios da legalidade e da presunção de inocência, como refere o Ex.<sup>mo</sup> Procurador-Adjunto.

### **3. Vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada**

Quanto à segunda questão, a decisão enferma do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, pelos seguintes motivos.

Deu-se como provado que o arguido detinha *marijuana* destinada ao consumo alheio em quantidade não inferior a 8g.

Nesta parte, afigura-se-nos que não há qualquer obscuridade porque o Tribunal Colectivo foi muito preciso – possivelmente, tanto quanto pôde – quanto à quantidade destinada ao consumo alheio. E não podemos presumir que se enganou.

Contudo, considerando que este TUI tem entendido que, para efeitos do art. 9.º, n.º<sup>os</sup>

1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, se deve considerar quantidade diminuta de *marijuana* (*Cannabis Sativa L*) uma porção entre 6 e 8 gramas (Acórdão de 26 de Setembro de 2001, no Processo n.º 14/2001), a quantidade deste produto que o Tribunal Colectivo deu como provado que o arguido destinava ao consumo alheio está precisamente no limite do crime de tráfico de quantidades diminutas, previsto e punível pelo art. 9.º, n.º<sup>os</sup> 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M (Já se o Tribunal tivesse dado como provado que o arguido detinha para consumo alheio quantidade superior a 8 gramas de *marijuana* (*Cannabis Sativa L*), já o facto integrava o tipo do art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M).

Assim, face a tal quantidade (não inferior a 8g.), o arguido só poderia ter sido condenado como traficante de quantidades diminutas.

Assim sendo, é crucial saber-se qual o destino dos produtos na forma de pó branco (10 sacos) e comprimidos (34) que o arguido detinha.

Basta que o Tribunal dê como provado que o arguido detinha para fim que não para consumo pessoal uma ínfima porção, para que a sua conduta integre o crime previsto e punível pelo crime previsto no art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, já que tal quantidade irá somar-se aos 8 gramas de *marijuana* (*Cannabis Sativa L*), nos termos explicitados no Acórdão deste TUI, de 15 de Novembro de 2002, no Processo n.º 11/2002 (qualificação de quantidade diminuta face à mistura de drogas).

Ora, o Tribunal Colectivo deu como provado que o arguido consumiu *Marijuana*, *Ketamina* e *MDMA* mas não deu como provado ou não provado um facto alegado pela acusação: que o arguido detinha *Ketamina*, *MDMA* e *Metanfetamina* para fim que não para o seu consumo pessoal.

Na verdade, a expressão consignada na parte dos factos não provados (*Outros factos relevantes constantes da acusação que não correspondem aos factos provados*) é meramente tabelar e burocrática e não garante a este Tribunal que o tribunal de julgamento tivesse querido considerar não provado o mencionado facto.

O conhecimento destes factos é essencial no circunstancialismo mencionado, pelo que se verifica insuficiência para a decisão da matéria de facto provada. Já não seria essencial se o Tribunal tivesse dado como provado que o arguido detinha para consumo alheio quantidade superior a 8 gramas de *marijuana*, pois o facto integrava o tipo do art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Impõe-se o reenvio para o apuramento deste facto e subsequente decisão.

#### **IV – Decisão**

Face ao expendido, revogam o Acórdão recorrido e decretam o reenvio do processo, para que o Tribunal Colectivo apure se o arguido detinha alguma porção de *Ketamina*, *MDMA* e *Metanfetamina* para fim que não para o seu consumo pessoal.

Na marcação do julgamento, deve ter-se em atenção o limite do prazo de prisão preventiva.

Sem custas neste Tribunal e no TSI.

Macau, 10 de Outubro de 2007.

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