Processo nº 26/2002

Data : 16 de Maio de 2002

Assuntos: - Crime de emprego ilegal

- Concurso real
- Suspensão da execução da pena de prisão
- Crime de tráfico de estupefaciente
- Erro notório na apreciação de prova
- Insuficiência da matéria de facto
- Droga sintética
- Peso liquido das substâncias
- Decisão da medida de pena
- Reenvio do processo

SUMÁRIO

1. Quando está provado que o arguido contratou 84 pessoas para trabalharem que não possuíram qualquer dos documentos legalmente exigidos para poderem ser admitidas com trabalhadores na RAEM, cometeu o arguido 84 crimes de emprego ilegal.
2. Mesmo que se demonstre uma prognose favorável ao arguido, não se deve suspender a execução de pena de prisão se da mesma o julgador concluir pela oposição à finalidade de punição, ou seja a pena de prisão é exigível no caso concreto, para o crime por que o arguido foi condenado.
3. Existe erro notório na apreciação da prova quando for

evidente, perceptível, pelo cidadão comum, que se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável.

4. A insuficiência da matéria de facto existe quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria.
5. À droga sintética em comprimidos deve ser apurado o seu peso líquido para que o Tribunal possa criminalmente qualificar com certeza os factos de tráfico (lato sensu) e consequentemente aplicá-lo uma pena concreta.
6. Em caso especial de MDMA, a unidade de sua dose não é feita com base em “comprimidos” mas sim em miligramas (mg) ou gramas (g) da substância, porque, conforme a análise medicina, um comprimido contendo MDMA pode conter de 0 a 100 mg, até também conter várias substâncias contaminadas, torna-se muito importante a certeza do seu peso líquido para os efeitos penais eventualmente a relevar dos respectivos tipos do crime de tráfico.
7. Dos factos dados como provados não consta o peso líquido das substâncias proibidas contidas nos comprimidos, verifica-se uma lacuna para a determinação da medida da pena concreta por falta de elemento para a graduação da ilicitude da conduta, o que acarreta o reenvio do processo por existe vício de insuficiência da matéria de facto.

**O Relator,
Choi Mou Pan**

Recurso n° 26/2002

Recorrentes: A

B

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

O Ministério Público acusou os arguidos:

- B, C e D pela prática, na forma consumada e em co-autoria material, de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro;

- E pela prática, na forma consumada e em autoria material, de um crime de consumo de estupefacientes para consumo, p. e p. pelo artº 23º al. a) do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro;

- A pela prática, na forma consumada e em autoria material, de um crime de emprego ilegal e um crime de acolhimento, p. e p. no artº 8º e 9º, ambos da Lei 2/90/M de 3/5;

- F pela prática, na forma consumada e em autoria material, de um crime de consumo de estupefacientes para consumo, p. e p. pelo artº 23º al. a) do DL 5/91/M, de 28 de Janeiro; de um crime de falsas declarações sobre a identidade, p. e p. pelo artº 12 nº 1 e um crime de desobediência p. e p. pelo artº 14º nº 1, ambos da Lei nº 2/90/M;

- G pela prática, na forma consumada e em autoria material, de um crime de favorecimento pessoal, p. e p. no artº 331º, nº 1 do CPM, com a atenuação prevista no mesmo artigo, nº 5 al. b).

Notificada da acusação, a 3ª arguida D requereu a abertura de instrução e foi o requerimento admitido.

Aberta a instrução e findas as diligências instrutórias, o Mmº Juiz, no debate instrutório, proferiu pronúncia, confirmando a acusação na sua íntegra.

Junto do T.J.B. os autos foram registados sob nº PCC-067-01-3, no qual o Mmº Juiz titular determinou que se procedesse a audiência de julgamento de acordo com todos os factos articulados na pronúncia e pelos crimes qualificados.

Realizada a audiência, o Colectivo acordou:

- a) Absolver as 2ª e 3ª arguidas, C e D, do crime de tráfico de estupefacientes pelo que vinham acusadas; o 5º arguido A do crime de acolhimento; a 6ª arguida F do crime de desobediência à ordem de expulsão; e o 7º arguido G do crime de favorecimento pessoal;
- b) Condenar a 1ª arguido B, na pena de nove (9) anos de prisão e multa de MOP\$50.000,00, com a alternativa de 150 dias de prisão, pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime p.p.p. artºs 8º nº 1 do DL nº 5/91/M, de 28 de Janeiro;
- c) Condenar a 2ª arguida C, a 3ª arguida D e a 4ª arguida E, cada uma, na pena de multa de MOP\$5.000,00, com a alternativa de 30 dias de prisão, pela prática de um crime de posse de estupefacientes para consumo p. e p. pelo artº 23º al. a) do D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro;
- d) Condenar o 5º arguido A na pena de nove (9) meses de prisão pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de emprego ilegal p. e p. pelo artº 8º da Lei 2/90/M, de 3 de Maio;
- e) Condenar a 6ª arguida F na pena de um (1) mês de prisão pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de posse de estupefacientes para consumo p. e p. pelo artº 23º al. a) do D.L. 5/91/M, de 28 de Janeiro; e na

pena de sete (7) meses de prisão pela prática, de um crime de falsas declarações sobre a identidade p. e p. pelo artº 12º nº 1 da Lei 2/90/M.

Em cúmulo, condenar a mesma na pena única e global de sete (7) meses e quinze (15) dias de prisão.

Todavia, suspendeu-se-lhe a execução da pena por um período de dois anos;

- f) Declarar perdido a favor da RAEM o telemóvel nºXXX, por ser instrumento do crime, e ordenando a devolução dos restantes objectos e dinheiro apreendidos aos seus legítimos proprietários (v. fls. 1540 e ss.) e, oportunamente, à destruição dos estupefacientes apreendidos;
- g) Condenar as 1ª a 6ª arguidas em taxa de justiça (individual) e nas custas do processo (solidárias), com outras remunerações.

Findou determinando a condução ao EPM dos 1ª e 5º arguidos.

Ainda na audiência de leitura do acórdão, o arguido A, em face da condenação na prisão efectiva, recorreu do acórdão, ditando para acta o seguinte:

“Não se conformando com o douto acórdão, vem dele, imediatamente, interpor o competente recurso do acórdão.

Mais requer ao recurso seja atribuído o efeito suspensivo, mantendo-se assim o arguido A em liberdade provisória, sujeita às medidas de coacção já imposta nestes autos.

Requer a V^a Ex^a se digne admiti-lo e ordenar que se sigam os ulteriores termos legais até final e requer ainda que seja mantida as medidas de coacção em que o arguido se encontrava, aguardando na situação de liberdade provisória”.

Dada a palavra ao Digno Procurador-Adjunto do Ministério Público por ele foi dito:

“Que se reserva o direito de, eventualmente, recorrer, nos termos legais, nada tendo a opôr, a que o 5^o arguido A aguarde em liberdade os ulteriores termos do processo e na situação em que se encontrava, de liberdade provisória.”

Neste momento pelo Exm^o Senhor Juiz Presidente do Colectivo, ditou para a acta o seguinte:

DESPACHO

“Ouvido o Digno Procurador Adjunto do Ministério Público, admito o recurso que antecede e arguarde que seja junta a motivação do recurso, depois cumpra o disposto do art^o 401^o, n^o 3 do C.P.P.M..

O Tribunal delibera que o 5^o arguido A aguarde os ulteriores termos do processo na situação de liberdade provisória em que se encontrava por não se ter alterado os pressupostos que a determinou as medidas de coacção.

Apresentou motivação deste recurso nos termos do artigo 401^o n^o 3 do C.P.P., para alegar, em síntese, o seguinte:

- “1. Estão verificados os pressupostos legais que permitem a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao recorrente porquanto.
2. A pena não é superior a três anos de prisão e existe uma prognose social favorável ao recorrente.
3. Cometeu os crimes por que foi condenado num quadro de circunstâncias que lhe diminuem a culpa e a ilicitude, pelo que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.
4. O douto Acórdão recorrido violou o disposto no artº 48 nº 1 do CPM.”

Assim pediu que fosse dado provimento ao recurso, suspendendo-se a execução da pena de prisão.

E a arguida B, por ter inconformado com a decisão condenatória, também recorreu, alegando, em síntese, o seguinte:

- “1. A decisão recorrida sofre do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por não ter sido devidamente investigada matéria com inegável interesse para a decisão da causa.
2. Não se apurou concretamente qual a quantidade de produto MDMA na composição dos comprimidos na medida em que estes comportam uma parte de substância MDMA e outra de excipiente.

3. A decisão recorrida enferma ainda de erro notório na apreciação da prova, o qual resulta dos elementos constantes dos autos, ao dar-se como provados factos que, pelo menos na óptica da recorrente, não foram produzidos em audiência de julgamento.
4. Vícios esses contidos nas alíneas a) e c) do nº 2 do artº 400º do CPPM pelo que, nos termos do disposto no artigo 418º nº 1 do CPPM deverá ordenar-se o reenvio do processo para novo julgamento.
5. A pena de prisão concretamente fixada mostra-se exagerada e merecedora de atenuação.
6. Foi violado o disposto nos artº 400, nº 1 e 2, a) e c) do C.P.P.M.”

Pediu o provimento do recurso, anulando-se a decisão recorrida ou atenuando-se a pena aplicada à recorrente, nos termos peticionados.

Dos recursos, respondeu o Ministério Público, alegando, respectivamente, o seguinte:

Do recurso de B:

1. Não ocorre, no caso, o assacado vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, perfilando-se todos os elementos permissivos de concluir pela subsunção encontrada, revelando-se a matéria de facto elencada

exaustiva em tudo o que é pertinente para a decisão de mérito.

2. A decisão recorrida apresenta-se lógica e coerente, não tendo o Tribunal decidido em contrário ao que ficou provado ou não provado, contra as regras da experiência ou em desrespeito dos ditames sobre o valor da prova vinculada ou das “legis artis”, não passando a invocação do erro notório da apreciação da prova de uma mera manifestação de discordância no quadro do julgamento da matéria de facto, questão do âmbito do princípio da livre apreciação da prova, insindicável em reexame de direito.
3. Foi efectuada correcta subsunção jurídica dos factos dados como provados, tendo o julgador usado de dosimetria penal justa.

Do recurso de A:

1. Mesmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delinvente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução da prisão, não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuserem necessidades de reprobção e prevenção do crime.
2. No caso vertente, quer os moldes e circunstancialismos específicos que rodearam a prática do crime, com a contratação, em massa, de mais de oito dezenas de trabalhadoras não autorizadas, quer a necessidade de

reprovação e prevenção geral de tal tipo de ilícito, cada vez com maior proliferação no Território, desaconselham a almejada suspensão de execução da pena do recorrente.

Pugna, assim, pela rejeição de ambos os recursos.

Nesta instância, a Digna Procurador-Adjunto do Ministério Público apresentou o seu douto parecer no sentido de rejeitar os recursos por serem manifestamente improcedentes.

Cumpre-se decidir.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes Adjuntos.

À matéria de facto foi dada assente a seguinte factualidade:

1. A partir de data indeterminada, pelo menos desde o início do ano 2000, a arguida B, nesta cidade, junto de indivíduos toxicodependentes, nomeadamente, as dançarinas e prostitutas, contactava-os, dizendo-lhes, que cedia, transaccionava e vendia produtos estupefacientes, designadamente comprimidos MDMA.
2. Para os referidos contactos utilizava o telemóvel n^oXXX e o seu telefone fixo na residência, com o n^oYYY, para realizar as actividades acima referidas.
3. A referida arguida B, é “Mammy” no Clube Nocturno YY, onde também transaccionava os produtos estupefacientes.
4. O 7^o arguido G vive, maritalmente, com a arguido B e trabalha na Polícia Judiciária.

5. Para as referidas transacções dos comprimidos estupefacientes, usava códigos como, “medicamentos para o estômago”, “rebuçados”, “vitamina”, para a Cannabis utilizava o código “Ngau Chai Fu”, isto é, Jeans ou ganga, e, para a ketamina, “pó de lavar roupa”.
6. E, na sequência de variados contactos, a arguida B começou a ceder e transaccionar a vários indivíduos, nomeadamente, Ngo Yen Fa, Sin Yuen Fung, Leong Hang Mei, Lam Sio Ieng, Mui Suto Pou, Ng Un, Ip Wai Peng, Fong Ngan Leng e às arguidas D, C e E.
7. A arguida C, em data indeterminada, contactou com frequência, a arguida B, a fim de adquirir produtos estupefacientes.
8. A arguida D, em data indeterminada, contactou com frequência, a arguida B, a fim de adquirir marijuana para consumir e com ela ceder e transaccionar Ketamina para terceiros, umas vezes em pequenas quantidades e outras vezes em grandes quantidades, nomeadamente, às dançarinas desta RAEM, perante contrapartida monetária.
9. No dia 21 de Setembro de 2000, cerca das 00h30, na busca efectuada pela P.J. no Clube Nocturno “YY”, sito no XX, em Macau, a arguida B e porque se apercebeu da presença da P.J. atirou para o caixote do lixo um saco plástico que continha 32 comprimidos, que submetidos a exame laboratorial

revelaram ser “MDMA”, que estão abrangidos pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M, de 28 de Janeiro.

10. Foi-lhe ainda encontrado na sua posse um telemóvel com o nº6879633.
11. No vestiário daquele Clube foi encontrada uma caixa de cartão que continha um comprimido de cor lilás, que submetido a exame laboratorial revelou ser “MDMA”, que está abrangido pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M, de 28 de Janeiro, e, uma pequena caixa com vestígios de pó branco, que submetido a exame laboratorial revelou ser “MDMA”, que está abrangido pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M, de 28 de Janeiro.
12. Foram ainda ali encontrados, no chão e escondidos nos sofás junto à pista de dança os seguintes produtos.
 - 3 comprimidos de cor laranja, que submetidos a exame laboratorial revelaram ser “MDMA”, que está abrangido pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro;
 - 6 comprimidos Erimim 5, que submetidos a exame laboratorial revelaram ser “Minetazapam”, que está abrangido pela Tabela IV anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro; e
 - 2 embalagens que continham erva verde e 4 cigarros artesanais, também de erva verde, que ambos submetidos a exame laboratorial revelaram ser “Cannabis Sativa L”, o

primeiro com o peso líquido de 34,826 gramas, e o segundo com o peso líquido de 0,822 gramas, que estão abrangidos pela Tabela I-C, anexa ao D.L, anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro.

13. Estes produtos eram da arguida B e por ela colocados nos sofás e locais acima referidos.
14. Na residência da arguida B, sita na Rua XX, em Macau, foi encontrado:
 - 1 comprimido de cor verde, que submetido a exame laboratorial revelou ser “MDMA”, que está abrangido pelo Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M de Janeiro, e
 - 1 cigarro artesanal de erva verde, que submetido a exame laboratorial revelou ser “Cannabis Sativa L”, com o peso líquido de 0,274 gramas, que está abrangido pela Tabela I-C, anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro.
15. No referido Clube foi, ainda, encontrado na posse da arguida C, 1 cigarro artesanal de erva verde, que submetido a exame laboratorial revelou ser “Cannabis Sativa L”, com o peso líquido de 0,202 gramas, que está abrangido pela Tabela I-C, anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro, cigarro este que foi adquirido à arguido B, para o seu consumo.
16. No mesmo Clube foi, encontrado na posse da arguido E:

- 1 comprimido verde, que submetido a exame laboratorial revelou ser "MDMA", que está abrangido pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro; e
 - 2 cigarros artesanais de erva verde, que submetidos a exame laboratorial revelavam ser "Cannabis Sativa I", com o peso líquido de 0,430 gramas, que está abrangido pela tabela I-C, anexa ao D.L. 5/91/M, de 28 de Janeiro; os referidos produtos que foi adquirido à arguida B, para o seu próprio consumo.
17. Na residência da arguida D, sita, na Rua XX, em Macau, foram encontrados:
- 5 comprimidos de cor laranja, 1 comprimido de cor verde, 1 comprimido de cor castanha, 1 comprimido preto, que submetidos a exame laboratorial revelaram ser "MDMA", que está abrangido pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro; e
 - 2 cigarros artesanais de erva verde, que submetidos a exame laboratorial revelaram ser "Cannabis Sativa L", com o peso líquido de 0,176gramas, que está abrangido pela Tabela I-C, anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro.
18. Os referidos produtos foram adquiridos à arguida B, pelo preço de cada comprimido por MOP\$100.00.
19. No mesmo dia e no mesmo Clube foi detectado em plena actividade laboral como dançarinas daquele Clube, um total

de 83 raparigas não residentes em Macau, sendo 56 delas indocumentadas, 17 com Passaporte da china com o prazo expirado e 11 com prazo legal da sua estadia, todas identificadas a fls. 298 a 299 verso, as quais haviam sido contratadas pelo arguido A, gerente do referido Clube.

20. Todas as referidas raparigas não possuíam qualquer dos documentos exigidos pelo artº 5º nº 1 do D.L. 50/98/M de 25 de Junho, para poderem ser admitidas como trabalhadoras na RAEM.
21. O arguido A, sabia perfeitamente que 67 daquelas raparigas não possuíam qualquer documento para permanecer nesta RAEM.
22. No mesmo dia foi encontrado na mala da arguido F metade de um comprimido de cor laranja, que submetido a exame laboratorial revelou ser “MDMA”, que está abrangido pela Tabela II-A anexa ao D.L. 5/91/M de 28 de Janeiro.
23. A arguido F adquiriu o referido comprimido para seu consumo pessoal bem sabendo que era produto estupefaciente.
24. Esta arguida em 1 de Junho de 2000, identificou-se na P.S.P. como sendo F, nascida a 1/12/1980, filha de Sio Chou Wa e de Lei Man - v. fls. 186, 1 volume.
25. Tendo sido expulsa da RAEM..

26. No dia 21/09/2000 a arguida, encontrada em Macau, e identificou-se à P.J. como sendo Ma Hong, filha de Ma Tak Fu e de Lei Wa - v. fls. 183, 1 volume.
27. A 1ª arguida B sabia e conhecia as características e qualidades dos produtos estupefacientes;
28. Tendo a mesma os adquiridos, cedidos e transaccionado como o fim de obter ou procurar obter compensação remuneratória.
29. E as 2ª, 3ª, 4ª e 6ª arguidas, C, D, E e F ao adquirirem e deterem para seu consumo pessoal os produtos referidos que bem sabiam serem estupefacientes.
30. O arguido A sabia que lhe era vedado estabelecer qualquer relação de trabalho, em Macau, com as raparigas que contratou e sabia não possuir qualquer dos documentos exigidos por Lei;
31. A arguida F não era portadora de passaporte ou outro documento que a habilitasse a permanecer na RAEM, onde entrou for a dos postos fronteiriços de controlo de pessoas;
32. Fê-lo para que não fosse detectada que já tinha ficha policial a fim de não ser sujeita a processo crime e evitar ser expulsa dado ser indocumentada;
33. Ao atribuir a si identidade que sabia não ser a sua perante autoridade pública, a fim de não sofrer sanção penal;

34. As 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 6ª arguidas agiram livre, deliberada e voluntariamente.

35. Tinham perfeito conhecimento que as suas condutas não eram permitidas.

36. À data dos factos, a Ketamina não estava incluída em nenhuma das tabelas de substâncias e produtos constantes do DL nº5/91/M, de 28 de Janeiro.

37. A 1ª arguida apenas confessa ser consumidora de produtos estupefacientes.

38. Auferia, mensalmente, cerca de MOP\$60.000,00 e tem a seu cargo os pais e um filho menor. Possui o curso primário incompleto.

39. A 2ª arguida também só confessa ser consumidora de produtos estupefacientes.

40. Encontra-se desempregada e tem a seu cargo os pais e dois filhos menores. Possui curso primário.

41. A 4ª arguida confessa os factos.

42. Aufere, mensalmente, cerca de MOP\$40.000,00 e tem a seu cargo os seus pais. Possui o curso primário.

43. O 5º arguido só confessa a prática do crime de emprego de imigrantes ilegais.
44. Encontra-se desempregado e não tem ninguém a seu cargo. Possui o curso secundário incompleto.
45. O 7º arguido não confessa os factos.
46. Aufere, mensalmente, cerca de MOP\$22.000,00 e tem a seu cargo quatro filhos. Possui o curso secundário.

47. Nada consta desabono das 1ª a 6ª arguidas dos respectivos CRCs junto aos autos.
48. Quanto ao 7º arguido, no seu CRC consta o seguinte:
 - Por sentença de 2/12/94, no Processo Correccional nº 501/94, do 3º Juízo, foi o arguido condenado pela prática de um crime p.p.p. artº 224º nº 5 do CP antigo, na pena de 4 meses de prisão e igual tempo de multa à taxa diária de MOP\$20,00, perfazendo a multa de MOP\$2,400,00, em alternativa com 90 dias de prisão, cuja execução da pena foi-lhe suspensa por 2 anos, nos termos do artº 88º do mesmo código.
49. Em 14/4/97, foi declarado de nenhum efeito esta decisão condenatória.

50. Não se provou que o 7º arguido tenha avisado a 1ª arguida que na secção de narcóticos da Polícia Judiciária tinha sido instaurada uma investigação à mesma.
51. E também não se provou que a 2ª arguida tenha combinado com a 1ª arguida para transaccionar e ceder produtos estupefacientes a terceiros.
52. Quanto à 3ª arguida, não se provou que esta tenha combinado com a 1ª arguida para transaccionar e ceder produtos estupefacientes a terceiros, a não ser ketamina.
53. E não se provou que o 5º arguido tenha acolhido as imigrantes clandestinas, dando-lhes mesa e cama.
54. Não se provou que na altura de expulsão tenha dado conhecimento à 6ª arguida das sanções legais que incorria caso voltasse à RAEM.
55. E não se provaram quaisquer outros factos da pronúncia que não estejam em conformidade com a factualidade acima assente.

56. A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos e dos seus apensos, na análise crítica e comparativa das declarações dos arguidos presentes na audiência de julgamento, na leitura das declarações da 1ª arguida

prestadas no JIC e no depoimento das testemunhas inquiridas que depuseram com isenção e imparcialidade.

57. Releva assim, o depoimento do Sr. Inspector João Almeida da Polícia Judiciária que descreveu em detalhes toda a investigação, desde a fase de escuta telefónica até à operação efectuada no Clube Nocturno “YY” e a detenção dos arguidos, assim como o facto de o mesmo manifestar ter sérias dúvidas de que o 7º arguido soubesse, antecipadamente, do caso e que teria alertado a 1ª arguida.

Conhecendo:

1. O recurso de A
2. O recurso de B
 - 2.1. Erro notório na apreciação de prova
 - 2.2. Insuficiência de matéria de facto para a decisão de direito

1. O recurso de A

Antes de mais, destaca-se o seguinte:

Em primeiro lugar, verifica-se um lapso material na parte decisória do acórdão, e cabe agora uma mera rectificação, *ex officio*. aí, onde se diz, “Condenar o 5º arguido A na pena de nove (9) meses de prisão pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de emprego ilegal p. e p. pelo artº 8º da Lei 2/90/M, de 3 de Maio”, queria o Tribunal dizer que “... de um crime de emprego ilegal p. e p. pelo artº 9º da Lei 2/90/M, de 3 de Maio”. Isto se justifica pela parte de absolvição do

crime de acolhimento p. e p. pelo artigo 8º da lei nº 2/90/M (decisão a.), bem assim pela fundamentação do acórdão (fl. 1739, 2º parágrafo).

Assim procede-se a rectificação.

Em segundo lugar, o arguido A foi condenado por um crime de emprego ilegal na pena de nove meses de prisão.

Salvo melhor opinião e com devido respeito, cremos que, dos factos dados como provados, seja mais correcta a condenação do arguido A em concurso real pelo crime de emprego ilegal, tanto números dos trabalhadores ilegalmente empregados quanto números dos crimes cometidos.

Conforme o facto nº 19, resulta que o gerente do Clube Nocturno YY A tinha contratado 56 indocumentadas, 17 com passaporte da China com o prazo expirado e 11 raparigas com prazo legal da sua estadia em Macau, em soma de 84 raparigas (*outro lapso que se encontra no Acórdão por escrever 83 raparigas, isto se verifica por mero cálculo aritmético, fl. 305 a 306v dos autos*), para ali trabalhar.

Está provado ainda que todas as referidas raparigas não possuíam qualquer dos documentos exigidos pelo artigo 5º nº 1 do D.L. nº 50/98/M de 25 de Junho para poderem ser admitidas como trabalhadoras na RAEM.

Assim tendo em conta a disposição do artigo 9º da Lei nº 2/90/M, e a natureza individual das relações laborais em causa, o arguido cometeu 84 crimes de emprego ilegal aí previsto e punido.

Embora não foi isto o objecto do recurso, este Tribunal conhece sempre officiosamente as questões de qualificação jurídica dos factos dados como provados.

Alterando a qualificação jurídica, procedemos a medida de pena.

Tendo em conta todas as circunstâncias constantes dos autos, considera-se adequado e proporcional fixar uma pena parcelar, para cada crime, de 7 meses de prisão.

E em cúmulo-jurídico das penas, seria de aplicar ao recorrente uma pena única de 3 anos e 6 meses de prisão.

Porém, como foi o próprio arguido que interpôs o recurso, não pode este Tribunal agravar a pena nos termos do princípio de proibição de *reformatio in pejus*, artigo 399º do Código de Processo Penal, pelo que mantém-se inalterada a pena concreta de 9 meses de prisão aplicada ao arguido ora recorrente pelo Acórdão recorrido.

Assim, voltamos à questão levantada pelo recorrente, objecto deste recurso.

O recurso do arguido A levantou apenas uma questão de direito, insurgindo-se contra o Acórdão por violação do disposto do artigo 48º do Código Penal.

Alegou que estão verificados os pressupostos legais que permitem a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao recorrente, pois existe uma prognose social favorável ao recorrente, tendo o mesmo prestado “toda a colaboração às autoridades policiais e entregou

documentação pertinente à investigação, estando o arguido arrependido e tendo agido “num quadro de circunstâncias que lhe diminuem a culpa pelo que o crime que cometeu embora merecedor de punição deverá ser enquadrado na situação descrita”.

Como é sabido, o artigo 48º do CPM confere ao julgador o poder-dever de suspender a execução da pena de prisão quando a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três anos e conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.

Ou seja, para que uma pena inferior a 3 anos de prisão, como é o caso, possa ser suspensa, é necessário que o julgador, reportando-se ao momento da decisão e não ao da prática do crime, possa fazer um juízo de prognose favorável relativamente ao comportamento do arguido, no sentido de que a ameaça da pena seja adequada e suficiente para realizar as finalidades da punição.¹

Quanto a esta matéria já tomamos decisões convergentes neste Tribunal no sentido de considerar que, mesmo que se demonstre uma prognose favorável ao arguido, não se deve suspender a execução de pena de prisão se da mesma o julgador concluir pela oposição às finalidades de punição, ou seja a pena de prisão é exigível no caso concreto, para o crime por que o arguido foi condenado.

¹ In Maia Gonçalves, Código Penal Português, anotado e comentado, 10ª Edição-1996, p. 233 em que citou o Ac. do STJ de Portugal de 11 de Maio de 1995, do processo 47577/3ª.

Entre outros, como consignou o Acórdão deste TSI no Recurso nº 169/2001 de 7 de Fevereiro de 2002, “[m]esmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delinquente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução da prisão não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuseram as necessidades de reprovação e prevenção do crime”.

A sentença recorrida considerou que *“enquanto o crime praticado pelo 5º arguido, se bem que é de natureza menos gravosa, contudo, no caso estamos perante uma contratação laboral em massa, atenta o número de trabalhadores não autorizados contratadas (mais de oito dezenas), demonstrando bem assim um elevado grau de ilicitude por parte do arguido e, por outro lado, constitui “ipso facto” uma grave perturbação da ordem e tranquilidade públicas.”*

A esta consideração do Tribunal *a quo* nada há a censurar, pois, para nós, e conjugando todos os elementos dos autos, é de considerar não se poder decretar a suspensão de execução de pena de prisão, porque não basta uma simples censura do crime por que o arguido foi condenado e a suspensão se opõe às necessidades de reprovação e prevenção do crime.

Pelo que é de improceder o recurso desta parte.

2. O recurso de B

Com o recurso, a arguida B levantou três questões:

- a) Insuficiência de matéria de facto para a decisão de direito
- b) Erro notório na apreciação de prova
- c) Exagero da pena concreta aplicada

Então vejamos.

Perante a arguição do vício do erro notório na apreciação da prova, importa primeiro averiguar se o mesmo exista para daí se partir a apreciação da insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito.

Pelo que comecemos pelo vício do erro notório.

2.1. Erro notório na apreciação de prova

Sobre este vício arguido, a recorrente fundamentou na inexistência nos autos de qualquer auto de busca e apreensão que refira que a droga encontrada nos sofás junto à pista de dança do clube lhe pertencesse, e na falta, em consequência, de se ter produzido prova neste sentido em julgamento.

Como se sabe e é do nosso entendimento, a convicção dos julgadores é formada através da conjuntura de todos os elementos recolhidos no desenvolvimento do julgamento, com a apreciação crítica, confrontação entre si, etc..

Existe erro notório na apreciação da prova quando for evidente, perceptível, pelo cidadão comum, que se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. Erro este apenas resulta dos próprios elementos constante da decisão recorrida, por si só ou com apelo às regras da experiência comum (*2ª parte do n.º 2 do art.º 400º do CPPM*).²

² Cita-se entre outros, os acórdãos do STJ de Portugal de 15.09.95, do então TSJ de 11.06.98, no Proc. n.º 847; de 24.09.98, Proc. n.º 895 e de 29.09/99, proc. 1111/99; bem como os Acórdãos deste T.S.I.

Dos autos, a fl. 200, consta que a PJ ao efectuar a busca no referido clube apreendeu os objectos “encontrados no chão debaixo da cadeiras e sofás” que constituiu Etiqueta nº 12.

Depois da discussão do julgamento, o Tribunal deu como provado não só os factos nº 12º em que consta a apreensão dos objectos correspondente ao auto de fls. 200, como também o facto que “Estes produtos eram da arguida B e por ela colocados nos sofás e locais acima referidos” (facto nº 13).

Enquanto o Acórdão recorrido afirmou que “a convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos e dos deus apensos, na análise crítica e comparativa das declarações dos arguidos presentes na audiência de julgamento, na leitura das declarações da 1ª arguida prestadas no JIC e no depoimento ...”, já não se sabe em que a recorrente fundamentou a sua imputação ao acórdão recorrido.

Nem podemos constatar qualquer violação das regras de experiência de homem médio, e assim, inverificando qualquer vício de erro notório na apreciação de prova, manifesta é a improcedência desta parte do recurso.

Assim sendo, a matéria de facto, nomeadamente o que consta dos factos nº 12 e 13, é de considerar por assente.

2.2. Insuficiência da matéria de facto para a decisão

A recorrente insurge-se contra o Acórdão por nos autos não se ter apurado a quantidade concreta da composição de MDMA (tabela II-A da Lista anexa do D.L. nº 5/91/M), porque a quantidade concreta desse estupefaciente é crucial para a determinação da norma aplicável.

Assim a sua falta acarreta insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Então vejamos se lhe assiste razão.

Como sempre se entende na jurisprudência deste TSI, “a insuficiência da matéria de facto só existe quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria”.³

O Acórdão recorrido, com base nos factos dados por provados condenou a arguida pela prática do crime de tráfico p. e p. pelo artigo 8º do D.L. nº 5/91/M, na pena de 9 anos de prisão.

E dos autos foram apreendidos na posse da arguida B, ou na sua residência, os seguintes estupefacientes:

- 32 comprimidos que contêm MDMA (na busca de 21 de Setembro de 2000, no caixote de lixo, facto nº 9);
- 1 comprimido que contém MDMA (na mesma busca, numa caixa de cartão, facto nº 11);
- 3 comprimidos que contêm MDMA, 6 comprimidos Erimim 5 (Nimetazapam consta da tabela IV) e 2 embalagens e 2 cigarros

³ Entre outro o acórdão de 15/06/2000 no Recurso nº 92/2000.

de marijuana com peso líquido respectivamente de 34,826 gramas e 0,822 gramas (na mesma busca, nos sofás junto à pista de dança, facto nº 12, 13);

- 1 comprimido que contém MDMA, 1 cigarro de marijuana com peso líquido de 0,274 gramas (busca da sua residência, facto nº 14).

E ainda foram apreendidos na posse da arguida E os estupefacientes (1 comprimido que contém MDMA e 2 cigarros de Marijuana com peso líquido de 0,430 gramas) que haviam sido adquiridos à arguida ora recorrente (facto nº 16), bem assim, na posse da arguida Choi Im I, 5 comprimidos que contém MDMA e 2 cigarros de marijuana com peso líquido de 0,176 gramas, também adquiridos à arguida ora recorrente (facto nº 17).

Nestes apreendidos estupefacientes, só ficou apurado o peso líquido da marijuana (sendo de 36.528 gramas = 34,826 + 0,822 + 0,274 + 0,430 + 0,176), não se sabendo o peso líquido, nem percentual, até o peso total dos restantes comprimidos - 6 comprimidos de Erimim 5 contendo Nimetazapam e outros 43 comprimidos contendo MDMA.

As drogas, como também se consignou na declaração de voto do Acórdão do processo nº 39/2002, têm sido normalmente classificadas de acordo com as suas origens, tolerância⁴ e efeitos (“sintomas”)

De acordo com as origens são classificadas como “vegetais”,

⁴ Entendendo-se ‘tolerância’, como a capacidade do organismo para receber uma determinada substância e, daí, que a morte por ‘overdose’ signifique a ultrapassagem da dita tolerância.

“orgânicas” e “sintéticas”, e com os efeitos, é corrente classificá-las como “narcóticos ou estupefacientes”, “depressores”, “alucinogéneos” e “estimulantes”, constituindo as últimas três, o que habitualmente também se designa por “psicotrópicos”.⁵

Quanto ao MDMA, trata-se de um tipo de estimulante, que podem modificar os processos mentais, distorcendo a percepção e provocando alucinações, como diz o nº 2 do artigo 4º do D.L. nº 5/91/M, “provocar alucinações ou distorções sensoriais graves”.

O MDMA tem o nome químico “*3, 4-methylenedioxymethamphetamine*” (no DL. Nº 5/91/M como “*alfa-dimetil (metilenodioxi)-3, 4 fenetilamina*”, também conhecida como “ECSTASY” ou “XTC”, quando em comprimidos, também conhecidas em chinês como “搖頭丸”), tal como a metilenodioxianfetamina (mais conhecida como ‘MDA’ ou, nos E.U.A. como ‘*Love Drug*’), ambas incluídas na tabela II-A, é uma das substâncias estruturalmente relacionadas com a anfetamina (estimulante), produzindo, basicamente os mesmos efeitos, variando, essencialmente, na forma e rapidez de absorção pelo organismo.

Num estudo efectuado sobre o MDMA pelos Serviços de Saúde da RAEM, cujo relatório foi juntado aos autos constante das fl. 1387 a 1392, concluiu-se essencialmente que: “A unidade de dose do MDMA não é feita com base em “comprimidos” mas sim em miligramas (mg) ou gramas (g) da substância, porque, conforme a análise medicina, um comprimido contendo MDMA pode conter de 0 a 100 mg, até também

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

conter várias substâncias contaminadas.”⁶

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

Conforme este estudo e análise científica, afirmamos que existe dificuldade de determinar a quantidade ou dose para o consumo diário de um consumidor normal. Mas o que devemos fazer é criar um critério ou padrão de ponderação de um acto ilícito relativo à droga.

Pois, como nas referidas análises científicas se fala sempre do peso puro de MDMA e não se pensa apenas em comprimidos. A lei pune o crime de tráfico de estupefaciente são os actos de tráfico (*lato sensu*) das substâncias e preparados, e não dos comprimidos que contêm as substâncias ou preparados.

À primeira vista, e tendo em conta o peso líquido da marijuana já apurado, parece ser seguro afirmar que a arguida seria condenada em pena de prisão no mínimo de 8 anos pelo crime de tráfico de estupefaciente p. e p. pelo artigo 8º do D.L. nº 5/91/M, e, em consequência, não se releva de importância o apuramento da quantidade das substâncias contidas nos comprimidos para os efeitos da qualificação jurídica dos factos dados por provados.

⁶ Vide http://www.erowid.org/chemicals/mdma/mdma_dose.shtml, pp. 46 a 47.

Mas, o que é certo é que, perante uma moldura penal do crime por que a arguida foi condenado de prisão de 8 a 12 anos e de multa de 5 000 a 700 000 patacas, a arguida foi condenada na pena de nove anos de prisão, e, para esta medida de pena, o Tribunal ponderou, como matéria de facto, os números dos comprimidos, embora não se soubesse o seu peso, nem quantidade de substância estupefaciente neles contida.

Como se sabe, dos autos deve conter todos os factos essenciais, sem deixar qualquer lacuna, para poder com segurança e certeza tomar uma decisão de direito, não só para a qualificação jurídica dos factos, como também a medida concreta da pena.

Na verdade, nos três tipos do crime de tráfico (lato sensu) - tráfico de quantidade diminuta (artigo 9º), traficante-consumidor (artigo 11º) e tráfico (normal, artigo 8º) - o que é mais importante até determinante, para o enquadramento nos respectivos tipos do crime, é a quantidade dos estupefacientes ou seja a quantidade das substâncias ou preparados proibidos.

Porque, a lei, ao punir os mesmos crimes, fala sempre das substâncias e preparados” dos estupefacientes proibidos.

A quantificação da droga é essencial para a incriminação dos actos elencados no artigo 8º do D.L. nº 5/91/M, pois sem este elemento fáctico, o Tribunal não só não pode determinar o “quantum” para um consumo individual em 3 dias, o que leva a impossibilidade de fazer o enquadramento jurídico correcto, seja tráfico, seja tráfico do estupefaciente de quantidade diminuta, como também não pode

liquidamente efectuar a graduação do grau de ilicitude, nem a densidade de culpa, na medida de pena nos termos do artigo 65º do Código Penal.

Na recente jurisprudência dos tribunais da RAEM, sobre a metanfetamina em comprimidos, o acórdão deste TSI do processo nº 39/2002 (com voto vencido), tomou decisão nos seguintes termos:

- “- Se a droga traficada for em estado puro, por exemplo, sob a forma de cristais ou de pó, então há que determinar a sua quantidade em termos do seu peso líquido, para efeitos de apurar se se trate de “quantidade diminuta”, com relevância para a aplicabilidade do tipo legal do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro; e se, porém, a droga em causa for do tipo “sintético” em comprimidos ou pílulas, só é de considerar o número dos mesmos em termos de unidade para os efeitos penais eventualmente a relevar do mesmo tipo legal.*
- Isto tudo em virtude de poder suceder que as drogas “sintéticas” fabricadas sob a forma de comprimido ou de pílula, por efeito da mistura das substâncias nele contidas, umas principais e outras acessórias e algumas das quais até desconhecidas, consiga acarretar efeitos mais nocivos para a saúde dos seus potenciais consumidores, pelo que se vislumbra inadequada a determinação do peso líquido de qualquer uma só dessas substâncias nominadas em alguma das tabelas anexas ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, e contidas em cada um dos comprimidos ou pílulas traficados pelo agente, para efeitos de determinação da aplicabilidade ou não do tipo legal do “tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do mesmo diploma legal, sob pena*

de se comprometer mesmo o espírito da lei ao prever este tipo privilegiado do crime do tráfico de droga.

- *Ademais, este art.º 9.º não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do seu peso líquido, para qualquer situação concreta que seja.*
- *Consideradas necessariamente as regras da experiência humana, relevantes até para efeitos da concretização do conceito da “quantidade diminuta” consagrado no n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, por força do espírito subjacente ao disposto no seu n.º 5, de maneira alguma se pode aceitar que 60 comprimidos que contêm no seu interior Metanfetamina e Ketamina constituem a quantidade “que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, para efeitos relevantes do n.º 3 do referido art.º 9.º.”*

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

E do acórdão proferido hoje por este TSI no processo nº 41/2002 que decidiu no sentido de considerar existir insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando dos factos dados como provados não consta apurada a quantidade da substância proibida.

Creemos que é de subscrever este decidido, também na decisão do presente recurso, por ser questão idêntica.

Sendo certo, porém, o presente caso não está em causa a questão de determinar a quantidade diminuta dos estupefacientes, face à jurisprudência pacífica que se considera quantidade diminuta 8 gramas para a “cannabis”⁷, e a quantidade da marijuana apreendida nos autos, de mais de 36 gramas, é muito além daquela quantidade diminuta.

Mas para a medida de pena?

Podemos afirmar que só com a quantidade de marijuana já se pode condenar a arguida naquela pena de prisão e multa concretamente aplicada e isto se torna inútil o apuramento do peso dos comprimidos ou do peso das substância de MDMA contidas nos comprimidos?

Creemos que não.

Por um lado, porque as drogas traficadas são ponderadas conjuntamente na qualificação jurídica dos factos, não podendo existir qualquer lacuna que obsta a aplicação com certeza e segurança do direito; por outro lado, por não se saber o seu peso das substâncias contidas nos comprimidos apreendidos, uma lacuna na matéria de facto faz inquietar a

⁷ Entre outros, os Ac. de TSJ de 19 de Maio de 1999 do Processo nº 1068; os de TSI de 3 de Maio de 2001 do Processo nº 16/2001-II e de 13 de Dezembro de 2001 do Processo nº 213/2001.

ponderação na medida de pena concreta.

Noutra banda, a determinação da quantidade do estupefaciente depende mormente do tipo da mesma. Por isso, a jurisprudência diferencia o “quantum” dos estupefacientes do consumo durante de três dias. Da mesma forma, a determinação da medida da pena não pode deixar de depender da quantidade e tipo dos estupefacientes.

Assim sendo, e dada a falta dos elementos quantitativos das substâncias ou preparados contidos nos comprimidos apreendidos nos autos, afigure-se-nos existir insuficiência para a determinação da medida da pena concreta, nomeadamente, por falta de elementos para a graduação da ilicitude da conduta, o que, a nosso ver, não pode deixar de acarretar o reenvio dos autos para novo julgamento, nos termos do artigo 418º do mesmo Código, no sentido de apurar o peso líquido das substâncias contidas nos comprimidos apreendidos nos autos, que pertencem a arguida ora recorrente e que foram por ela cedidos a terceiros.

Decidida esta questão, prejudicada fica a apreciação da restante.

Ponderado, resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em:

- Negar o provimento ao recurso interposto pelo arguido A, alterando, porém, a qualificação jurídica nos exactos termos atrás consignados.
- Conceder provimento ao recurso interposto pela arguida B, determinando o reenvio dos autos para novo julgamento a fim

de, pelos meios possíveis, apurar o peso líquido das substâncias contidas nos comprimidos apreendidos nos autos e pertencentes à arguida ora recorrente e que foram por ela cedidos a terceiros.

Fixa-se a taxa de justiça de 4 UC's a pagar pelo arguido recorrente A.

Macau, RAE, aos 16 de Maio de 2002

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

上訴卷宗編號：26/2002

表決落敗聲明

本人不同意本合議庭裁判以原審裁判「事實不足以作出裁判」為依據，着令卷宗移送原審法院進行重新審判以便查明案中涉及合共四十三藥片中包含的 MDMA 及硝基去氫安定（NIMETAZEPAM）成份淨重以界定是否屬「少量」。

本法院今天較早前曾就同一法律問題於第 41/2002 號刑事上訴案中作出裁判，而本人不同意該上訴的合議庭多數表決獲勝的理解而作出表決落敗聲明。

由於屬相同法律問題，故本人以下全文轉載第 41/2002 號刑事上訴案中的表決聲明，以當中闡述的理據，本人認為原審裁判對上訴人 B 的判罪（第 5/91/M 號法令第八條）具有足夠的事實依據，應予維持。

於第 41/2002 號上訴的表決落敗聲明全文轉錄如下：

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

合議庭裁判認為必須查明涉案的藥片中所含純 MDMA 的淨重或其百分比方能以此界定是否屬於第 5/91/M 號法令第九條所指的「少量」。

第 5/91/M 號法令第八條及第九條規定如下：

第八條（販賣及不法活動）

- 一、 未經許可而種植、生產、製造、提取、調製、提供、出售、分銷、購買、讓予，或以任何名義接受、向他人供應、運載、進口、出口、使之轉運或不屬第二十三條所指之情形下，不法持有表一至表三所包括之物質及製劑者，

處八年以上十二年以下之重監禁，並科澳門幣五千元至七十萬元之罰金。

- 二、 根據第六條所指法規之規定而獲許可者，如不法讓予上款所指之物質及製劑、將之納入或力圖使他人將之納入商業中，則處十二年以上十六年以下之重監禁，並科澳門幣五千五百元至九十萬元之罰金。
- 三、 如為表四所包括之物質及製劑，則處一年以上兩年以下之監禁，並科澳門幣二千元至二十二萬五千元之罰金。

第九條（少量之販賣）

- 一、 如上條所指行為之對象為表一至表三所包括之物質或製劑，且為少量者，則處一年以上兩年以下之監禁，並科澳門幣二千元至二十二萬五千元之罰金。
- 二、 如為表四所包括之物質或製劑，則處一年以下之監禁，並科澳門幣一千元至七萬五千元之罰金。
- 三、 為着本條規定之效力，少量即指違法者支配之物質或製劑之總數量不超過個人三日內所需之吸食量。
- 四、 為着本條規定之效力，經聽取衛生司意見，總督得透過法令對各種在販賣中較常見之物質及產物，訂出少量之具體數量。
- 五、 上款所指之具體數量，是由有權限之實體，根據憑經驗制定之規則及自由判斷作出審議。

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

本案所涉的藥物為第 5/91/M 號法令第四條所指的表二 A 中所列出的二甲（甲烯二氧）苯乙胺，簡稱 MDMA。

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

因此本人認為應根據 MDMA 的不同出現形式以不同的準則來定出何

謂「少量」。

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

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

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

據法律界和警界的一般認知，海洛英市場上是没有百分之一百純淨產品供應的。

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

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

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

由此可見，若以本上訴合議庭多數表決通過的理解為準則，那澳門法院一直以來就海洛英「少量」的司法見解的合理性定義勢將遭受質疑，因為如套用本合議庭表決獲勝的理解，凡被檢獲的藥物為海洛英者，必先查明其純度，亦即必先排除粉末中非海洛英的其他物質，定出百分百純海洛英的淨重，再以此為據界定其販賣或持有量為「少量」與否。如是者，在過往某些以被驗出含有海洛英成份的粉末稍微高於 6 克重量為判罪依據的案件中，如通過化驗後也極有可能得出純海洛英淨重低於 6 克的結果。例

如前高等法院第 638 號刑事上訴案件中的一九九七年四月九日合議庭裁判（見 *Jurisprudência* 1997，第一卷，第 400 頁）當中判罪的事實依據僅為檢獲共重 8.4 克米色含海洛英的粉末，而非淨重 8.4 克的百分百純度海洛英粉末。而當時高等法院並沒有因未確定該粉末中實際包含百分百純度海洛英物質的淨重而裁定原審法院就上述第八條的罪狀所作的有罪裁判為欠缺事實依據。由此可見，在表決本案裁判依據和結果中獲勝的見解是不能成立，道理很簡單：第 5/91/M 號法令第九條沒有要求法院須先確定某受管制藥物成份淨重才可定出該藥物是否「少量」，而是只要求法院在界定某一藥物是否「少量」時，須以經驗法則和常理考慮嫌犯實際支配藥物或其製劑的數量是否屬「少量」。另一例子可見於前高等法院第 900 號刑事上訴案件於一九九八年十月十四日合議庭裁判（見 *Jurisprudência* 1988，第二卷，第 517 頁）當中判罪的事實依據為檢獲共重 9.353 克米色粉末的未查明純度的海洛英。

澳門法院就海洛英重量的一貫司法見解的情況及理由均相類似於本案涉及含有 MDMA 藥片的情況，故本人認為同樣的理解應適用於本個案。

此外，根據原審法院獲證實的事實如下：

.....

— 二零零零年九月二十六日，凌晨約二時十五分，嫌犯 H 及 I 於國際中心附近被治安警員截查。

— 對嫌犯 H 進行搜身，在其右邊前褲袋內搜出一個透明膠袋，內有二十粒橙色俗稱「搖頭丸」的藥丸。

— 經化驗，證實該等藥丸含一月二十八日第 5/91/M 號法令第 4 條附表 II-A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺。

.....

— 自二零零零年九月十五日開始，嫌犯 H 與一名叫「阿豪」的男子來往，嫌犯是於青洲 XX 酒樓認識該名男子的，該男子向他提供麻醉品，尤其是二甲（甲烯二氧）苯乙胺，並給予其報酬。

— 「阿豪」向嫌犯 H 提供上指藥丸，而嫌犯稍後以每粒澳門幣一百二十圓出售給藥物依賴者，每出賣一粒，嫌犯可從中獲得澳門幣二十圓的報酬，而當嫌犯將未能出售的藥丸交回「阿豪」時，便會從中抽取上指款項。

— 嫌犯 H 依照「阿豪」的指示，麻醉品主要在本澳的「XX」的士高及 YY 遊戲中心出售，嫌犯與藥物依賴者接觸，並告知其嫌犯可讓與及售賣上述麻醉品。

一二零零零年九月十五日，嫌犯 H 向「阿豪」取得二十粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥丸，並於當晚在「XX」的士高內以每粒澳門幣一百二十圓價格出售了三粒。

一二零零零年九月十六日，嫌犯 H 將十七粒未能出售的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥丸及澳門幣三百圓交給「阿豪」，而嫌犯獲得澳門幣六十圓的報酬。「阿豪」馬上又將十五粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥丸交給嫌犯，而嫌犯於當晚在「XX」的士高以每粒澳門幣一百二十圓價格出售了五粒。

一九月十七日，嫌犯 H 再次遇見「阿豪」，並將十粒未能出售的藥丸及澳門幣五百圓交給他，而嫌犯獲得澳門幣一百圓的報酬。

一二零零零年九月二十五日，嫌犯 H 再次向「阿豪」取得二十粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥丸，但因被扣留而未能出售。

上述節錄的事實清楚顯示，上訴人 H 曾先後支配的含有 MDMA 成份藥片的數量合共為五十五片。

根據美國司法部網頁下載的資料，MDMA 通常以藥片或膠囊方式為使用者口服使用，其藥效持續四至六小時。
(參見美國司法部網頁 www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm)

此外，根據由檢察院隨同上訴意見書附載於本卷宗的兩份由澳門衛生局發出的醫學專家意見書副本，就流通於澳門藥物濫用者市場上含有 MDMA 成份的藥片，建議以一天服用量為一至三片（單位）為一般吸食量，三天即三至九片，因此含有 MDMA 物質「少量」者執法嚴者可定為三片，鬆者可定為十片。

以犯罪通說角度而言，行為人的故意由認知要素（*elemento cognitivo*）及決意要素（*elemento volitivo*）組成。在本個案中，行為人 H 的認知內容是五十五片含有 MDMA 成份的藥片而非某一特定淨重的 MDMA 物質，而行為人的決意是藏有和販賣該等藥片，而非藥片中所含的 MDMA 成份的淨重。毫無疑問，行為人在藏有該等藥片時，只考慮其以藥片數目為單位的數量，而非以藥片內含成份的淨重。如以本合議庭多數主張的理論為據，犯罪構成與否豈非取決於行為人認知有關藥片的 MDMA 淨重？否則犯罪事實不得以故意形式歸責於行為人！

綜上所述，根據第 5/91/M 號法令第九條第五款所指的經驗法則和常理，五十五片含有 MDMA 的藥片，不論其 MDMA 純度淨重為多少，對一正常合理人（*reasonable man*）而言是明顯高於三天所需的服用量。

此外，澳門法院的一貫司法見解認為，基於保護的法益的考慮，為確定行為人實施行為符合第 5/91/M 號法令第八條規定的販毒罪的基本犯

(*tipo fundamental*)或第九條的販毒罪的減輕犯(*tipo privilegiado*)而考慮的數量，不單計算在具體案件中檢獲的藥物數量，還包括在某一定時間內行為人曾藏有作販賣用途的藥物數量。

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

然而，本合議庭裁判多數票主張的理解必然地導致上述司法見解失去其合理性和可操作性。理由是假若我們堅持必須通過化驗查明檢獲的物質所含某種藥物的純正的淨重，試問我們如何能對一些已被售賣甚至已耗用的物質進行化驗。堅持這一理解必然會導致以下結果，儘管證實行為人曾於某一段時間內曾販賣或藏有作販賣予他人用途且含有某種違禁成份的一定量產品，但仍不足以作為判罪的事實依據，理由是無法對這些沒有檢獲的產品進行化驗以查明其所含純藥物的成份的淨重。

就刑事政策角度而言，從 5/91/M 號法令第八條所規定的相應刑幅（八至十二年徒刑及澳門幣五千圓至七十萬圓罰金）清楚顯示，其立法精神是以相當嚴厲刑罰以達到保護法益的目的。第九條規定的減輕犯（相應刑幅僅為不超逾兩年的徒刑和澳門幣二千圓至二十二萬五千圓罰金）僅應適用於涉及真正「少量」藥物的特殊情況。如本個案中五十五片證實含 MDMA 成份且能在藥物濫用者市場上售賣的藥片可被視為「少量」，則這一結論似乎欠缺一個法院判決最基本應有的說服力。因對一個正常合理人（*reasonable man*）而言，五十五片說成「少量」是怎樣也「說不過去的」！舉一反三，如檢獲含 MDMA 成份的藥片不僅是五十五片，而是一千片，甚至一萬片時，是否還須按本合議庭多數表決理解的準則，堅持先要化驗清楚這些藥片所含的百分百 MDMA 淨重方可排除屬「少量」的判斷？

綜上所述，就本上訴合議庭多數表決認定「原審裁判獲證明的事實不足以支持作出裁判」的論據，本人不予認同。反之本人認為原審已證事實明顯足以支持原審法院的有罪裁判，故其判罪應予維持。

二零零二年五月十六日

二零零二年五月十六日

賴健雄