

Processo n.º 104/2004

Data do acórdão: 2004-05-20

(Recurso penal)

Assuntos:

- bem jurídico do crime de tráfico de droga
- crime de perigo abstracto ou presumido
- quantidade diminuta de droga
- tráfico e actividades ilícitas
- traficante-consumidor
- tráfico de quantidades diminutas
- detenção ilícita para consumo próprio
- detenção de droga não destinada exclusivamente para consumo próprio
- comprimidos de MDMA
- Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro
- prisão preventiva
- art.º 193.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo Penal de Macau

S U M Á R I O

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

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

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

3. Atento o bem jurídico em causa no crime de tráfico de droga e a necessidade da sua protecção, é considerada toda a quantidade “traficada” pelo agente durante uma certa época, e não um determinado momento, daí que, aliás, não pode haver lugar ao concurso real efectivo do crime de tráfico de quantidades diminutas do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M com o crime de tráfico e actividades ilícitas do art.º 8.º do mesmo diploma.

4. Perante a fortemente indiciada aquisição e subsequente detenção pelo arguido, e não legalmente autorizada, de um total de 19,052 gramas de peso líquido de Cannabis e de 20 comprimidos de MDMA não destinados exclusivamente para o seu consumo pessoal, é de dar por fortemente indiciada a prática pelo mesmo, em autoria material e na forma consumada, e pelo menos, de um crime de tráfico e actividades ilícitas p. e p. no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com consequente imposição da prisão preventiva por força do art.º 193.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo

Penal de Macau, se não se encontrar verificada a circunstância prevista nesta norma que excepcione o preenchimento, *in casu*, deste tipo legal fundamental (i.e., se mormente não se tiver fortemente indiciado que essa aquisição ou detenção o tenha sido exclusivamente para o consumo pessoal do arguido, situação esta que se reconduziria apenas ao crime do art.º 23.º, e não também do crime do art.º 8.º), nem for de considerar essa quantidade de Cannabis e de comprimidos de MDMA como quantidade diminuta para efeitos de integração do tipo legal, privilegiado, de tráfico de “quantidades diminutas” do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei, nem tão-pouco for de fazer subsumir a conduta do arguido no crime, também privilegiado, de “traficante-consumidor” do art.º 11.º, n.º 1, desse diploma (por não se ter fortemente indiciado que a aquisição e subsequente detenção daquela mesma quantidade de Cannabis e de comprimidos de MDMA tenham sido praticadas pelo arguido com a finalidade exclusiva para conseguir substâncias ou preparados para seu uso pessoal).

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 104/2004

(Recurso penal)

Recorrente: Ministério Público

Recorrido: A

Tribunal *a quo*: 2.º Juízo de Instrução Criminal do Tribunal Judicial de Base

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

O Ministério Público veio recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), da seguinte decisão proferida em 3 de Abril de 2004 pelo 2.º Juízo de Instrução Criminal do Tribunal Judicial de Base no âmbito dos autos de Inquérito n.º 2873/2004 afecto ao Núcleo de Investigação Criminal do mesmo Órgão, na parte em que se julgou não aplicar a medida de prisão preventiva ao arguido A (já aí melhor identificado):

<<DESPACHO:

--- Julga-se válida a detenção dos arguidos **B e A** nos termos do artºs 238º, 239º nºs 1 e 2 e a apresentação tempestiva nos termos do artigo 128º nº 1, ambos C.P.P.M.-----

--- Os factos constantes dos autos, indiciam fortemente que o arguido **B** incorreu na prática dos factos susceptíveis de integrar o crime de tráfico de estupefaciente, p.º e p.º pelo artigo 8º nº 1 do Decreto-Lei nº 5/91/M.-----

--- Por outro lado, quanto ao arguido **A** os indícios até esta altura existentes nos autos não são susceptíveis de conduzir à mesma conclusão. Com efeito, o arguido **A** declarou que destinava as substâncias que adquiriu ao seu consumo e ao de dois amigos.-----

--- Sendo certo que a quantidade que foi encontrada na sua posse não é diminuta, não deixa também de ser verdade que bem pode acontecer que uma parte da droga que tinha se destinasse ao seu consumo e outra a ser cedida a qualquer título. Ora, em tal situação podemos estar uma situação de concurso entre o crime previsto no artigo 23º e aquele se prevê no artigo 8º ou 9º do Decreto-Lei 5/91/M, tudo dependente de se apurar qual a quantidade que se destinava ao consumo e qual aquela que tinha por destino a cedência a terceiros.-----

--- Não existem portanto fortes indícios da prática do crime previsto no artigo 8º do Decreto-Lei 5/91/M. Nesta fase indiciária apenas se pode concluir em nosso entender pela existência de fortes indícios da prática do crime previsto no artigo 9º nº 1 do Decreto-Lei 5/91/M.-----

--- Por outro lado há que ponderar a colaboração prestada pelo arguido **A** à autoridade policial, tendo em vista o disposto no artigo 18º Decreto-Lei 5/91/M .-----

--- Isto quanto ao enquadramento das condutas indiciadas dos arguidos.-----

--- Em relação aos requisitos a que refere 188º do CPPM, verifica-se que pela gravidade dos factos, sobretudo no que concerne ao arguido **B**, nas também quanto ao arguido **A** existe perigo de fuga e bem assim a continuação de actividade criminosa e de perturbação da ordem e tranquilidade públicas.-----

--- Ao que acresce que nos termos do artigo 193º nº 3 al. c) do CPPM, a Lei impõe a aplicação ao arguido **B** da medida de prisão preventiva.-----

--- Assim, pelo exposto ponderando ainda os princípios de adequação e de proporcionalidade nos termos do artigo 178º do CPPM, decide-se:

1 – Decretar a prisão preventiva do arguido **B (artigo 186º do CPPM); e**

2 – Determinar que o arguido **A** aguarde os ulteriores termos do processo sujeito a prestação de caução no montante de MOP\$15000.00 (artigo 182º do CPPM), no prazo de 10 dias, sujeito à proibição de ausência desta RAEM (artigo 184º do CPPM) e a obrigação de se apresentar semanalmente na P.J., com início no próximo dia 05/04/2004 (artigo 183º do CPPM).

3 – Os arguidos prestarão ainda o TIR nos termos do artigo 181º nº 1 do CPPM.

--- Passe-se o competente mandado de condução do arguido **B** ao EPM e cumpra-se o disposto no artigo 179º, nº 4 do CPPM.-----

--- Fixa-se 2 UC a título de honorários a cada um dos defensores nomeados dos arguidos.-----

--- Oportunamente remeta os autos ao M^o.P^o. para prossecução dos mesmos.-----

--- Notifique. D.N.-----

--- [...]>> (cfr. o teor da decisão judicial em causa, e *sic*).

Para o efeito, a Digna Delegada do Procurador formulou a sua motivação de recurso como segue:

<<[...]

A)

Vem o presente recurso interposto do despacho de fls 57 a 59 que não acolheu a posição do Ministério Público quanto à existência de suficientes indícios da prática pelo arguido A do crime p.p. pelo art^o 8^o n^o 1 do Decreto-Lei n^o 5/91/M e que por via entendimento decidiu não aplicar a este arguido a medida coactiva de prisão preventiva.

B)

Para mostrar o desacerto da decisão recorrida iremos respigar na nossa explanação tecendo considerações sobre a prática do crime de tráfico de estupefacientes, dando conta que os autos contêm elementos com virtualidade para assacar também ao arguido A, o crime referido.

C)

1 - Ressalta dos autos, inequívocamente, apesar das declarações contraditórias e pouco esclarecedoras por parte dos arguidos, que no dia 2 de Abril de 2004, cerca das 18H30, perto do templo “Kuan Tai”, o arguido A recebeu do arguido B, uma embalagem contendo Cannabis e 20 comprimidos MDMA.

2 - Submetidos a exame laboratorial verificou-se tratar efectivamente de Cannabis, com o peso líquido de 19,052 g, que está abrangida pela Tabela I-C, e, de MDMA com o peso líquido de 7,286 g, que está abrangida pela Tabela II-A, ambas anexas ao D.L. 5/91/M.

3 - De todos os acórdãos já proferidos sobre a matéria, ou seja, sobre a quantidade tida por necessária para consumo durante três dias, resulta claramente, que tal quantidade ultrapassa, largamente, o estipulado, caindo-se, assim, de imediato, no âmbito do artº 8º do Decreto Lei já citado.

4 - Vejamos, ainda, que o arguido nas suas declarações refere, sem qualquer margem para dúvidas, que por dia consome cerca de três comprimidos de MDMA e cerca de dois a três cigarros de Cannabis, pelo que, sendo assim, o arguido, em três dias, consumiria cerca de nove comprimidos de MDMA e cerca de seis a nove cigarros de Cannabis, pelo que, atento ao exposto e por simples lógica matemática, tanto a quantidade a consumir como a quantidade a que ele iria ceder, oferecer, ou vender, caíem, igualmente e largamente, no âmbito do já referido artº 8.

D)

Nesta conformidade, há que concluir que o crime aludido está fortemente indiciado nos autos e que existem também fortes indícios da sua prática pelo arguido, o que, o Mmº JIC, não captou devidamente e não aplicou a medida de coacção devida.

CONCLUINDO

Considera-se existirem fortes indícios da prática pelo arguido A do crime p.p. pelo artº 8º do Decreto-Lei 5/91/M, pelo que o Mmº JIC deveria ter aplicado a medida de prisão preventiva uma vez que este crime permite, só por si a aplicação desta medida (artº 193º, nº 1 do CPPM), observando-se ainda os perigos de fuga, perturbação do decurso do processo e de continuação da actividade criminosa (artº 188º do CPPM).

PELO QUE

Assim sendo, deve, com o duto suprimento de V^a Ex^{as.}, o despacho recorrido ser revogado e o arguido A ser indiciado pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo artº 8º do Decreto- Lei 5/91/M, e, lhe ser aplicada a medida de prisão preventiva, nos termos do artº 186º e 193º do CPPM.

[...]>> (cfr. o teor da minuta do recurso, a fls. 3 a 6 dos presentes autos recursórios, e *sic*).

Notificado dessa minuta de recurso, o arguido recorrido A, representado para este efeito pelo seu Exm.º Defensor Oficioso, não ofereceu resposta (cfr. o teor da certidão de fls. 51 dos presentes autos).

Subido o recurso para este TSI, a Digna Procuradora-Adjunta emitiu, em sede de vista, duto parecer no sentido de procedência do recurso, nos seguintes termos:

<<A questão suscitada no presente recurso interposto pelo Ministério Público reside em saber se nos presentes autos existem, ou não, fortes indícios da prática pelo arguido A do crime p.p. pelo artº 8º nº 1 do DL nº 5/91/M.

No duto despacho ora recorrido, o Mmo. Juiz de Instrução Criminal decidiu não aplicar ao arguido A a medida de prisão preventiva promovida pelo Ministério Público, entendendo que apenas se pode concluir pela existência de fortes indícios da prática do crime p.p. pelo artº 9º nº 1 do DL nº 5/91/M.

No mesmo despacho fez-se consignar que, “sendo certo que a quantidade que foi encontrada na sua posse (do arguido A) não é diminuta, não deixa também de ser verdade que bem pode acontecer que uma parte da droga que tinha se destinasse ao seu consumo e outra a ser cedida a qualquer título. Ora, em tal situação podemos estar uma situação de concurso entre o crime previsto no artigo 23º e aquele se prevê no artigo 8º ou 9º do Decreto Lei 5/91/M, tudo dependente de se apurar qual a quantidade que se destinava ao consumo e qual aquela que tinha por destino a cedência a terceiros”.

Ora, não obstante a nossa adesão, em termos abstractos, a este douto entendimento, já não podemos concordar com a conclusão chegada pelo Mmo. Juiz no sentido de considerar não serem fortes os indícios da prática pelo arguido A do crime p.p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M.

Vejamos.

Na jurisprudência de Macau, “entende-se por fortes indícios os sinais de ocorrência de um determinado facto, donde se pode formar a convicção de que existe uma possibilidade razoável de que o facto foi praticado pelo arguido. Esta possibilidade razoável é uma possibilidade mais positiva que negativa, ou seja, a partir das provas recolhidas se forma a convicção de que é mais provável que o arguido tenha praticado o facto do que não o tenha praticado. Aqui não se exige uma certeza ou verdade como no julgamento criminal”. (Ac. do TUI, de 27-4-2000, proc. nº6/2000)

E “os fortes indícios exigíveis pela alínea a) do artº 186º do Código de Processo Penal preenchem-se com a demonstração da existência do crime e de que, com toda a probabilidade, o arguido o cometeu, já que, nesta fase, não há que lançar mão de juízos de certeza próprios do julgamento”. (Ac. do TSI, de 29-6-2000, proc. nº101/2000; Vd.

ainda, no mesmo sentido, Ac. do TUI, de 3-5-2000, proc. nº 9/2000; Ac. do TSI, de 1-6-2000, proc. 88/2000; de 18-5-2000, proc. 81/2000)

No presente caso em apreciação, o duto despacho ora impugnado foi proferido em 3 de Abril de 2004, após o primeiro interrogatório dos arguidos A e B.

Resulta dos autos que na posse do arguido A foram encontrados uma embalagem de Canabis e 20 comprimidos de MDMA, cujos pesos líquidos são, respectivamente, 19,052 gramas e 7,286 gramas.

Como se sabe, tais quantidades ultrapassam o necessário para consumo individual durante três dias estipulado na jurisprudência de Macau para ambos os produtos em causa, ou seja, 8 gramas para Canabis e 300mg para MDMA.

O próprio arguido A declarou que as substâncias em causa “se destinavam ao seu próprio consumo e bem assim de dois amigos”.

Então, há que apurar a porção destinada ao seu próprio consumo e aquela destinada ao consumo de “dois amigos”.

Para esse efeito, revelam-se as declarações que o mesmo arguido prestou, dizendo que “consome no máximo cerca de três comprimidos e de dois ou três cigarros de Marijuana por dia, e normalmente só consome aos fins de semana”.

Tal como foi afirmado pela Magistrada do MP na sua motivação do recurso, basta um simples cálculo matemático para saber a quantidade de estupefacientes que o arguido destinava ao seu consumo próprio: no máximo, 9 comprimidos e 9 cigarros de Marijuana, tendo em conta a quantidade de consumo diário do arguido, o seu hábito de só consumir aos fins de semana (que dura, no máximo, três dias) bem como o conhecimento comum de que a substância contida em cada cigarro de Marijuana não excede 1 grama.

Também resulta dos autos que o arguido A trabalhava em Chu Hoi, China, o que nos permite concluir que ele não iria levar a parte de estupefacientes para consumir na China onde, como se sabe, é mais fácil de adquirir droga e corre menos risco.

Assim sendo, somos levados a crer que a quantidade que se destinava a ceder a terceiros será de 11 comprimidos de MDMA e, pelo menos, 10 gramas de Marijuana.

Mesmo sem contar com a quantidade de MDMA porque o respectivo peso apurado nos autos não parece tratar-se da quantidade líquida resultante da análise quantitativa sobre substancia MDMA contida nos comprimidos, certo é que a referida quantidade de 10 gramas de Marijuana já excede o limite fixado na jurisprudência para preencher o conceito de quantidade diminuta.

No douto despacho ora recorrido, o Mmo. Juiz também ponderou a colaboração prestada pelo arguido A à autoridade policial, tendo em vista o disposto no artº 18º do DL nº 5/91/M.

Em bom rigor, parece-nos que, na decisão sobre a medida de coacção e quando está em causa um dos crimes referidos no artº 193º do CPPM, a eventual atenuação especial ou não da pena, quer prevista no artº 18º do DL nº 5/91/M quer ainda no artº 66º do CPM, só deve ser considerada na fase de julgamento, nomeadamente porque bem pode acontecer que, não obstante ter colaborado com a polícia na fase de inquérito, no julgamento o arguido opte pelo silêncio, atitude esta que, na jurisprudência, afasta a atenuação especial da pena.

Salvo o devido respeito, parece-nos que nos presentes autos existem fortes indícios da prática pelo arguido A do crime p.p. pelo artº 8º nº 1 do DL nº 5/91/M, pelo que, nos termos do artº 193º nº 3 al. c) do CPPM, se deve aplicar a medida de prisão preventiva.

Termos em que se deve julgar procedente o presente recurso.>> (cfr. o teor de fls. 54 a 56 dos autos, e *sic*).

Feito subsequentemente o exame preliminar pelo relator e colhidos em seguida os vistos dos Mm.ºs Juizes-Adjuntos, cumpre conhecer do objecto do recurso *sub judice* em conferência nos termos do art.º 409.º, n.º 2, al. c), do mesmo CPP, por o despacho ora posto em crise não constituir “decisão final” propriamente dita como prevista no art.º 356.º ou no art.º 357.º do idêntico Código.

Para o efeito, é de considerar o teor do próprio despacho judicial recorrido e já acima transcrito, bem como os elementos probatórios entretanto já carreados ao Inquérito penal subjacente ao presente recurso (e agora constantes da certidão do correspondente processado junta aos presentes autos recursórios).

Pois bem, depois de avaliados crítica e globalmente todos esses elementos probatórios à luz do princípio da livre apreciação da prova plasmado no art.º 114.º do CPP, realizamos que há efectivamente fortes indícios da prática, pelo arguido A ora recorrido, e pelo menos (ou seja, para além do crime de detenção ilícita para consumo pessoal, p. e p. pelo art.º 23.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com pena de prisão até três meses ou multa de 500 a 10 000 patacas), de um crime de “tráfico e

actividades ilícitas”, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com pena de oito a doze anos de prisão e multa de 5 000 a 700 000 patacas, precisamente porque:

- desde logo, dos autos fluem indícios fortes de que o arguido A (ora recorrido) adquiriu livre, consciente e deliberadamente, em 2 de Abril de 2004, e junto do outro arguido chamado B, e sem prévia autorização legal, um embrulho contendo no seu interior 20 (vinte) comprimidos de “MDMA” e Canabis com 19,052 gramas de peso líquido, como substâncias abrangidas respectivamente nas tabelas II-A e I-C anexas ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, para seu consumo próprio e de dois amigos, não obstante conhecer ele as características e a natureza legalmente proibida dessas mesmas substâncias, e, como tal, também dessa sua conduta;

- e, por outra banda, temos vindo a defender que:

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

- o mero acto de detenção de droga em condições expressamente previstas no n.º 1 do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º

5/91/M, de 28 de Janeiro, já integra perfeitamente uma das “actividades ilícitas” incriminadas no tipo de crime em causa, não sendo necessária, para o efeito, prova positiva de algum acto concreto de “cessão” de droga a terceiro, acto de cessão esse que por si só constitui também uma das “actividades ilícitas” previstas no mesmo tipo legal;

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

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

– não se tendo provado quais as quantidades de droga efectivamente consumidas pelo agente e se o fazia todos os dias,

haverá que aferir as suas necessidades de consumo pelas da generalidade dos consumidores nas suas condições;

– se da matéria de facto em consideração pelo tribunal depois de investigado, como lhe cabia, o objecto do processo, se retira que o agente conhecia as características e a natureza legalmente proibida de uma dada ou diversas substâncias estupefacientes, e mesmo assim a(s) deteve de livre vontade, sabendo que assim procedendo iria contrariar a lei, e enquanto não resultar da mesma factualidade que essa conduta de detenção tenha sido praticada exclusiva e totalmente para consumo da(s) mesma(s) substâncias pela própria pessoa dele (com o que se afasta a possibilidade de punição nos termos do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M), nem que com essa conduta de detenção ele tenha tido por finalidade exclusiva conseguir substância(s) ou preparado(s) para seu uso pessoal (com o que fica também afastada a punibilidade em sede do art.º 23.º do mesmo diploma), o mesmo agente tem que ser punido a título da autoria material do crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M por causa daquela conduta de detenção (crime esse susceptível de estar em cúmulo real efectivo com a autoria material de um crime de detenção ilícita para consumo pessoal p. e p. pelo art.º 23.º do mesmo Decreto-Lei, caso se tenha legalmente imputado e tido por provado que o mesmo agente é também um consumidor de droga), salvo se o tribunal competente a conhecer do caso e apenas esta entidade julgadora entender, sob a égide do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, portanto, por sua livre convicção e segundo as

regras da experiência, que a quantidade daquela(s) mesma(s) substância(s) estupefaciente(s) detidas pelo mesmo agente e encontrada(s) na sua disponibilidade “não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, hipótese em que o agente só será punido com a moldura mais leve do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M;

– ou seja, desde que não se prove que a detenção da droga seja praticado com a finalidade exclusiva para conseguir substâncias ou preparados para uso pessoal, já não é de aplicar o tipo privilegiado de crime de “traficante-consumidor” descrito no art.º 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M. E desde que o tribunal não considere que o total da droga encontrada na disponibilidade do arguido, e por isso por este detida, seja de quantidade diminuta, já não é de aplicar também o tipo privilegiado de crime de “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, isto independentemente da questão, aliás em si irrelevante para efeitos de condenação no caso de mera detenção ilícita de droga, de saber qual a porção ou parte do total de droga encontrado na disponibilidade do agente do crime é que se destina a seu eventual consumo próprio ou a fornecimento a terceiro, pois a norma incriminadora do mesmo art.º 9.º, atento o disposto no seu n.º 3, não distingue isto para efeitos da sua aplicação, dada, aliás, a natureza do crime do art.º 8.º como crime de perigo abstrato ou presumido;

– e em todo o caso, atento o bem jurídico no crime do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e a necessidade da sua protecção, na punição das “condutas ilícitas” nele tipificadas, é considerada toda a quantidade de estupefaciente(s) ou seu(s) preparado(s) de disponibilidade do agente durante uma certa época, e não num determinado momento, daí que, aliás, não pode haver lugar ao concurso real efectivo do crime de “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M com o crime de “tráfico e actividades ilícitas” do art.º 8.º do mesmo diploma, pois a existir comprovadamente e ao mesmo tempo, *in casu*, uma conduta concreta não legalmente autorizada de cultivo, produção, fabrico, extracção, preparação, oferecimento, venda, distribuição, compra, cessão, recebimento, proporcioneção a outrem, transportação, importação, exportação ou de fizer transitar de uma certa quantidade de estupefacientes ou seus preparados, enquadrável no conceito de “quantidade diminuta” defenido no n.º 3 do art.º 9.º do dito Decreto-Lei, e uma conduta de detenção ilícita, e não destinada exclusiva e totalmente para consumo próprio do mesmo agente, de uma(s) outra(s) substância(s) estupefaciente(s) ou seu(s) preparado(s) em quantidade que “excede o necessário para consumo individual durante três dias” (e, portanto, considerada não “diminuta”), a ilicitude daquela primeira “conduta ilícita”, tendo em conta o bem jurídico protegido no crime do art.º 8.º do mesmo Decreto-Lei, já se encontrará absorvida na ilicitude, mais elevada, dessa segunda

conduta, também ilícita, de detenção, a não ser que só se encontrem provadas, *in casu*, a prática de uma determinada conduta ilícita concreta tipificada no art.º 8.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei em determinada “quantidade diminuta” apurada (que não seja a mera detenção da mesma “quantidade diminuta”) e, ao mesmo tempo, a mera detenção ilícita de outra quantidade de estupefaciente(s) (independentemente de se tratar esta de quantidade “diminuta” ou não “diminuta”), exclusiva e totalmente para o consumo próprio do agente, pois nesta situação, considerada como um caso-limite (pois é pouco credível, à luz das regras da experiência humana, que algum toxicoconsumidor detenha quantidade não “diminuta” de estupefacientes só para seu consumo pessoal), este mesmo agente deverá ser punido apenas como autor de um crime do art.º 9.º e de um crime do art.º 23.º do mesmo diploma legal, em cúmulo real efectivo.

Entendimento a nível jurídico nosso esse (cfr., mormente, os arestos deste TSI, de 15/1/2004 no Processo n.º 260/2003, e de 25/9/2003 no Processo n.º 186/2003) que sem embargo do devido respeito por opinião diferente ou contrária – uma vez que não ignoramos as diversas dissidências multiplicadas na prática jurisprudencial e mesmo no seio do próprio corpo único do Ministério Público da nossa R.A.E.M., a propósito e em torno da “questão de direito controvertida” atinente ao enquadramento jurídico-penal das condutas ilícitas congéneres à acima aludida do arguido ora recorrido, no âmbito do

mesmo e vigente Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro – é aqui de manter, enquanto não houver jurisprudência obrigatória em sentido diverso, a ser emanada de eventual recurso extraordinário para a fixação de jurisprudência, a ser interposto por quem de direito à luz do art.º 419.º, n.º 1, do CPP ou até mesmo do art.º 429.º, n.º 1, do mesmo Código, no interesse da unidade do direito.

Dest'arte, bastando atender ao crime do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, acima por nós tido como fortemente indiciado e nomeadamente praticado pelo arguido ora recorrido, deve ser, por força do disposto no art.º 193.º, n.º 3, al. c), do CPP, aplicada a prisão preventiva ao mesmo arguido, pelo que procede o recurso do Ministério Público, ainda que com fundamentação algo diversa da alegada na petição do recurso, sendo certo que a eventual constatação do auxílio prestado por esse arguido na captura do arguido B poderia vir a relevar propriamente em sede de audiência de julgamento à luz do art.º 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 5/93/M.

Deste modo, é de revogar a decisão ora recorrida na parte concernente à aplicação ao arguido A das medidas de coacção de prestação de caução no valor de quinze mil patacas, de proibição de ausência da R.A.E.M., e de apresentação semanal na Polícia Judiciária (cfr. o ponto “2” do dispositivo do despacho judicial recorrido), posto que há que passar a impor ao mesmo arguido, e por ora, a prisão preventiva, por estar fortemente indiciada a prática, pelo mesmo, em autoria material e na forma consumada, e pelo menos, de um crime de “tráfico e actividades ilícitas”, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, uma vez que sobretudo a

quantidade de Cannabis e de comprimidos de MDMA descoberta na detenção do mesmo arguido não pode, sob a égide da nossa livre convicção e das regras da experiência, ser considerada como sendo de “quantidade diminuta” para os efeitos do art.º 9.º, n.º 1, do referido Decreto-Lei.

Em harmonia com o expendido, acordam em julgar procedente o pedido do recurso do Ministério Público, e, por conseguinte, revogar o ponto “2” do dispositivo do despacho judicial ora recorrido, e passar a impor a prisão preventiva ao arguido A, por estar fortemente indiciado o cometimento por este, em autoria material e na forma consumada, de um crime de “tráfico e actividades ilícitas”, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Sem custas.

Fixam em mil patacas os honorários ao Exm.º Defensor Oficioso do arguido recorrido, a ser suportados pelo Gabinete do Presidente do Tribunal de Última Instância.

Passe mandados de detenção contra o mesmo arguido, para efeitos de execução da prisão preventiva ora decretada (e inclusivamente de notificação pessoal da presente decisão).

E comunique ao Inquérito penal n.º 2873/2004 do Núcleo de Investigação Criminal do Ministério Público.

Macau, 20 de Maio de 2004.

Chan Kuong Seng (relator)

Lai Kin Hong

José Maria Dias Azedo (vencido nos termos da declaração que segue)

Processo nº 104/2004

Declaração de voto

Nos termos e fundamentos expendidos no douto veredicto que antecede, considerou-se o arguido A fortemente indiciado da prática como autor de um crime de “tráfico de estupefacientes” p. e p. pelo artº 8º do D.L. nº 5/91/M, decretando-se-lhe a medida de coacção de prisão preventiva e, assim, julgando-se procedente o recurso pelo Ministério Público interposto.

Em nosso entender, (cfr., v.g., o Ac. de 03.04.2003, Proc. nº 12/2003, que relatei, e “declaração” que anexei ao Ac. de 15.02.2004, Proc. nº 260/2003), nenhuma censura merecia o despacho recorrido. Resultando da prova até agora carreada para os autos que o estupefaciente apreendido era pelo arguido

destinado ao seu consumo e à cedência a terceiros, e, não estando, (por ora), apuradas quais as porções pelo mesmo destinadas a uma e outra finalidade, correcta se nos mostra ser a decisão de se considerar que apenas se indiciava a prática pelo mesmo arguido de um crime de “tráfico de pequenas quantidades” p. p. pelo artº 9º do dito diploma legal, (em concurso com um crime de “detenção para consumo” do artº 23º).

Apreciando questão análoga, pronunciou-se recentemente o Vdº TUI, concluindo que:

“Perante a situação de coexistir os actos de detenção de drogas para o consumo pessoal e os mesmos actos para outras finalidades, é necessário apurar a quantidade, entre outras características, da droga para o fim de consumo pessoal e a para outros fins, não só para determinar o crime de tráfico de drogas efectivamente praticado pelo arguido, o normal ou o de quantidades diminutas, mas também para servir de circunstâncias a ser considerada na graduação da pena concreta”; e, (com especial relevo para a situação dos presentes autos) que,

“Quando não for possível determinar se a quantidade de drogas objecto de tráfico é diminuta, por razões nomeadamente processuais ou técnicas, a incriminação deve ser feita para o crime de tráfico de quantidades diminutas de drogas previsto no artº 9º do Decreto-Lei nº 5/91/M, em nome do princípio in dubio pro reo”; (cfr., Ac. de 10.03.2004, Proc. nº 6/2004).

Na verdade, importa ter em conta que não obstante ser o crime de “tráfico

de estupefacientes” um “crime de perigo abstrato” – em que a lei, (para além de não exigir o “resultado”), não exige sequer a verificação concreta do perigo de lesão resultante da conduta do agente; ou, dito de outra forma, em que a acção é considerada como incriminável em razão da sua potencialidade causal de perigo; (cfr., v.g., E. Correia in, “Dtº Criminal” I, pág. 287 e, C. Ferreira in, “Lições de Dtº Penal”, pág. 232) – tal não implica que se prescindia da verificação dos elementos típicos da própria acção, (presumindo-os), para se dar o mesmo como verificado.

Do mesmo modo, não se me afigura de acolher o douto entendimento do Ministério Público para se “concluir” que a quantidade de estupefaciente que o arguido destinava à cedência a terceiros era superior à considerada “diminuta” para efeitos do referido artº 9º.

Em nossa opinião, os aí referidos “cálculos matemáticos” assentam (também) em meros juízos presuntivos, sem adequado suporte na factualidade que os autos até ao momento indiciam, pois partindo-se da afirmação pelo arguido produzida no sentido de que “normalmente, só consumia aos fins de semana”, se dá como “adquirido” que “apenas iria consumir um fim de semana, destinando o restante estupefaciente para cedência a terceiros”.

Macau, aos 20 de Maio de 2004

José Maria Dias Azedo