

Processo n.º 260/2007

Data do acórdão: 2007-07-26

(Recurso penal)

Assuntos:

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

S U M Á R I O

1. O bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de “tráfico e actividades ilícitas” previsto nos seus termos fundamentais no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, é a saúde pública, na dupla vertente física e moral, pelo que atenta a natureza desse seu bem jurídico, o crime em causa é um crime de perigo abstracto ou presumido,

para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o mesmo bem protegido.

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

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

4. Ao definir a “quantidade diminuta” para cada tipo de substância ou

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

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

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

a autoria material de um crime de detenção ilícita para consumo pessoal p. e p. pelo art.º 23.º do mesmo Decreto-Lei, caso se tenha legalmente imputado e tido por provado que o mesmo agente é também um consumidor de droga), salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade daquela(s) mesma(s) substância(s) estupefaciente(s) detidas pelo mesmo agente e encontrada(s) na sua disponibilidade “não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, hipótese em que o agente só será punido com a moldura mais leve do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M.

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

do mesmo art.º 9.º, atento o disposto no seu n.º 3, não distingue isto para efeitos da sua aplicação, dada, aliás, a natureza do crime do art.º 8.º como crime de perigo abstracto ou presumido.

O relator por vencimento,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 260/2007

(Recurso penal)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Inconformado com o acórdão proferido em 30 de Março de 2007 pelo 3.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base no âmbito do processo comum colectivo n.º CR3-06-0202-PCC, que o condenou como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico de estupefaciente, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, na pena de oito anos e seis meses de prisão e oito mil patacas de multa, veio o 1.º arguido A, já melhor identificado nesses autos, recorrer para este Tribunal de Segunda Instância, para rogar a convalidação do crime por que vinha condenado para o crime do art.º 9.º do dito Decreto-Lei, ou a anulação da decisão recorrida com reenvio do processo para novo julgamento, por razões jurídicas aduzidas na sua motivação apresentada a fls. 605 a 618 dos autos.

Ao recurso respondeu o Digno Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal recorrido, no sentido de improcedência ou até de

rejeição do mesmo, por motivos expendidos a fls. 620 a 625 dos autos.

Subido o recurso, o Digno Procurador-Adjunto junto desta Instância *ad quem* emitiu douto parecer de fls. 662 a 665, nele afirmando, na sua essência, que a factualidade dada como assente aponta, sem margem para dúvidas, para a bondade da questionada qualificação jurídico-penal, que se assim não se entender, a alternativa passa, necessariamente, pelo reenvio do processo para ampliação da matéria de facto, com vista a uma melhor dilucidação da situação, nomeadamente no que concerne ao “consumo alheio” de Ketamina e de MDMA, e que em todo o caso, está totalmente fora de questão a propugnada convolação para o tipo legal do art.º 9.º do referido Decreto-Lei.

Feito o exame preliminar e corridos os vistos, procedeu-se à audiência nos termos prescritos no art.º 414.º do Código de Processo Penal de Macau (CPP).

E oportunamente, foi apresentado à deliberação deste Colectivo o seguinte projecto de acórdão, doutamente exarado pelo Mm.º Juiz Relator Colega:

<<[...]

Relatório

1. A, com os sinais dos autos, respondeu perante o Colectivo de Juízes do T.J.B., vindo a ser condenado, pela prática em autoria e na forma consumada,

de 1 crime de “tráfico de estupefacientes” p. e p. pelo artº 8º, nº 1 do D.L. nº 5/91/M, na pena de 8 anos e 6 meses de prisão e na multa de MOP\$8.000,00 convertível em 53 dias de prisão; (cfr., fls. 593 a 594-v).

*

Inconformado com o assim decidido, o arguido recorreu para este T.S.I., motivando para, a final, apresentar as conclusões seguintes:

- “1ª Imputa o recorrente à decisão recorrida erro de direito, vício que, no caso, se articula com o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto apurada, assim como erro de julgamento e o recurso a dados da experiência comum que se mostram duvidosos, presuntivos e falíveis.*
- 2ª O recorrente apenas não foi condenado pelo crime de detenção de estupefacientes por não terem sido inscritos na douda acusação os respectivos elementos delimitadores.*
- 3ª Não foi possível identificar um único acto de tráfico praticado ou planeado pelo arguido ora recorrente.*
- 4ª Toda a argumentação expendida pelo Colectivo parte de meras suposições, que lhe retiram toda a base de sustentação.*
- 5ª 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.

6ª Acontece, porém, constituir um facto notório que um cigarro de marijuana pode ser confeccionado com maior ou menor quantidade de marijuana, tanto podendo sê-lo com 0,3 gramas daquele produto, como, por exemplo com 0,6 gramas (ou mais).

7ª A quantidade necessária ao consumo individual por 3 dias de marijuana, que fixa a fronteira entre os dois tipos de ilícito, o do artº 8.º e o do artº 9.º, permite atingir valores absolutamente distintos daqueles que atingiu o Colectivo relativamente à correlação estabelecida entre o número de cigarros consumidos por dia e o valor putativo da quantidade de produto neles contido.

8ª Resulta dos ensinamentos da jurisprudência, ela própria fundada nas regras da experiência e nas regras médico-científicas que lhe estão subjacentes, não poder ser excluída a possibilidade de, dependendo da quantidade de estupefaciente contido em cada cigarro, um consumidor normal fumar entre 4 a 9 cigarros de marijuana por dia.

9ª A «marijuana ou erva», um canabinóide derivado da planta Cannabis Sativa, é preparada a partir de folhas secas, flores e

pequenos troncos da planta, provindo de várias castas, sendo a mais forte o Skunk, sendo que quanto mais forte for, maior é a quantidade de tetrahydrocannabinol, a substância activa causadora dos efeitos pretendidos com o consumo de tal estupefaciente.

10ª Daí decorre que a proporção de erva misturada no tabaco possa ser maior ou menor, em função da qualidade do produto e da quantidade de substância activa nele existente, sendo que está medicamente demonstrado que a possibilidade de overdose se não coloca no consumo deste canabinóide, do que decorre que só a ingestão ou consumo de doses astronómicas pode causar uma overdose.

11ª O tratamento dado à questão da data de expiração da validade da marijuana constitui um argumento pouco sustentado, na medida em que o tempo de validade das condições da marijuana está dependente das condições da sua conservação.

12ª A conclusão atingida pelo Ilustre Colectivo de que destinava a terceiros uma quantidade não inferior a 8 gramas (a quantidade de marijuana que a jurisprudência dos nossos tribunais considera a necessária ao consumo individual por três dias), afigura-se manifestamente aleatória e gravemente ofensiva do princípio in dubio pro reo.

13ª Não se trata de subsumir a lei aos factos (como aconteceu) mas de subsumir os factos ao direito (como devia ter acontecido).

14ª Importaria saber qual a porção da droga detida pelo arguido era destinada à cedência a terceiros através de critérios de tal modo seguros, que permitissem uma conclusão para além de toda a dúvida razoável.

15ª O colectivo fez uma interpretação das normas dos artºs 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).

16ª A decisão recorrida violou as normas dos citados artºs 8.º (pela sua aplicação) e 9.º (pela sua não aplicação)”; (cfr., fls. 605 a 618).

*

Em resposta, considera o Digno Magistrado do Ministério Público que correcta e adequada é a decisão recorrida, devendo-se por isso “negar provimento ao recurso, quiçá, rejeitando-o”; (cfr., fls. 620 a 625).

*

Nesta Instância, e em sede de vista, juntou o Ilustre Procurador-Adjunto douto Parecer com o teor seguinte:

“Acompanhamos as doudas explanações do nosso Exmº Colega.

No âmbito da matéria de facto fixada, há que ter em conta que foram apreendidos ao recorrente 266,32 gramas de marijuana, bem como 4,536 de ketamina e 2,398 de MDMA (sendo, em relação aos segundo e terceiro produtos, o peso resultante da respectiva análise quantitativa).

E, de acordo com o Jurisprudência do Venerando Tribunal de Última Instância, o conceito de “quantidade diminuta” das substâncias em apreço é preenchido com as quantidades de 8 a 10,1 e 0,300 gramas, respectivamente (cfr. acs. 26-9-2001, 5-3-2003 e 10-12-2003, procs. nºs 14/2001,23/2002 e 28/2003).

Constava da acusação que tais produtos não tinham "como objectivo consumo pessoal".

Deu-se como provado, entretanto, que "serviriam para consumo pessoal e alheio, tendo sido a quantidade destinada ao consumo alheio não inferior a 8g" .

Apurou-se, também, que o recorrente consumia os três produtos, tendo declarado que esse consumo era de "3 a 4 cigarros de marijuana e 2 saquinhos de ketamina e MDMA por dia".

A factualidade dada como assente aponta, a nosso ver, sem margem

para dúvidas, para a bondade da questionada qualificação jurídico-penal.

O "quantum" de 8g foi referenciado, exactamente, por constituir a fronteira entre os crimes previstos nos arts. 8º e 9º do Dec-Lei nº 5/91/M (no que tange à marijuana).

Não pode deixar de inferir-se, de qualquer forma, que a quantidade destinada a consumo alheio era bem superior a esse limite.

A idêntica conclusão se teria que chegar, aliás, se não tivesse sido feita tal referência.

E, conforme se sabe, nada impede que este Tribunal, em sede de matéria de facto, lance mão das chamadas presunções naturais, ligadas a princípios de normalidade ou a regras gerais da experiência.

Ponto é, naturalmente, que as respectivas inferências ou conclusões se limitem a desenvolver essa matéria, não a alterando ou contrariando.

Como decidiu o nosso mais Alto Tribunal, "é lícito ao Tribunal de Segunda Instância, depois de fixada a matéria de facto, fazer a sua interpretação e esclarecimento, bem como extrair as ilações ou conclusões que operem o desenvolvimento dos factos, desde que não os altere" (dr. ac. de 31-10-2001, proc. nº, 13/2001).

Se assim não se entender, no entanto, a alternativa passa, necessariamente, pelo reenvio do processo para ampliação da matéria de facto.

Pode ter-se como relevante, efectivamente, uma melhor dilucidação da situação - nomeadamente no que concerne ao "consumo alheio" de ketamina e de MDMA.

Já a propugnada convolação para o tipo descrito no citado art. 9º está, em nosso juízo, totalmente fora de questão.

Este o nosso parecer”; (cfr., fls. 662 a 665).

*

Nada obstando, cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Vem dados como provados os factos seguintes:

“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 XXX, 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 em Macau, Areia Preta, XXX, Bloco n.º XXX, XXX andar XXX, 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 P.J 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.º 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 P.J deslocaram-se ao apartamento, XXX andar XXX, Bloco n.º XXX de “XXX”, 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 Marijuna, 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 MOP12.000,00, 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.”*

Do direito

3. Insurge-se o recorrente contra a decisão proferida no Acórdão do Colectivo do T.J.B. que o condenou como autor de 1 crime de “tráfico de estupefacientes” p. e p. pelo artº 8º nº 1 do D.L. nº 5/91/M.

Na opinião do ora recorrente, padece o veredicto objecto do seu recurso de “*erro de direito, vício que, no caso, se articula com o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto apurada, assim como erro de julgamento e o recurso a dados da experiência comum que se mostram duvidosos, presuntivos e falíveis*”; (cfr., concl. 1ª).

Da análise que se efectuou à decisão recorrida e ponderando sobre as questões pelo recorrente colocadas, mostra-se-nos de afirmar que tem o recorrente razão quanto ao imputado vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto apurada”.

Vejamos.

Como é sabido, e (cremos que) assim se tem vindo a entender, verifica-se o referido vício de “insuficiência ...” quando há uma lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito.

No caso dos autos, era o arguido recorrente acusado da prática de 1 crime de “tráfico de estupefacientes”, dado que:

“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 XXX, Gongbei, Zhuhai, de um indivíduo não identificado, e trazidos pelo arguido para Macau, não tendo como objectivo consumo pessoal.”

Por sua vez, após julgamento, e para além de se ter dado como provado o teor dos primeiros 3 § atrás transcritos, provou-se também que:

“Os referidos produtos estupefacientes foram comprados pelo arguido A às 23h00, em 15 de Fevereiro de 2006, na Discoteca XXX, 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”.

Verifica-se assim que tendo o Tribunal apurado que uma quantidade não inferior a 8g de marijuana que o arguido detinha era destinada ao consumo alheio, nada disse porém em relação às outras substâncias estupefacientes que também detinha o arguido: ou seja, a ketamina e os 34 comprimidos de cor amarela que continham MDMA.

Admite-se que com a referida factualidade se possa considerar que entendeu o Colectivo que eram ambas as referidas substâncias para consumo próprio (do arguido) e alheio.

Todavia, há que consignar que constando da acusação que todo o “produto” era para consumo alheio, devia o Tribunal especificar qual a quantidade das referidas duas substâncias que era para consumo do próprio arguido, e qual a que era para consumo alheio, pois que sem tal especificação, inviável é uma adequada decisão de direito, nomeadamente, quanto à pena para o crime do qual era o recorrente acusado; (neste sentido, cfr., v.g., o Ac. deste T.S.I. de 05.09.2002, Proc. nº 31/2002).

Não se olvida que situações existem em que não se consegue apurar os quantitativos pelo arguido destinados ao seu consumo e à cedência a terceiros, pois que o Tribunal não é nenhuma “máquina da verdade”.

Contudo, temos para nós que em tais situações deve o Tribunal consignar expressamente que não conseguiu ir mais longe, apurando os quantitativos em causa.

“In casu”, da leitura a todo o Acórdão recorrido, não se encontra tal justificação, pelo que, sem prejuízo do muito respeito por opinião em sentido diverso, e tal como opina o Exmº Procurador-Adjunto, mostra-se-nos que, na parte em causa, padece o mesmo veredicto do apontado vício de “insuficiência”, o que impõe o reenvio do processo para novo julgamento, nos termos do preceituado no artº 418º do C.P.P.M..

Com efeito, e se bem ajuizamos, no mesmo se pronunciou também o Vdº T.U.I. no seu Ac de 10.03.2004, Proc. nº 6/2004, onde se consignou que:

“A incriminação do crime de tráfico de drogas previsto no artº 8º do Decreto-Lei nº 5/91/M não exclui a possibilidade de condenação simultânea pela prática do crime de consumo de drogas previsto no artº 23º do mesmo Decreto-Lei.

Perante a situação de coexistir os actos de detenção de drogas para o consumo pessoal e os mesmos actos para outras finalidades, é necessário apurar a quantidade, entre outras características, da droga para o fim de

consumo pessoal e a para outros fins, não só para determinar o crime de tráfico de drogas efectivamente praticado pelo arguido, o normal ou o de quantidades diminutas, mas também para servir de circunstância a ser considerada na graduação da pena concreta.”

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, acordam julgar procedente o recurso, determinando-se o reenvio dos presentes autos para novo julgamento nos exactos termos consignados.

Sem tributação.

[...]>> (cfr. o teor da mesma douda minuta de acórdão).

Entretanto, como o Mm.º Juiz Relator saiu vencido da votação a que alude o art.º 416.º do CPP, urge decidir agora do recurso *sub judice* através do presente acórdão definitivo, lavrado pelo primeiro dos juízes-adjuntos nos termos do art.º 417.º, n.º 1, do mesmo diploma processual.

Para o efeito, é de aproveitar aqui os pontos 1 e 2 do mesmo doudo projecto de acórdão, tornando-os como parte complementar do relatório e fundamentação fáctica, respectivamente, do presente acórdão

definitivo.

Ora bem, atento o teor das conclusões da motivação do recurso do arguido A, são seguintes as questões material e concretamente postas (das quais cabe conhecer nesta sede, não sendo, pois, necessário apreciar todo e qualquer motivo invocado pelo recorrente para sustentar a procedência dessas questões – neste sentido, cfr., de entre muitos outros, o acórdão deste Tribunal de Segunda Instância, de 17/5/2001 no processo n.º 63/2001):

- erro de direito na condenação dele como autor do crime de tráfico do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, problema esse que se articula com o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;
- e violação dos princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro libertatem*.

Como se sabe, o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, como tal previsto no art.º 400.º, n.º 2, alínea a), do CPP, só ocorre quando o tribunal não investigou todo o objecto do processo (e sobre o sentido e âmbito deste vício, vide, entre outros, o acórdão deste Tribunal de Segunda Instância, de 25/9/2003 no processo n.º 186/2003, bem como, com mais desenvolvimentos, a declaração de voto apendiculada ao acórdão de 31/5/2007 no processo n.º 152/2006).

Ora, *in casu*, o objecto do processo, à falta de apresentação de contestação ao libelo acusatório, é composto tão-só por toda a matéria

fáctica descrita na acusação em tudo que esteja em desfavor do arguido. Assim sendo, e após analisado o conteúdo do acórdão recorrido, não se vislumbra qualquer lacuna no apuramento do objecto do processo atinente ao crime de tráfico imputado ao ora recorrente. De facto, se o Tribunal recorrido teve o cuidado de especificar na fundamentação fáctica da sua decisão condenatória, quais os factos provados e os não provados de entre todos os factos acusados, como é que o recorrente pode vir agora defender que haja alguma lacuna no apuramento do dito objecto do processo? Desta feita, improcede sem mais o arguido vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Outrossim, em jeito da resolução do também imputado erro de direito na subsunção da factualidade então dada por provada ao tipo legal do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, cabe seguir aqui o seguinte entendimento jurídico já sobejamente vertido nos acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância, de 4/4/2002 no processo n.º 39/2002, de 18/7/2002 no processo n.º 125/2002, de 25/9/2003 no processo n.º 186/2003, de 15/1/2004 no processo n.º 260/2003, de 20/5/2004 no processo n.º 90/2004, de 20/5/2004 no processo n.º 104/2004, de 22/7/2004 no processo n.º 160/2004, e de 23/9/2004 no processo n.º 216/2004, na parte mormente respeitante aos critérios de aplicação dos diversos tipos legais relativos a estupefacientes e como tal previstos no art.º 8.º, no art.º 9.º, no art.º 11.º e no art.º 23.º, respectivamente, desse Decreto-Lei:

- 1) o bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de “trá

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

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

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

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

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

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

detenção ilícita para consumo pessoal p. e p. pelo art.º 23.º do mesmo Decreto-Lei, caso se tenha legalmente imputado e tido por provado que o mesmo agente é também um consumidor de droga), salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade daquela(s) mesma(s) substância(s) estupefaciente(s) detidas pelo mesmo agente e encontrada(s) na sua disponibilidade “não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, hipótese em que o agente só será punido com a moldura mais leve do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M;

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

não distingue isto para efeitos da sua aplicação, dada, aliás, a natureza do crime do art.º 8.º como crime de perigo abstracto ou presumido.

Nestes parâmetros, como segundo a matéria fáctica já dada por assente pela Primeira Instância nos presentes autos, o recorrente foi descoberto, no dia 16 de Fevereiro de 2006, como detentor em Macau, de forma livre e consciente, e sem prévia autorização legal, e pelo menos, um total de 266,32 gramas líquidos de Cannabis, como substância compreendida na Tabela I-C do Decreto-Lei n.º 5/91/M, previamente adquirida em Zhuhai para ser destinada ao consumo próprio e de terceiros, e sabendo ele das características e natureza da coisa detida e que este modo de agir seu estava a contrariar a lei e como tal punível, mostra-se perfeitamente legal a condenação dele como autor material, na forma consumada, de um crime do n.º 1 do art.º 8.º, porquanto os tais 266,32 gramas de Cannabis nunca podem ser considerados como de quantidade diminuta, e isto independentemente da questão de ser o recorrente também consumidor de Cannabis e até de outros produtos estupefacientes também detidos nesse mesmo dia.

Assim sendo, cai também por terra toda a alegada violação dos princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro libertatem*.

Dest'arte, **acordam em negar provimento ao recurso, com custas pelo arguido recorrente, com seis UC de taxa de justiça.**

Macau, 26 de Julho de 2007.

Chan Kuong Seng
(Primeiro juiz-adjunto vencedor)

Lai Kin Hong
(Segundo Juiz-Adjunto)

José Maria Dias Azedo
(Relator do processo)

(vencido nos termos do projecto de acórdão que apresentei e que se encontra a fls. 2-v a 18-v do presente veredicto)