

Recurso nº 31/2002 - II

Dara: 5 de Setembro de 2002

Assunto: - Crime de tráfico de estupefaciente

- Quantidade líquida das substâncias-estupefacientes
- Insuficiência da matéria de facto provada
- Finalidade do reenvio dos autos
- Renovação de prova

Sumário

1. Existe a insuficiência da matéria de facto provada, quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria”, ou seja “o vício ocorre quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito; quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à solução de direito encontrada ou, quando o Tribunal não investigue tudo quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa suscitarem nos autos.
2. A quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no artigo 8º do D.L. nº 5/91/M, pois sem este elemento fáctico, o Tribunal não pode determinar o “quantum” para um consumo individual em 3 dias, o que leva a impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico de estupefaciente de quantidade diminuta,

nem pode liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade de culpa, na medida de pena.

3. Existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando dos factos dados como provados não consta apurada a sua quantidade da substância proibida.
4. Dos factos dados como provados não consta o peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos, verifica-se uma lacuna para decisão de direito adequada, o que acarreta o reenvio do processo por existir vício de insuficiência da matéria de facto.
5. Não obstante da acusação não consta factos respeitante ao peso líquido das substâncias contidos nos comprimidos, quando, no decurso da audiência, resulta fundada suspeita da verificação de factos relevantes e necessários para uma boa decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, pode o Tribunal recorrer ao mecanismo previsto no artigo 339.º, n.os 1 e 2 do Código de Processo Penal, consigando novos factos que não importem uma alteração substancial dos factos descritos, sob pena de ocorrer o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.
6. O que o vício da insuficiência incide é na matéria de facto provada, e não na própria prova, podendo o Tribunal dar por assente a factualidade por quaisquer meios de prova que cabe à livre apreciação do Tribunal.
7. Encontrada insuficiência da matéria de facto, é admissível que o Tribunal de recurso consigne novos factos necessários e relevantes para uma boa decisão da causa, com vista de evitar o reenvio do processo para novo julgamento no Tribunal *a quo*, suprimindo a sua insuficiência para a decisão, nos termos do artigo

629º do Código de Processo Civil, *ex vi* o artigo 4º do Código de Processo Penal.

8. Uma vez que a consignação de novos factos pressupõe uma renovação de prova, o Tribunal não pode prececedê-la, quando, embora se verifique os requisitos da renovação da prova, a renovação da prova importaria à renovação de todas as provas produzidas na primeira instância, contra a sua finalidade.
9. Não se pode também efectuar a renovação de prova, quando dos autos se verifica lapsos na elaboração do relatório dos exames laboratorial sobre os comprimidos contendo substâncias de estupefacientes, pois a rectificação dos referidos lapso se impõe um novo julgamento no sentido de inquirir testemunha, o examinador, que só pode ser realizado na primeira instância.

**O Relator,
Choi Mou Pan**

Recurso nº 31/2002 - II

Recorrente: A

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M.:

O Ministério Público acusou:

1. Os arguidos B, A, C e D, pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo nº 1 do artº 8º do Decreto-Lei nº 5/91/M, com a respectiva agravação das penas, para a arguida B, nos termos da alínea d) do artº 10º do mesmo Decreto-Lei; para os arguidos A e D, nos termos da alínea g) do artº 10º do mesmo Decreto-Lei; bem como com a atenuação especial das penas, para os arguidos B, A e D, nos termos do nº 2 do artº 18º do mesmo Decreto-Lei.
2. A arguida B, pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de consumo de estupefacientes, p. e p. pela alínea a) do artº 23º do Decreto-Lei Nº5/91/M.

Da acusação, apresentou o arguido A contestação, oferecendo o merecimento dos autos (fl. 515-516)

Junto do T.J.B. foi o processo autuado como Processo Comum sob nº PCC-071-01-4, e foi realizado o julgamento pelos factos e qualificações jurídicas constantes da acusação do Ministério Público.

Finda a audiência, o Tribunal decidiu:

- Absolver a arguida B do crime de consumo de estupefacientes p. e p. pelo art. 23º, a) do DL 5/91/M de 28/Jan.

- Condenar a arguida **B**, na forma consumada, por um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artº 8º, nº 1 e 10º, d) do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro, com atenuação livre, na pena de oito (8) anos de prisão e na multa de MOP 20.000,00 com 200 dias de prisão subsidiária, nos termos da al. a) do art. 6º do DL 58/95/M, de 14/11.

- Condenar o arguido C, na forma consumada, por um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artº 8º, nº 1 do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro, na pena de oito (8) anos de prisão e multa de MOP20.000,00 com 200 dias de prisão subsidiária, nos termos da al. a) do art. 6º do DL 58/95/M, de 14/11.

- Condenar o arguido A, na forma consumada, por um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artº 8º, nº 1 e 10º, g) do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro, com atenuação livre, na pena de seis (6) anos e seis (6) meses de prisão e multa de MOP15.000,00 com 150 dias de prisão subsidiária, nos termos da al. a) do art. 6º do DL 58/95/M, de 14/11.

- Condenar o arguido **D**, na forma consumada, por um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artº, 8º, nº 1 e 10º, g) do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro, com atenuação livre, na pena de sete (7) anos de prisão e na multa de MOP18.000,00 com 180 dias de prisão subsidiária, nos termos da al. a) do art. 6º do DL 58/95/M, de 14/11.

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

“1. O acórdão recorrido encontra-se eivado dos vícios de violação de lei, a insuficiência para a decisão da matéria de

facto provada, a contradição insanável da fundamentação e o erro notório na apreciação da prova.

2. Nos termos do acórdão recorrido, o recorrente vem acusado e condenado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, agravado nos termos da alínea g) do artigo 10.º do Decreto-Lei N.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com fundamento em concurso de duas ou mais pessoas.
3. Da factualidade tida por provada não emerge, ainda que tenuamente, elementos probatórios que apontam o conluio, envolvimento, participação ou concurso do co-arguido D, por forma a justificar a verificação da circunstância qualificativa da alínea g) do artigo 10.º do Decreto-Lei N.º 5/91/M, ou seja, o concurso de duas ou mais pessoas no empreendimento criminoso.
4. A intervenção do recorrente A no negócio e entrega pelo D dos 15 comprimidos a B é nula e inexistente.
5. Assim é que pelas 02h00 da madrugada do dia 23 de Março de 2001 o co-arguido D chegou à entrada do edifício onde residia a arguido B, conduzindo o ciclomotor com a matrícula CM-XXXXX e foi detido pela Polícia Judiciária que na sua posse encontrou 15 comprimidos que segundo exame laboratorial efectuado foram identificados como contendo Metanfetamina, substância proibida e abrangida pela Tabela II-B do Decreto-Lei N.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.
6. Termos em que se nos afigura mais apropriada a perspectiva de enquadramento do envolvimento na figura da cumplicidade no crime praticado pelo co-arguido D.

7. Ora, não se procedendo dessa forma, o Tribunal Colectivo “a quo” em seu acórdão condenatório, nesta parte, violou a lei, as normas contidas nos artigos 20.º, 25.º e 26.º do Código Penal em vigor em Macau.
8. Por outro lado, O ciclomotor CM-XXXXX utilizado pelo arguido D é da pertença de E, indivíduo esse que em momento processual anterior do inquérito foi detido, interrogado e preso preventivamente pelo período de alguns meses. Posteriormente, foi solto e não foi acusado. A inquirição desta testemunha sobre as circunstâncias da ocorrência é importante. A sua não inquirição importa o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.
9. Na perspectiva do recorrente, no que crê será corroborado pela documentação da prova produzida em audiência de julgamento - nela se incluindo os interrogatórios aos arguidos - houve confissão integral e em reservas das suas bandas. O Tribunal Colectivo entende que houve confissão parcial apenas, o que não se aceita como verdade.
10. Havendo nos autos elementos probatórios que assim o comprovam por si só e/ou conjugados com regras da experiência comum - as fitas magnéticas onde se acham registadas as provas produzidas em audiência fazem parte dos autos -, nos termos do disposto no artigo 401.º, n.º 2, alínea c) do CPPM, o acórdão condenatório, nesta parte, encontra-se eivado do vício de erro notório na apreciação da prova.
11. Os métodos científicos utilizados pelo Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária de Macau na análise

do produto estupefaciente submetido a exame são inadequados e insuficientes para a descoberta da verdade material dos factos.

12. A decomposição percentual ou quantitativa de cada uma das substâncias constitutivas de cada um dos 15 comprimidos apreendidos é fundamental por forma a permitir ao Tribunal Colectivo o enquadramento correcto e justo da factualidade na norma contida no artigo 8.º ou na do artigo 9.º do Decreto-Lei N.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.
13. O Tribunal Colectivo “a quo” com base no exame laboratorial efectuado não tem elementos suficientes para, em seu raciocínio lógico construtivo, proceder a qualificação jurídica que consiste em enquadrar os factos ao Direito aplicável. Os factos ainda não estão suficiente e totalmente apurados.
14. Pode bem suceder que os 15 comprimidos apreendidos, por conterem impurezas em demasia, contenham em si Metanfetamina em quantidade diminuta.
15. O Tribunal Colectivo “a quo” em seu acórdão condenatório labutou em erro de direito, e, concomitante e consequentemente, nos vícios de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e erro notório na apreciação da prova, o que se invoca.
16. Ademais, havendo dúvidas sobre a quantidade exacta de substância proibida apreendida, há uma dúvida insanável cientificamente, deverá esta mesma dúvida ter efeito favorável ao recorrente. É o princípio “in dubio pro reu”. Não o respeitando, o Tribunal Colectivo violou esse mesmo princípio.

17. O recorrente prestou auxílio concreto na recolha de provas decisivas para a identificação e captura do 2.º arguido C, razão pela qual é merecedor da atenuação livre da pena.
18. A atenuação assim consagrada pelo legislador consubstancia uma atenuação livre, aquém da isenção da pena, porém, bem mais generosa do que a atenuação especial em termos desenhados pelos artigos 66.º e 67.º do Código Penal em vigor.
19. Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 65.º do Código Penal, na sentença (ou acórdão, in casu) são expressamente referidos os fundamentos da determinação da pena.
20. Ainda nos termos do citado artigo 65.º do Código Penal, na determinação concreta da pena, o Tribunal deve atender a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente, as condições pessoais do arguido.
21. Ora uma das circunstâncias pessoais do recorrente que o acórdão não refere tem a ver com a sua tenra idade de 18 anos à data da prática dos factos que devia ter sido valorada e relevada para efeitos de atenuação livre da pena aplicada.
22. Aplicando correctamente o quadro legal de circunstancialismo favorável, ao recorrente nunca poderia ser aplicada uma pena de prisão de 6 anos e 6 meses, antes uma pena mais leniente. Não o fazendo, o acórdão recorrido, nesta parte, violou o disposto no artigo 65.º do Código Penal em vigor e artigo 18.º, n.º 2 do Decreto-Lei N.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

23. Por fim, e pelo exposto na motivação, deve ser ordenada a renovação da prova nos termos do disposto no artº 415º do CPP.”

Findou pedindo, (para além da renovação da prova que já tinha sido indeferida por este Tribunal), a anulação do julgamento, bem como a sua repetição, ou a alteração da medida concreta da pena aplicada ao recorrente.

Do recurso, respondeu o MºPº que concluiu:

- Não se mostram, atento o disposto no artº 415º nº 1 do C. P. Penal, preenchidos os requisitos da pretendida renovação da prova, na medida em que o acórdão não enferma de qualquer dos vícios, nomeadamente insuficiência e erro notório, referidos no nº 2 do artº 400º daquele Código.
- O Tribunal atenuou livremente a pena que viria a aplicar ao recorrente por força do disposto no artº 18º nº 2 do DL 5/91/M, de 28/1.
- Não havendo base legal – artº 66º nº 2 al, f) do C. Penal, “a contrario sensu” - para a pena, em razão da idade, ser especialmente atenuada, o certo é que, atento o disposto no artº 65º nº 2 al, d) deste Código, não deixou de atender às condições pessoais do recorrente, nomeadamente à sua juventude.
- A sua comparticipação, nos factos, como se provou – fls. 616 – não oferece dúvidas de que, dos mesmos, foi co-autor.

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre-se decidir.

Quanto à matéria de facto foi dada assente a seguinte factualidade:

- Desde data não apurada (pelo menos desde finais do ano 2000), que os arguidos B, C, A e D começaram a dedicar-se ao tráfico de produtos estupefacientes em Macau.
- Os arguidos acima referidos traficavam principalmente substâncias conhecidas por “Comprimidos Extasy”.
- Durante as actividades de tráfico de produtos estupefacientes, chegou a ser usado o telemóvel n.º XXX.
- No dia 22 de Março de 2001, cerca das 21H30, agentes da Polícia Judiciária deslocaram-se à residência da arguida B, sita na XXX, onde efectuaram uma busca, tendo a arguida B retirado, de iniciativa própria, debaixo de uma cama 67 comprimidos e entregue aos agentes da Polícia Judiciária.
- Após exame laboratorial, dos 67 comprimidos acima referidos 60 foram identificados como contendo Metanfetamina, substância proibida abrangida pela Tabela II-B do Decreto-Lei n.º 5/91/M.
- A arguida B obteve os produtos estupefacientes acima referidos no dia 22 de Março, pouco depois das 9H00, no interior do Bar “XX”, sito no Centro Internacional, junto do arguido A, para fornecer a terceiros.
- O produto estupefaciente acima referido foi entregue momentos antes pelo arguido A ao arguido D, para vender à arguida B. E por sua vez, o arguido A obteve o acima referido produto estupefaciente junto do arguido C.
- O arguido D depois de ter sido detido mostrou-se disposto a colaborar com a Polícia.

- No dia 23 de Março de 2001, cerca das 4H30, agentes da Polícia, segundo informações fornecidas pelo arguido D, detiveram o arguido A.
- O arguido A depois de ter sido detido mostrou-se disposto a colaborar com a Polícia, tendo revelado as actividades de tráfico de produtos estupefacientes praticado pelo arguido C.
- No dia 23 de Março de 2001, cerca das 18H30, agentes da Polícia Judiciária, segundo informações fornecidas pelo arguido A, detiveram o arguido C, à entrada do Restaurante Mc Donalds da Rua do Campo.
- No local, os agentes da Polícia Judiciária encontraram na posse do arguido C 70 comprimidos.
- Os agentes da Polícia Judiciária, depois de terem detido o arguido C, deslocaram-se de seguida à sua residência, sita na XX, onde efectuaram uma busca, tendo estes encontrado no seu interior 2 comprimidos.
- Após exame laboratorial, dos 72 comprimidos encontrados pelos acima referidos agentes da Polícia na posse do arguido C, 37 foram identificados como contendo Metanfetamina, substância proibida abrangida pela Tabela II-B do Decreto-Lei n.º 5/91/M e 35 foram identificados como contendo MDMA, substância proibida abrangida pela Tabela II-A do mesmo Decreto-Lei.
- O arguido C obteve os produtos estupefacientes acima referidos junto de um indivíduo cuja identificação desconhece, para fornecer a terceiros.

- Os arguidos B, C, A e D tinham conhecimento das características e qualidade dos acima referidos produtos estupefacientes.
- Os arguidos agiram livre, voluntária e conscientemente.
- Os arguidos não tinham qualquer autorização legal para assim procederem.
- Bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por Lei.
- Quando a arguida B praticou os factos acima descritos era funcionária pública, guarda da PMF.
- A 1ª arguida confessou os factos e colaborou com as autoridades contribuindo para a detenção de outros arguidos.
- Tinha a mãe a seu cargo.
- O 2º arguido confessou parcialmente os factos.
- Estava desempregado.
- O 3º arguido tinha deixado de estudar em Fukien.
- Confessou parcialmente os factos e colaborou com as autoridades na investigação, ajudando na detenção de outro arguido.
- O 4º trabalhava numa mercearia e tem um filho de 5 anos de idade.
- Confessou parcialmente os factos e colaborou com as autoridades na investigação, ajudando na detenção de outro arguido.
- Os arguidos mostram-se arrependidos.

- Nada consta do CRC dos arguidos.

Não se provou:

- Durante as actividades de tráfico de produtos estupefacientes, os arguidos B, A, C e D utilizavam respectivamente os telemóveis n.º XXX (tendo a arguida B chegado a usar ainda o telemóvel n.º XXX), XXX e XXX para contactarem com os fornecedores e compradores de produtos estupefacientes.
- Para desenvolverem as actividades de tráfico de produtos estupefacientes, a arguida B em conjunto com um indivíduo do sexo masculino, conhecido por "Lam Chai", trouxeram através de F (julgado num outro processo), produtos estupefacientes adquiridos em Chu Hoi para Macau. Concretamente da seguinte forma:
 - No dia 10 de Dezembro de 2000, pouco depois das 16R00, F trouxe 100 comprimidos "Extasy" que o acima referido "Lam Chai" lhe tinha entregue em Chu Hoi para Macau, tendo os entregue à arguida B em frente da entrada do Restaurante Chinês "Mei Koi", sito no Bairro da Ilha Verde.
 - No dia 16 de Janeiro de 2001, cerca das 22H30, quando F se deslocou à entrada do Restaurante Chinês "Mei Koi", sito no Bairro da Ilha Verde e se preparava de novo para entregar 200 comprimidos "Extasy" que o acima referido "Lam Chai" lhe tinha entregue em Chu "Hoi à arguida B, foi detido por agentes da policia.
 - Após exame laboratorial, os 200 comprimidos "Extasy" acima referidos foram identificados como contendo

Metanfetamina, substância proibida abrangida pela Tabela II-B do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

- Os produtos estupefacientes acima referidos que a arguida tinha recebido e que ia receber não se destinavam ao seu consumo pessoal.
- A arguida B obteve os produtos estupefacientes acima referidos no dia 22 de Março para consumo pessoal.

Nenhum facto ficou por provar.

*

Na indicação das prova que servem para a formação da convicção do Tribunal, o Acórdão afirmou que:

“A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos de fls. 91 e 92, 172 a 187, 555 a 562, 591 a 603 e na prova produzida em audiência, em particular, nas declarações dos mesmos e no depoimento das testemunhas da acusação, tendo os agentes da PJ referido as diligências a que procederam, nomeadamente a detenção, busca e revistas efectuadas, tendo relatado o que viram, as sua percepções, reacções dos arguidos, todos tendo deposto com isenção e imparcialidade.

Relevante se mostrou ainda o esclarecedor depoimento da testemunha, médico de psiquiatria, especialmente as informações técnicas que foram produzidas sobre a natureza, efeitos e dosagens dos estupefacientes em causa.

O Tribunal relevou ainda o depoimento abonatório das testemunhas de defesa sobre a personalidade e condições pessoais atestadas.”

Conhecendo.

1. Objecto do recurso

Antes de demais, cumpre-se destacar que na acusação foi descrito apenas que o arguido B era funcionário público (artigo 31 da acusação), por sua vez o Acórdão recorrido veio consignar, para a matéria de facto, que “Quando a arguida B praticou os factos acima descritos era funcionária pública, guarda da PMF”.

Se o Tribunal só desse como provado o que articulara na acusação – “a arguida era uma funcionária pública” -, não seria suficiente para a matéria de facto ser levada à aplicação do artigo 10º do D.L. nº 5/91/M, que exige que o agente seja, entre outros, “funcionário ou agente incumbido da prevenção ou repressão dessas infracções”. Como é óbvio, um mero facto de ser um funcionário público, que não estiver incumbido do dever especial de prevenção ou repressão das infracções previstas e punidas na lei da droga, não é apto de ser circunstância especialmente agravante nos termos do citado artigo 10º.

Assim sendo, a alteração desta parte de facto importa uma condenação pelo crime de “tráfico qualificado”, pela alteração substancial do limite máximo da moldura de pena, de 12 anos de prisão para 15 anos de prisão.

Eis um caso da alteração substancial dos factos – artigo 1º al. e) do Código de Processo Penal -, e, conforme todas as actas constantes dos autos, não tendo sido observada a disposição do artigo 340º nº 1 ou 2, esse facto não poderia ser consignado para a matéria de facto provada, sob pena de incorrer em nulidade previsto no artigo 360º al. b) do Código de Processo Penal.

Porém, não foi impugnada esta parte da decisão da agravante qualificativa, não sendo assim lícito para este Tribunal de Recurso conhecê-la e tomar uma decisão.

Para o presente recurso, o recorrente A levantou várias questões de facto e de direito, todavia, o Tribunal não fica sujeito à ordem das questões invocadas, podendo alterar a ordem de apreciação das respectivas questões, tendo em consideração a sua lógica sequencial, nomeadamente quanto à possibilidade em que da procedência de uma questão fica prejudicada a apreciação das restantes.¹

Salvo melhor entendimento, cremos dever-se apreciar em primeiro lugar a questão do vício de insuficiência previsto no artigo 400º nº 2 al. a) do Código de Processo Penal, dado que nos parece ser de proceder a arguição por este vício, prejudicada ficando a apreciação das restantes questões.

Por outro lado, o Tribunal *ad quem* conhece oficiosamente a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 400º nº 2 do Código de Processo Penal,² ou seja, a procedência do recurso do ora recorrente quanto à insuficiência da matéria de facto provada aproveitará os arguidos não recorrentes, não só respeitante à parte, nomeadamente, da Metanfetamina, a que os puder aproveitar por se tratar do objecto do recurso, como também à parte dos comprimidos apreendidos contendo MDMA na posse dos arguidos não recorrentes, a mesmo critério.

Assim vejamos.

2. Insuficiência da matéria de facto provada

¹ V.G. o Acórdão deste Tribunal do processo nº 25/2001.

² Como entendeu o Ac. do Tribunal de Última Instância do processo nº 7/2002.

O recorrente insurge-se contra o Acórdão por entender que “[a] decomposição percentual ou quantitativa de cada uma das substâncias constitutivas de cada um dos 15 comprimidos apreendidos é fundamental por forma a permitir ao Tribunal Colectivo o enquadramento correcto e justo da factualidade na norma contida no artigo 8.º ou na do artigo 9.º do Decreto-Lei N.º 5/91/M, de 28 de Janeiro” (conclusão n.º 12).

Em consequência, “[o] Tribunal Colectivo “a quo” com base no exame laboratorial efectuado não tem elementos suficientes para, em seu raciocínio lógico construtivo, proceder a qualificação jurídica que consiste em enquadrar os factos ao Direito aplicável. Os factos ainda não estão suficiente e totalmente apurados” (conclusão n.º 13).

Ora, como sempre se entende na jurisprudência deste TSI que “só existe a insuficiência da matéria de facto provada, quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria”,³ ou seja “o vício ocorre quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito; quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à solução de direito encontrada ou, quando o Tribunal não investigue tudo quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa suscitarem nos autos”⁴.

Nesta conformidade doutrinal, vejamos se se verifica tal lacuna no apuramento da matéria de facto provada.

O Acórdão recorrido condenou todos os arguidos pela prática de um crime de tráfico p. e p. pelo artigo 8º do D.L. nº 5/91/M., com base nos factos dados por provados, essencialmente pelo “tráfico (*lato sensu*)” dos seguintes estupefacientes:

³ Entre outro o acórdão de 15/06/2000 no Recurso nº92/2000.

⁴ Entre outros, o Acórdão de 14 de Setembro de 2000 do processo n.º 128/2000.

- Para o arguido B: detenção para revenda de 67 comprimidos contendo Metanfetamina
- Para o arguido A:
 - venda de 67 comprimidos contendo Metanfetamina ao arguido B;
 - entrega 15 comprimidos contendo Metanfetamina ao arguido D para este entregar ao arguido B;
- Para o arguido C: detenção de 72 comprimidos contendo MDMA para revenda.

Quanto ao crime de tráfico de estupefaciente, o mesmo Diploma prevê 3 tipos:

- tráfico de quantidade diminuta (artigo 9º)
- traficante – consumidor (artigo 11º)
- tráfico (normal, artigo 8º)

As respectivas disposições legais são seguintes:

“Artigo 8º

(Tráfico e actividades ilícitas)

1. Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5 000 a 700 000 patacas.

2. Quem, beneficiando de autorização nos termos do diploma referido no artigo 6.º, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar para que outrem

introduza no comércio substâncias e preparados referidos no número anterior, será punido com prisão maior de 12 a 16 anos e multa de 5 500 a 900 000 patacas.

3. Se se tratar de substâncias e preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

Artigo 9º

(Tráfico de quantidades diminutas)

1. Se os actos referidos no artigo anterior tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas.

2. Se se tratar de substâncias ou preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão até 1 ano e multa de 1 000 a 75 000 patacas.

3. Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente.

4. Ouvidos os Serviços de Saúde, o Governador, mediante decreto-lei, poderá concretizar, para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico, a quantidade diminuta, para efeitos do disposto no presente artigo.

5. A concretização a que se refere o número anterior será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

Artigo 11º

(Traficante-consumidor)

1. Quando, pela prática de algum dos actos referidos no artigo 8.º, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir substâncias ou preparados para uso pessoal, a pena será a de prisão até 2 anos e multa de 2 000 a 50 000 patacas.

2. Se a substância ou preparado pertencer à tabela IV, a pena de prisão pode ser substituída por multa, nos termos previstos no Código Penal, podendo também ser suspensa a sua execução, nos termos do mesmo Código, se o condenado, sendo um toxicodependente, se sujeitar a tratamento médico, segundo o que se prevê no artigo 24º."

Conforme o que foram previstos nos artigos acima transcritos, o que nos parece ser determinante para o enquadramento nos respectivos tipos do crime, é a quantidade dos estupefacientes ou seja a quantidade das substâncias ou preparados proibidos.

Porque, por exemplo, para enquadrar no crime de tráfico de quantidade diminuta exige que os factos dados como provados resultam o agente "cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcional a outrém, transportar, importar, exportar, fazer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23º, substâncias e preparados" dos estupefacientes proibidos em quantidade que não excede o necessário para o consumo individual durante três dias; e para enquadrar no crime de traficante – consumidor exige que com qualquer destes actos o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir, para uso pessoal, substância ou preparados.

Fora destes casos (inlusivé o caso do artigo 23º) os actos integram o crime previsto no artigo 8º.

Na jurisprudência do então Tribunal Superior de Justiça, assim como da jurisprudência dos Tribunais da RAEM, dada a falta de concretização legislativa sobre o *quantum* da "quantidade diminuta" prevista no nº 3 do artigo 9º daquele diploma da droga, tem-se fixado

como quantidade diminuta em 6 gramas para “heroína”⁵ e 7,2 ou 8 gramas para a “cannabis”,⁶ até em 6 gramas para “Metanfetamina”.⁷

Quanto à questão relacionada aos estupefacientes em forma de comprimido, este TSI já tomou decisão no Acórdão de 16 de Maio de 2002 do Processo nº 41/2002, que consignou que:

- “A quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no artigo 8º do D.L. nº 5/91/M, pois sem este elemento fáctico, o Tribunal não pode determinar o “quantum” para um consumo individual em 3 dias, o que leva a impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico de estupefaciente de quantidade diminuta, nem pode liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade de culpa, na medida de pena.
- Existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando dos factos dados como provados não consta apurada a sua quantidade da substância proibida.
- Em caso especial de MDMA, a unidade de sua dose não é feita com base em “comprimidos” mas sim em miligramas (mg) ou gramas (g) da substância, porque, conforme a análise laboratorial, um comprimido contendo MDMA pode conter de 0 a 100 mg, até também conter várias substâncias contaminadas, torna-se muito importante a certeza do seu peso líquido para os efeitos penais eventualmente a relevar dos respectivos tipos do crime de tráfico.

⁵ Entre outros, os Ac. do TSJ de 9 de Junho de 1993 do Processo nº 6/93; de 24 de Abril de 1996 do Processo nº 453; de 9 de Julho de 1997 do Processo nº 688. Os Ac. do TSI de 8 de Junho de 2000 do Processo nº 93/2000.

⁶ Entre outros, os Ac. de TSJ de 19 de Maio de 1999 do Processo nº 1068; os de TSI de 3 de Maio de 2001 do Processo nº 16/2001-II e de 13 de Dezembro de 2001 do Processo nº 213/2001.

⁷ Ac. do TSJ de 2 de Junho de 1999 do Processo nº 1073.

- Dos factos dados como provados não consta o peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos, verifica-se uma lacuna para decisão de direito adequada, o que acarreta o reenvio do processo por existir vício de insuficiência da matéria de facto.”

E no Acórdão também de 16 de Maio de 2002 do processo nº 26/2002, foi mantida a decisão tomada no processo acima citado.

Noutra banda, a determinação da quantidade diminuta do estupefaciente, depende mormente do tipo da mesma. Por isso, a jurisprudência diferencia o “*quantum*” dos estupefacientes para o consumo durante três dias.

Como resultou do que se relatou, foram apreendidos respectivamente:

- Na posse do arguido B: 67 comprimidos contendo *Metanfetamina* comprados junto do arguido ora recorrente A;
- Na posse do arguido D: 15 comprimidos contendo *Metanfetamina*, entregues pelo arguido ora recorrente A e destinados para vender ao arguido B;
- Na posse do arguido C: 72 comprimidos contendo MDMA para revenda.

Porém, não foi apurado, na matéria de facto provada, o peso líquido de tal substância nos comprimidos apreendidos.

Como acima se referiu, na jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça fixou-se em 6 gramas a quantidade diminuta para a *Metanfetamina*. Cremos que, se bem ajuizarmos, este douto aresto não se reporta a “quantidades puras” desta substância. Perante tal, o recente acórdão

deste TSI do processo nº 39/2002 (com voto vencido do ora 1º adjunto), tomou decisão nos seguintes termos:

“- Se a droga traficada for em estado puro, por exemplo, sob a forma de cristais ou de pó, então há que determinar a sua quantidade em termos do seu peso líquido, para efeitos de apurar se se trate de “quantidade diminuta”, com relevância para a aplicabilidade do tipo legal do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro; e se, porém, a droga em causa for do tipo “sintético” em comprimidos ou pílulas, só é de considerar o número dos mesmos em termos de unidade para os efeitos penais eventualmente a relevar do mesmo tipo legal.

- Isto tudo em virtude de poder suceder que as drogas “sintéticas” fabricadas sob a forma de comprimido ou de pílula, por efeito da mistura das substâncias nele contidas, umas principais e outras acessórias e algumas das quais até desconhecidas, consiga acarretar efeitos mais nocivos para a saúde dos seus potenciais consumidores, pelo que se vislumbra inadequada a determinação do peso líquido de qualquer uma só dessas substâncias nominadas em alguma das tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, e contidas em cada um dos comprimidos ou pílulas traficados pelo agente, para efeitos de determinação da aplicabilidade ou não do tipo legal do “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do mesmo diploma legal, sob pena de se comprometer mesmo o espírito da lei ao prever este tipo privilegiado do crime do tráfico de droga.

- Ademais, este art.º 9.º 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 líquido, para qualquer situação concreta que seja.

- Consideradas necessariamente as regras da experiência humana, relevantes até para efeitos da concretização do conceito da “quantidade diminuta” consagrado no n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, por força do espírito subjacente ao disposto no seu n.º 5, de maneira alguma se pode aceitar que 60 comprimidos que contêm no seu interior Metanfetamina e Ketamina constituem a quantidade “que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, para efeitos relevantes do n.º 3 do referido art.º 9.º.”

Salvo devido respeito por opinião diversa, cremos ser de acolher a opinião constante da declaração de voto do citado acórdão: “É que, e não obstante tratar-se o crime de tráfico (em qualquer das suas vertentes), de um crime de perigo, impõe-se considerar que com o mesmo se pretende punir o “tráfico” (*lato sensu*) de “substâncias e preparados” compreendidos nas diversas tabelas anexas ao D.L. n.º 5/91/M, pelo que se nos afigura, dever-se, também ponderar – mais ainda quando tal, como no presente caso sucede – nas “quantidades” destas “substâncias e preparados.”

Por sua vez, o Tribunal de Última Instância da RAEM, pelo Acórdão de do processo n.º 7/2002, proferido no âmbito do recurso interposto da decisão tomada pelo TSI no processo n.º 39/2002 acima citado, consignou que:

“I – Em regra, a fim de se decidir se estupefaciente apreendido é de qualificar como “quantidade diminuta”, para efeitos do disposto no art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, deve apurar-se – se for tecnicamente possível – qual a quantidade de substância estupefaciente contida nos produtos apreendidos, seja qual for a forma por que se apresentem, incluindo, portanto, os que se apresentem sob a forma de comprimidos ou pílulas.

II- Ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando, no decurso da audiência, resulta fundada suspeita da verificação de factos relevantes e necessários para uma boa decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, mas não descritos na acusação ou na pronúncia, e que não importem uma alteração substancial dos factos descritos e o tribunal não os considera na sentença, não procedendo nos termos do art. 339.º, n.os 1 e 2 do Código de Processo Penal.”

É de subscrever este entendimento.

Se não vejamos.

Começemos por alguma reflexão sobre as drogas, em geral e Metanfetamina e MDMA, em especial.

As drogas têm sido normalmente classificadas de acordo com as suas origens, tolerância⁸ e efeitos (‘sintomas’)

De acordo com as origens são classificadas como “vegetais”, “orgânicas” e “sintéticas”, e quanto aos efeitos, é corrente classificá-las como “narcóticos ou estupefacientes”, “depressores”, “alucinogéneos” e “estimulantes”, constituindo as últimas três, o que habitualmente também se designa por “psicotrópicos”.⁹

Quanto à droga apreendida nos autos, o MDMA, constante da tabela II-A, trata-se de um tipo de estupefacientes que pode, “provocar alucinações ou distorções sensoriais graves” (nº 2 do artigo 4º do D.L. nº 5/91/M), enquanto a Metanfetamina, constante da tabela II-B, trata-se de “substâncias do tipo anfetaminico que possuam efeitos estimulantes sobre o sistema nervoso central (nº 2 do artigo 4º do D.L. nº 5/91/M).

⁸ Entendendo-se ‘tolerância’, como a capacidade do organismo para receber uma determinada substância e, daí, que a morte por ‘overdose’ signifique a ultrapassagem da dita tolerância.

⁹ Cfr., v.g., artº 4º do D.L. nº 5/91/M.

Tem-se aqui presente que a distribuição das substâncias e preparados pelas diversas tabelas, como o diz o artº 3º, nº 2, “tem em conta a sua potencialidade letal, a intensidade dos sintomas de abuso, o risco de abstinência e o grau de dependência”.

A Metanfetamina, na gíria utilizada pelos consumidores que a consomem abusivamente, (nomeadamente quando consumida por inalação) mais conhecida como “Ice” (tal como a anfetamina) e o MDMA (no DL. nº 5/91/M como “alfa-dimetil (metilenodioxo)-3, 4 fenetilamina”, também conhecida como “ECSTASY” ou “XTC”, quando em comprimidos, também conhecida em chinês como “搖頭丸”), MDA (metilenodioxianfetamina, ou, nos E.U.A., como ‘Love Drug’ – também incluídas na tabela II-A), são substâncias estruturalmente relacionadas com a anfetamina (estimulante), produzindo, basicamente os mesmos efeitos, variando, essencialmente, na forma e rapidez de absorção pelo organismo.

Num estudo efectuado sobre o MDMA pelos Serviços de Saúde da RAEM, citado pelos Acórdãos acima referidos de 16 de Maio de 2002, concluiu-se essencialmente que: “A unidade de dose do MDMA não é feita com base em “comprimidos” mas sim em miligramas (mg) ou gramas (g) da substância, porque, conforme a análise laboratorial, um comprimido pode conter de 0 a 100 mg de MDMA, até também conter várias substâncias contaminadas.”¹⁰

Considera-se ainda no mesmo relatório que “a quantidade do MDMA para o consumo depende da reacção pessoal, considerando também o peso de pessoa, a frequência de uso, o nível de dose e a duração de consumo, consumidor pesado ou leve, consumidor regular ou abusivo, bem assim depende da pureza e da percentagem do MDMA.”

¹⁰ Vide http://www.erowid.org/chemicals/mdma/mdma_dose.shtml, pp. 46 a 47.

Em Portugal, através da Portaria nº 94/96 de 26 de Março que define – em conformidade com o D.L. nº 15/93 de 22.01 que tem como objecto a regulamentação do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas – os limites quantitativos máximos para cada dose média individual, fixou-se tal “limite diário” em 0,1 gramas (100mg) para o “M.D.M.A.” (“ECSTASY”) e para a anfetamina.¹¹

Na Itália, pelo Decreto nº 186 de 12.07.1990, foram tais quantitativos fixados em 0,05 gramas/dia (50 mg) para a anfetamina e “M.D.M.A.”.¹²

Outros “estudos” feitos sobre o tema, apontam a “dose” de 2 mg de M.D.M.A./Kg de peso corporal tomada uma vez por semana.¹³

Por sua vez, sendo droga de natureza próxima, sobre a Metanfetamina os estudos efectuados demonstram que, conforme v.g. “KOCH CRIME INSTSTUTE” dos E.U.A., “50 mg de tal substância em estado puro são suficientes para causar a morte a um seu consumidor por “ouverdose”.¹⁴

Conforme esses estudos e análises científicas, o que podemos afirmar é que devemos fazer criar um critério ou padrão de ponderação de um acto ilícito relativo à droga.

Pois, o que a lei pune no crime de tráfico de estupefaciente são os actos de tráfico (*lato sensu*) das substâncias e preparados, e não os comprimidos que contêm as substâncias.

¹¹ Vd., D.R. I série-B, nº 73/96, pág. 611.

¹² Cfr. A. G. Lourenço Martins in, “Droga e Direito”, 1994, pág. 306 e segs.

¹³ Cfr. v.g., “Informação nº 19/D.F.F./D.A.F./2001” datada de 14.02.2001 dos Serviços de Saúde de Macau e endereço electrónico <http://www.erowid.org/chemicals/mdma/mdma.dose.shtml>

¹⁴ Na sua página http://www.kci.org/meth_info/fag_meth.htm, no mesmo sentido, vd. ainda <http://www.erowid.org/chemicals/meth/meth-shtml>.

O que é certo é que, como consta do relatório do exame constante das fls. 172 a 187 dos autos, entre outros, resultou apenas que, respectivamente:

- Fl. 175 (sobre DT-A231 e DT-A233): “nos comprimidos enviados a exame, ... foi detectado que contém a matéria activa “Metanfetamina””;
- Fl. 184 (sobre DT-A235 e DT-A237): “nos comprimidos enviados a exame, ... foi detectado que contém a matéria activa “Metanfetamina””;
- Fl. 184 (sobre DT-A234): “nos comprimidos enviados a exame, ... foram detectados que contém as matérias activas “MDMA”.

E no relatório do exame laboratorial suplementar ordenado pelo Colectivo do Tribunal *a quo*, resultou que, respectivamente:

- Sobre nº DT-A231:
 - Fl. 593: “Efectuou-se a análise quantitativa nos comprimidos enviados a exame, tendo obtido a percentagem do conteúdo de “Metanfetamina” dos comprimidos “e de 3,39% ;
 - Conclusão de Fl. 594 : “Através a calculação, o peso líquido total de *Metanfetamina* contendo nos 60 comprimidos é de 0,766g”.
- Sobre nº DT-A233:
 - Fl. 593: “Efectuou-se a análise quantitativa nos comprimidos enviados a exame, tendo obtido a percentagem do conteúdo de “Metanfetamina” dos comprimidos “e de 3,06% ;

- Conclusão de Fl. 594 : “Através a calculação, o peso líquido total de *Metanfetamina* contendo nos 15 comprimidos é de 0,193g”.
- Sobre DT-A235:
 - Fl. 600: “Efectuou-se a análise quantitativa nos comprimidos enviados a exame, tendo obtido a percentagem do conteúdo de “Metanfetamina” dos comprimidos “e de 1,64% ;
 - Conclusão de Fl. 601 : “Nos comprimidos enviados a exame, designado com o número de DT-A235, foi detectado que contém a percentagem de Metanfetamina de 2,49% (s.i.c.). Através a calculação, o peso líquido total de *Metanfetamina* contendo nos 35 comprimidos é de 0,44g”.
- Sobre DT-A237:
 - Fl. 600: “Material enviado a exame, designado com o número de DT-A233 (s.i.c.): Efectuou-se a análise quantitativa nos comprimidos enviados a exame, tendo obtido a percentagem do conteúdo de “Metanfetamina” dos comprimidos “e de 1,96% ;
 - Conclusão de Fl. 601: “Nos comprimidos enviados a exame, designado com o número de DT-A237, foi detectado que contém a percentagem de Metanfetamina de 1,96%. Através a calculação, o peso líquido total de *Metanfetamina* contendo nos 2 comprimidos é de 0,016g”.
- Sobre DT-A234:

Averbamento da fl. 601: 1. Devido ao facto da inexistência do padrão de MDMA neste Laboratório, não é possível de realizar a análise quantitativa aos comprimidos enviados a exame (nº DT-A234). O peso total deste 35 comprimidos é de 13,562g.

2. O padrão da MDMA referido foi solicitado ao instituto da droga das Nações Unidas para o oferecendo, mas ainda não chegou este Laboratório neste momento.”

Tendo embora ordenado o exame suplementar sobre os comprimidos e resultado o peso líquido da *Metanfetamina* contida neles, por ter entendido ser os factos destes são relevantes e necessários para uma boa decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, mesmo perante a desistência do arguido do pedido daquele exame (fl. 569 verso), o Tribunal não consignou factos para factualidade dada por assente respeitante a esta parte, nem factos respeitante ao peso líquido de MDMA contido noutros comprimidos apreendidos nos autos.

Pois bem, da acusação não constam os factos respeitantes ao peso líquido das substâncias contidas nos comprimidos apreendidos nos autos, isto não impede a consignação pelo Tribunal novos factos indispensáveis para uma boa decisão de causa, que não importem a alteração substancial dos factos, e sem prejuízo do cumprimento do disposto no artigo 339º do Código de Processo Penal.

Se não, incorre no vício de insuficiência da matéria de facto provada.¹⁵

¹⁵ É o mesmo sentido do acórdão do TUI citado de 30 de Maio de 2002.

O que o vício da insuficiência incide é na matéria de facto provada, e não na prova, podendo o Tribunal dar por assente a factualidade por quaisquer meios de prova que cabe à livre apreciação do Tribunal.

Encontrada insuficiência da matéria de facto, é admissível que o Tribunal de recurso, que na decisão do recurso conhece quer de facto que de direito (artigo 39º da Lei nº 9/1999), consigne novos factos necessários e relevantes para uma boa decisão da causa, com vista de evitar o reenvio do processo para novo julgamento no Tribunal *a quo*, suprimindo a sua insuficiência para a decisão, nos termos do artigo 629º do Código de Processo Civil, *ex vi* o artigo 4º do Código de Processo Penal.

Prevê o artigo 629º do Código de Processo Civil:

“1. A decisão do tribunal de primeira instância sobre a matéria de facto pode ser alterada pelo Tribunal de Segunda Instância:

a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artigo 599.º, a decisão com base neles proferida;

b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas;

c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.

2. No caso a que se refere a segunda parte da alínea a) do número anterior, o Tribunal de Segunda Instância reaprecia as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações de recorrente e recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que tenham servido de fundamento à decisão de facto impugnada.

3. O Tribunal de Segunda Instância pode determinar a renovação dos meios de prova produzidos em primeira instância que se mostrem absolutamente

indispensáveis ao apuramento da verdade, quanto à matéria de facto objecto da decisão impugnada, aplicando-se às diligências ordenadas, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na primeira instância e podendo o relator determinar a comparência pessoal dos depoentes.

4. Se não constarem do processo todos os elementos probatórios que, nos termos da alínea a) do n.º 1, permitam a reapreciação da matéria de facto, pode o Tribunal de Segunda Instância anular, mesmo oficiosamente, a decisão proferida na primeira instância, quando repete deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto ou quando considere indispensável a ampliação desta; a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, podendo, no entanto, o tribunal ampliar o julgamento de modo a apreciar outros pontos da matéria de facto, com o fim exclusivo de evitar contradições na decisão.

5. Se a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa não estiver devidamente fundamentada, pode o Tribunal de Segunda Instância, a requerimento da parte, determinar que o tribunal de primeira instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou escritos ou repetindo a produção da prova, quando necessário; sendo impossível obter a fundamentação com os mesmos juizes ou repetir a produção da prova, o juiz da causa limita-se a justificar a razão da impossibilidade.”

Porém, *in casu*, a consignação de novos factos pressupõe uma renovação de prova.

Não obstante sobre o pedido da renovação de prova, deduzido pelo recorrente, tinha uma decisão de indeferimento liminar, que já transitou em julgado (fl. 748 verso), e sempre na hipótese de que o Tribunal de recurso, em face da “documentação” do julgamento (por gravação fonética dele) e da verificação do vício da insuficiência da matéria de facto provada, possa decidir oficiosamente se proceder ou não a renovação de prova, não se pode, em caso concreto do presente recurso,

efectuá-la, uma vez que a renovação da prova importaria à renovação de todas as provas produzidas na primeira instância, porque a consignação dos factos comprovativos da quantidade de Metanfetamina contida nos referidos comprimidos carece da conjugação da todas outras provas produzidas no julgamento, especialmente, para saber as razões e motivos que levaram o Tribunal Colectivo *a quo* a não incluir na matéria de facto que deu como assente a quantidade de Metanfetamina consignada no segundo relatório laboratorial efectuado pela PJ, sob a solicitação do mesmo Tribunal (conforme a acta do julgamento, fl. 569v).

Como se sabe a finalidade da renovação de prova é exactamente de evitar a repetição total, a realizar na segunda instância, do julgamento feito na primeira instância.

Mesmo assim não se entenda, este Tribunal não podia consignar tais factos em falta, por se ter verificado um lapso respeitante à quantidade percentual da substância contida nos comprimidos constante do exame DT-A235 nos seguintes termos:

Na Fl. 600: consta-se que “Efectuou-se a análise quantitativa nos comprimidos enviados a exame, tendo obtido a percentagem do conteúdo de “Metanfetamina” dos comprimidos “e de 1,64%”, porém na conclusão de Fl. 601, consta que: “Nos comprimidos enviados a exame, designado com o número de DT-A235, foi detectado que contém a percentagem de Metanfetamina de 2,49%. Através a calculação, o peso líquido total de *Metanfetamina* contendo nos 35 comprimidos é de 0,44g”.

Assim não se sabe se a quantidade de 0,44g de substância de Metanfetamina contida nos 35 comprimidos foi calculada com o critério de 1,64% ou com o de 2,49%.

E ainda, no exame de fl. 600 verifica-se também lapso na identificação do número dos objectos examinandos.

Para sanar tal deficiência, impõe-se um novo julgamento no sentido de inquirir testemunha, o examinador, a requisitar junto da PJ, a fim de confirmar ou esclarecer os exames laboratoriais. Mas este é que não se pode efectuar nesta Instância.

Pelo que, com estas considerações, e, por outro lado, sem ter contido na matéria de factos provada factos respeitantes ao peso líquido ou quantidade das substâncias de MDMA contidas nos comprimidos apreendidos nos autos (embora este diga respeito apenas ao arguido não recorrente C), este Tribunal, por ser processualmente impedido de consignar aqueles factos, não possui elementos essenciais para determinar se os mesmos comprimidos são ou não “quantidade diminuta” das referidas substâncias, nem para uma boa decisão da incriminação e a respectiva medida de pena, o que acarreta o reenvio para o novo julgamento nos termos do artigo 418º do Código de Processo Penal.

Decidida esta questão, prejudicada fica a apreciação da restante.

E a procedência do presente recurso aproveita os arguidos não recorrentes, nomeadamente os arguidos B, D e C, respeitante à parte da decisão condenatória sobre os comprimidos apreendidos nas suas respectivas posses, que continham respectivamente Metanfetamina e MDMA.

Ponderado, resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder o provimento ao recurso interposto pelo A, anulando o julgamento e, em consequência, determinando o reenvio dos autos, ao abrigo do artigo 418º para novo julgamento a fim de, pelos meios possíveis, consignar a matéria de facto que se permitem apurar o peso líquido das substâncias de “Metanfetamina” e “MDMA” contidas nos respectivos comprimidos apreendidos nos autos.

Não são devidas custas.

Macau, RAE, aos 5 de Setembro de 2002

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong (com declaração de voto vencido)

上訴卷宗編號：31/2002 表決落敗聲明

本人在本合議庭就本上訴案的裁判依據和結果所作的表決中落敗，現特此闡明本人不同意表決獲勝之立場的理由如下：

合議庭裁判認為必須查明涉案的藥片中所含純二甲(甲烯二氧)苯乙胺及甲基苯丙胺的淨重方能以此界定是否屬於第 5/91/M 號法令第九條所指的「少量」，藉此決定適用第八條或第九條的規定。

第 5/91/M 號法令第八條及第九條規定如下：

第八條（販賣及不法活動）

- 一、 未經許可而種植、生產、製造、提取、調製、提供、出售、分銷、購買、讓予，或以任何名義接受、向他人供應、運載、進口、

出口、使之轉運或不屬第二十三條所指之情形下，不法持有表一至表三所包括之物質及製劑者，處八年以上十二年以下之重監禁，並科澳門幣五千元至七十萬元之罰金。

二、 根據第六條所指法規之規定而獲許可者，如不法讓予上款所指之物質及製劑、將之納入或力圖使他人將之納入商業中，則處十二年以上十六年以下之重監禁，並科澳門幣五千五百元至九十萬元之罰金。

三、 如為表四所包括之物質及製劑，則處一年以上兩年以下之監禁，並科澳門幣二千元至二十二萬五千元之罰金。

第九條（少量之販賣）

一、 如上條所指行為之對象為表一至表三所包括之物質或製劑，且為少量者，則處一年以上兩年以下之監禁，並科澳門幣二千元至二十二萬五千元之罰金。

二、 如為表四所包括之物質或製劑，則處一年以下之監禁，並科澳門幣一千元至七萬五千元之罰金。

三、 為着本條規定之效力，少量即指違法者支配之物質或製劑之總數量不超過個人三日內所需之吸食量。

四、 為着本條規定之效力，經聽取衛生司意見，總督得透過法令對各種在販賣中較常見之物質及產物，訂出少量之具體數量。

五、 上款所指之具體數量，是由有權限之實體，根據憑經驗制定之規則及自由判斷作出審議。

就「少量」的定義，立法者在 5/91/M 號法令第九條第三款中規定：「為着本條規定之效力，少量即指違法者支配之物質或製劑之總數量不超過個人三日內所需之吸食量。」

本案所涉的藥物為第 5/91/M 號法令第四條所指的表二 A 中所列出

的二甲（甲烯二氧）苯乙胺，簡稱 MDMA，及甲基苯丙胺，俗稱「冰」。

根據相關的研究指出，這兩種藥物通常以藥片、膠囊或粉狀形式出現（參見美國司法部的 www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm 的網頁及 www.lec.org/DrugSearch/Documents/Meth.html 網頁。）。)

因此本人認為應根據二甲(甲烯二氧)苯乙胺(MDMA)及甲基苯丙胺(冰)的不同出現形式以不同的準則來定出何謂「少量」。

就同一問題，中級法院於二零零二年四月四日第 39/2002 號及同年六月二十日第 242/2001 號上訴案中所作的合議庭裁判（具表決聲明）中曾明確應遵的準則。該裁判因應有關藥物的出現形式定出界定為「少量」的準則：如有關藥物為純正無雜質，例如晶狀或粉狀出現，則以其純物質的淨重以確定其是否屬第 5/91/M 號法令第九條所指的「少量」。如屬「合成」者，例如以藥片形狀出現者，則以其藥片數量以確定其是否屬於「少量」。

雖然以上兩準則以不同的單位量度，但有着共同特點：均無須通過實驗室的技術可讓販賣者或購買/吸食者能以肉眼辨別或以簡單量重器具便能得知其數量。對販賣者或購買者而言，作出販賣行為或吸食行為取決於其眼前所見或其所認知者，而非取決於只有化驗所儀器方能定出純物質淨重的量。

同樣的理解其實一直存在於澳門法院的司法見解。在法律未有具體規定何謂「少量」的情況下，澳門法院例如對海洛英而言一直以來均認為，吸食者三天所需的海洛英數量為 6 克。然而，絕大部份甚至全部的法院在這方面所作出的有罪裁判從未對所檢獲的海洛英作出有如本合議庭主張的處理手法，即以所檢獲的海洛英通過實驗室儀器將之釋出純海洛英物質後再量度其純品的淨重以確定是否符合第 5/91/M 號法令第九條所指的「少量」。

據法律界和警界的一般認知，海洛英市場上是没有百分之一百純淨產品供應的。

根據從美國司法部網頁下載的資料，在二十世紀的九十年代，一般在美國街頭販賣的海洛英純度僅為百分之一至百分之十，雖然較近期者來自南非的海洛英純度可高達百分之九十八，但美國全國海洛英平均純度為百分之四十一。

（見美國司法部網頁 www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm）

在澳門及香港兩地警方則通常以三號及四號海洛英的作純度區分。凡純度為百分之十至百分之七十之間均列為三號海洛英，凡純度高達百分之七十以上者，稱為四號海洛英。

由此可見，若以本上訴合議庭多數表決通過的理解為準則，那澳門法院一直以來就海洛英「少量」的司法見解的合理性定義勢將遭受質疑，因為如套用本合議庭多數表決通過的理解，凡被檢獲的藥物為海洛英者，必先查明其純度，亦即必先排除粉末中非海洛英的其他物質，定出百分百純海洛英的淨重，再以此為據界定其販賣或持有量為「少量」與否。如是者，在過往某些以被驗出含有海洛英成份的粉末稍微高於 6 克重量為判罪依據的案件中，如通過化驗後也極有可能得出純海洛英淨重低於 6 克的結果。例如前高等法院第 638 號刑事上訴案件中的一九九七年四月九日合議庭裁判（見 *Jurisprudência* 1997，第一卷，第 400 頁）當中判罪的事實依據僅為檢獲共重 8.4 克米色含海洛英的粉末，而非淨重 8.4 克的百分百純度海洛英粉末。而當時高等法院並沒有因未確定該粉末中實際包含百分百純度海洛英物質的淨重而裁定原審法院就上述第八條的罪狀所作的有罪裁判為欠缺事實依據。由此可見，在表決本案裁判依據和結果中獲勝的見解是不能成立，道理很簡單：第 5/91/M 號法令第九條沒有要求法院須先確定某受管制藥物成份淨重才可定出該藥物是否「少量」，而是只要求法院在界定某一藥物是否「少量」時，須以經驗法則和常理考慮嫌犯實際支配藥物或其製劑的數量是否屬「少量」。另一例子可見於前高等法院第 900 號刑事上訴案件於一九九八年十月十四日合議庭裁判（見 *Jurisprudência* 1988，第二卷，第 517 頁）當中判罪的事實依據為檢獲共重 9.353 克米色粉末的未查明純度的海洛英。

澳門法院就海洛英數量的一貫司法見解的情況及理由均相類似於

本案涉及含有二甲(甲烯二氧)苯乙胺 (MDMA) 及甲基苯丙胺(冰)藥片的情況，故本人認為同樣的理解應適用於本個案。

此外，根據原審法院獲證實的事實如下：

從未查明之日起（至少從 2000 年底起），嫌犯 B、C、A 和 D 開始在本澳從事販毒活動。

上述嫌犯販賣的毒品主要是被稱為“搖頭丸”的物質。

在從事販毒活動過程，曾使用 XXX 之手提電話。

2001 年 3 月 22 日 21 時 30 分左右，司警人員前往嫌犯 B 位於 XX 之住所進行搜查，嫌犯 B 主動從該單位內一睡床下拿 67 片藥片交給司警人員。

經化驗證實，上述 67 片藥片中有 60 片含有第 5/91/M 號法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺成份。

上述毒品是嫌犯 B 於 3 月 22 日上午 9 時許，在位於國際中心的“XX”酒吧內從嫌犯 A 處所取得，目的是提供給他人食用。

嫌犯 B 被拘留後與警方合作，并按警方安排致電嫌犯 A，佯稱需要毒品。嫌犯 A 回答稱，稍後會與之交易。

此後，嫌犯 B 再次致電嫌犯 A 之手提電話（號碼為 XXX），而接聽電話的則是嫌犯 D。當時嫌犯 D 在電話中稱，稍後會前往嫌犯 B 之住所與之進行交易。

2001 年 3 月 23 日 2 時許，嫌犯 D 駕駛一部車牌為 CM-XXXXXX 的電單車，來到嫌犯 B 所住大廈門前，并被司警人員截停。

司警人員當場從嫌犯 D 身上搜獲 15 片藥片。

經化驗證實，上述 15 片藥片含有第 5/91/M 號法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺成份。

上述毒品是嫌犯 A 於較早前交給嫌犯 D 準備售予嫌犯 B 的。而嫌犯 A 則是從嫌犯 C 處取得上述毒品的。

嫌犯 D 被抓獲後愿與警方合作。

2001 年 3 月 23 日 4 時 30 分左右，警方人員按嫌犯 D 提供之線索，將嫌犯 A 抓獲。

嫌犯 A 被抓獲後愿與警方合作，並供出嫌犯 C 販毒之事實。

2001 年 3 月 23 日 18 時 30 分左右，司警人員按嫌犯 A 提供之線索，在水坑尾麥當勞餐廳門前將嫌犯 C 抓獲。

司警人員當即從嫌犯 C 身上搜獲 70 片藥片。

司警人員抓獲嫌犯 C 後，隨即到該嫌犯位於 XX 之住所進行搜查，並在該住所內搜獲 2 片藥片。

經化驗證實，上述警方人員從嫌犯 C 處搜獲之 72 藥片中有 37 片含有第 5/91/M 號法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺成份，有 35 片含有該法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份。

上述毒品是嫌犯 C 從身份不明之人處所取得，目的是向他人提供。

嫌犯 B、C、A 和 D 明知上述與彼等有關之毒品之性質和特徵。

彼等是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。

彼等之上述行為未得到任何法律許可。

彼等明知法律禁止和處罰上述行為。

嫌犯 B 作出上述行為時為水警稽查隊警員。

上述節錄的事實清楚顯示，上訴人 A 曾先後支配的含有甲基苯丙胺（冰）成份藥片的數量合共為七十五片，其餘的嫌犯 B、D 分別曾支配含有甲基苯丙胺（冰）成分藥片六十片及十五片，而 C 曾支配三十七片含甲基苯丙胺（冰）及三十五片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺（MDMA）成份的藥片。

根據美國司法部網頁下載的資料，MDMA 通常以藥片或膠囊方式為使用者口服使用，其藥效持續四至六小時。

（參見美國司法部網頁 www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm）

根據從 www.lec.org/DrugSearch/Documents/Meth.html 網頁下載資料，甲基苯丙胺(冰)的藥效可持續四至二十四小時。

以犯罪通說角度而言，行為人的故意由認知要素（elemento

intellectual) 及決意要素 (elemento volitivo) 組成。在本個案中，各行為人分別的認知內容是六十片、十五片、三十七片含甲基苯丙胺(冰)成份的藥片，及三十五片含二甲(甲烯二氧)苯乙胺 (MDMA) 成份的藥片而非某一特定淨重的 MDMA 及「冰」的物質，而行為人的決意是藏有和販賣該等藥片，而非藥片中所含的 MDMA 及「冰」成份的淨重。毫無疑問，行為人在藏有該等藥片時，只考慮其以藥片數目為單位的數量，而非以藥片內含 MDMA 或「冰」成份的淨重。如以本合議庭多數主張的理論為據，犯罪構成豈非取決於行為人認知有關藥片中所含的 MDMA 或「冰」的淨重？否則犯罪事實不得以故意形式只能以過失形式歸責於行為人！

綜上所述，根據第 5/91/M 號法令第九條第五款所指的經驗法則和常理，六十片、十五片或三十七片含有「冰」的藥片及三十五片含 MDMA 成份的藥片，不論其「冰」或 MDMA 純度淨重為多少，對一正常合理人 (reasonable man) 而言是明顯高於三天所需的服用量。

此外，澳門法院的一貫司法見解認為，基於保護的法益的考慮，為確

定行為人實施行為符合第 5/91/M 號法令第八條規定的販毒罪的基本犯 (tipo fundamental) 或第九條的販毒罪的減輕犯 (tipo privilegiado) 而考慮的數量，不單計算在具體案件中檢獲的藥物數量，還包括在某一定時間內行為人曾藏有作販賣用途的藥物數量。

(前高等法院第 1068 號刑事上訴案件於一九九九年五月十九日合議庭裁判—見 Jurisprudência 1999，第一卷，第 734 頁)

然而，本合議庭裁判多數票主張的理解必然地導致上述司法見解失去

其合理性和可操作性。理由是假若我們堅持必須通過化驗查明檢獲的物質所含某種藥物的純正的淨重，試問我們如何能對一些已被售賣甚至已耗用的物質進行化驗。堅持這一理解

必然會導致以下結果，儘管證實行為人曾於某一段時間內曾販賣或藏有作販賣予他人用途且含有某種違禁成份的一定量產品，但仍不足以作為判罪的事實依據，理由是無法對這些沒有檢獲的產品進行化驗以查明其所含純藥物的成份的淨重。

就刑事政策角度而言，從 5/91/M 號法令第八條所規定的相應刑幅（八至十二年徒刑及澳門幣伍千圓至七十萬圓罰金）清楚顯示，其立法精神是以相當嚴厲刑罰以達到保護法益的目的。第九條規定的減輕犯（相應刑幅僅為不超逾兩年的徒刑和澳門幣二千圓至二十二萬五千圓罰金）僅應適用於涉及真正「少量」藥物的特殊情況。如本個案中六十片、十五片及三十七片證實含「冰」或 MDMA 成份且能在藥物濫用者市場上售賣的藥片可被視為「少量」，則這一結論似乎欠缺一個法院判決最基本應有的說服力。因對一個正常合理人（reasonable man）而言，六十片、十五片或七十二片說成「少量」是怎樣也「說不過去的」！舉一反三，如檢獲含「冰」或 MDMA 成份的藥片不僅是六十片、十五片及七十二片，而是一千片，甚至一萬片時，是否還須按本合議庭多數表決理解的準則，堅持先要化驗清楚這些藥片所含的純品「冰」或 MDMA 淨重方可排除屬「少量」的判斷？

綜上所述，就本上訴合議庭多數表決認定「原審裁判獲證明的事實不足以支持作出裁判」的論據，並命令移送卷宗予原審法院進行重新審判的決定，本人不予認同。因此，上訴人所持的「獲證明事實不足以支持判罪」的這一部份理由不成立，本合議庭應審理上訴人提出的其餘理由。

二零零二年九月五日

賴健雄