

Processo n.º 216/2004

Data do acórdão: 2004-09-23

(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 e para cedência a terceiro
- Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro

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 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.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

7. Ou seja, desde que não se prove que a detenção da droga seja praticada 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 encontrado na disponibilidade do arguido, e por isso por este detido, 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 abstracto ou presumido.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 216/2004

(Recurso penal)

Recorrente: Ministério Público

Recorrido: (A)

Tribunal a quo: 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 24 de Julho de 2004 pelo Juízo de Instrução Criminal do Tribunal Judicial de Base no âmbito dos autos de Inquérito n.º 5881/2004 afecto ao Núcleo de Investigação Criminal do mesmo Órgão, nomeadamente na parte em que se julgou não aplicar a medida de prisão preventiva ao arguido (A) (já aí melhor identificado):

*<<-- A detenção do arguido foi legal e, por isso, se valida.-----
----- Compulsados os autos, resulta para nós que se encontra fortemente indiciada a
prática pelo arguido de, pelo menos, um crime de detenção ilícita de substâncias
estupefacientes para consumo pessoal, pº no artº 23º, al. a), do Dec.-Lei 5/91/M. -----
----- Tal crime é punido com pena de prisão até 3 meses ou multa de MOP \$500,00 a
MOP \$10.000,00. -----*

----- *Que o arguido é consumidor habitual de substâncias estupefacientes, resulta, não só das suas próprias declarações, como igualmente das declarações de fls. 40 e bem assim da circunstância documentada no C.R.C. junto aos autos, de o arguido já haver sido condenado pela prática daquele crime que supra se referiu. -----*

----- *Por outro lado, os autos também indiciam que o arguido, não obstante as suas declarações em contrário, destinaria parte das substâncias que detinha à cedência a terceiros, nomeadamente aos seus amigos que o acompanhavam aquando da sua detenção. -----*

----- *Sucede porém, que, nesta altura, os autos não contêm, na nossa opinião, qualquer elemento probatório ainda que de natureza indiciária, que permita concluir quais as quantidades de estupefacientes que o arguido destinava ao seu consumo, e quais as quantidades que destinava à cedência a terceiros. -----*

----- *De resto, o arguido nas suas declarações, afirmou que consome ketamina diariamente e também consome ecstasy e haxixe. -----*

----- *Decidiu já o Tribunal de Última Instância da R.A.E.M., em 10/03/2004, no processo 6/2004, que «Perante a situação de coexistirem actos de detenção de droga para consumo pessoal e os mesmos actos para outra finalidade, é necessário apurar a quantidade de droga para o fim consumo pessoal e para outros fins. Quando não for possível determinar se a quantidade de droga objecto de tráfico é diminuta, a incriminação deve ser feita pelo crime de tráfico de quantidades diminutas pº no artº 9º do Dec-Lei 5/91/M, em nome do princípio «in dubio pro reu». -----*

----- *Temos por boa a mencionada jurisprudência e, como tal, também nós entendemos que neste caso falta suporte objectivo para outra conclusão que não seja a de que os autos indiciam fortemente a prática pelo arguido de um crime de tráfico de quantidades diminutas, pº no artº 9º do Diploma supra referido. -----*

----- *Com efeito, e salvo o devido respeito por opinião diversa, nada nos autos permite concluir pela forte indiciação da prática pelo arguido de um crime de tráfico previsto no artº. 8º do Dec-Lei em referência.*-----

----- *Ora, o crime previsto no artº 9º nº 1, é punido com prisão de 1 a 2 anos, multa de MOP \$2.000,00 a MOP \$225.000,00.*-----

----- *Verifica-se em concreto perigo fuga, de continuação da actividade criminosa e de perturbação e da ordem e tranquilidade públicas – artº 188º, als. a) e c) do CPP.*-----

----- *Justifica-se, assim, a aplicação de medidas de coacção ao arguido.*-----

----- *Ponderando o princípio da adequação e da proporcionalidade a que se refere o artº. 178º do CPP e considerando as diversas medidas aplicáveis ao caso, decide-se aplicar ao arguido as seguintes medidas de coacção, para além do T.I.R.:*-----

----- *A) Obrigação de apresentação semanal perante a Polícia Judiciária, com início na próxima segunda-feira – artº. 183º do CPP;*-----

----- *B) Proibição de ausência da R.A.E.M. – artº 184º, nº 1, al. a);*-----

----- *C) Proibição de frequentar karaokes e estabelecimentos de diversão nocturna similares – artº 184º nº 1, al. b);*-----

----- *D) Prestação de caução no montante de MOP \$30.000,00, a efectuar em 10 dias consecutivos.*-----

----- *Notifique.*-----

----- *Restitua-se o arguido à liberdade.*-----

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

Para o efeito, o Digno Delegado do Procurador junto do Núcleo de Investigação Criminal formulou a sua motivação de recurso no sentido de

pedir a revogação do despacho recorrido na parte referente à qualificação do crime de tráfico de quantidades diminutas, e, em sua substituição, a aplicação da prisão preventiva ao arguido (A) pela fortemente indiciada prática de um crime de tráfico p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

Notificado da referida minuta de recurso, o arguido recorrido, representado para este efeito pela sua Exm.^a Advogada constituída, não ofereceu resposta.

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 literais:

<<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 medida de prisão preventiva promovida pelo Ministério Público, entendendo que apenas se pode concluir pela existência de fortes indícios da prática dos crimes p.p. pelos artºs 23º al. a) e 9º nº 1 do DL nº 5/91/M, respectivamente.

No mesmo despacho fez-se consignar que “os autos não contêm qualquer elemento probatório ainda que de natureza indiciária, que permita concluir quais as quantidades de estupefacientes que o arguido destinava ao seu consumo, e quais as

quantidades que destinava à cedência a terceiros”, pelo que, em nome do princípio *in dubio pro reo* e invocando o douto Acórdão do TUI proferido no processo 6/2004, imputa ao arguido apenas o crime de tráfico de quantidade diminuta.

Ora, não obstante a nossa adesão, em termos abstractos, ao douto entendimento explanado no Acórdão do TUI e referente àquele princípio basilar de processo penal, já não podemos concordar com a conclusão chegada pelo Mmo. Juiz no sentido de considerar não existir nos autos os indícios da prática pelo arguido 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 douto despacho ora impugnado foi proferido em 24 de Julho de 2004, após o primeiro interrogatório do recorrente.

Resulta dos autos que na posse do recorrente foram encontrados 31 comprimidos de MDMA com peso líquido de 10.192g, uma embalagem contendo ketamina com peso líquido de 6.897 g e duas embalagens contendo marijuana com peso de 9.567g.

Não obstante a não confissão do recorrente, o Tribunal *a quo* considerou que tais quantidades, que ultrapassam o necessário para consumo individual durante três dias estipulado na jurisprudência de Macau para os produtos em causa, se destinavam ao consumo pessoal do próprio recorrente e à cedência a terceiros.

Então, há que apurar a porção destinada ao próprio consumo do recorrente e aquela destinada a terceiros.

Para esse efeito, revelam-se as quantidades de droga que o recorrente detinha bem como as declarações que o mesmo prestou, dizendo que é consumidor de droga e “consome droga diariamente, embora, quanto à ketamina, desconheça as quantidades concretas, e quanto ao ecstasy que não consome todos os dias, é 1 a 2 comprimidos por noite, no máximo de 3 comprimidos”.

Daí resulta que, mesmo sem contar a quantidade de ketamina que o recorrente detinha e consumia diariamente, os 31 comprimidos de MDMA davam para o seu consumo pessoal durante, pelo menos, 10 dias.

Tal como foi afirmado pelo Magistrado do MP na sua motivação do recurso, tendo em conta o circunstancialismo em que os estupefacientes foram adquiridos e trazidos pelo recorrente para Macau e encontrados na sua posse, é extremamente anormal a situação como aconteceu nos presentes autos, ou seja, é de conhecimento comum ou resulta da experiência que na normalidade das coisas um consumidor habitual não compra por uma só vez nem leva consigo tantas drogas, que

alegadamente se destinavam apenas ao seu consumo pessoal, para se encontrar com amigos, pois que, com facilidade de deslocação a Zhuhai não há necessidade de comprar numa só vez a alta quantidade de droga, por um lado e, por outro, não corre risco de ser apanhado pela Polícia com grande quantidade de droga.

E comparando a quantidade concreta de MDMA que o recorrente consumia por dia e a quantidade total encontrada na sua posse, sem esquecer que ele não tinha hábito de consumir todos os dias este tipo de droga, parece-nos que a grande parte dos comprimidos que o recorrente detinha era para ceder a terceiros.

Salvo o devido respeito, entendemos que a versão apresentada pelo recorrente sobre o destino da droga não merece credibilidade e consta dos autos os elementos objectivos que revelam uma possibilidade razoável de que o recorrente cometeu o crime p.p. pelo artº 8º nº 1 do DL nº 5/91/M, o que nos permite concluir pela existência de fortes indícios da prática pelo recorrente do mesmo crime, pelo que nos termos do artº 193º nº 3 al. c) do CPPM, se deve aplicar a medida de prisão preventiva.

Termos em que, na concordância da análise e das considerações explanadas pelo Magistrado do MP na sua motivação do recurso, parece-nos que merece provimento o presente recurso.>>

Feito o exame preliminar pelo relator e colhidos os vistos dos Mm.ºs Juízes-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, 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) deteve livre, consciente e voluntariamente, nas horas da madrugada do dia 24 de Julho de 2004, e sem prévia autorização legal, 6,897 gramas líquidos de Ketamina em pó branco, como substância abrangida na tabela II-C anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, para seu consumo próprio e de outras pessoas, não obstante conhecer ele as características e a natureza legalmente proibida dessa substância, e, como tal, também dessa sua conduta (cfr., em especial, o relatório de exame de urgência n.º DT2004-185, de 24 de Julho de 2004, do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária);

- 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 praticada 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 detido, 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, 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 fazer 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 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 humuna, 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 22/7/2004 no Processo n.º 160/2004, de 20/5/2004 no Processo n.º 104/2004, 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 pelo menos 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 por esse Distinto Órgão Judiciário na presente lide recursória.

Deste modo, é de revogar a decisão ora recorrida na parte concernente à aplicação ao arguido (A) das medidas de coacção de apresentação semanal perante a Polícia Judiciária, de proibição de ausência da R.A.E.M., de proibição de frequentar karaokes e estabelecimentos de diversão nocturna similares, e de prestação de caução no valor de trinta mil patacas (cfr. essas quatro medidas de coacção indicadas sob as alíneas A), B), C) e D) na parte 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 Ketamina 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 as quatro medidas de coacção indicadas sob as alíneas A), B), C) e D) na parte 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.

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 5881/2004 do Núcleo de Investigação Criminal do Ministério Público.

Macau, 23 de Setembro de 2004.

Chan Kuong Seng (relator)

Lai Kin Hong

José Maria Dias Azedo – vencido nos termos da declaração de voto que segue em anexo

Processo nº 216/2004

Declaração de voto

Nos termos e fundamentos explanados no douto aresto 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.

Sem quebra do muito respeito devido, não acompanhamos a decisão proferida.

Em nosso entender, (cfr., v.g., o Ac. de 03.04.2003, Proc. nº 12/2003, que relatei, e “declarações” que anexei ao Ac. de 15.02.2004, Proc. nº 260/2003 e de 20.05.2004, Proc. nº 104/2004), 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 admitindo-se que em parte o destinava à cedência a terceiros, correcta se nos mostra ser a decisão de se considerar que apenas se indicia a prática pelo mesmo arguido de um crime de “tráfico de pequenas quantidades” p. p. pelo artº 9º do referido diploma legal, (em concurso com um crime de “detenção para consumo” do artº 23º), pois que apuradas ainda não estão quais as porções pelo mesmo destinadas a uma e outra finalidade,.

Apreciando questão análoga, teve já o Vdº TUI, oportunidade de afirmar 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., o Ac. de 10.03.2004, Proc. nº 6/2004 e, no mesmo sentido e mais recentemente, o de 22.09.2004, Proc. nº 34/2004).

Temos como bom o assim entendido, pois que 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 (também) da verificação dos elementos típicos da própria acção, (presumindo-os), para se dar o mesmo como verificado.

Não basta que os autos indiquem que o arguido detinha quantidade de

estupefaciente superior a considerada diminuta e que parte dela era destinada à venda ou cedência a terceiros para, (mesmo na ausência de outros elementos), se concluir, necessariamente, que indiciado está pela prática como autor de um crime de “posse de estupefaciente para consumo” e um outro de “tráfico da estupefaciente”, p. e p. pelos artºs 23º e 8º do D.L. nº 5/91/M.

Do mesmo modo, não se me afigura de acolher a douda argumentação expendida pelo Ministério Público a fim de se “concluir” que a quantidade de estupefaciente que o arguido destinava à cedência a terceiros era – com toda a probabilidade – superior à considerada “diminuta” para efeitos do referido artº 9º.

Não se pretende escamotear que a quantidade de estupefaciente apreendida é superior à considerada diminuta (e até mesmo passível de ser tida como algo “considerável”). Porém, na falta de qualquer outro elemento concreto e que com segurança indique a intenção do arguido em traficar ou ceder a terceiros quantidade superior à diminuta, parece-nos, sem embargo do muito respeito por posição diversa, pouco razoável afirmar-se que fortemente indiciado está pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes em quantidades não diminutas.

Com efeito, não nos parece de concluir pela forte indicição da prática do crime do artº 8º com base na consideração de que um “consumidor habitual não compra de uma só vez uma grande quantidade de droga”. Cremos que se deve diferenciar o consumidor com “capacidade financeira” daquele que possui “recursos limitados”, podendo-se, eventualmente, utilizar tal raciocínio em relação a estes últimos.

“In casu”, mostram os autos que o arguido auferia mensalmente entre HKD\$20.000,00 a HKD\$30.000,00, o que nos leva a não atribuir a relevância que se parece pretender atribuir ao facto da quantidade de droga pelo arguido adquirida de uma vez, e, assim, inexistindo também outra matéria que indicie que alguma vez tenha cedido ou traficado, ou que a quantidade de estupefaciente que na sua posse foi encontrada é (consideravelmente) inferior à que foi pelo mesmo adquirida (porque entretendo em parte cedida), considero não haver, por ora, nos presentes autos, “fortes indícios” para se afirmar que (traficou ou cedeu ou que) pretendia traficar ou ceder quantidade de estupefaciente superior à diminuta, não me parecendo adequada a qualificação jurídico penal ora efectuada e que, por sua vez, levou à imposição de uma medida de coacção de prisão preventiva.

Macau, aos 23 de Setembro de 2004

José Maria Dias Azedo