

Recurso n.º 517/2009

Recorrentes: A (XXX)

B (XXX)

C(XXX)

Objecto dos recursos: Acórdão condenatório do TJB

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

Os arguidos **A** (1.º arguido, XXX), **B** (3.º arguido, XXX), **C** (4.º arguido, XXX), conjuntamente com outros arguidos, **D** (2.ª arguida, XXX), **E** (5.º arguido, XXX) e **F** (6.º arguido, XXX), responderam nos autos do Processo Comum Colectivo n.º CR3-08-0180-PCC perante o Tribunal Judicial de Base.

Realizada a audiência de julgamento, o Tribunal Colectivo decidiu que:

- 1 - Condena o 1.º arguido **A**, pela prática, em autoria material e na forma consumada dum crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo art.º 8.º, n.º do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com alteração pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio, na pena de 8 anos e 9 meses de prisão efectiva, e de MOP\$30,000.00 de multa, ou em alternativa, 198 dias de prisão.
- 2 - Absolve a 2.ª arguida **D**, pelo imputadok, em co-autoria

material e na forma consumada dum crime de consumada de estupefacientes, p. p. pelo artº 23º, al. a) do DL n.º 5/81/M, de 28 de Janeiro, com alteração pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio; mas

Condena a 2ª arguido **D**, pela prática, em -autoria material e na forma consumada de:

- 1 crime de consumo em lugares públicos ou de reunião, p.p. pelo artº 17º, n.º 2 do mesmo DL, na pena de 1 ano e 3 meses de prisão, e de MOP\$10,000.00 de multa, ou em alternativa, 66 dias de prisão; e
- 1 crime de detenção indevida de utensilagem para consumo de estupefacientes, p. p. pelo artº 12º, n.º 1 do mesmo DL, na pena de 2 meses de prisão.

E no cúmulo jurídico dos 2 crimes, vai ser condenada a arguida numa única pena de 1 ano e 4 meses de prisão, e de MOP\$10,000.00 de multa, ou em alternativa, 66 dias de prisão, suspensa a execução de pena de prisão por 2 anos acompanhado com o regime de prova.

3 - Condena o 3º arguido **B**, pela prática:

- em autoria material e na forma consumada dum crime de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo artº 8º, n.º 1 do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com alteração pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio, na pena de 8 anos e 9 meses de

prisão, e de MOP\$30,000.00 de multa, ou em alternativa, 198 dias de prisão;

- em co-autoria material e na forma consumada dum crime de consumo em lugares públicos ou de reunião, p. p. pelo artº 17º, n.º 2 do mesmo DL, na pena de 1 ano e 5 meses de prisão, e de MOP\$20,000.00 de multa, ou em alternativa, 132 dias de prisão;
- em co-autoria material e na forma consumada dum crime de consumo de estupefacientes, p. p. pelo artº 23º, al. a) do mesmo DL, na pena de 2 meses de prisão; e
- em co-autoria material e na forma consumada dum crime de detenção indevida de utensilagem para consumo de estupefacientes, p. p. pelo art.º 12º, nº 1 do mesmo DL, na pena de 2 meses de prisão.

Em cúmulo jurídico dos 4 crimes, vai ser condenada o arguido numa única pena de 9 ano e 3 meses de prisão efectiva, e de MOP\$40,000.00 de multa, ou em alternativa, 264 dias de prisão.

4 - Condena o 4º arguido C, pela prática, em autoria material e na forma consumada de:

- 1 crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo artº 8º, n.º 1 do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com alteração pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio, na pena de 8 anos e 9 meses de prisão, e de MOP\$30,000.00 de multa, ou em alternativa,

198 dias de prisão; e

- 1 crime de consumo de estupefacientes, p. p. pelo artº 23º, al. a) do mesmo DL, na pena de 2 meses de prisão.

Em cúmulo jurídico dos 2 crimes, vai ser condenada o arguido numa única pena de 8 ano e 10 meses de prisão efectiva, e de MOP\$30,000.00 de multa, ou em alternativa, 198 dias de prisão.

- 5 - Condena o 5º arguido E, pela prática, em co-autoria material e na forma consumada de:

- 1 crime de consumo de estupefacientes, p.p. pelo artº 23º, al. a) do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com alteração pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio, na pena de 45 dias de prisão; e
- 1 crime de detenção indevida de utensilagem para consumo de estupefacientes, p. p. pelo artº 12º, nº 1 do mesmo DL, na pena de 2 meses de prisão.

Em cúmulo jurídico dos 2 crimes, vai ser condenada o arguido numa única pena de 3 meses de prisão, suspensa a execução de pena de prisão por 1 ano acompanhado com o regime de prova.

- 6 - Absolve a 6º arguido F, pelo imputado, em co-autoria material e na forma consumada de um crime de detenção indevida de utensilagem para consumo de estupefacientes, p. p. pelo artº 12º, nº 1 do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com alteração

pela Lei n.º 4/2001, de 2 de Maio; e

Condena o 6º arguido F, pela prática, em co-autoria material e na forma consumada dum crime de consumo de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 23º al. a) do mesmo D.L., na pena de 45 dias de prisão, suspensa a execução de pena de prisão por 1 ano acompanhado com o regime de prova.

Os arguidos também foram condenados no pagamento de custas com a taxa de justiça e outras remunerações.

Inconformados com a decisão, recorreram para este Tribunal de Segunda Instância apenas os 1º, 3º e 4º arguidos:

1. B (XXX)
2. A (XXX)
3. C (XXX),

Que alegaram respectivamente o seguinte:

O arguido A:

- O acórdão recorrido errou na aplicação da lei dado que não atenuou especialmente a pena aplicada ao recorrente. (artº 400 nº 1 do C.P.P.M.)
- De acordo com o previsto na alínea f) do n.º 2 do artº 66º do

Código Penal a menoridade é, de per si, uma das circunstâncias que determina a atenuação especial da pena.

- De acordo com a interpretação do acórdão recorrido a aplicação da atenuação especial da pena a menores apenas pode ser efectuada caso, cumulativamente, se verifique a existência de circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.”
- O recorrente considera porém, que basta o facto do agente ter menos de 18 anos ao tempo da prática do crime, para que lhe seja aplicado o dispositivo da atenuação especial da pena.
- Pois, essas “circunstâncias anteriores ou posteriores” ao crime que diminuem a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena apenas se justificam se se tratar da análise das circunstâncias previstas nas alíneas a) a e) do n.º 2 do artigo acima mencionado. Aí, sim, é necessário analisar o comportamento do agente para poder concluir ou não, se o mesmo diminuiu a ilicitude do facto, a sua culpa ou a necessidade da pena. Apenas neste caso é necessário haver urna ACTUAÇÃO do agente.
- Porém, no que diz respeito à menoridade, dado que a mesma não depende de nenhum “comportamento” do agente e existe de “per si” não se pode admitir que a mesma tenha que ser conjugada com algum dos outros comportamentos do agente,

pois, caso assim fosse a lei estaria a ser mais exigente com os menores do que com os agentes maiores de idade a quem, para obter a atenuação especial da pena, bastaria demonstrarem através de algum comportamento anterior, posterior ou contemporâneo do crime que havia uma “diminuição acentuada da ilicitude, da culpa ou da necessidade da pena”.

- No caso vertente o recorrente apenas tinha 16 anos quando cometeu o crime por que foi condenado, o que só por si denota a sua imaturidade e a falta de interiorização da gravidade do crime e reforça a necessidade de se lhe aplicar o regime de atenuação especial da pena previsto nos artigos 66º e 67º do Código Penal.

Nestes Termos, deve, pelas apontadas razões, ser julgado procedente o presente recurso, e o acórdão proferido revogado nos termos acima expostos, sendo substituído por outro no qual se atenua especialmente a pena aplicada ao recorrente.

O arguido **B**, nos precisos termos da sua motivação em chinês constante das fls. 326 a 322. ¹

¹ Esta parte tinha a seguinte versão em chinês:

1. 根據卷宗所載之資料，包括審判聽證的視聽資料，原審法院在判斷上訴人為直接正犯，以既遂方式觸犯販毒罪時，在審查證據方面明顯有錯誤，而這錯誤是，顯而易見的，按照一般經驗法則一般留意的人即口發現。
2. 原審法院之所以得出上述認定之結果，純粹是基於“第三嫌犯在審判聽證中保持沉默，並未解釋被搜獲毒品的來源及去向。”及“考慮到第三嫌犯在分別兩次被發現持有數量及種類不

少的毒品，亦缺乏證據證實第三嫌犯持有毒品只是供自己吸食，因此，亦可認定第三嫌犯持有相關毒品並非用於自用的目的。”

3. 上訴人在審判聽證中保持沉默是澳門刑事訴訟法律賦予嫌犯的一項權利，“且不會因沉默而受不利之後果”。
4. 上訴人從來沒有直接或間接聲明或承認在其身上被搜獲的毒品用於出售、轉讓或提供予他人。
5. 案中其他嫌犯的聲明或證人的證言中亦沒有任何直接或間接指明在上訴人身上被搜獲的毒品用於出售、轉讓或提供予他人。
6. 然而，案中有證人的證言提及上訴人一向有吸食毒品的習慣；判決書中已經證明之事實第七段亦證明“上述托盤、膠袋、電話卡及飲管是嫌犯 B 及 D 提供予 E、未成年人 G 及 B 本人於 2007 年 7 月 4 日凌晨二時許在上述單位內吸食毒品“氬胺師”時所使用的工具；而彼等該次吸食的毒品是由上述綽號“H”的男子所提供的。”（底線屬後加）。
7. 再者，根據作為本案書證的載於案卷第 775 頁由法務局社會重返廳技術員 I 於 2009 年 2 月 27 日就上訴人所撰寫的社會報告，上訴人“會吸食違禁藥”，並經其協助到戒毒所接受戒毒治療。
8. 由此可見，上訴人確實是一名吸毒者只是其在審判聽證時選擇保持沉默，雖然沒有解釋被搜獲毒品的來源及去向，但無論從已經證明之事實、證人之證言或書證中均清楚顯示，在上訴人身上被搜獲的上述毒品並非用於出售、轉讓或提供予他人，而只是供個人吸食之用。
9. 故此，如原審法院僅基於上訴人保持沉默及在其身上被搜獲的毒品數量及種類而判斷有關毒品並非供上訴人自用，顯然是從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論，除違反《刑事訴訟法典》第 324 條的規定外，亦在審查證據方面明顯有錯誤，而這錯誤是顯而易見的，按照一般經驗法則一般留意的人即可發現。
10. 同時，被上訴之判決一方面認為上訴人持有的毒品並非用於自用的目的，另一方面又證實上訴人是吸毒者並常有吸毒的歷史和習慣，一般留意的人一看便明白被上訴之判決在這部份自相矛盾，而這矛盾依靠被上訴的判決的整體內容和一般經驗法則是不能克服的，故此，便出現了在說明理由方面出現不可補救之矛盾。
11. 原審法院並不能在欠缺任何客觀實質證據的基礎下單憑主觀去認定事實，這明顯違反《刑事訴訟法典》第 114 條所規定的“自由心證原則”。
12. 如上所述，原審法院完全沒有證據證實上訴人持有相關毒品並非用於自用的目的，相反，卻有充分證據證實上訴人是吸毒者並常有吸毒的歷史和習慣，此事實已足以影響判決的結果（見終審法院第 18/2003 號刑事案件的合議庭裁判）。
13. 另一方面，即使法官閣下認同原審法院“考慮到第三嫌犯在分別兩次被發現持有數量及種類不少的毒品”的判斷，必須指出，原審法院根本不能證實上訴人所持有的非用於本人吸食的毒品的特定數量，然而，這是決定是否構成販毒罪所必須的（見終審法院第 44/2007 號刑事案件的合議庭裁判）。
14. 基於“疑點利益歸於嫌犯原則”，上訴人不應、被控販毒罪，極其量只可被控同法令第 9 條所規定及處罰的少量販毒罪。
15. 如法官 閣下不認同上述見解，上訴人倘提出下列上訴之依據：法律問題 -- 量刑過重。
16. 上訴人被控為直接正犯，以既遂方式觸犯了 1 項經 5 月 2 日公佈的第 4/2001 號法律修改之 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰之販毒罪，判處 8 年 9 個月徒刑，及罰金澳門幣 30,000 圓或轉為 198 日徒刑。
17. 事實上，8 年 9 個月徒刑及罰金澳門幣 30,000 圓對一個現在仍只有 18 歲的青年人來說，確實是相當重的刑罰，應改為判處最低的刑罰，並應根據《刑事訴訟法典》第 66 條的規定，對上訴人特別減輕刑罰，尤其考慮下列情節：
18. 上訴人在作出事實時只有 16 歲；
19. 上訴人在 2007 年 9 月 13 日被搜獲毒品後，遵照社工的建議到戒毒所接受戒毒治療，並已戒除毒癮，沒有再沾上吸毒的壞習慣，且有穩定的工作及正常的生活，長期保持良好行為；

O arguido C:

1. O acórdão recorrido fundamentou a decisão condenatória em erro notório da apreciação da prova (artigo 400º., n.º. 2 alínea c) do CPP).
2. Com efeito, não se provou ser o Recorrente traficante de droga, apenas se provou, e próprio confessou adquirir drogas para o seu próprio consumo.
3. O 5º arguido não confessou ter comprado drogas ao Recorrente, apenas que ele levava drogas consigo quando ia ao apartamento dos autos, mas sem esclarecer o destino, se era para vender ou para consumo próprio do Recorrente, e

-
20. 上訴人曾於 2005 年 4 月因一宗家庭糾紛由初級法院開立未成年人教育卷宗，案件編號叫 CV1-05-0023-MRE，當時法院決定上訴人須由社會重返廳社工作輔導跟進，後來以“感化令”措施跟進，跟進期至 2009 年 7 月 4 日（見作為本案輯的載於案卷第 775 頁由法務局社會重返廳技術員 I 於 2009 年 2 月 27 時上訴人所撰寫的社會報告）。
 21. 由此可見，存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，亦存在明顯減少刑罰之必要性之情節，因此，法院須按照《刑事訴訟法典》第 67 條的規定對上訴人特別減輕刑罰。
 22. 就有關上訴人被控的其他罪名，刑期及罰款同樣對一個現在仍只有 18 歲的青年人來說，確實是相當重的刑罰，應改為判處最低的刑罰，並應根據《刑事訴訟法典》第 66 條的規定，考慮如上已詳細闡述的情節，按照《刑事訴訟法典》第 67 條的規定對上訴人特別減輕刑罰。
 23. 再者，量刑須根據《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定作出，而具體『刑罰之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮不法程度可實行之方式、後果之嚴重性、對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、嫌犯之動機、嫌犯之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。
 24. 因此，由於被上訴的判決沒有根據《刑法典》第 65 條至第 67 條的規定考慮上訴人所具有的特別減輕刑罰情節，應由法官閣下重新對科處上訴人的刑期及罰款作出量刑。

請求

綜上所述，應裁定本上訴理由成立，繼而開釋上訴人之販毒罪，或改判少量販毒罪，又或重新對科處上訴人的刑期及罰款作出量刑。

另外，根據《刑事訴訟法典》第 402 條第 3 款、第 415 條及第 418 條的規定，請求法官閣下對“上訴人所持有毒品僅供個人吸食之用”的事實再次調查證據，包括審判聽證的視聽資料，以及載於案卷第 775 頁由法務局社會重返廳技術員 I 於 2009 年 2 月 27 日就上訴人所撰寫的回社會報告的書證，又或將卷宗移送原審法院重新審判，以查明上訴人並沒有觸犯販毒罪。

請求尊敬的中級法院法官 閣下一如既往作出公正裁決，以彰顯公義。

que tal situação ocorreu por o máximo 3 vezes.

4. A 1ª testemunha da acusação esclareceu que os seus colegas, nomeadamente o 3º arguido descia ao r/c do prédio para comprar a droga, e que nunca viu ou sequer comprou droga ao ora Recorrente, tendo frequentado o dito apartamento por cerca de um mês.
5. Se na posse do Recorrente foi encontrada a quantidade de Ketamina correspondente ao peso líquido de 2.943g, deverá o mesmo ser julgado somente por esta quantidade e não por outras quantidades, fora do seu poder de disponibilidade, na dúvida sobre a titularidade ou não, dos estupefacientes que ajudar a encontrar, na posse de terceiro, deverá quanto a esta, beneficiar do princípio in dubio pro réu.

Uma vez que a prova se encontra documentada, requer a renovação da prova, nos termos do disposto no artigo 415º do CPP.

Termos em que deverá o presente recurso ser julgado procedente e, em consequência, ser o recorrente absolvido; caso assim não se entenda, deverá o julgamento ser anulado e ordenada a sua repetição, por ocorrer o vício previsto no artigo 400º., n.º 2, alíneas c) do CPP, nomeadamente por ocorrer erro notório na apreciação da prova.

Aos recursos, respondeu o Ministério Público, alegando,

respectivamente, o seguinte:

Do recurso de A:

1. O tribunal “a quo” observou os critérios legais no que tange à determinação da pena, nomeadamente, tendo em consideração as circunstâncias concretas do caso que têm influência na matéria de culpabilidade do recorrente e de ilicitude dos factos.
2. Não existe qualquer circunstância de facto que é susceptível de revelar a diminuição da culpa do agente ou de ilicitude dos factos;
3. A mera idade do recorrente constitui como pressuposto necessário mas não suficiente dessa revelação.
4. Pela simples razão de que a idade menos de 18 anos não gera qualquer efeito automático de atenuação.
5. Se fosse a intenção do legislador em autonomizar atenuação da menoridade, deveria ter outra articulação da norma do n.º art.º 66 do C.P.M.;
6. Isto é, deveria ter destacado expressamente o efeito de atenuação da menoridade, separando-o das outras circunstâncias aí referidas.
7. Assim não foi feito, torna-se ilegítimo a conclusão do recorrente por carece de qualquer apoio em termos de interpretação literal, sistemática e teleológica da norma.

Por tudo acima expostos, o recurso interposto deve ser rejeitado.

Do recurso de B:

1. O vício de erro notório na apreciação da prova tem de ser patente e resulta de forma clara nos factos dados como provados ou não provados;
2. E a sua análise deve ser feito através de uma compreensão global dos factos;
3. O recorrente partiu-se de uma premissa errada, no sentido de considerar o seu consumo de droga numa ocasião faz com que ele só possa ser considerado como consumidor em qualquer outras ocasiões;
4. Na verdade, o que se passa com os factos provados é que através deles se demonstra o recorrente possuía duas qualidades distintas: consumidor e traficante.
5. Sá haveria a hipótese de erro notório na apreciação das provas caso o tribunal confirmasse essas duas qualidades só com base nos mesmos factos ou na mesma quantidade de droga.
6. O que não sucedeu no caso uma vez as condenações do recorrente pela qualidade de traficante e de consumidor são baseadas em factos bem distintos.
7. Não se procede, assim a tese do recorrente de verificação do

vício de erro notório na apreciação das provas;

8. O mesmo se passa com o alegado vício de contradição insanável da fundamentação;
9. Não houve qualquer violação do princípio de livre convicção, uma vez o silêncio do arguido em si só tem efeito neutro no processo de formação de convicção;
10. Mas nunca pode ser atribuído ao silêncio qualquer efeito impeditivo de formação de convicção através das outras provas;
11. No fundo, o que se contesta o recorrente não passa de um ataque à convicção livre do tribunal “a quo”, com base na sua visão pessoal sobre as provas produzidas;
12. Por outro lado, não se vê de onde resulta qualquer vício nesse processo de formação da convicção do tribunal recorrido, visto que todas as exigências legais - objectividade, racionalidade e de experiência da vida comum - foram todas observadas;
13. Isso faz com que a mesma convicção é insindicável;
14. O tribunal “a quo” também observou os critérios legais no tange à determinação da pena, nomeadamente, tendo em consideração circunstâncias concretas do caso que têm influência na matéria culpabilidade do recorrente e de ilicitude dos factos.

15. Não existe qualquer circunstância de facto que é susceptível de revelar a diminuição da culpa do agente ou de ilicitude dos factos;
16. A mera idade do recorrente constitui como pressuposto necessário mas não suficiente dessa revelação.
17. Pela simples razão de que a idade menos de 18 anos não gera qualquer efeito automático de atenuação.

Por tudo acima expostos, o recurso interposto deve ser julgado improcedente.

Do recurso de C:

1. O vício de erro notório na apreciação da prova tem de ser patente e resulta de forma clara nos factos dados como provados ou não provados;
2. E a sua análise deve ser feito através de uma compreensão global dos factos;
3. O recorrente partiu-se de uma premissa errada, uma vez se alicerçou toda a sua tese nos factos supostamente provados;
4. Não se procede, assim a tese do recorrente de verificação do vicio de erro notório na apreciação das provas;
5. No fundo, o que se contesta o recorrente não passa de um ataque à convicção livre do tribunal “a quo”, com base na sua

visão pessoal sobre as provas produzidas;

6. Por outro lado, não se vê de onde resulta qualquer vício nesse processo de formação da convicção do tribunal recorrido, visto que todas as exigências legais - objectividade, racionalidade e de experiência da vida comum - foram todas observadas;
7. Isso faz com que a mesma convicção é insindicável;

Por tudo acima expostos, o recurso interposto deve ser liminarmente rejeitado.

Nesta instância, a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer que se transcreve o seguinte:

“1. O nosso Exm^o Colega demonstra, muito claramente, a insubsistência das motivações dos recorrentes.

E nada se impõe acrescentar, de relevante, às suas judiciosas e desenvolvidas considerações.

...

3. Os 1^o e 3^o arguidos pretendem beneficiar da atenuação especial da pena.

Trata-se de uma pretensão infundada.

Não se verifica, na verdade, o especial quadro atenuativo que o art.

66º do C. Penal exige.

Conforme se sabe, a acentuada diminuição da culpa ou das exigências de prevenção (“necessidade da pena”) constitui o pressuposto material da sua aplicação.

E isso só acontece “quando a imagem global de facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo” (cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, 306).

A favor dos mesmos, com efeito, nada se provou.

Os arguidos em causa enfatizam, a propósito, a sua idade -16 anos à data da prática dos factos.

Tal circunstância, porém, não constitui fundamento, só por si, para a atenuação em apreço (cfr., designadamente, ac. do TUI, de 29-09-2000, proc. n.º. 13/2000).

A atenuação especial - convém recordá-lo - só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais. E a situação em foco não integra, em nosso juízo, esse condicionalismo.

4. O 3º arguido questiona, ainda, a bondade das penas aplicadas - no quadro das respectivas molduras abstractas.

Mas não lhe assiste razão, como evidencia o nosso Ilustre Colega.

Há que ter em conta, “in casu”, além do mais, exigências prementes de prevenção geral.

Em sede de prevenção positiva, há que salvaguardar a confiança e as expectativas da comunidade no que toca à validade das normas violadas, através do “restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada...” (cfr. Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pg. 106).

E, a nível de prevenção geral negativa, não pode perder-se de vista o efeito intimidatório subjacente a esta finalidade da punição.

As penas impostas aos 1º e 4º arguidos mostram-se, igualmente, justas e equilibradas.

6. Devem, pelo exposto, os recursos ser julgados improcedentes.”

Cumprido conhecer.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes-Adjuntos.

À matéria de facto, foi dada por assente a factualidade constante do acórdão recorrido que se transcreve na nota-pé.²

² Esta parte tinha a seguinte versão em chinês:

- 至少從 2007 年 4 月份開始，嫌犯 B 及 D 協議，以嫌犯 D 的名義租住位於澳門 XXX 街 XXX 大廈第 XXX 座 XXX 樓 XXX 室，並容許彼等之朋友，包括嫌犯 C、E、F 及未成年人 G 經常在該單位內吸食毒品，尤其是吸食“K 仔”。
- 上述“K 仔”通常是由一名綽號“H”的男子或嫌犯 C (XXX) 帶到上述單位內，供上述嫌犯及未成年人吸食的。
- 2007 年 7 月 4 日下午三時許，司警人員前往上述住所內進行調查，當時證人 J 正在進入該單位，而證人 K 及未成年人 G 均在該單位內。
- 隨後，嫌犯 E、F、B、D 及證人 L、M 返回上述單位。

- 司警人員在上述單位客廳沙發旁一張木椅上搜獲一個啡色托盤，上載有 6 個透明小膠袋、1 個中型透明膠袋、1 張電話增值卡及 2 枝飲管，全部帶有白色粉末的痕跡。
- 經化驗證實，上述白色粉末痕跡含屬一月二十八日第 5/91/M 號法令附表 II-C（經五月二日第 4/2001 號法律修改）內之受管制之“氣胺酮”。
- 上述托盤、膠袋、電話卡及飲管是嫌犯 B 將思維提供予 E、未成年人 G 及 B 本人於 2007 年 7 月 4 日凌晨二時許在上述單位內吸食毒品“氣胺酮”時所使用的工具；而彼等該次吸食的毒品是由上述綽號“G”的男子所提供的。
- 此外，司警人員亦在嫌犯 B 的身上搜出一套 4 條開啟上述單位的門匙。
- 同日下午六時三十分左右，嫌犯 C（XXX）出現上述單位內，司警人員遂對其進行調查。
- 司警人員當場在嫌犯 C（XXX）的右邊褲袋內搜出一個透明膠袋，內載有 4 包白色粉末。
- 經化驗證實，上述 4 包白色粉末的總淨重為 3.230 克，含屬一月二十八日第 5/91/M 號法令附表 II-C（經五月二日第 4/2001 號法律修改）內之受管制之“氣胺酮”；經定量分析後，“氣胺酮”百分含量為 91.12%，淨重為 2.943 克。
- 上述毒品是嫌犯 C（XXX）透過未能證實方式取得，目的是供其作個人吸食之外，亦帶到上述單位內提供或贈予他人吸食，包括嫌犯 B、D、E、F 及未成年人 G。
- 嫌犯 C（XXX）有時會透過嫌犯 A 取得毒品，有時亦會協助嫌犯 A 從內地購買毒品並運來澳門。
- 2007 年 7 月 4 日上午十時五十九分左右，嫌犯 C（XXX）應嫌犯 A 的要求前往珠海，以每包“K 仔”澳門幣壹佰圓的價格向一名綽號“O”的身份未明的男子購買了 26 包“K 仔”，並於同日下午一時三十五分將之運返澳門後，前往在嫌犯 A 位於澳門 XXX 街 XXX 號 XXX 大廈 XXX 樓 XXX 座的住所內交給嫌犯 A。
- 2007 年 7 月 4 日晚上十一時許，在司警人員的安排下，嫌犯 C（XXX）透過電話跟嫌犯 A 取得聯絡，並約定前往後者位於澳門 XXX 街 XXX 號 XXX 大廈 XXX 樓 XXX 座之住所內進行毒品交易。
- 同日晚上十一時四十五分左右，司警人員前往嫌犯 A 上述住所進行調查，當時嫌犯 A 及證人 P 均在該單位內。
- 司警人員即場在嫌犯 A 的睡床上搜獲一個透明膠袋，內裝有 26 包白色粉末；此外，司警人員扣押了一台屬於嫌犯 A 的手提電話。
- 經化驗證實，上述 26 包粉末的總淨重為 23.950 克，含屬一月二十八日第 5/51/M 號法令附表 II-C（經五月二日第 4/2001 號法律修改）內之受管制之“氣胺酮”；經定量分析後，“氣胺酮”的百分含量為 90.31%，淨重為 21.629 克。
- 上述毒品是嫌犯 A 指示嫌犯 C（XXX）於 2007 年 7 月 4 日上述時間前往內地協助其購買的，目的除將其中四分之一（約 6 小包）供其作個人的吸食之外，另外四分之三用於向他人讓予或提供。
- 上述手提電話是嫌犯 A 用作從事販毒之聯絡工具。
- 2007 年 8 月 1 日早上九時三十分左右，治安警員在水塘馬路休憩區附近，將形跡可疑的嫌犯 B 截停檢查。
- 治安警員即場在嫌犯 B 右邊褲袋內搜出 5 粒紅色藥丸、5 粒粉紅色藥丸、8 粒淺綠色藥丸及 1 包白色粉末。
- 經化驗證實，上述紅色藥丸的總淨重為 1.470 克，含屬一月二十八日第 5/91/M 號法令附表 II-A 所管制之“二甲（甲烯二氧）笨乙胺”，“溴二甲氧笨乙胺”及“甲烯氧笨丙胺”，以及同一法令附表 II-B 所管制之“甲基笨丙胺”成份；經定量分析後，其中所含的“二甲（甲烯二氧）笨乙胺”的百分含量為 21.5%，淨重為 0.316 克，而當中所合“甲基笨丙胺”的百分含量為 2.03%，淨重為 0.030 克。而上述粉紅色藥丸的總淨重為 1.525 克，含有第 5/91/M 號法令附表 II-A 所管制之“二甲（甲烯二氧）笨乙胺”及附表 II-B 所管制之“甲基笨丙胺”成份；經定量分析後，其中所含的“二甲（甲烯二氧）笨乙胺”的百分含量為

8.23%，淨重 0.126 克。而上述淺綠色藥丸總淨重為 1.510 克，含有第 5/91/M 號法令附表 IV 所管制之“硝基去氯安定”，而上述白色粉末的淨重為 0.917 克，含有同一法令附表 II-C（經五月二日第 4/2001 號法律修改）內之受管制之“氯胺酮”，經定量分析後，“氯胺酮”的百分含量為 78.8%，淨重為 0.723 克。

- 上述毒品是嫌犯 B 透過未能證實方式取得，目的並非自用。
- 2007 年 9 月 13 日早上四時左右，治安警員在馬交石巷附近將已經步入先進廣場旁公園的嫌犯 B 截停檢查。
- 治安警員當場在嫌犯 B 的右邊褲袋內搜出 1 包白色粉末。
- 經化驗證實，上述白色粉末的淨重為 11.496 克，含屬一月二十八日第 5/91/M 號法令附表 II-C（經五月二日第 4/2001 號法律修改）內之受管制之“氯胺酮”；經定量分析後，“氯胺酮”的百分含量為 94.54%，淨重為 10.868 克。
- 上述毒品是嫌犯 B 透過未能證實方式取得，目的並非自用。
- 嫌犯 A、B、D、嫌犯 C（XXX）、E 及 F 清楚認識上述毒品的性質及特徵。
- 嫌犯 A 購買、取得及持有毒品，目的是將大部分向第三人提供及讓予。
- 嫌犯 B 取得及持有毒品，目的並非自用。
- 嫌犯 C（XXX）購買、取得、運輸及持有毒品，目的除用於個人吸食之外，亦用於向第三人提供及讓予。
- 嫌犯 B 及 D 同意將其住所提供予他人通常用作吸毒的場所。
- 嫌犯 B、E 及 F 明知法律禁止，仍取得上述毒品作個人吸食之用。
- 嫌犯 B、D 及 E 明知法律禁止，仍提供、持有及使用上述托盤、膠袋、電話卡及飲管作為吸毒之工具。
- 嫌犯 A、B、D、C（XXX）、E 及 F 是在自由、自願及故意的情況下作出上述行為。
- 嫌犯 A、B、D、C（XXX）、E 及 F 明知其行為是法律禁止和處罰的。

另外證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，第一嫌犯 A 並非初犯，觸犯本案時 16 歲。
- 2008 年 1 月 24 日，第一嫌犯於本院第二刑事法庭 CR2-07-0187-PCC 號合議庭普通刑事案中因觸犯 1 項取得或持有毒品作吸食罪而被判處 1 個月徒刑，徒刑緩期 1 年執行，但須附隨考驗制度。判決於 2008 年 2 月 4 日轉為確定。嫌犯於 2007 年 2 月 10 日觸犯上述罪行。
- 第一嫌犯聲稱被羈押前已失業，嫌犯的父親於其 5 歲時已搬離了家庭，而家中所有事務均由嫌犯的母親承擔，嫌犯的母親為蔬菜小販，嫌犯尚有四名姐姐，其中兩名已另組家庭，嫌犯與母親及其餘兩名姐姐同住，該名姐姐均為賭場莊荷。嫌犯學歷為初中一年級。
- 根據刑事紀錄證明，第二嫌犯 D 為初犯，觸犯本案時剛足 18 歲，是第三嫌犯的同居女友。
- 第二嫌犯為侍應，月薪澳門幣 6,000 圓，並每月給予母親澳門幣 2,000 圓作為家用，嫌犯的父母於嫌犯年幼時已離婚，嫌犯跟隨母親生活，嫌犯的母親因患癌病而沒有工作。嫌犯學歷為初中三年級。
- 根據刑事紀錄證明，第三嫌犯 B 為初犯，觸犯本案時只有 16 歲，是第二嫌犯的同居男友。
- 第三嫌犯為當舖職員，月薪澳門幣 5,000 圓，嫌犯的父親於嫌犯不足一歲時已離開家庭，嫌犯的母親為葡京清潔員，嫌犯的大姐已另組家庭，而二姐為莊荷且未婚懷孕誕下一名現年 8 歲的兒子，嫌犯與母親、二姐及外甥同住。嫌犯學歷為初中一年級。
- 根據刑事紀錄證明，第四嫌犯 C（XXX）為初犯，觸犯本案時 19 歲。
- 第四嫌犯為髮型師助理，月薪澳門幣 7,500 圓，嫌犯的父親為退休公務員，每月約領取澳門幣 8,000 多圓的退休金，嫌犯的母親為公務員，月薪約澳門幣 8,000 多圓，嫌犯尚有一名任兼職時裝設計員的姐姐。嫌犯學歷為小學五年級。
- 根據刑事紀錄證明，第五嫌犯 E 為初犯，觸犯本案時 17 歲。
- 第五嫌犯為地盤工人，日薪澳門幣 300 圓，每月約賺取澳門幣 10,000 圓的收入，並每月

Conhecendo.

Há três recursos respectivamente interpostos da decisão condenatória do Tribunal *a quo*, por três dos arguidos **B**, **A** e **C**.

Decidido os pedidos de renovação da prova no acórdão de 12 de Novembro de 2009, resta decidir as questões do mérito nos recursos.

Vícios do acórdão

Nos seus recursos, os recorrentes impugnaram respectivamente o acórdão pelos vários vícios de julgamento de matéria de facto.

Para o recorrente **B**, há erro notório na apreciação da prova quando o Tribunal condenou o arguido em autoria directa do crime de

將收入的一半給予母親作為家用，嫌犯的父親於嫌犯年幼時已離開家庭，嫌犯的母親現因手術後需休養而沒有工作，嫌犯尚有一名就讀高中的妹妹。嫌犯學歷為小學三年級。

- 根據刑事紀錄證明，第六嫌犯 **F** 為初犯，觸犯本案時 18 歲。
 - 第六嫌犯現職咖啡店兼職服務員，每月約賺取澳門幣 5,000 圓的收入，並每月給予父母澳門幣 1,500 圓至 2,000 圓作為家用，嫌犯的父親為建築工人，嫌犯的母親為魚販，嫌犯共有三名姐姐，其中一名任職荷官，另外兩名為大學生。嫌犯現正於夜校重讀初中三年級。
- 未經證明之事實：
- 載於起訴書其餘與已證事實不符之重要之事實，具體如下：
 - 嫌犯 **D** 在 2007 年 7 月 4 日凌晨二時許在上述單位內吸食毒品“**氯胺酮**”。
 - 上述托盤、膠袋、電話卡及飲管是嫌犯 **F** 於 2007 年 7 月 4 日時凌晨二時許在上述單位內吸食毒品“**氯胺酮**”時所使用的工具。
 - 嫌犯 **C** (XXX) 被司警人員截查時在身上藏有的毒品是嫌犯於 2007 年 7 月 2 日晚上十時四十五分左右，以每包“**K 仔**”澳門幣貳佰圓的價格向嫌犯 **A** 處所購得。
 - 2007 年 8 月 1 日在嫌犯 **B** 身上的毒品是嫌犯於 2007 年 7 月 3 日晚上大約十一時，在拱北以澳門幣捌佰圓向一名綽號“**Q**”的身份未明人士所購得的。
 - 2007 年 9 月 13 日在嫌犯 **B** 身上的毒品是嫌犯於 2007 年 9 月 13 日凌晨時分，在位於漁翁街的聖公會澳門蔡高中學附近，以澳門幣柒佰圓向一名綽號“**R**”的身份未明男子所購得的。
 - 嫌犯 **D** 明知法律禁止，仍取得上述毒品作個人吸食之用。
 - 嫌犯 **F** 明知法律禁止，仍持有及使用上述托盤、膠袋、電話卡及飲管作為吸毒之工具。

tráfico de estupefacientes, pois, o próprio arguido ficava silente durante o julgamento e nunca directa e indirectamente reconheceu que tinha exercido o acto de venda, concessão ou proporção dos estupefacientes para o terceiro, nem as testemunhas ofereceram as provas directas ou indirectas para provar nesse sentido.

Por outro lado, verifica-se o vício de contradição insanável de fundamentação quando o Tribunal, por um lado, considerou que o recorrente detinha estupefaciente não destina para o consumo, por outro lado consignou factos demonstrativo de ser consumidor de estupefaciente e tinha este hábito.

Para o recorrente C, o vício da matéria de facto consiste em que o tribunal condenou o recorrente pela prática do crime de tráfico de estupefacientes e crime de consumo de estupefacientes sem se ter se provado ser o recorrente traficante de droga, apenas se provou e próprio confessou adquirir drogas para o seu consumo e não existe outra prova indicadora de ser o recorrente um traficante.

Vejamos.

A priori, não podemos deixar de referir que ao invocar qualquer dos vícios do artigo 400º n° 2 do Código de Processo Penal, deve evitar confundir as questões de direito com as de facto. O tribunal apreciar livremente das provas e com base nas mesmas forma a sua convicção e consigna por assentes os factos provados e não provados e, finalmente, com base nestes factos assentes e não provados, faz a aplicação da lei, assim resolvendo todas as questões de direito de que lhe incumbem conhecer.

Os vícios indicados no artigo 400º nº 2 do Código de Processo Penal contendem com o julgamento de matéria de facto. Mas, a primeira conclusão tirada pelo recorrente **B**, foi precisamente uma questão de direito, pois, ao dizer que o Tribunal incorreu no erro notório na apreciação da prova ao considerar o recorrente ter cometido em autoria e na forma consumada do crime de tráfico de estupefaciente, com base nos elementos produzidos nos autos, está a impugnar da decisão condenatória no seu enquadramento jurídico dos factos.

E estes fatos não equiparam aos elementos produzidos nos autos, a título da prova.

Em concreto, existe erro notório na apreciação da prova quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, ou quando o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável, ou viola as regras sobre o valor da prova vinculada, da experiência ou as *legis artis*. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores.³

O que o recorrente **B** invocou não será menos do que a impugnação à insuficiência da prova, o que se configura uma sindicância da livre convicção do Tribunal, que é proibida pelo artigo 114º do Código de Processo Penal.

Porém, respeitante à parte da fundamentação da convicção contida no Acórdão recorrido em que o recorrente considerou existente o

³ Vide o acórdão entre outros, do TUI do processo nº 16/2003.

vício insuficiência da prova (2ª conclusão da motivação -- “原審法院之所以得出上述認定之結果，純粹是基於‘第三嫌犯在審判聽證中保持沉默，並未解釋被搜獲毒品的來源及去向。’及‘考慮到第三嫌犯在分別兩次被發現持有數量及種類不少的毒品，亦缺乏證據證實第三嫌犯持有毒品只是供自己吸食，因此，亦可認定第三嫌犯持有相關毒品並非用於自用的目的。’ ”), quanto a nós, existe um vício de erro notório na apreciação de prova, não pelo vício de que o recorrente apontou, mas sim por o Tribunal, tanto violou as regras de prova (*embora não seja prova vinculada*) pela forma de inversão do ónus de prova ao arguido, como o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou.

Disse o Tribunal que “considerando que o 3º arguido tinha sido por duas vezes detectado pela detenção dos estupefacientes com certa quantidade ou variedade das espécies, e na falta de prova a comprovar que o arguido os detinha só para o próprio consumo (*da versão chinesa podia também se lê assim: ... na falta de prova a comprovar que todos os estupefacientes que o arguido detinha se destinavam para o próprio consumo*)”, pelo que é de consignar que o arguido os detinha não para o próprio consumo. (*sublinhado nosso*)

Por um lado, esta fundamentação do julgamento da matéria de facto insinuou nitidamente que, para o artigo 8º do D.L. nº 5/91/M, cabe ao arguido provar que os estupefacientes que detém só para o consumo próprio.

Por outro lado, como *in casu*, a falta de prova indicativa ao facto comprovativo de que “os estupefacientes se destinam só para o consumo do arguido detentor” nunca pode levar o Tribunal considerar como ficado provado o facto que “os estupefacientes não se destinam para o consumo

do arguido detentor”. E, com o facto de falta da prova demonstrativa de que “os estupefacientes se destinam só para o consumo do arguido detentor”, o que só pode concluir que o arguido detinha os estupefacientes para consumo e para tráfico, em consequência desta conclusão, devia o Tribunal investigar qual para dos estupefacientes se destinam para consumo e qual para tráfico.

Daí, do julgamento de matéria de facto, nomeadamente das partes respeitantes aos factos acontecidos em 1 de Agosto de 2007 e em 13 de Setembro de 2007, resultou:

Primeiramente, o vício de erro notório na apreciação da prova, pois perante a fundamentação da convicção do Tribunal, que erro obviamente, não sabemos se há ou não prova para provar o facto comprovativa directamente de que “o arguido detinha os estupefacientes não só para o próprio consumo”;

Segundamente, a insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito, pois do facto de falta de prova comprovativa de que os estupefacientes se destinavam só para consumo, carece apurar os factos comprovativos das finalidades de consumo e tráfico e as respectivas qualidades.⁴

Quanto ao segundo vício, tal como acima se referiu, o recorrente impugnou o vício de contradição insanável da fundamentação entendendo que o Tribunal deu como provado facto comprovativo de o

⁴ Nota do relator: do despacho de pronúncia consta no articulado 28 o facto que, “上述毒品實嫌犯B.購得, 目的是在澳門夜場, 尤其是在上述截查地點附近的夜場向他人出售”, mas não se consta dos factos quer provados quer não provados, pelo que não se sabe se o Tribunal investigou nesta parte de matéria de facto ou não.

recorrente deter dos estupefacientes não (só) para o próprio consumo, mas por outro lado deu como provado facto comprovativo de o recorrente ser consumidor e deter os instrumentos para o consumo de Ketamina.

Mas esta parte já não tem razão. Apesar de que os factos provados não se mostram claros quanto às ocasiões em que se envolvem no consumo de estupefacientes e detenção não para consumo, não podemos deixar de ser esclarecidos se fizemos a leitura dos factos provados, que: quando se disse nas conclusões que “**嫌犯 B 取得及持有毒品，目的並非自用**”, quer referir aos dias 1 de Agosto de 2007 e 13 de Setembro de 2007, quando foi o arguido **B** interceptado, e quando se disse “**嫌犯 B、E 及 F 明知法律禁止，仍取得上述毒品作個人吸食之用**” quer referir às ocasiões do dia 4 de Julho de 2007.

Pelo que não se verifica qualquer contradição entre factos provados e não provados ou entre os provados e não provados.

De qualquer maneira, verificados os vícios do julgamento de matéria de facto, respeitante restritamente ao 3º arguido, nos termos acima referidos, na parte do facto de deter os estupefacientes só para o próprio consumo, em princípio, estando documentado o julgamento, devia proceder à renovação da prova. Porém, no caso concreto, estando em causa à prova cuja apreciação carece um novo julgamento total relativo ao arguido ora recorrente e não estando com a condição de proceder este novo julgamento neste Tribunal de recurso, deve reenvio o processo para o novo julgamento, a proceder por outro colectivo que não tinha intervenção no julgamento viciado.

Por isso, decida esta questão fica prejudicada a apreciação da restante questão levantada pelo recorrente **B**.

O recurso do arguido C

Quanto ao recurso do arguido **C**, das conclusões da sua motivação de recurso, salvo melhor leitura, o mesmo impugnou a decisão pelo erro notório na apreciação da prova com o fundamento de que, por um lado, não se provou ser o recorrente traficante de droga apenas se provou e próprio confessou adquirir drogas para o seu consumo; por outro lado, mesmo que devesse considerar ser o recorrente traficante, com base nos factos de ter encontrado a quantidade de Ketamina correspondente ao peso líquido de 2.943g, deveria o mesmo ser julgado somente por esta quantidade e não por outras quantidades, fora do seu poder de disponibilidade, e, na dúvida sobre a titularidade, o recorrente deveria beneficiar do princípio *in dubio pro reo*.

Digamos que o recorrente, ao dizer do primeiro ponto, se limitou a manifestar a sua mera discordância com os factos consignados pelo Tribunal *a quo*, senão a sindicar à livre apreciação da prova.

É manifestamente improcedente este fundamento do vício de erro notório.

E, o recorrente, ao dizer do segundo ponto, levantou uma questão de direito, de aplicação da lei e de interpretação dos factos, estes fundamentos também se afiguram ser manifestamente improcedentes, pois com o peso líquido de 2.943g de Ketamina, tanto no âmbito do D.L.

nº 5/91/M como no âmbito da Lei nº 17/2009, ultrapassa ao limite máximo da quantidade diminuta.

Pelo que, é de improceder o recurso do arguido C, sem prejuízo da decisão oficiosa a tomar adiante.

Recurso do arguido A

Limitou-se o recorrente a invocar a atenuação especial da pena com o fundamento de ser menor de 18 anos.

Manifestamente não tem razão.

Como se sabe, a atenuação especial da pena pressupõe a conclusão da “acentuada diminuição” da ilicitude, da culpa ou das exigências de prevenção, que se retira “quando a imagem global de facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo”.⁵

De facto, nada se provou a favor do ora recorrente: a sua idade -16 anos à data da prática dos factos, não constitui fundamento, só por si, para a atenuação em apreço.⁶

Não podemos deixar de reiterar: a atenuação especial só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais. E na situação vertente, o

⁵ Cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, 306.

⁶ Cfr. O acórdão do TUI, entre outros, de 29-09-2000, proc. n.º. 13/2000.

arguido, embora com 16 anos de idade, praticou o crime tão gravoso e o papel que desempenhava e conjugando com outras circunstâncias apuradas nos autos, nada justifica esse condicionalismo.

Pelo que é de improceder o recurso do arguido **A**, sem prejuízo da decisão oficiosa a tomar adiante.

Decisão oficiosa

Como após a condenação dos arguidos e até à apreciação dos seus recursos, entrou em vigor a Lei nº 17/2009, de 10 de Agosto - que pune o tráfico de estupefacientes e que revogou a lei ao abrigo da qual os arguidos foram condenados, o D.L. nº 5/91/M, cumpre conhecer, mesmo officiosamente, da questão da aplicação da lei no tempo, de acordo com o nº 4 do artigo 2º do Código Penal, que se dispõe:

“Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se já tiver havido condenação transitada em julgado”.

Não tendo ainda transitado em julgado a condenação dos arguidos, cabe apurar qual dos dois regimes penais é “concretamente se mostrar mais favorável ao agente”.

A comparação dos regimes concretamente mais favoráveis “pressupõe que o tribunal realize todo o processo de determinação da pena concreta ... face a cada uma das leis, a não ser, como é óbvio, que seja evidente, numa simples consideração abstracta, que uma das leis é

claramente mais favorável que a outra”.⁷

Essa simples consideração abstracta sucede, por exemplo, quando o mínimo da penalidade de uma das leis for superior ao máximo da penalidade da outra lei.⁸

Como estão envolvidas várias infracções em concurso, deve-se ponderar as penas aplicadas aos crimes com o “regimes” concretamente mais favoráveis. Neste contexto, e com a melhor reflexão das questões, entende-se mais correcta ser a solução de: no concurso das infracções, a determinação da lei com regime concretamente mais favorável para o arguido deve ser feita em relação a cada um deles, e não em relação ao conjunto das infracções em concurso, o que pode implicar que, em relação a um seja a lei antiga e quanto a outro o da nova.⁹

Vejamos.

Os arguidos foram respectivamente condenados artigos 8º, 12º, 17º e 23º do D.L. nº 5/91/M, com a redacção dada pela Lei nº 4/2001.

Como podemos ver, a Lei nº 17/2009 tem uma estrutura semelhante ao diploma que veio substituir, o Decreto-Lei nº 5/91/M. No

⁷ A.TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, 3.ª edição, 2008, p. 247. Na sua Edição de 2003, p. 235, entendeu que o legislador penal fala em “disposições penais”, “normas” ou “regimes” como sinónimos, dizendo que a palavra “regimes” poderá tomar-se em vez da lei e sugeriria precisamente que se devia aplicar o regime (ou conjunto normativo) formado pelas disposições jurídico-penais mais favoráveis contidas nas diferentes leis sucessivas.

⁸ Vide os acórdãos do TUI, dos processos, entre outros, de 26/2009 · 27/2009 · 28/2009.

⁹ Decidia neste sentido, no âmbito de direito comparado, nos acórdãos do STJ de Portugal, entre outros, de 24 de Outubro de 1996, do processo nº 606/96, de 8 de Fevereiro de 1996, do processo nº 48863, de 2 de Maio de 1996 do processo nº 120/96, de 28 de Maio de 1998 do processo nº 209/98, todos da jurisdição criminal.

que respeita às disposições penais contém basicamente tipos de ilícito. Não estão em causa alterações relativas a causas de justificação ou a condições de punibilidade.

Os tipos que se referem ao tráfico ilícito de estupefacientes previstos na Lei nova estatuem o seguinte:

“Artigo 8º (Tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas)

1. Quem, sem se encontrar autorizado, oferecer, puser a venda, vender, distribuir, ceder, comprar ou por qualquer título receber, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 14.º, plantas, substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 3 a 15 anos.

2. Quem, tendo obtido autorização mas agindo em contrário da mesma, praticar os actos referidos no número anterior, é punido com pena de prisão de 4 a 16 anos.

3. Se se tratar de plantas, de substâncias ou de preparados compreendidos na Tabela IV, o agente é punido com pena de prisão:

1) De 6 meses a 5 anos, no caso do n.º 1;

2) De 1 a 8 anos, no caso do n.º 2”.

“Artigo 10.º (Agravação)

As penas previstas nos artigos 7.º a 9.º são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o agente:

1) Praticar os factos por intermédio de associação criminosa ou de sociedade secreta;

2) For médico, farmacêutico, ajudante técnico de farmácia ou técnico de saúde e com a sua actuação não prosseguir fins terapêuticos;

3) Estiver incumbido da prevenção ou repressão dos crimes de produção, de tráfico ou de consumo de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas;

4) Por funcionário de justiça ou trabalhador a prestar serviço nos serviços prisionais, nos serviços de reinserção social, nos serviços de correios, nos estabelecimentos de educação ou nas entidades públicas ou privadas do sistema de acção social, sendo o facto for praticado no exercício das suas funções;

5) Detiver, ameaçar com ou fizer uso de arma ou utilizar máscara ou disfarce;

6) Corromper, alterar ou adulterar, por manipulação ou mistura, plantas, substâncias ou preparados, de forma a aumentar o perigo para a vida ou para a integridade física de outrem;

7) Fizer da prática do crime modo de vida;

8) Entregar ou tentar entregar as plantas, as substâncias ou os preparados a menores, a doente mental manifesto ou a pessoas que se encontrem entregues ao seu cuidado para tratamento, educação,

instrução, vigilância ou guarda;

9) Distribuir ou tentar distribuir as plantas, as substâncias ou os preparados por grande número de pessoas;

10) Praticar os factos em instalações de serviços ou instituições de tratamento de consumidores, de reinserção social ou de acção social, em estabelecimento prisional, instalação policial ou de segurança pública, estabelecimento de educação, ou em outros locais especialmente destinados à prática de actividades educativas, desportivas ou recreativas por menores”.

“Artigo 11º (Produção e tráfico de menor gravidade)

1. Se a ilicitude dos factos descritos nos artigos 7º a 9º se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta, nomeadamente, os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, das substâncias ou dos preparados, a pena é de:

1) Prisão de 1 a 5 anos, se se tratar de plantas, de substâncias ou de preparados compreendidos nas tabelas I a III, V ou VI;

2) Prisão até 3 anos ou multa, se se tratar de plantas, de substâncias ou de preparados compreendidos na tabela IV.

2. Na ponderação da ilicitude consideravelmente diminuída, nos termos do número anterior, deve considerar-se especialmente o facto de a quantidade das plantas, das substâncias ou dos preparados encontrados na disponibilidade do agente não exceder cinco vezes a quantidade

constante do mapa da quantidade de referência de uso diário anexo a presente lei, da qual faz parte integrante”.

“Artigo 14.º (Consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas)

Quem consumir ilicitamente ou, para seu exclusivo consumo pessoal, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, adquirir ou detiver ilicitamente plantas, substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 60 dias.”

“Artigo 15.º (Detenção indevida de utensílio ou equipamento)

Quem detiver indevidamente qualquer utensílio ou equipamento, com intenção de fumar, de inalar, de ingerir, de injectar ou por outra forma utilizar plantas, substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 60 dias.”

“Artigo 16.º (Permissão de produção, tráfico e consumo ilícitos em lugares públicos ou de reunião)

1. Quem, sendo proprietário, gerente, director ou, por qualquer título, explore estabelecimento hoteleiro ou similar, nomeadamente, hotel,

restaurante, café, taberna, clube, ou explore casa ou recinto de reunião, de espectáculo, de diversão ou de lazer, consentir ou, conhecendo os factos, não tomar medidas para evitar que esses lugares sejam utilizados para a produção, o tráfico ou o consumo ilícitos de plantas, de substâncias ou de preparados compreendidos nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

2. Aquele que, tendo ao seu dispor edifício, recinto vedado ou meio de transporte, o converte ou consente que se converta em lugar que seja habitualmente utilizado para a produção ou o tráfico ilícitos ou onde as pessoas habitualmente se entreguem ao consumo ilícito de plantas, de substâncias ou de preparados compreendidos nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

3. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a pessoa neles referida que, após a notificação a que se refere o número seguinte, não tome as medidas adequadas para evitar que os lugares neles mencionados sejam utilizados para a produção, o tráfico ou o consumo ilícitos de plantas, de substâncias ou de preparados compreendidos nas tabelas I a IV é punida com pena de prisão até cinco anos.

4. O disposto no número anterior só é aplicável após duas apreensões de plantas, de substâncias ou de preparados incluídos nas tabelas I a IV, realizadas por autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal, devidamente notificadas às pessoas referidas nos n.os 1 e 2, ainda que sem identificação dos detentores.”

Em anexo à Lei 17/2009, encontra-se o mapa da quantidade de referência de uso diário:

Mapa da quantidade de referência de uso diário (Nº)	Plantas, substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV de consumo mais frequente	Tabela	Quantidade de referência de uso diário 【com notas】
1.	Heroína (diacilmorfina)	I-A	0,25g 【Notas 1 e 2】
2.	Metadona	I-A	0,1g 【Nota 2】
3.	Morfina	I-A	0,2g
4.	Ópio (suco)	I-A	1g 【Nota 3-(2)】
5.	Cocaína (cloridrato)	I-B	0,2g 【Notas 2 e 4】
6.	Cocaína (éster metílico de benzoilecgonina)	I-B	0,03g 【Notas 2 e 4】
7.	Canabis (folhas e sumidades floridas ou frutificadas)	I-C	1g 【Notas 1】
8.	Canabis (resina)	I-C	0,5g 【Notas 3-(3) e (4)】
9.	Canabis (óleo)	I-C	0,25g 【Nota 3-(5)】
10.	Fenciclidina (PCP)	I-A	0,01g 【Nota 3-(1)】
11.	Lisergida (LSD)		0,0002g 【Nota 1】

		I-A	
12.	MDMA	I-A	0,15g 【Notas 3-(1) e (6)】

Notas:

1. As quantidades de referência indicadas foram estabelecidas com base em dados da Junta Internacional de Fiscalização de Estupefacientes (INCB – International Narcotics Control Board).
2. As quantidades de referência indicadas foram estabelecidas com base em dados epidemiológicos referentes ao uso habitual.
3. As quantidades de referência indicadas referem-se:
 - (1) Às doses diárias mencionadas nos formulários oficiais de medicamentos;
 - (2) Às doses equipotentes à da substância de abuso de referência;
 - (3) À dose média diária com base na variação do conteúdo médio do THC existente nos produtos da Cannabis;
 - (4) A uma concentração média de 10% de Delta-9-THC;
 - (5) A uma concentração média de 20% de Delta-9-THC;
 - (6) Às doses médias habituais referidas na literatura, que variam entre 80 mg e 160 mg (ca. 2 mg/kg) da substância pura. No entanto, pode aparecer misturada com impurezas (por exemplo, MDA, cafeína) ou ainda em associação com heroína.
4. Para a cocaína são especificadas doses diferentes, respectivamente para o cloridrato e para o éster metílico de benzoilecgonina, uma vez que existe uma evidente diferença na potência aditiva das duas composições químicas.

Os arguidos estavam envolvidos no tráfico ou consumo dos seguintes estupefacientes:

- A: Ketamina no total de 21,629g, 3/4 deste para vender;

- B: MDMA no total de 0,442g, Metanfetamina no total de 0,030g, todos não para consumo;

- C, Ketamina no total de 24,572 g, sendo 2,943g para consumo.

Face à lei anterior não havia dúvidas que, face à quantidade de estupefaciente, os arguidos praticaram o crime previsto e punível pelo art. 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, cuja penalidade era de 8 a 12 anos de prisão e multa.

E, face à Lei n.º 17/2009, os arguidos também praticaram, o crime de tráfico, previsto e punível pelos artigos 8º nº 1, pois, em comparação com as quantidades de uso diário dos estupefacientes fixadas na tabela anexa à lei nova, a quantidade de ketamina é de mais de 7 vezes da dose de uso para serem considerados como “quantidade diminuta” (cinco vezes do uso diário), só isso é suficiente para afastar a hipótese de integrar as condutas da recorrente no crime de tráfico de menor gravidade previsto no art.º 11.º da lei nova, pelo que o crime praticado no âmbito da lei nova é o de tráfico ilícito de drogas previsto no art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009.

Na ponderação concreta das penas e na comparação das penas concretamente mais favoráveis, como decidiu o Alto Tribunal de Última Instância, no processo n.º 26/2009, “em relação à moldura de pena do tipo-padrão do crime de tráfico de drogas que não seja de quantidades diminutas na lei antiga ou de menor gravidade como prevista na lei nova, em vez de 8 a 12 anos de prisão com multa passa agora a ser de 3 a 15 anos de prisão. Com o alargamento dos limites mínimo e máximo da pena de prisão, o legislador consagra uma maior flexibilidade ao tribunal

na fixação concreta da pena, no sentido de aliviar a severidade da reacção penal para os casos de tráfico de drogas cuja gravidade não seja menor mas sem atingir o grau considerável, tal como acontecia na vigência da lei antiga, e de punir com maior severidade os casos de tráfico de drogas com dimensão mais significativa”.

E, para esse efeito, considerando todas as circunstâncias da prática do crime pelos recorrentes (com a excepção do arguido **B** que ficaria a ser apreciado no novo julgamento), nomeadamente as quantidades de drogas vendidas para outros arguidos, a não confissão dos factos e o seu papel fundamental em todo o processo de venda de drogas, ainda com a ponderação da ser menor op arguido **A**, é de fixar a pena em 5 anos de prisão, ao abrigo da lei nova, ao crime do artigo 8º nº 1 pelo que os arguidos **A** e **C** foram condenados.

Assim, a lei nova é mais favorável à recorrente, pelo que é de aplicar a nova lei à recorrente e proferir nova condenação em conformidade.

Quanto ao crime de consumo em lugares públicos ou de reunião do artigo 17º nº 2 do D.L. nº 5/91/M por que os arguidos **B** e **D**, *não sendo de apreciar o caso do arguido B*, comparando os dispostos legais, afigura-se ser manifestamente mais grave a moldura legal da nova lei: 1 a 5 anos de prisão contra o 1 a 2 anos de prisão no âmbito da Lei antiga, apesar de ter eliminada a pena de multa.

Pelo que a Lei velho é aplicável a este crime do artigo 17º nº 2 pelo que o arguido **D** foi condenado, e, mantendo-se a medida concreta da

pena por não foi objecto da apreciação.

Quanto ao crime de detenção de utensilagem do artigo 12º, no âmbito do D.L. nº 5/91/M, agora artigo 15º da Lei 17/2009, pelo que os arguidos **B**, **D** e **E** foram condenados, *sendo o caso do arguido B não apreciado*, afigura-se ser manifestamente mais favorável a moldura legal da pena no âmbito da Lei nova, por a moldura da pena foi significadamente baixada de até 1 ano ou com pena de multa de 500 a 10000 patacas para até 3 meses ou com pena de multa até 60 dias.

Pelo que, tendo em conta a todas as circunstâncias acima referidas, considera-se ser adequada em fixar a penas 45 dias de prisão.

E finalmente quanto ao crime de consumo pelo que os arguidos **D**, **B**, **C**, **E**, **F** foram condenados, face a nova lei, indistintivamente atribui-lhe uma moldura de até 3 meses de prisão ou com multa de até 60 dias (artigo 14º), e no âmbito da Lei velha a moldura era quase a mesma (pena de até 3 meses de prisão ou com pena de multa de 500 a 10000 patacas, e no caso de consuma de estupefaciente da tabela IV, era de só pena de multa de 250 a 5000 patacas.

Pelo que, tendo em conta a todas as circunstâncias acima referidas, considera-se ser adequada em fixar a penas 45 dias de prisão, não escolhendo a pena de multa face à necessidade da punição, para todos os arguidos com a excepção do arguido **B**.

Pelo que fica inalterada a pena condenada, mantendo-se a

condenação anterior.

É tempo ponderar o cúmulo jurídico das penas ora fixadas:

1. Arguido A:

- **um crime de tráfico do artigo 8º n.º 1 da Lei 17/2009, na pena de 5 anos de prisão;**

2. Arguida D:

- **Um crime de consumo em lugares público ou reunião do artigo 17º nº 2 do D.L. nº 5/91/M na pena de 1 ano e 3 meses e multa 10000 patacas, ou 66 dias de prisão.**

- **Um crime detenção dos instrumentos para consumo do artigo 15º da Lei nº 17/2009, na pena de 45 dias de prisão;**

Em cúmulo, é de condenar a mesma arguida na pena de 1 anos e 3 meses e 20 dias de prisão e 10000 patacas de multa, ou 66 dias de prisão.

E, mantém-se a pena de suspensão decidida pelo Tribunal *a quo*.

3. Arguido C:

- **Um crime de tráfico do artigo 8º nº 1 da lei nº 17/2009 na pena de 5 anos de prisão;**

- **Mantém-se a condenação de um crime consumo do artigo 23º nº 1 do D. L. nº 5/91/M na pena de 2 meses de prisão.**

Em cúmulo jurídico das penas, é condenar o mesmo na pena de 5 anos e 1 mês de prisão.

4. Arguido E:

- **Um crime detenção dos instrumentos para consumo do artigo 15º da Lei nº 17/2009, na pena de 45 dias de prisão;**

- Mantém-se a condenação de um crime consumo do artigo 23º nº 1 do D.L. nº 5/91/M na pena de 45 dias de prisão.

Em cúmulo jurídico das penas, é condenar o mesmo na pena de 2 meses de prisão, mantendo-se também a pena de suspensão decidida pelo Tribunal *a quo*.

5. Arguido F: ao mesmo mantendo-se a decisão do tribunal *a quo*.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em:

- negar provimento aos recursos dos arguidos **A** e do arguido **C**;

- Conceder provimento ao recurso do arguido **B**, embora com fundamento diferente, ordenar-se o reenvio do processo para o Tribunal *a quo*, a proceder por novo colectivo do mesmo Tribunal o novo julgamento, restringindo apenas ao mesmo arguido recorrente, nos exactos termos acima consignados.

- Operam-se as novas medidas concretas das penas oficiosamente nos exactos termos acima consignados.

Custas pelos arguidos **A** e **C**, com a taxa de justiça, cada um, de 5 UC's.

Macau, RAE, aos 4 de Fevereiro de 2010

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

(Vencido, pois entendo que a fundamentação da convicção probatória então tecida no acórdão recorrido não indicia nenhuma inversão ilegal do ónus de prova , e como tal, não se pode detectar qualquer erro notório na apreciação da prova, ao contrário da tese maioritária ora vertida o presente acórdão de recurso, daí que não poder haver reenvio do processo para novo julgamento; por outro lado, realizo que não se pode proceder à aplicação cruzada da “lei nova” e da “lei antiga” aos crimes em discussão num mesmo processo penal).