

Recurso nº 81/2003

Data : 26 de Junho de 2003

- Assuntos:
- Crime de detenção de utencílios
 - Instrumento para consumo
 - Insuficiência da matéria de facto
 - Detenção de estupefacientes para tráfico e para consumo
 - Quantidade para consumo diário
 - Impossibilidade de apurar factos
 - Princípio de *in dubio pro reo*
 - Convolação

SUMÁRIO

1. O vício da insuficiência da matéria de facto provada existe “quando o Tribunal não deu como provados todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria”, ou seja “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.
2. Quando o Tribunal, ao dar como provado que foi apreendido um “um instrumento de fabrico artesanal” e tal instrumento “era utilizado ... para o consumo de produtos estupefaciente”, consignou factos essenciais que permitem concluir que tal “instrumento” era o que diz a lei “qualquer utensílio” e que seria criminalmente punível a detenção deste para “qualquer forma” de

utilização dos produtos estupefacientes compreendidos nas tabelas I a IV, não se incorre em vício de insuficiência.

3. Se estiver provado que “os produtos estupefacientes encontrados na posse do arguido foram adquiridos com o objectivo de fornecer a terceiro e para consumo pessoal”, deve-se apurar a quantidade exacta para consumo diário ou durante 3 dias, sob pena de incorrer em vicio de insuficiência.
4. Para a condenação do crime de consumo (artigo 23º) não há limitação de quantidade, enquanto o crime de tráfico (artigo 8º) pune a detenção indevida dos estupefacientes fora dos casos previstos no artigo 23º.
5. Não há lugar à insuficiência da matéria de facto provada quando o Tribunal, por não ter tido possibilidade, apesar da investigação efectuada, de apurar a quantidade exacta para consumo e para ser oferecido a terceiros, consignou para a matéria de facto que os estupefacientes apreendidos são “destinados a serem fornecidos a terceiros e a consumo próprio”.
6. Esgotada a investigação devida e dada a impossibilidade para o Tribunal de apurar, e conseqüentemente consignar, aqueles factos, o direito do arguido deve ser salvaguardado à sombra do princípio de *in dubio pro reo*, de modo que se considera uma quantidade diminuta para tráfico e o restante para o tráfico.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso nº 81/2003

Recorrente: A

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

O arguido A respondeu nos autos do Processo Comum Colectivo nº PCC-068-02-1 perante o Tribunal Judicial de Base.

Realizada a audiência do julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu acórdão decidindo:

- a. Condenar o arguido A pela prática, como autor material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelos artºs 8º nº 1 e 18º nº 2 do DL 5/91/M na pena de sete anos e seis meses de prisão e quinze mil patacas, de multa ou em alternativa de cem dias de prisão, um crime p. e p. pelo artº 12º do DL 5/91/M na pena de dois meses de prisão, um crime p. e p. pelo artº 23º do DL 5/91/M na pena de quarenta e cinco dias de prisão, um crime p. e p. pelo artº 9º da Lei 2/90/M na pena de seis meses de prisão, uma contravenção aos artºs 13º nº 7 e 72º nº 1 do CE na pena de oitocentas patacas e uma contravenção ao artº 67º nº 3 do CE na pena de três mil patacas de multa ou em alternativa de vinte dias de prisão;

- b. Em cúmulo condenam na pena de sete anos e dez meses de prisão e dezoito mil patacas de multa ou em alternativa de cento e vinte dias de prisão, caso não pague nem a mesma for substituída por trabalho e oitocentas patacas de multa sem alternativa.

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

1. Ficou provado ter sido apreendido ao recorrente um instrumento de fabrico artesanal que era utilizado para o consumo de estupefacientes, além de sacos que eram utilizados para o empacotamento de produtos estupefacientes, pelo que foi condenado pela prática de um crime p. e p. no artº 12º do DL 5/91/M;
2. Contudo, o Acórdão recorrido não descreve nem identifica as características desse instrumento de modo a aferir-se a sua adequação para a prática do referido crime.
3. Ocorre, assim, do texto do Acórdão erro de julgamento, pela existência do vício da insuficiência da matéria de facto provada para a decisão, previsto na al. a), nº 2 do artº 400 do CPP, devendo, nos termos do disposto no nº 1 do artº 418º do CPP, determinar-se o reenvio do processo para novo julgamento.
4. O recorrente confessou parcialmente os factos por que foi condenado.
5. Com a sua colaboração foi possível à polícia dismantelar com sucesso um caso de tráfico de produtos estupefacientes.

6. As penas de prisão e de multa concretamente fixadas, pela prática do crime p. e p. no referido artº 8º, mostram-se exageradas e merecedoras de atenuação, atenta a colaboração prestada e a conduta anterior e posterior ao crime que, em nossa opinião, não foram devidamente valoradas pelo douto tribunal;
7. O disposto no Artigo 18º, n.º 2, do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro permite maior atenuação ou isenção da pena de prisão e de multa em circunstâncias como a dos autos;
8. Foi violado o disposto no artº 400, nº 2, al. a) do CPP e o disposto no Art.º 18º, n.º 2 do DL 5/91/M de 28 de Janeiro.

Do recurso, respondeu o MºPº que concluiu:

1. A mera referência, no douto acórdão em crise, ao facto de se ter comprovado ter o recorrente na sua posse “um instrumento de fabrico artesanal...utilizado pelo arguido para o consumo de estupefacientes” não é por si só, matéria de facto suficiente para a subsunção na norma incriminadora identificada pelo Tribunal para fundamentar a sua decisão de condenação do recorrente pela prática do ilícito p.p. pelo art. 12º do Dec-Lei 5/91/M, impondo-se a identificação e caracterização mínima de tal instrumento, de molde a, designadamente, comprovar a sua aptidão para qualquer das utilizações previstas no mesmo normativo;
2. Tal lacuna integra vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, previsto na al. c) do nº 2 do art. 400º CPP;

3. Encontrando-se o aludido “instrumento” apreendido nos autos, aquela lacuna pode ser integrada por análise a efectuar pelo Venerando Tribunal de recurso que, assim, pode decidir da causa, sem necessidade de reenvio para novo julgamento, nos termos do art. 18º, nº 2 do mesmo diploma.

Nesta Instância a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer pugnando pelo reenvio do processo para novo julgamento por ter verificado o apontado vício de insuficiência de matéria de facto para a decisão de direito.

Cumpre-se decidir.

Quanto a matéria de facto, foi dada como assente a seguinte factualidade:

- No dia 20 de Maio de 2002, cerca das 4H35 da madrugada, junto do Edifício Industrial “Cheong Long”, situado na Estrada de D. Maria II (paragem de autocarro em frente ao Edifício da CEM), guardas da PSP pretenderam interceptar o ciclomotor (com a matrícula CM-XXX) proveniente da Rampa do Ramal dos Mouros, conduzido pelo arguido A, para uma investigação.
- O arguido A apercebendo-se da situação, fez manobra de inversão de marcha, conduzindo o ciclomotor para cima do passeio, acabando contudo por ser detido a 30 metros de distância, pelos guardas policiais.

- Na altura, o arguido A não era titular de qualquer licença de condução.
- Depois de terem detido o arguido A, os guardas policiais encontraram na sua posse oito pequenos embrulhos suspeitos de conterem produtos estupefacientes, um cigarro de fabrico artesanal, três mil e dez dólares de Hong Kong, sete mil e duzentos e vinte patacas, setecentos e quarenta e três renmenbis e cem dólares americanos.
- Após exame laboratorial, o produto contido nos oito pequenos embrulhos foi identificado como contendo Metanfetamina, com peso líquido de 2,738 gramas, substância proibida abrangida pela Tabela II-B do Decreto-Lei nº 5/91/M; e o acima referido cigarro artesanal foi identificado como contendo cannabis, com peso líquido de 0,242 gramas, substância proibida abrangida pela Tabela-I-C do mesmo Decreto-Lei.
- O arguido A obteve o acima referido numerário através das actividades de tráfico de produtos estupefacientes.
- E após a detenção do arguido A, os guardas policiais deslocaram-se à sua residência situada na fracção XXX, onde encontraram: 21 comprimidos de cor verde, um embrulho contendo um produto cristalino, dez pequenos embrulhos contendo um produto cristalino, um embrulho contendo pó branco, dez embrulhos contendo pó branco, 22 comprimidos de cor laranja, um instrumento de fabrico

artesanal e grande quantidade de sacos de plástico e de papel.

- Após exame laboratorial, os acima referidos 21 comprimidos de cor verde foram identificados como contendo Metanfetamina, substância proibida abrangida pela Tabela II-B, Ketamina e Amobarbital, substâncias proibidas abrangidas pela Tabela II-C e Barbital, substância proibida abrangida pela Tabela IV, todas do Decreto-Lei N° 5/91/M, com o peso líquido de 7,74 gramas; o produto cristalino contido no embrulho e nos dez pequenos embrulhos acima referidos foi identificado como contendo Metanfetamina, com peso líquido de 5,707 gramas, substância proibida abrangida pela Tabela II-B do referido Decreto-Lei; o pó branco contido no embrulho e nos dez embrulhos acima referidos foi identificado como Ketamina, com peso líquido de 22,717 gramas, substância proibida abrangida pela Tabela II-C do referido Decreto-Lei; e os acima referidos 22 comprimidos de cor laranja foram identificados como contendo MDA, com peso líquido de 4,546 gramas, substância proibida abrangida pela Tabela II-A do mesmo Decreto-Lei.
- Todos os supracitados produtos contêm substâncias estupefacientes acima identificadas, cujos pesos líquidos se encontram descritos nos exames da PJ a fls. 65 ss e 209 ss, que se dão por reproduzidos integralmente.
- Os acima referidos produtos estupefacientes encontrados pelos guardas policiais na posse e na residência do arguido

A foram adquiridos pelo mesmo junto de indivíduo desconhecido, com o objectivo de fornecer a terceiros e para consumo pessoal.

- A acima referida grande quantidade de sacos de plástico e de papel eram utilizados pelo arguido A para o empacotamento de produtos estupefacientes.
- O acima referido instrumento era utilizado pelo arguido A para o consumo de produtos estupefacientes.
- Quando os guardas policiais efectuaram a busca na residência do arguido A, B encontrava-se no interior da mesma.
- B era titular, na altura, do Salvo Conduto da RPC para Hong Kong e Macau N° XXX, cujo prazo de validade era de 14 de Maio de 2002 a 27 de Maio de 2002.
- B foi contratada, em data indeterminada, pelo arguido A, para trabalhar como empregada doméstica na sua residência.
- Quando o arguido A contratou B, tinha perfeito conhecimento de que a mesma era titular de um Salvo Conduto da RPC para Hong Kong e Macau e que não podia trabalhar em Macau.
- Quando o arguido A contratou B, prometeu-lhe como salário mensal MOP\$1.6000,00 (mil e seiscentas patacas).
- O arguido agiu livre, voluntária e conscientemente.
- O arguido tinha conhecimento das características e qualidade dos acima referidos produtos estupefacientes.

- O arguido não tinha qualquer autorização legal para assim proceder.
- Bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por Lei.
- Durante a fase de inquérito, o arguido A forneceu informações aos guardas policiais sobre actividades de tráfico de produtos estupefacientes praticados por terceiros, conduzindo ao desmantelamento com sucesso de um caso de tráfico de produtos estupefacientes.
- O arguido era angariador de clientes no casino e auferia o rendimento mensal de dezasseis mil patacas.
- É solteiro e tem um filho a seu cargo.
- Confessou parcialmente os factos e não é primário.

Na parte de indicação dos factos não provados referiu apenas que “não ficaram provados os seguintes factos: nenhum a assinalar”.

E na indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal, afirmou que (O Tribunal forma a sua convicção com base em):

- As declarações do arguido em audiência.
- A leitura em audiência das declarações da testemunha prestada em memória futura a fls. 42

- O depoimento das testemunhas da PSP que participaram na detenção do arguido e na investigação dos factos e que relataram os mesmos com isenção e imparcialidade.
- O depoimento das testemunhas de defesa.
- O relatório de exame da PJ a fls. 65 ss e 209 ss.
- Os restantes documentos colhidos na investigação e juntos aos autos e fotografias.

Conhecendo.

O Tribunal conhece não só de todas as questões levadas para o recurso respeitantes à matéria de facto e de direito, como também conhece todas as questões das quais possa conhecer *ex officio* sem prejuízo a limitação do seu poder de cognição.

Pode o Tribunal começar por sanar as questões prévias, nulidades e excepções que possam constituir-se como obstáculo da apreciação da questão de fundo.

Como se sabe, a lei adjectiva exige que o Acórdão cumprir o dever de fundamentação nos termos do artigo 355º nº 2 do Código de Processo Penal, sob pena de incorrer na nulidade nos termos do artigo 360º do Código de Processo Penal.

E efectivamente o Acórdão não tinha efectuado o enquadramento jurídica dos factos apurados nos autos, nomeadamente na parte de fundamentação o Acórdão não levou os factos provados para uma qualquer disposição legal da incriminação.

A falta essa que determina a nulidade do Acórdão nos termos do artigo 360º do CPP. Porém, tal nulidade depende da arguição, o que impede o Tribunal de tomar decisão sobre esta “nulidade”.

Assim avançamos.

O recorrente levanta essencialmente uma questão respeitante ao julgamento de matéria de facto - o vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito.

Para tal, alegou que o Tribunal, ao consignar o facto que “o acima referido instrumento era utilizado pelo arguido A para o consumo de produtos estupefacientes; sem ter descrito nem identificado minimamente que tipo de instrumento se tratava, incorre por isso no tal vício de insuficiência.

Sabemos que o vício da insuficiência da matéria de facto provada, como afirmávamos nos vários acórdãos deste Tribunal, existe “quando o Tribunal não deu como provados todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria”,¹ ou seja “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.”²

Neste sentido decidiu também o Tribunal de Última Instância confirmando que “ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando

¹ Entre outros, o acórdão de 15/6/2000 no Recurso nº 92/2000.

² Entre outros, o Acórdão de 14 de Setembro de 2000 do processo nº 128/2000.

o Tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa”.³

E dispõe o artigo 12º do D.L. nº 5/91/M:

“Quem detiver cachimbo, seringa, qualquer utensílio ou equipamento, com intenção de fumar, inalar, ingerir, injectar ou por outra forma utilizar substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a IV será punido com a pena de prisão até 1 ano ou multa de 500 a 10 000 patacas.”

Sendo certo, o Tribunal deveria consignar um facto pormenorizado quanto ao carácter do tal “instrumento” e concretizar a forma de “consumo”, mas o Tribunal, ao dar como provado que foi apreendido um “器皿用具 (um instrumento de fabrico artesanal)” e tal instrumento “era utilizado ... para o consumo de produtos estupefaciente”, consignou factos essenciais que permitem concluir que tal “instrumento” era o que diz a lei “qualquer utensílio” e que seria criminalmente punível a detenção deste para “qualquer forma” de utilização dos produtos estupefacientes compreendidos nas tabelas I a IV.

Com este elementos fácticos, podemos afirmar que o Tribunal tinha dado provados factos essenciais e determinativos para o enquadramento jurídico e a decisão do mérito da causa, razão pela qual não se verificou o que o recorrente entendeu por insuficiente a matéria de facto.

Todavia, parece que se pode entender por insuficiente a matéria de facto provada por dela não constarem factos comprovativos à quantidade do necessário para o consumo individual durante três dias.

³ No Acórdão de 20 de Março de 2002 do processo nº 3/2002.

Dos autos, está expressamente provado que “os acima referidos produtos estupefacientes encontrados pelos guardas policiais na posse e na residência do arguido A foram adquiridos pelo mesmo junto de indivíduo desconhecido, com o objectivo de fornecer a terceiro e para consumo pessoal” (sub. nosso).

Perante tais factos, o Tribunal *a quo* condenou o arguido ora recorrente pela prática de um crime de tráfico p. e p. pelo artigo 8º nº 1 do D.L. nº 5/91/M, embora com a atenuação previsto no artigo 18º nº 2 do mesmo Decreto-Lei e um crime de consumo p. e p. pelo artigo 23º a) do mesmo diploma.

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 23.º (Punição do consumo)

A aquisição ou detenção ilícita de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV, para consumo pessoal, fora da previsão do artigo 11.º, será punida:

- a) *Com pena de prisão até 3 meses ou multa de 500 a 10 000 patacas;*
- b) *Com multa de 250 a 5 000 patacas, se as substâncias ou preparados se destinavam a fim terapêutico. (Sub. nosso)*

Por sua vez, dispõem os artigos 9º e 11º da mesma Lei de Droga:

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 24.º."*

Como se tem entendido, a quantificação das substâncias dos estupefacientes é essencial para uma qualificação jurídica dos factos e a medida concreta de pena, ou seja, é determinativa para o enquadramento no crime previsto no artigo 8º ou no artigo 9º, sob pena de incorrer no vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito. ⁴

Conforme o que foram previstos nos artigos acima transcritos, o que nos parece é que é essencial decidir a quantidade dos estupefacientes que servem para o consumo pessoal durante três dias, para a qualificação

⁴ Cita-se entre outros, o Acórdão de 16 de Maio de 2002 no processo nº 41/2002.

jurídica dos factos como o Tribunal *a quo* assumiu – condenar o arguido ao mesmo tempo pelos crimes de tráfico e de consumo perante o facto de detenção dos estupefacientes.

Pode o Tribunal, usando a faculdade prevista no artigo 9º da Lei de Droga, determinar, segundo as regras da experiência e a sua convicção, a quantidade 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”. Assim sendo, perante a matéria de facto provada, em que não consta concretamente factos comprovativos das respectivas porções dos estupefacientes para o próprio consumo e para ceder aos terceiros, a decisão teria a alternativa de:

- a) Uma porção correspondente à “quantidade diminuta” destina-se para o consumo próprio do arguido, enquanto outra para o “tráfico (*lato sensu*)”; ou
- b) Uma porção correspondente à “quantidade diminuta” destina-se para o “tráfico (*lato sensu*)”, enquanto outra para o consumo próprio do arguido.

Pois, para a condenação do crime de consumo (artigo 23º) não há limitação de quantidade, enquanto o crime de tráfico (artigo 8º) pune a detenção indevida dos estupefacientes fora dos casos previstos no artigo 23º.

Na jurisprudência do Tribunal de Última Instância e este Tribunal, dada a falta de concretização legislativa sobre o *quantum* da “quantidade diminuta” prevista no nº 3 do artigo 9º daquele diploma da droga, têm-se

fixado como quantidade diminuta em 300mg para MDA, MDMA e Metafetamina, e 1000mg para Ketamina.⁵

Conforme estes critérios a que subscrevemos, também não parece que seria possível tomar uma decisão com segurança com base somente nos factos provados.

Porém, o Tribunal *a quo* tinha consciência do dever de investigação, e apesar da investigação esgotada, como o Acórdão justificou, “[n]ão se tenha apurado exactamente as substâncias destinadas só para o seu consumo próprio” (fl. 252), tornando-se, assim, a situação no sentido diferente, de maneira que não se podia considerar por insuficiente a matéria de facto provada, pois a lacuna que se deixou na matéria de facto não se resulta da impossibilidade da sua integração.

Não incorrendo embora na insuficiência da matéria de facto, o Tribunal desviou erradamente o seu sentido da decisão de direito, pois, como nesta situação concreta, esgotada a investigação devida e dada a impossibilidade para o Tribunal de apurar, e conseqüentemente consignar, aqueles factos, o direito do arguido deve ser salvaguardado à sombra do princípio de *in dubio pro reo*, de modo que se considera uma quantidade diminuta dos produtos estupefacientes para o tráfico e os restantes para consumo.

Este também foi o sentido da decisão do Venerando Tribunal de Última Instância no Acórdão de 09.10.2002 do Processo nº 10/2002.

⁵ Acórdão do Tribunal de Última Instância, no seu Acórdão de 15 de Novembro de 2002 no processo nº 11/2002 e de 5 de Março de 2003 do Processo nº 23/2002; Acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância de 21 de Fevereiro de 2003 no processo nº 241/2002, de 20 de Fevereiro de 2002 do processo nº 216/2002 e de 10 de Abril de 2003 do Processo nº 20/2003.

Em consequência desta decisão da matéria de facto, e na qualificação jurídica, deve-se convolar a condenação do crime de tráfico (*lato sensu*) para o crime de tráfico de quantidade diminuta p. e p. pelo artigo 9º do DL nº 5/91/M, mantendo-se, no entanto, a condenação do crime de consumo p. e p. pelo artigo 23º do mesmo diploma, ao abrigo do princípio de *reformatio in pejus*.

Dá-se assim provimento ao recurso, embora com outro fundamento.

Nesta conformidade, ao abrigo do disposto no artigo 65º do Código Penal, tendo em consideração de todas as circunstâncias apuradas nos autos, nomeadamente a “profissão” do recorrente, a confissão parcial dos factos, como também o antecedente criminal do mesmo e a sua situação económica e social, cremos adequada uma pena de 1 ano e 6 meses de prisão e de multa de 5 mil pataca para o crime de tráfico de quantidade diminuta p. e p. pelo artigo 9º do Decreto-Lei nº 5/91/M, mantendo-se as restantes decisões, nomeadamente as penas parcelares aplicadas ao crime de consumo, ao crime de detenção de utensílio e ao crime de emprego ilegal, bem como às contravenções.

Em cúmulo, condena-se o arguido na pena única e global de 1 ano, 10 meses e 15 dias de prisão e MOP\$8.000,00 de multa, ou alternativa de 100 dias de prisão e multa de 800 patacas inconvertível em prisão (artigo 72º do Código de Estrada).

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder o provimento ao recurso, convolvando parcialmente a

qualificação jurídica feita pela acusação, e, em consequência, condenar o arguido nos exactos termos acima consignados.

Sem custas.

Macau, RAE, aos 26 de Junho de 2003

Choi Mou Pan (Relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong (com declaração de voto)

Recurso nº 81/2003

Declaração de voto parcialmente vencido

Não acompanho o Acórdão na parte que determina a convoção do crime de tráfico de estupefaciente, p. e p. pelo artº 8º da lei da droga, pelo qual foi condenado o ora recorrente na 1ª instância, para o crime de tráfico de quantidade diminuta, p. e p. pelo artº 9º do mesmo diploma.

Na verdade, da matéria fáctica provada, até do objecto do processo sujeito a julgamento, não consta a concretização quer da quantidade de estupefacientes destinada ao consumo próprio do ora recorrente quer da quantidade destinada ao tráfico, todavia, de acordo com a matéria de facto dada provada pelo Tribunal *a quo* e por razões que passo a expor *infra*, dificilmente pode chegar-se à conclusão de que deve o recorrente ser condenado pela prática de um crime de consumo (artº 23º) em concurso real efectivo com um crime de tráfico de quantidade diminuta (artº 9º).

Ora, de acordo com a factualidade julgada assente, foram encontrados na posse e na disponibilidade do recorrente os seguintes produtos estupefacientes:

1. 8 pequenos embrulhos contendo metanfetamina, com peso líquido de 2,738 gramas;
2. 1 cigarro artesanal contendo cannabis, com peso líquido de 0,242 gramas.
3. 21 comprimidos de cor verde contendo metanfetamina, ketamina, amobarbital e barbital, com o peso líquido de 7,74 gramas;
4. 10 pequenos embrulhos contendo metanfetamina, com peso líquido de 5,707 gramas;
5. 1 embrulho e 10 embrulhos contendo ketamina, com peso líquido de 22,717 gramas; e
6. 22 comprimidos de cor laranja contendo MDA,

com peso líquido de 4,546 gramas.

A fim de bem interpretar este quadro fáctico com vista a uma correcta qualificação jurídica do mesmo, acho por bem transcrever aqui as doulas considerações tecidas no sumário do Acórdão do TSI tirado em 19JUN2003 no processo nº 98/2003:

.....

21. Se da matéria de facto dada por fixada no acórdão recorrido depois de investigação pelo tribunal a quo, como lhe cabia, o objecto do processo, se retira que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada substância estupefaciente, e mesmo assim, a adquiriu, transportou e deteve (apesar de não a tiver “traficado” no sentido comum deste termo na linguagem corrente) de livre vontade, sabendo que assim procedendo iria contrariar a lei, e enquanto não resultar da mesma factualidade que essas condutas tenham sido praticadas exclusiva e totalmente para consumo pessoal dele ou que com essas condutas ele tenha tido por finalidade exclusiva conseguir substâncias ou preparados para seu uso pessoal, o mesmo agente tem que ser punido a título da autoria material do crime do art.º 8.º do D.L. 5/91/M, salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as regras da experiência, que a quantidade daquela mesma substância estupefaciente “não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, hipótese em que o agente só será punido com a moldura mais leve do art.º 9.º do mesmo DL 5/91/M.

.....

23. E desde que o tribunal não considere que o total da droga

encontrada na disponibilidade do arguido seja de quantidade diminuta, já não é de aplicar também o tipo privilegiado de crime de “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do DL 5/91/M (cfr. o critério do n.º 3 do art.º 9.º do mesmo diploma), isto independentemente da questão de saber qual a porção ou parte do total de droga encontrado na

disponibilidade do agente do crime é que se destina a seu eventual consumo próprio ou a fornecimento a terceiro, pois a norma incriminadora não distingue isto para efeitos da sua aplicação.

In casu, como não ficou provado nos presentes autos o destino exclusivo da totalidade dos produtos estupefacientes para o seu consumo pessoal ou pelo menos de uma percentagem para esse fim tão elevada que o resto dos produtos já não ultrapassava a quantidade diminuta segundo o critério definido pelo artº 9º/5 da lei da droga, o ora recorrente não pode deixar de ser condenado como o foi na 1ª instância, dada a grande quantidade da droga, como se vê *supra*, encontrada na sua disponibilidade. Pois para condenar o agente pela prática de um tipo fundamental, o Tribunal não carece de afastar todas as hipóteses negativas do eventual preenchimento de qualquer dos seus tipos privilegiados.

Por outro lado, ficaram ainda provados factos instrumentais nos autos que, não só não enfraquecem, antes reforçam a conclusão de que se deve integrar a conduta do ora recorrente no tipo fundamental do artº 8º da lei da droga. Tais factos são: aquando da detenção pela polícia, foram encontrados no corpo do recorrente HKD\$3.010,00, MOP\$7.220,00, RMB\$740,00 e USD\$100,00, todos em numerário e obtidos pelo recorrente através das actividades de tráfico de produtos estupefacientes; e foi encontrada na disponibilidade do recorrente grande quantidade de sacos de plástico e de papel a ser utilizados pelo recorrente para o empacotamento de produtos estupefacientes.

Pois, pela mais simples lei do mercado, nós sabemos que é através da venda de bens que recebe em contrapartida o preço e nunca através de aquisição de bens é que recebe em troca o dinheiro. Por isso, é difícil conceber ou explicar como é possível a obtenção de um preço ou até lucro líquido no valor de mais de onze mil patacas só através de venda de produtos estupefacientes que

apenas são suficientes para o necessário para o consumo individual durante três dias?

Além disso, existe contradição entre a qualificação jurídica do ora recorrente como “pequeno traficante” e a posse comprovada por ele de uma grande quantidade de sacos de plástico e papéis provavelmente destinados para fazer empacotamento de produtos estupefacientes, dado que, para o consumo pessoal, o agente não necessita de grande quantidade de sacos plástico para fazer empacotamento.

Pelo que ficou exposto e sem mais delongas, entendo que é de confirmar a qualificação jurídica feita pelo Tribunal *a quo* no sentido de condenar o ora recorrente pela prática de um crime de tráfico, p. e p. pelo artº 8º da lei da droga.

Tirando esta parte, subscrevo o resto o Acórdão antecedente.

R.A.E.M., 26JUN2003
Lai Kin Hong