

Assuntos : Crime de “tráfico de estupefacientes” e de “tráfico para consumo”.

“Insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito” e “insuficiência de prova”.

SUMÁRIO

1. A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada não se confunde com a insuficiência de prova para se dar como provado certo facto.

Esta última, é questão do âmbito do princípio da livre apreciação da prova (cfr. art.º 114.º do C.P.P.M.), e assim, insindicável, sendo, por sua vez, a “insuficiência de matéria de facto provada indispensável à decisão de direito” (cfr. artº 400º nº 2 al. a) do C.P.P.M.), o vício que 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. Traficante consumidor é tão só aquele que trafica com a exclusiva finalidade de conseguir estupefaciente para o seu próprio consumo, ou, (dito por outras palavras), “para que o traficante seja traficante consumidor, tem de demonstrar-se que o único motivo determinante da sua actividade de traficante foi afectar o produto ou os lucros obtidos com esse comércio exclusivamente ao seu consumo ou à

aquisição de estupefacientes para o seu uso, pressupondo uma toxicodependência e uma actividade mercantil por causa daquela e a incidir sobre quantidades razoáveis, por pequenas.

3. Não resultando provado ser o recorrente “consumidor” de “Ketamina”, produto que lhe foi apreendido ou, de outra substância ou preparado de uso ilícito, previsto nas várias tabelas anexas ao D.L. nº 5/91/M, patente é a improcedência da sua pretensão em ver sua conduta qualificada como a prática de um crime de “tráfico para consumo”.

O Relator,
José Maria Dias Azedo

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

1. (A), com os sinais dos autos, respondeu em audiência colectiva realizada no T.J.B., vindo, a final, a ser condenado pela prática de um crime de “tráfico de estupefacientes”, p. e p. artº 8º, nº 1 do D.L. nº 5/91/M de 28.01, com a redacção introduzida pela Lei nº 4/2001, de 2 de Maio, na pena de oito (8) anos e nove (9) meses de prisão e multa de MOP\$50.000,00 ou, em alternativa, em quarenta e cinco (45) dias de prisão subsidiária.

*

Inconformado, recorreu do assim decidido, e, na motivação que apresentou, conclui na forma seguinte:

“1ª Os factos não foram devidamente enquadrados na respectiva moldura penal, o que constitui fundamento de recurso nos termos do artº 400º do C. P.P.

2ª O ora recorrente deveria sim ter sido acusado e posteriormente

condenado apenas consumidor e não como traficante de ketamina, uma vez que não foi feita a prova necessária à sua condenação como traficante.

3ª Sem prova clara não pode haver condenação, o que justifica plenamente o presente recurso.”

Pede, a “*modificação da douta sentença proferida pelo tribunal “a quo” para que os factos de que o ora recorrente vem acusado sejam enquadrados na moldura penal do artigo 11º do decreto-lei nº 5/91/M, de 28 de Janeiro, com a nova redacção dada pela lei nº 4/2001, de 2 de Maio”*; (cfr. fls. 129 a 132).

*

Oportunamente, respondeu o Ilustre Procurador Adjunto, pugnando pela rejeição do recurso; (cfr. fls. 135 a 138).

Admitido o recurso, vieram os autos a esta Instância, e, na vista que dos autos teve, manteve o (mesmo) Ilustre Magistrado a posição assumida na resposta apresentada (cfr. fls. 154-v).

Proferido que foi despacho preliminar onde se consignou ser de rejeitar o recurso e, corridos os vistos legais dos Mmºs Juízes Adjuntos, em conferência, cumpre decidir.

*

Fundamentação

2. Dos factos

Deu a Instância recorrida como assente a factualidade seguinte:

“1º No dia 29 de Julho de 2001, pela lh51m da madrugada, em Macau, na Avenida do Dr. Sun Yat-Sen, perto da Praça de 25 de Abril, agentes da PSP interceptaram um veículo ligeiro conduzido pelo arguido (A), com chapa de matrícula MH-XX-XX, e encontraram num compartimento debaixo do volante do respectivo veículo, uma caixa de cigarros de marca Marlboro de cor branca, contendo no seu interior trinta embrulhos de papel e um saco de plástico transparente que continham pó branco, respectivamente, com um peso líquido de 6.661 gramas e 8.618 gramas (peso líquido total de 15.279 gramas).

2º Feito o exame laboratorial, constatou-se que o referido pó branco continha Ketamina, produto abrangido pela tabela II-C anexa ao DL n° 5/91/M de 28 de Janeiro, com a redacção introduzida pela Lei n° 4/2001, de 2 de Maio.

3º No dia 28 de Julho de 2001, na discoteca DNA, sucessivamente, às 22h30 e 23h00 da mesma noite, o arguido (A) adquiriu junto a um indivíduo com identidade desconhecida de nome "Kuan Wong", os referidos saco de plástico transparente e 30 embrulhos de papel contendo pó branco, mediante o pagamento de uma quantia de mil patacas MOP\$1.000,00).

4º O arguido conhecia perfeitamente a natureza e características do produto acima referido.

5º O arguido comprou, recebeu e transportou o referido produto com o fim de obter ou tentar obter recompensa patrimonial; o objectivo da sua detenção não visava para o seu consumo próprio.

6º O arguido agiu de forma livre, voluntário e deliberadamente.

7º O arguido sabia perfeitamente que a sua conduta era proibida e punida por Lei.

Mais se provou que, na altura, o referido maço (caixa) de cigarros se encontrava colado através de fita cola ao tecto desse compartimento.

O arguido apenas confessa a detenção do estupefaciente apreendido para o seu consumo.

Aufere, mensalmente, cerca de MOP\$25.000,00 e tem a seu cargo dois filhos menores. Possui o curso primário incompleto.

No CRC do arguido consta o seguinte:

- Por sentença de 14/11/2000, no Processo Sumário-Crime nº 127- 00-2, do 2º Juízo, foi o arguido condenado na pena de um ano de prisão pela prática de um crime p. p. p. artº 8º nº 1 da Lei nº 2/90/M, de 3 de Maio. E a execução da pena foi-lhe suspensa por um período de um ano.

Nenhum facto ficou por provar.

A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos, na análise crítica e comparativa das declarações do arguido e do depoimento das testemunhas inquiridas.

Relevaram para o caso o depoimento dos agentes da PSP, que descreveram, com detalhes, como é que descobriram o supramencionado estupefaciente no veículo do arguido, bem como a reacção deste face à descoberta.

E não é menos importante, o depoimento do agente da PJ, Lei Kam Fai, que descreveu o procedimento normal dos consumidores e traficantes de Ketamina, nomeadamente, no caso em apreço entendeu que seria muito estranho caso o arguido fosse apenas consumidor.

Na sua experiência nessa área, há cerca de três anos, os consumidores não transportavam tanta quantidade de droga nem era costume comprar ketamina, cerca de metade dividida em pacotinhos e outra metade num único saco de plástico”; (cfr. fls. 119 a 121-v).

3. Do direito

Como temos afirmado, é com base nas conclusões que se demarcam as questões a resolver, sendo, também, a partir delas que se delimitam os poderes de cognição do Tribunal de recurso; (cfr. v.g., Acs. deste T.S.I. de 27.01.2000, Proc. nº 1220; de 22.11.2001, Proc. nº 120/2001; de 31.01.2002, Proc. nº 131/2001 e de 28.02.2002, Proc. nº 3/2002).

Nesta conformidade, atentas as conclusões formuladas pelo ora recorrente no âmbito da motivação do seu recurso, apenas duas são as questões a conhecer, a saber, da (eventual) existência de **(a)** “insuficiência da matéria de facto para a decisão” e da **(b)** “qualificação jurídico-criminal” efectuada pelo Tribunal “a quo”.

Todavia, e sem embargo do respeito devido ao subscritor das mesmas, manifesto é não poder proceder o presente recurso.

Especifiquemos.

(a) Quanto à apontada “insuficiência ...”

Aqui, evidencia o recorrente um equívoco.

Confunde o vício de “insuficiência da matéria de facto para a decisão” com a “insuficiência de prova”.

De facto, afirmando – como faz – que “sem prova clara não pode haver condenação”, mais não faz do que afirmar a sua discordância com a matéria de facto que, do julgamento efectuado, entendeu o Colectivo “a quo” como provada, pondo em causa o princípio da “livre apreciação da prova” estatuído no artº 114º do C.P.P.M..

Como é sabido, tal princípio significa, basicamente, uma ausência de critérios legais que pre-determinam ou hierarquizam o valor dos diversos maios de prova.

E, como temos entendido:

“A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada não se confunde com a insuficiência de prova para se dar como provado certo facto.

Esta última, é questão do âmbito do princípio da livre apreciação da prova (cfr. art.º 114.º do C.P.P.M.), e assim, insindicável, sendo, por sua vez, a “insuficiência de matéria de facto provada indispensável à decisão de direito” (cfr. art.º 400.º n.º 2 al. a) do C.P.P.M.), o vício que 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”; cfr. Ac. deste T.S.I. de 14.09.2000, Proc. nº 128/2000 e, no mesmo sentido, vd., v.g., Ac. deste T.S.I. de 21.09.2000, Proc. nº 135/2000).

Assim postas as coisas – e não tendo o Tribunal “a quo” formado a sua convicção e considerado assentes factos em sentido oposto a qualquer elemento probatório de valor “pleno” ou “inilidível” – é, pois, no mínimo, pouco consequente, afirmar o recorrente (em sede de motivação de recurso) ser ele “consumidor” ou que “o estupefaciente que lhe foi apreendido era para o seu consumo”.

Com efeito, tendo resultado provado que “O arguido comprou, recebeu e transportou o referido produto com o fim de obter ou tentar obter recompensa patrimonial”, sendo que, “o objectivo da sua detenção não visava para o seu próprio consumo” (cfr. “facto provado” nº 5), bem se vê que com a

tal afirmação, apenas pretende o recorrente impugnar a convicção do Colectivo “a quo”, e, sendo esta, insindicável, patente é a improcedência do recurso nesta parte.

(b) Quanto à qualificação jurídica (da sua conduta).

É o recorrente de opinião que (tão só) devia ser condenado como “traficante - consumidor”, ilícito p. e p. pelo artº 11º do D.L. nº 5/91/M de 28 de Agosto.

Ora, prescreve o referido artº 11º que:

“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”; (sub. nosso).

De forma firme e unânime temos entendido que “traficante consumidor é tão só aquele que trafica com a exclusiva finalidade de conseguir estupefaciente para o seu próprio consumo” (cfr. Acs. deste T.S.I. de 13.02.2000, Proc. nº 5/2000 e de 08.06.2000, proc. nº 93/2000), ou, (dito por

outras palavras), “para que o traficante seja traficante consumidor, tem de demonstrar-se que o único motivo determinante da sua actividade de traficante foi afectar o produto ou os lucros obtidos com esse comércio exclusivamente ao seu consumo ou à aquisição de estupefacientes para o seu uso, pressupondo uma toxicodependência e uma actividade mercantil por causa daquela e a incidir sobre quantidades razoáveis, por pequenas” (cfr. Ac. deste T.S.I. de 14.09.2000 Proc. nº 137/2000).

“In casu”, como se viu, não resultou provado ser o ora recorrente “consumidor” de “Ketamina” (produto que lhe foi apreendido), ou de outra substância ou preparado de uso ilícito, previsto nas várias tabelas anexas ao D.L. nº 5/91/M.

Assim, – e visto que a quantidade que possuía de Ketamina (15,279 gramas) não se nos mostra passível de constituir “quantidade diminuta” para efeitos do nº 3 do artº 9º do dito Dec-Lei, até mesmo porque não nos parece concebível o consumo de tal “quantum” em três dias (5 gramas e tal por dia) – também, de forma patente, não pode nesta parte proceder o recurso interposto, impondo-se, a sua rejeição.

*

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expendidos, e sem necessidade de mais alongadas considerações, em conferência, acordam, rejeitar o recurso, mantendo-se na íntegra o Acórdão recorrido.

Pagará o recorrente a taxa de justiça que se fixa em 4 UCs e, pela rejeição, o equivalente a 3 UCs. (cfr. artº 410º, nº 4 do C.P.P.M.).

Macau, aos 14 de Março de 2002

José Maria Dias Azedo (Relator) – Chan Kuong Seng (com declaração de voto junta) – Lai Kin Hong (conhecemos nos termos da douda declaração de voto do Exmº. Juiz Chan Kuong Seng)

Recurso em processo penal n.º 44/2002

Declaração de voto

Apesar de ter votado a favor a decisão e os fundamentos principais dela veiculados no Acórdão que antecede, entendo dever deixar aqui expressa a seguinte declaração, em relação aos seguintes pontos concretos:

I

Em primeiro lugar, entendo que a expressão de que “... sendo, ..., a “insuficiência de matéria de facto provada indispensável à decisão de direito” (cfr. art.º 400.º n.º 2 al. a) do C.P.P.M.), o vício que ocorre ... quando o Tribunal não investigue tudo quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa suscitarem nos autos” ínsita no seio da parte “**(a) Quanto à apontada “insuficiência ...”**” do ponto “**3. Do direito**” do Acórdão que antecede (i.e. na primeira metade do teor da pág. 7 do mesmo) só pode significar que “não se verifica o vício de insuficiência da matéria de facto quando os invocados factos a provar não constem da acusação ou de pronúncia – se a tiver havido – nem foram alegados pela defesa nem decorreram da discussão da causa”, na esteira, aliás, do douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 91/06/10, *BMJ*, n.º 409, pág. 379 (tido hoje aqui necessariamente e apenas como doutrina e citado por MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES e DAVID BORGES DE PINHO, a pág. 527 do seu Código de Processo Penal Anotado, 2.º Volume, 1996, Editora Rei dos Livros), e nunca significar que a falta de realização de diligências de

investigação “quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa” pelo tribunal *a quo* possa conduzir à “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” (como fundamento previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal de Macau), visto que essa insuficiência de realização de diligências resulta, não do texto da decisão recorrida, mas deveria ter sido detectada durante o julgamento, com requerimento ao tribunal para que tais diligências fossem realizadas – cfr., neste último ponto, o douto Acórdão do mesmo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 94/01/05, do proc. n.º 45751 (tido aqui também necessariamente e apenas como doutrina, e citado pelos mesmos Autores, *ibidem*).

II

Em segundo lugar e por fim, atendendo a que:

– o tribunal *ad quem* só vai resolver as questões concretamente postas pelos recorrentes e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas (*apud* nomeadamente os Acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância, de 17/5/2001, de 3/5/2001, de 7/12/2000 e de 27/1/2000, *in* Processos n.º 18/2001, n.º 130/2000, n.º 1220 e n.º 63/2001, respectivamente; e os Acórdãos do então Tribunal Superior de Justiça de Macau, de 3/7/1996 e de 21/6/1995, *in* Processos n.º 431 e n.º 311, respectivamente), é de concluir pelo carácter impróprio e impertinente da colocação do seguinte parágrafo no fim da parte de fundamentação do douto Acórdão que antecede (a pág. 9 do texto do Acórdão), por um lado;

– e, por outro, que a “quantidade diminuta” só interessa para efeitos do disposto no art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, epigrafado de “Tráfico de quantidades diminutas”, para cujo enquadramento jurídico-penal dos factos dados por assentes na decisão condenatória recorrida nem o próprio recorrente pediu (que fosse feito por este Tribunal *ad quem*) nas conclusões da sua motivação de recurso, o qual, antes, pediu tão-só nessas mesmas conclusões a “convolação” do crime de tráfico de estupefaciente p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do texto em vigor do dito Decreto-Lei (pelo qual foi ele condenado pelo Tribunal *a quo*) para o crime de traficante-consumidor p e p. pelo art.º 11.º do mesmo diploma legal, para cujo tipo legal esse art.º 11.º incriminador não exige, como um dos seus elementos constitutivos, a verificação de “quantidade diminuta” da substância estupefaciente traficada pelo agente;

Torna-se imprópria e impertinente para a decisão do recurso ora *sub judice* a colocação do seguinte parágrafo no fim da parte de fundamentação do duto Acórdão que antecede:

“Assim, – e visto que a quantidade que possuía de Ketamina (15,729 gramas) não se nos mostra passível de constituir “quantidade diminuta” para efeitos do nº 3 do artº 9º do dito Dec-Lei, até mesmo porque não nos parece concebível o consumo de tal “quantum” em três dias (5 gramas e tal por dia) – também, de forma patente, não pode nesta parte proceder o recurso interposto, impondo-se, a sua rejeição.”

Macau, 14 de Março de 2002.

O 1.º Adjunto,
Chan Kuong Seng