

(譯本/Tradução)

販賣麻醉品罪 上訴的理由闡述和結論 事實事宜不足以支持裁判

摘要

一、結論應當只是理由闡述文本中提出的全部依據的摘要，由此可見被陳述但未包含於結論中的事宜並不重要，同樣以在理由陳述中不存在但在摘要中出現的，同樣亦屬不重要。

二、儘管販賣麻醉品（任何形式的販賣罪）是危險罪，必須認為擬以此罪所處罰的是對第 5/91/M 號法令各附表所列的物質及製劑的“販賣”（廣義）。

因此，如行為人被控訴販賣內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺百分比之“藥片”，法院應當（即使依職權為之）在使用其調查之權力——義務時，查明該製品之淨量。

三、事實上，在藥片是“由非法違法或秘密實驗室製造的”情況下，只有這樣才能以必要的安全性及肯定性，查明作為該等販賣標的之“物質”能否被視為“少量”，並據此作出相應之法律定性。

四、因此，如果能為之一且有這樣做的（技術）手段——而不為，則招致事實事宜不足以支持裁判之瑕疵，這一瑕疵如不可補正，則要求移送卷宗重新審判。

2002 年 12 月 12 日合議庭裁判書

第 117/2002 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo（司徒民正）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、（第一）嫌犯(A)、（第二）嫌犯(B)及（第三）嫌犯(C)，身份資料均載於卷宗，被控觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款至第 3 款規定及處罰的一項販賣麻醉品罪，在合議庭聽證中受審。

作出審判後，合議庭裁判：

— 判（第一）嫌犯(A)以直接正犯及既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項販賣麻醉品罪，處以 9 年監禁及澳門幣 1 萬元罰金，得以 90 日監禁替代；

— 判（第二）嫌犯(B)以直接正犯及既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項販賣麻醉品罪，處以 9 年 3 個月監禁及澳門幣 15,000 元罰金，得以 120 日監禁替代；

— 判（第三）嫌犯(C)以直接正犯及既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定及處罰的一項販賣少量（麻醉品）罪，處以 1 年 6 個月監禁——緩期 3 年執行——及澳門幣 3,000 元罰金，得以 20 日監禁替代（參閱 490 頁背頁至第 491 頁）。

（第一）嫌犯(A)不服該裁判，提出上訴，其理由闡述最後得出下列結論：

“1. 從原審法院查明的事實情狀中得出結論認為，上訴人是為著 1 月 28 日第 5/91/M 號法令

第8條第1款效力的販賣者。然而：

2.被上訴的裁判存有獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，因為沒有適當調查對於案件裁判具有不可否認之價值的事實事宜。

3.未具體查明藥片成份中含有的二甲（甲烯二氧）苯乙胺製品之量，因為這些藥片可以包含部分二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質及其他賦形劑。

4.原審法院認定‘第二嫌犯及第一嫌犯將麻醉品保存於[地址(1)]獨立單位房間內’這一事實未獲證明，然而沒有對於這一事實在終局裁判中的影響表態，而該上訴人也被按第8條第3款控訴。

5.根據澳門《刑事訴訟法典》第361條，這是可以糾正的文誤。

6.這是澳門《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項所列的瑕疵，因此根據澳門《刑事訴訟法典》第418條第1款的規定，應當命令移送卷宗以重新審判。

7.如果不這樣認為，則永遠顯示所科處的具體刑罰不適度及誇張。”

請求“廢止被上訴的裁判，或者依照請求及按罪過的程度降低對上訴人科處的刑罰”；（參閱第501頁至第508頁）。

檢察官適時答覆，結論是應當判上訴勝訴，因為其意見認為“被爭執的合議庭裁判”含有“獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵”；（參閱第511頁至第518頁）。

上訴獲受理，具適當的上呈效果及方式，卷宗移送本院。

在卷宗的檢閱中，助理檢察長的意見是移送卷宗，重新審判；（參閱第533頁至第536頁）

法定檢閱已畢，完全遵守法律形式進行了上訴之審判聽證。

應予裁判。

理由說明

事實

二、原審法院作出的審判中，證實了下列事實事宜：

“1.嫌犯(A)的別名為‘(A1)’，而嫌犯(B)的綽號為‘(B1)’及‘(B2)’。

2.至少於2000年不確定之日起，嫌犯(A)及(B)開始在本特區，尤其是的士高及夜店內，向青年人及毒癮者出售違禁藥品，主要是‘搖頭丸’，以賺取金錢利益。

3.嫌犯(B)曾有三次以上，透過嫌犯(A)的手提電話號碼XXX與其取得聯絡，以取得搖頭丸，之後以較高的價錢賣給上述人士。

4.嫌犯(B)亦曾親自前往中國大陸購買違禁藥品，例如安定片，把它帶到澳門，之後再將之售賣予第三人。

5.為進行有關交易活動，嫌犯(B)告訴青年人及毒癮者，可透過其手提電話號碼XXX與她聯絡。

6.本地區的毒癮者及年輕人透過上述的手提電話號碼與嫌犯(B)取得聯絡，以便約定地點及時間交收違禁藥品。

7.嫌犯(B)至少三次提供給未成年人(D)違禁藥品，主要是搖頭丸。

8.2000年4月25日，晚上9時30分，在澳門關閘邊境站內，當值水警人員在執行職務時，於嫌犯(B)的褲袋內，發現一盒湖北制藥廠出產的舒樂安定片，內有150粒白色藥丸，每粒重量為1毫克。

9.經化驗證實，該藥丸含有‘去甲三唑安定（Estazolam）’，屬1月28日公佈之第5/91/M號法令附表IV內所管制的物品。

10.嫌犯(B)是於當日在珠海拱北一不知名藥店內以人民幣10元（人民幣壹拾元）購得上述物

品，明知其特性和性質，仍持有該類物品以作銷售予他人之用，藉以取得金錢收益。

11. 2000年5月16日，凌晨2時30分在澳門筷子基巴士總站對面，司警人員截查一部私家車，車牌號碼為MH-XX-XX，當時該車正由(E)駕駛，而(F)及未成年人(D)坐在該車車廂內。

12. 未成年人(D)所攜帶的黑色手袋內，司警人員檢獲一透明膠樽，內有一粒粉紅色藥丸，經化驗證實，含有屬1月28日公佈之第5/91/M號法令附表II-A所管制的‘二甲(甲烯二氧)苯乙胺’。

13. 以及一綠色Marlboro煙包，內有一手捲煙，經化驗證實，含有屬1月28日公佈第5/91/M號法令附表I-C所管制之‘大麻(Canabis Sativa)’，淨重量為0.194克。

14. 在未成年人(D)身上尚搜出，作為販毒活動聯絡工具的一部XXX公司傳呼機，牌子為Motorola。編號為XXX，以及從事有關活動所得的金錢收益，即澳門幣500元(澳門幣伍佰元)及港幣500元(港幣伍佰元)。

15. 未成年人(D)從2000年未能查明之日起，開始多次於本地區的士高及夜店內出售及轉贈搖頭丸給青年人服食，其中包括(E)及(F)。

16. 未成年人(D)是透過嫌犯(B)的手提電話聯絡她以取得上述‘搖頭丸’，再以價格為澳門幣120元(澳門幣壹佰貳拾元)轉售給其他人。

17. 同日凌晨3時30分，未成年人(D)與司警人員合作，之後與嫌犯(B)取得聯絡，要求其提供搖頭丸，兩人約定新口岸新填海區的‘XXX Bar’門口作為交收地點。

18. 嫌犯(B)遂將與未成年人(D)約定數目的搖頭丸，交給嫌犯(C)，著其到XXX學校等候未成年人(G)，把違禁藥品交給他。

19. 嫌犯(B)更著未成年人(G)到上述地點會合，嫌犯(C)從其手上接收7粒搖頭丸，之後再到新口岸新填海區的‘XXX Bar’門口將之交給未成年人(D)。

20. 兩人會面後，嫌犯(C)按嫌犯(B)的指示，與未成年人(G)約定，在其完成該次交易後，便到XXX的士高門口再與其會合。

21. 在同時凌晨4時30分，當未成年人(G)到達‘XXX Bar’門前，即被司警人員截查，並在其手中發現一白色Marlboro煙盒。內有一小透明膠包盛有7粒粉紅色藥丸，經化驗證實，其含有屬1月28日公佈之第5/91/M號法令附表II-A所管制的‘二甲(甲烯二氧)苯乙胺(MDMA)’，以及一號碼為XXX之手提電話。

22. 稍後，司警人員到達XXX娛樂場XXX的士高門前，拘捕嫌犯(C)，並在其身上搜出一XXX傳呼機號碼為XXX及澳門幣850元(澳門幣捌佰伍拾元)。

23. 嫌犯(C)從嫌犯(B)收取澳門幣100元(澳門幣壹佰元)作為向未成年人(G)送交藥丸的報酬。

24. 而未成年人(G)將會收取嫌犯(B)澳門幣貳佰元作報酬。

25. 2000年11月18日凌晨4時15分，司警人員在位於德勝馬路XXX酒店門口截查嫌犯(B)，在其黑色手袋內搜出一透明膠袋，內有30粒綠色藥丸及號碼為XXX之手提電話。

26. 經化驗證實，上述藥丸為含有於1月28日公佈之第5/91/M號法令附表II-A所管制的‘二甲(甲烯二氧)苯乙胺(MDMA)’。

27. 嫌犯(B)持有上述藥丸，是要將其讓與正在“XXX”的士高等候之不知名朋友服食。

28. 上述藥丸是嫌犯(B)向嫌犯(A)，透過其手提電話號碼XXX取得聯絡而購得。

29. 同日即2000年11月18日凌晨5時30分，在嫌犯(B)的合作下，司警人員在XXX酒店門前拘捕嫌犯(A)，在其身上搜出編號XXX之手提電話及販毒活動之金錢所得，分別為港幣5,600元(港幣伍仟陸佰元)及澳門幣5,100元(澳門幣伍仟壹佰元)(見卷宗第11頁之扣押筆錄)。

30. 嫌犯(A)是向一名叫‘(H)’的人士，以澳門幣80元(澳門幣捌拾元)取得上述30粒‘搖頭丸’，之後，依約定將之交給嫌犯(B)。

31. 稍後，於同日司警人員到達位於澳門[地址(1)]的單位內發現以下物品：

— 三盒湖北制藥廠出產的舒樂安定片，內共有750粒白色藥丸，以及一包淨重9.355克的白色粉末，經化驗證實為含有於1月28日公佈之第5/91/M號法令附表IV中所管制之‘去甲三

唑安定（Estazolam）’，其牌子及種類與本控訴書第 11 點，即嫌犯(B)從中國大陸帶來的藥丸完全相同（見卷宗第 59 頁及附卷編號 3109/2000 第 31 頁之相片）。

— 二粒分別為橙色及黃色的藥丸，經化驗證實為含有於 1 月 28 日公佈之第 5/91/M 號法令附表 II-A 中管制的‘二甲（甲烯二氧）苯乙胺’。

- 一個玻璃器。
- 一個玻璃樽。
- 一個鐵匙羹。
- 一個牌子為 BONSO 的電子秤。
- 一些彩色包裝紙。

32. 上述單位由一名叫‘(I)’的人所承租的。

33. 然而，嫌犯(B)及(A)經常到上述單位與其他青年人聚集。

34. 當天司警人員在搜查該單位時，是由嫌犯(B)通知(J)把單位鎖匙交出。

35. 在偵查階段，嫌犯(C)曾多次協助司警人員，向其提供資料，以致最後能成功拘捕嫌犯(B)。

36. 所有嫌犯均認識上述物品之特徵：彼等是在自由、自願及故意的情況下作出上述行為。

37. 嫌犯(A)、(B)及(C)購買、運輸、持有、讓與及交易上述物質，目的是為了獲得或企圖為自己或他人獲得金錢利益。

38. 彼等嫌犯明知其行為是法律所處罰和禁止的。

在事發之日，第三嫌犯不滿 18 歲。

第一嫌犯每日最多服食一粒搖頭丸。

第二嫌犯每日服食約 2-3 粒搖頭丸。

第一嫌犯部分自認事實。

每月收入約澳門幣 4,500 元，須負擔父母及一名妹妹。學歷為中學肄業。

第二嫌犯部分自認事實。

無業，須負擔父母及四名妹妹。學歷為中學肄業。

第三嫌犯部分自認事實。

每月收入約澳門幣 3,000 元，須負擔父母及二名弟弟。學歷為小學肄業。

嫌犯們附於卷宗之刑事記錄證明無犯罪記錄。”

*

“ 下述事實未獲證實：

— 為了逃避警察當局之監視，嫌犯(B)事先收受前述之人之金錢，隨後命令他人（如嫌犯(C)及未成年人(G)）擔負交付麻醉品之任務；

— 嫌犯(B)將麻醉品交給嫌犯(C)及未成年(G)，後兩者接受麻醉品後，依照嫌犯(B)之指示，負責將麻醉品交給與嫌犯(B)已作好約定的年輕人及毒品依賴者；

— 在每次交易後，嫌犯(B)均向嫌犯(C)及(G)以報酬名義支付一筆固定金額；

— 第 2 嫌犯向未成年人(D)提供麻醉品，以便後者向其他毒品依賴者提供；

— 第 3 嫌犯自從 2000 年 4 月 13 日及 14 日起開始幫助第 2 嫌犯，作為販賣麻醉品之“中間人”；

— 嫌犯(C)透過傳呼機接收嫌犯(B)的指示，一般是在澳門的士高舞廳大門處將麻醉品（尤其是“搖頭丸”）交給指定之人，而作為出售對象的顧客一般事先將錢交給嫌犯(B)；

— 嫌犯(C)一共 15 次擔當這一角色，(B)每次均在事後給與嫌犯(C)澳門幣 100 元作為報酬；

— 未成年人(G)自 2000 年 5 月初起（即事發前 10 日）開始協助嫌犯(B)，在販賣麻醉品的活動中充當中間人角色，並在(B)的陪同下或獨自將麻醉品交給由嫌犯(B)指定之人；

— 在每次交易後，嫌犯(B)均向未成年人(G)支付澳門幣 200 元至澳門幣 300 元不等的報酬；

— 嫌犯(B)告訴未成年人(G)說，每天 2 時至 5 時，他必須陪同她前往 XXX 舞廳並接受指示；

— 第 2 嫌犯及第 1 嫌犯將麻醉品藏匿於澳門[地址(1)]的獨立住宅單位之房間內；

— 為了從事這一活動，嫌犯(B)儘管知道(G)及(D)是未滿 16 歲之未成年人，仍將麻醉品交給

他們並利用此等未成年人向年輕人及毒品依賴者散發；

— 嫌犯們合作並以共同約定方式作出上述行為。

未證實控訴書中與上述確鑿之事實情狀不符的其他任何事實。”

*

法院的心證基於“卷宗所載的證據，基於對嫌犯們之聲明進行的批判性及比較性分析，基於被詢問的證人之證言。”

還認定，“對於本案屬重要的有：嫌犯的部分自認，尤其第一嫌犯在指出向第二嫌犯讓予 30 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片時所作的自認；第二嫌犯在指出已經多次向第一嫌犯購買二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片時的自認，以及其向第三人尤其向第三嫌犯讓予這些藥片的自認；第三嫌犯在指出獲支付報酬後曾協助第二嫌犯給未成年人(G)7 粒藥片時的自認。

另一方面，未年人(G)及(D)聲明曾向第二嫌犯取得二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片。然而兩名未成年人均表示當時第二嫌犯不知道他們是未滿 16 歲的人。

還應當強調司警人員的證言，證言中詳盡地描述了在偵查中為發現真相所採取的措施；以及海關人員關於扣押第二嫌犯交的藥片所作的證言。”

法律

三、首先，我們認為宜載明下列內容：

— 正如所知，鑑於澳門《刑事訴訟法典》第 402 條的規定，上訴應具闡述理由，即製作一份文書，其中須詳細列舉上訴之（事實上的及法律上的）依據及分條指出上訴人將其請求理由予以總結或概括之結論，否則駁回上訴。

因此，我們一向認為，結論應當只是理由闡述文本中提出的依據的摘要，因此正如已被陳述但未包含於結論中的事宜屬不重要一樣，以在理由陳述中並不存在的陳述的摘要形式而出現者，因其未被陳述，同樣亦屬不重要；（參閱本中級法院第 83/2002 號案件的 2002 年 6 月 27 日合議庭裁判以及最近第 194/2002 號案件的 2002 年 10 月 31 日合議庭裁判）。

在本卷宗的情形中，現上訴人在其結論“第 6 點”中指出，其上訴標的之合議庭裁判存有“澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及 c 項包含的瑕疵...”。

然而經分析從中得出上文轉錄的結論的全部理由闡述，發現上訴人對於所謂第 400 條第 2 款 c 項包含的瑕疵（即“證據審查中的明顯錯誤”這一瑕疵）隻字未提。

因此，按照我們一向的裁判 — 且鑑於我們沒有發現這種“錯誤”的存在 — 我們對上訴的審理限於載於所提出的闡述且亦見於結論中的“問題”。

讓我們繼續分析。

現在我們審理所指責的“依澳門《刑事訴訟法典》第 261 條可以更正的文誤”（結論第 4 點及第 5 點）。

我們看看。

正如上文所敘述，現上訴人被指控觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款至第 3 款規定及處罰的一項販賣罪。

對上述第 8 條第 3 款之提述，與同樣指控現上訴人“販賣”“去甲三唑安定（Estazolam）”這一事實相關，該物質是第 5/91/M 號法令附表四所列物質。

由於這沒有被證實，因此上訴人的觀點是，原審合議庭沒有“就這個事實在終局裁判中之影響予以表態...”。

儘管控訴書文本使用了這一“格式”（即提及“第 8 條第 1 款至第 3 款”），肯定的是，根據視為確鑿的事實事宜，原審合議庭僅基於第 8 條第 1 款便作出了判處現上訴人之裁判。我們認為 — 在此方面姑且無論這項裁判的適當性如何，我們對此將在下文繼續分析之 — （在按照澳門《刑事訴訟法典》第 361 條的“更正”層面上）這並無不當。

事實上，儘管上訴人被控販賣不同附表認別的製品，並因此使他的行為可被納入第 8 條第 1 款及第 3 款，但我們相信毫無疑問的是，這種情形並不使他以真實競合形式成為兩項（而非一項）

販賣罪的正犯。

況且，在控訴書本身中只提出了一項販賣罪；（參閱第 312 頁背頁）。

因此，雖然在被上訴的合議庭裁判中可明確提及這一事實並具體列舉這項情節，但我們認為並無作出值得更正的文誤。

— 因此，我們相信此等“初步問題”已獲解決，現在應當審理現上訴人不服的“真正”理由。

鑑於其結論，此等真正理由是：“獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵使上訴人被判為第 8 條第 1 款販賣麻醉品罪之正犯以及對他科處了其認為過度的“刑罰份量””。

首先我們審理該項“不足”。

在此，上訴人認為“未具體查明藥片成份中含有的二甲（甲烯二氧）苯乙胺製品之量”。

事實上，從事實事宜中只搜集到現上訴人向嫌犯(B)出售了“30 粒綠色藥片”，這些藥片經化驗查明“含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺”——第 5/91/M 號法令附表 II-A 所列物質。

就與本案相同的問題，我們已經表明：“儘管販賣罪（任何形式的販賣罪）是危險犯罪，必須認為擬以此罪所處罰的，是對第 5/91/M 號法令多份附表所列的物質及製劑的“販賣”（廣義）”；（參閱本中級法院第 39/2002 號案件的 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判所附的本席表決聲明）。

我們謹認為，在諸如本卷宗的情形中，應當考慮販賣標的／藥片中所含的“物質或製劑之量”，（而不僅僅是藥片之量），以從中評判上訴人的行為，將之定性（或不定性）為觸犯第 8 條（如本案發生那樣）或第 9 條（少量販賣）之犯罪。

事實上，在藥片是“由非法違法或秘密實驗室製造的”情況下，只有這樣才能以必要的安全性及肯定性，查明作為該等販賣標的之“物質”能否被視為“少量”，並據此作出相應之法律定性。

這一見解也是終審法院所採納的見解；（參閱第 7/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判）。

行文至此，必須定出欠缺具體指明上述“30 粒藥片”所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺淨量的應有後果。

有待闡述的問題不是新的，也一直是明示審理的標的。

除了主張沒有必要以淨量對有關“物質”予以量化以便可以進行相應的法律定性之裁判以外——我們謹對此等裁判不表認同——還存在著因此而認為存有“獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵”之裁判。

我們一直在此意義上作出裁判；（參閱第 26/2002 號案件及第 41/2002 號案件範疇內的 2002 年 5 月 16 日合議庭裁判）。

然而，最近在 2002 年 10 月 9 日合議庭裁判中，面對相同問題，終審法院表明如下態度：

“根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定，如果在控訴書或起訴書中未描述一些事實，辯護書也未提出這些事實，且在聽證過程中未從這些事實中得出結果使人有依據懷疑這些事實的發生，則在該等事實方面不存在已獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。”

因此，面對根據視為確鑿的事實情狀是否可將嫌犯的行為納入構成第 8 條第 1 款規定的販賣罪這一有疑問的情形——這一情形乃是由於欠缺具體列明所販賣的“毒品”的淨量而產生——經適用有疑義時利益歸於被告原則，裁定將其被控訴之該犯罪作出轉換，判該嫌犯作為第 9 條規定之犯罪（即少量販賣罪）的正犯。

如果我們判斷正確，這一見解以“刑事訴訟標的”這一概念為基礎。正如所知，這一概念限定並確定法院的審理權（以及裁判已確定的案件的延伸），學說在“法院受約束”的範疇內一直對該問題予以處理，並且與刑事訴訟標的的同一性及一致性原則聯繫起來，同時與嫌犯辯護保障聯繫起來。

因此，按照這一見解，認為乃是透過控訴（或起訴）而訂定訴訟標的。

無疑，因我們的刑事訴訟是具控訴結構的刑事訴訟，（作為原則），應如此認定。

因此，在本案中，考慮到檢察院在控訴書中對於有關“30 粒藥片”包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺之淨量隻字未提，同樣肯定的是，上訴人沒有對此作出答辯，且不存在任何跡象顯示審判中曾提出這個方面，如何裁判？

是否應當對現被指控的上訴人之控訴作出轉換，判現上訴人觸犯一項少量販賣罪？

儘管我們非常尊重各種不同的意見，我們謹相信不應如此。

事實上，澳門《刑事訴訟法典》沒有接納純粹的具控訴結構的刑事訴訟，而是以“調查原則”貫穿訴訟，同時亦考慮形成該制度的調查原則以及事實真相原則。

不應忘記調查原則在證據事宜中有它主要適用範圍。

然而，我們認為由控訴書所界定的訴訟標的亦不應當被視為“混凝土板塊”且絕對的“密封”，不能對它進行（簡單的）擴展或澄清。

我們的觀點是，控訴書不以絕對不可改變並且在程序上不可補救的方式確定訴訟標的，從而根據控訴書使法院不得在考慮其認為適當的法律上的解決辦法的情況下，以控訴書所載的事實為基礎深化或發展它；（在此方面，參閱最高法院第 869/98 號案件的 1998 年 11 月 12 日合議庭裁判及第 368/2002 號案件的 2002 年 2 月 21 日合議庭裁判）。

關於這一“問題”，Castanheira Neves 如此寫道：

“我們理解到，一方面，對訴訟標的的確定及限定肯定應以成為一種保障為指引（這一保障就是：只有被控訴的方可被辯護，且只有被控訴的方可被審判。因為無論是控訴還是判決均同樣是肯定地對一項相關的及有效的辯護的基本保障，保障不會遇到突如其來的歸罪，並由此保障作出符合實際的審判），但是另一方面，對訴訟標的予以確定及限定的目的，還在於使對被控訴的不法行為的調查及對其公正及適當的審判不被落空。

換言之，在訴訟標的問題上，我們遇到了刑事訴訟本身的法律問題，即：是否必須在平衡考慮下述兩者——一方面是適用刑法（並對所觸犯的不法行為作出有效追究及判處）這一公共利益，另一方面是被告無條件享有的有效辯護權及其精神人格受尊重之權利——的基礎上，找到對訴訟標的問題的公正解決辦法，從而使訴訟標的問題的有效解決辦法只是對該標的所涉及的各個方面問題的解決，並同時體現為上述權利及利益之間的公正平衡。因此，對訴訟標的的識別不能如此僵硬及狹隘，以至於阻礙對被歸責的不法行為及其相關責任作出充分廣闊的及適當的澄清；但同時也不應該具有如此寬鬆及不確定的界限，以至於取消控訴原則所包含的、界定訴訟標的之舉所期望的保障”；（載於“Sumários Criminais”）。

因此，在我們看來，應在考慮到嫌犯辯護的保障——顯然對它不能作出任何限制——以及刑事訴訟為伸張正義並取得事實真相之（其他）目的的基礎上對問題予以審理。

在本卷宗，現上訴人被控觸犯一項第 8 條第 1 款的販賣罪，因為他實施了的販賣（經證實）含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺百分比之 30 粒藥片等行為。

那麼，移送卷宗以查明這 30 粒藥片中所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺百分比，是否超越了訴訟標的並從而影響了上訴人之辯護，抑或只是為了對案件作出良好裁判的“澄清”？

我們相信，它只是簡單的“澄清”。因為藥片是相同的，上訴人對上述藥片及已述的被控訴的犯罪罪狀已有準備。我們認為，移送卷宗似乎不會影響對嫌犯辯護的保障，而首先是謀求一項基於事實真相並符合刑事訴訟法真正目的之公正裁判。

從根本上說，只是對前述 30 粒藥片中已知存在的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的百分比予以量化，其目的是使一項相應的裁判成為可能。

因此——正如助理檢察長正確指出，必須將調查原則這一體現法官負責澄清並獨立調查受審事實（即使已存在控方及辯方的貢獻）之權利義務的原則置於次要地位，使其為法官之裁判創造必需之基礎——要求移送卷宗以重新審判，以（透過可能的手段並遵守辯論原則）查明有關藥片中所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺淨量，並隨後作出相應的新裁判（參閱澳門《刑事訴訟法典》第 418 條）。

決定

四、綜上所述，合議庭裁判提出的上訴理由成立，命令準確依照裁定內容移送卷宗。
無須繳納訴訟費用。
公設辯護人服務費定為澳門幣 1,500 元。

José M. Dias Azedo (司徒民正) (裁判書製作法官) — 蔡武彬 —
賴健雄 (具表決落敗聲明)

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Votei vencido relativamente a todos os fundamentos e conclusão do acórdão, passo agora a explanar razão e posição sobre a minha disconcordância com o Acórdão antecedente.

O acórdão entende que tem de apurar o peso líquido dos comprimidos contidos de MDMA envolvidos neste caso ou a sua percentagem a fim de dotar de suficientes factos para delimitar se a conduta do recorrente se enquadra no tipo previsto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Dispõem o artigo 8.º e o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M os seguintes:

Artigo 8.º (Tráfico e actividades ilícitas)

1. Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5.000,00 a 700.000,00 patacas.

2. Quem, beneficiando de autorização nos termos do diploma referido no artigo 6.º, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar para que outrem introduza no comércio substâncias e preparados referidos no número anterior, será punido com prisão maior de 12 a 16 anos e multa de 5.500,00 a 900.000,00 patacas.

3. Se se tratar de substâncias e preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2.000,00 a 225.000,00 patacas.

Artigo 9.º (Tráfico de quantidades diminutas)

1. Se os actos referidos no artigo anterior tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, a pena será a de prisão de 1 a 2 anos e multa de 2.000,00 a 225.000,00 patacas.

2. Se se tratar de substâncias ou preparados compreendidos na tabela IV, a pena será a de prisão até 1 ano e multa de 1.000,00 a 75.000,00 patacas.

3. Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente.

4. Ouvidos os Serviços de Saúde, o Governador, mediante decreto-lei, poderá concretizar, para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico, a quantidade diminuta, para efeitos do disposto no presente artigo.

5. A concretização a que se refere o número anterior será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

Quanto à definição de quantidade diminuta, veio o legislador estipular no artigo 9.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 5/91/M: “Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, reportando-se à quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente.”

As drogas envolvidas no presente caso são MDMA, abrangidas pela Tabela II-A da lista referida no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

De acordo com a investigação feita nesta área, este tipo de droga apresenta-se sob a forma de comprimido, cápsula de plástico ou de pó. (cfr. página cibernética do Ministério de Justiça dos EUA www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm).

Pelo que, pessoalmente considero que a “quantidade diminuta” deve ser definida de acordo com os padrões diferentes, sob forma diferente da aparência do MDMA.

Quanto à mesma questão, o acórdão de 4 de Abril de 2002 do Processo n.º 39/2002 (com declaração de voto) explicitou os padrões que deviam ser cumpridos, acórdão esse que define os padrões da “quantidade diminuta” de acordo com a forma da aparência da droga em causa: 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” estipulada no art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M; 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 determinar se se trate de “quantidade diminuta”.

Apesar de os dois critérios acima expostos serem medidos pelas unidades diferentes, há uma característica idêntica: sem qualquer técnica laboratorial, permite a traficante ou comprador/consumidor ou pela vista ou através de simples instrumento de medir peso a saberem a sua quantidade. Quanto ao traficante ou comprador, a venda ou o consumo dependem dos próprios olhos ou do seu próprio juízo sobre a quantidade, nada tem a ver com instrumento laboratorial que consegue determinar o peso líquido da pureza da substância.

O mesmo entendimento tem-se reflectido na jurisprudência dos tribunais de Macau. Na falta de concretização legislativa sobre o *quantum* da “quantidade diminuta”, os tribunais de Macau têm entendido que, geralmente, como por exemplo da heroína, cujo consumo individual durante 3 dias é de 6 g. Porém, a maioria absoluta dos tribunais ou até todos os tribunais ao proferirem acórdão condenatório pela prática de crimes deste género, nunca actuam conforme a pretensão sugerida por este Tribunal Colectivo, ou seja, submeter a heroína apreendida ao exame laboratorial para extrair a substância da heroína e medir a pureza desta substância a fim de confirmar se o peso líquido desta substância pura da heroína integra na “quantidade diminuta” estipulada no artigo 9.º do Decret-Lei n.º 5/91/M.

Do conhecimento geral dos sectores jurídico e policial, não há heroína com pureza de 100% que se vende no mercado.

De acordo com os dados tirados da página cibernética do Ministério de Justiça dos Estados Unidos, na década 90 do século XX, a heroína que se vende nas ruas geralmente tem apenas uma pureza variada de 1 a 10%, apesar de recentemente a pureza da heroína proveniente da África do Sul ser atingível a 98%, a pureza média da heroína dos Estados Unidos inteiros é de 41%.

(cfr. página cibernética do Ministério de Justiça dos Estados Unidos www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm)

As autoridades policiais de Hong Kong e Macau distinguem a pureza de heroína pelos n.º 3 e n.º 4 a pureza de heroína que varia de 10% a 70% é classificada como heroína n.º 3 enquanto a pureza superior a 70% como heroína n.º 4.

Pelo exposto, se o padrão foi adoptado de acordo com o entendimento defendido no Acórdão antecedente, indubitavelmente, pondo em causa a definição da razoabilidade consagrada na habitual jurisprudência dos tribunais de Macau sobre a “quantidade diminuta” da heroína, na medida em que, se fosse aplicado o entendimento aprovado pela maioria dos votos que fizeram vencimento no seio do presente Tribunal Colectivo, a droga proibida apreendida, quando se trata da heroína, ia ser submetida, antes de mais, ao exame para apurar a sua pureza, ou seja, excluir em primeiro lugar outras substâncias alheias a heroína a fim de definir o peso líquido da heroína com pureza de 100% e com base nisso para determinar se a venda ou posse desta substância é de “quantidade diminuta”. Se fosse assim, nalguns casos antigos cujo acórdão condenatório foi proferido com os fundamentos de que a substância da heroína em pó excede um pouco mais de 6g, que depois de ter sido submetida ao exame laboratorial, poderia ter, com grande possibilidade, um resultado de que a heroína pura tivesse um peso líquido inferior a 6g. Como o exemplo do acórdão de 9 de Abril de 1997 proferido pelo então Tribunal Superior de Justiça no Processo n.º 638 (cfr. Jurisprudência 1997 Tomo I, Págs. 400) em que os fundamentos factuais da condenação se baseiam na busca da heroína em pó de cor de arroz com peso total apenas de 8.4g, e não se baseiam na busca da heroína em pó de pureza de 100% com peso líquido total de 8.4g. Na altura, o então Tribunal Superior de Justiça não julgou eivado do vício da insuficiência dos factos o acórdão condenatório proferido nos termos do tipo legal previsto no aludido artigo 8.º pelo tribunal *a quo* sem o apuramento do peso líquido da substância da heroína de pureza de 100%. Pelo exposto, é improcedente o entendimento do acórdão que fez vencimento quanto aos fundamentos e à conclusão, a razão é muito simples: o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exige ao tribunal determinar uma determinada droga proibida se é quantidade diminuta antes de definir o peso líquido da substância desta droga, exigindo apenas ao tribunal, ao definir uma determinada droga proibida se é “quantidade diminuta”, dever considerar as regras da experiência e o entendimento geral para determinar se é “quantidade diminuta” a quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente. Um outro exemplo pode consultar no acórdão de 14 de Outubro de 1998 do Processo n.º 900 do então Tribunal Superior de Justiça (cfr. Jurisprudência 1998 Tomo II, pág. 517) em que os fundamentos factuais da condenação se baseiam na busca da heroína em pó de cor de arroz de pureza não apurada com peso líquido total de 9.353g.

Na habitual jurisprudência dos tribunais de Macau há circunstâncias e fundamentos semelhantes às circunstâncias do presente caso concreto, nomeadamente quanto aos comprimidos de MDMA, pelo que considero que o mesmo entendimento deve ser aplicável ao presente caso.

Ademais, os factos provados pelo tribunal *a quo* foram os seguintes:

.....
O arguido (A) é também conhecido por "(A1)", e a arguida (B) tem como alcunha "(B1)" e "(B2)".

Desde data não apurada do ano 2000 os arguidos (A) e (B) começaram a dedicar-se à venda de estupefacientes, essencialmente "ecstasy", aos jovens e toxicodependentes em Macau, nomeadamente nas discotecas e estabelecimentos nocturnos, com o fim de obter benefícios patrimoniais.

Por mais de três vezes, através do telemóvel n.º XXX do arguido (A), a arguida (B) contactou com este, a fim de obter comprimidos de "ecstasy", para depois revender às pessoas acima referidas a preços mais elevados.

A arguida (B) também chegou deslocar-se à China para adquirir estupefacientes, tais como comprimidos de diazepam, levando-os para Macau, para depois revende-los a terceiros.

Para por em prática as actividades de transacção, a arguida (B) dizia aos jovens e toxicodependentes que podiam contactar com ela através do seu telemóvel com n.º XXX.

Os toxicodependentes e jovens de Macau contactavam com a arguida (B) através do número de telemóvel acima mencionado, a fim de combinar o local e a hora da entrega de estupefacientes.

Assim, (B) forneceu por três vezes, estupefacientes à menor (D), essencialmente comprimidos de ecstasy.

No dia 25 de Abril de 2000 pelas 21H30 no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, quando os agentes da PMF estavam a prestar as suas funções, encontraram no bolso das calças da arguida (B), uma caixa de diazepam "Su Lok" fabricada pela Fábrica de farmacêuticos de Wu Pak, contendo 150 comprimidos de cor branca, tendo cada um comprimido 1 mg.

Submetidos ao exame laboratorial, tais comprimidos continham "Estazolam", substância abrangida pela Tabela IV da lista anexa ao DL n.º 5/91/M de 28 de Janeiro.

Tais produtos foram adquiridos pela arguida (B) nesse mesmo dia em Kong Pak da China, numa farmácia desconhecida, pelo preço de dez renminbis (RMB 10.00). A arguida conhecia as suas características e sua natureza, não obstante detinha tais produtos para vender a outros, a fim de obter rendimentos patrimoniais.

No dia 16 de Maio de 2000 pelas 2H30 em frente da paragem de autocarros do Bairro da Concórdia, os agentes da PJ interceptaram um automóvel particular com matrícula n.º MH-XX-XX. Na altura, tal automóvel estava a ser conduzido por (E), estando (F) e a menor (D) dentro do automóvel.

Dentro da mala que a menor (D) levava, os agentes da PJ apreenderam um frasco transparente, contendo um comprimido de cor cor-de-rosa, e submetido a exame laboratorial, tal comprimido continha "MDMA", substância abrangida pela Tabela II-A da lista anexa ao Decreto-lei n.º 5/91/M de 28 de Janeiro.

Foi também apreendida uma caixa de cigarros Marlboro de cor verde, contendo um cigarro artesanal, e submetido ao exame laboratorial, continha "Canabis Sativa L", substância abrangida pela Tabela I-C da lista anexa ao DL n.º 5/91/M de 28 de Janeiro, com peso bruto de 0.194 gramas.

No corpo da menor (D) foi ainda encontrado um aparelho de recados da Companhia de Telecomunicações XXX com número XXX da marca Motorola, que servia como instrumento de contacto na actividade de tráfico de estupefacientes, e foi também encontrado dinheiro proveniente dessa actividade, isto é, quinhentas patacas (MOP 500,00) e quinhentos dólares de Hong Kong (HKD 500,00).

Desde data não apurada do ano 2000 nas discotecas e estabelecimentos nocturnos, a menor (D) começou a vender e ceder por várias vezes, ecstasy a jovens, entre os quais (E) e (F).

A menor (D) obteve tais comprimidos de "ecstasy", contactando com a arguida (B) através do seu telemóvel, e revendia-os a terceiros pelo preço de cento e vinte patacas (MOP 120,00).

Nesse mesmo dia, pelas 3H30 a menor (D) colaborando com os agentes da PJ, contactou com a arguida (B), pedindo o fornecimento de comprimidos de "ecstasy", e as duas combinaram fazer a entrega à porta de "XXX Bar" sita no NAPE.

A arguida (B) entregou um número de comprimidos de "ecstasy", previamente combinado com a menor (D), ao arguido (C), dizendo-lhe para esperar o menor (G) no Instituto XXX, para fazer a entrega dos comprimidos.

A arguida (B) disse ainda ao menor (G) para encontrar-se no local acima referido, para receber do arguido (C) os 7 comprimidos de "ecstasy", e depois o mesmo (G) levá-los à porta de "XXX Bar" da NAPE para entregá-los à menor (D).

Depois de os dois se encontrarem, de acordo com as indicações da arguida (B), o arguido (C) combinou com o menor (G) para depois da referida transacção, encontrar-se à porta da Discoteca XXX.

Nesse mesmo dia, pelas 4H30 quando o menor (G) chegou à porta de "XXX Bar", o mesmo foi interceptado pelos agentes da PJ, e nas mãos dele foi encontrado uma caixa de Marlboro de cor

branca, contendo um embrulho plástico transparente com 7 comprimidos de cor cor-de-rosa, e submetido ao exame laboratorial, tais comprimidos continham "MDMA", substância abrangida pela Tabela II-A da lista anexa ao Decreto-lei n° 5/91/M de 28 de Janeiro, e um telemóvel com n° XXX.

De seguida, os agentes da PJ deslocaram-se à porta da Discoteca XXX sita na XXX, e detiveram o arguido (C), e no corpo dele foi encontrado um aparelho de recados da Companhia de Telecomunicações XXX com n° XXX e oitocentas e cinquenta patacas (MOP 850.00).

O arguido (C) recebeu da arguida (B) cem patacas (MOP 100,00) a título de recompensa, pela entrega de comprimidos ao menor (G).

E o menor (G) iria receber da arguida (B) duzentas patacas (MOP 200,00) a título de recompensa.

No dia 18 de Novembro de 2000 pelas 4H15 à porta do Hotel XXX sita na Estrada da Vitória, os agentes da PJ interceptaram a arguida (B), e dentro da sua mala de cor preta foi encontrado um saco plástico transparente, contendo 30 comprimidos de cor verde e um telemóvel com n° XXX.

Submetido ao exame laboratorial, tais comprimidos continham "MDMA", substância abrangida pela Tabela II-A da lista anexa ao Decreto-lei n° 5/91/M de 28 de Janeiro.

A arguida (B) detinha tais comprimidos, para ceder aos amigos desconhecidos que estavam à espera na discoteca "XXX Club".

Tais comprimidos foram adquiridos pela arguida (B) ao arguido (A), através do seu telemóvel n° 6839926.

No mesmo dia, ou seja, no dia 18 de Novembro de 2000 pelas 5H30 com a colaboração da arguida (B), os agentes da PJ detiveram o arguido (A) à porta do Hotel XXX, e no seu corpo foi encontrado um telemóvel com n° XXX e dinheiro proveniente da actividade de tráfico de estupefacientes, isto é, cinco mil e seiscentos dólares de Hong Kong (HKD 5.600,00) e cinco mil e cem patacas (MOP 5.100,00) (vide auto de apreensão a fls. 11).

O arguido (A) adquiriu tais 30 comprimidos de "ecstasy" a um indivíduo de nome "(H)", pelo preço de oitenta patacas (MOP 80,00), e segundo foi combinado, o arguido entregava-os à arguida (B).

Posteriormente, nesse mesmo dia, os agentes da PJ deslocaram-se à fracção sita na [Endereço (1)], e nela foram encontrados os seguintes objectos:

— Três caixas de diazepam "Su Lok" fabricadas pela Fábrica de Farmacêuticos de Wu Pak, contendo 750 comprimidos de cor branca, e uma embalagem com peso bruto 9.355 gramas de pó branco, e submetido ao exame laboratorial, continham "Estazolam", substância abrangida pela Tabela IV da lista anexa ao Decreto-lei n° 5/91/M de 28 de Janeiro, e a marca e espécie dos comprimidos são exactamente iguais às que constam no art° 11° da presente acusação ou seja às dos comprimidos que a arguida (B) trazia da China para Macau (vide fls. 59 e fotografia a fls. 31 do Apenso n° 3109/2000).

— Dois comprimidos, um de cor de laranja e outro de cor amarela, e submetidos ao exame laboratorial, continham "MDMA", substância abrangida pela Tabela II-A da lista anexa ao Decreto-lei n° 5/91/M de 28 de Janeiro.

— Um recipiente de vidro.

— Um frasco de vidro.

— Uma colher metálica.

— Uma balança electrónica da marca BONSO.

— Uns papéis de embrulho multicolores.

Tal fracção foi arrendada por um indivíduo de nome "(I)".

No entanto, a arguida (B) e o arguido (A) reuniam com outros jovens na tal fracção.

Nesse dia, quando os agentes da PJ foram à tal fracção para fazer busca, foi a arguida (B) que comunicou a (J) para entregar as chaves.

Durante as diligências, o arguido (C) colaborou por várias vezes com os agentes da PJ, fornecendo elementos, que acabaram por contribuir para a detenção da arguida (B).

Todos os arguidos conheciam as características de tais produtos: todos agiram livre, consciente e voluntariamente.

Os arguidos (A), (B) e (C) adquiriram, transportaram, detinham, cederam e transaccionaram tais substâncias, com o intuito de obter ou procurar obter benefícios patrimoniais.

Bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Os factos acima transcritos demonstram que o recorrente (A) detinha em ocasiões diferentes no total de 30 comprimidos contidos da substância de MDMA.

De acordo com os dados tirados da página cibernética do Ministério de Justiça dos Estados Unidos, MDMA foi normalmente tomado pelo seu consumidor por via oral na forma de comprimido ou cápsula de plástico, que produz eficácia de 4 a 6 horas.

(cfr. página cibernética do Ministério de Justiça dos Estados Unidos. www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm)

Ademais, segundo a perícia e informação emitidas pela Direcção dos Serviços de Saúde, constantes de fls. 167 a 236 dos autos, quanto a comprimidos contidos da substância de MDMA que se circulam no mercado de abusadores de drogas de Macau, sugere-se que a quantidade para o consumo de um dia de 1 a 3 comprimidos, ou seja, de 3 a 9 comprimidos durante 3 dias, pelo que, conforme o grau de execução da lei (generosa ou rigorosa), consideram-se “quantidade diminuta” tanto o n.º de 3 comprimidos contidos da substância de MDMA como o n.º de 10 comprimidos contidos da substância de MDMA.

A nível da teoria geral da criminalidade, o dolo do agente é constituído por elemento cognitivo e elemento volitivo, *in casu*, o elemento cognitivo de agente (A) recai sobre os 30 comprimidos contidos da substância de MDMA, em vez da substância de MDMA com determinado peso líquido, enquanto o elemento volitivo do agente relaciona-se com a posse e a venda destes comprimidos em vez do peso líquido da substância de MDMA contida nestes comprimidos. Sem margem para dúvidas, ao guardar tais drogas, o agente não calcula, como unidade de quantidade, o peso líquido da substância de MDMA contida nos comprimidos, mas sim apenas o n.º de comprimidos. Se se admite como fundamento a argumentação defendida pela maioria no Tribunal Colectivo, a constituição de crime dependa do claro conhecimento tomado pelo agente sobre o peso líquido de MDMA contido nos respectivos comprimidos? Caso contrário, os factos criminosos não podem imputar aos agentes pela forma dolosa, mas sim apenas pela forma culposa!

Pelo exposto, de acordo com as regras da experiência e conhecimento geral referidos no artigo 9.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 5/91/M, a quantidade de 30 comprimidos contidos da substância de MDMA, independentemente do *quantum* do peso líquido da pureza de MDMA, excede obviamente o necessário para consumo individual durante três dias para um homem médio (*reasonable man*).

Ademais, a jurisprudência dos tribunais de Macau tem entendido que, tendo em conta a protecção de bem jurídico, a quantidade para considerar se o acto praticado pelo agente satisfaz ao tipo fundamental do crime de tráfico consagrado no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M ou ao tipo privilegiado consagrado no artigo 9.º, calcula-se não apenas a quantidade de drogas apreendidas nos casos concretos, mas também a de drogas que está na posse do agente num determinado período de tempo a serem destinadas a vender aos terceiros.

(Ac. de 19 de Maio de 1999 proferido pelo então Tribunal Superior de Justiça no Processo de recurso penal n.º 1068 - cfr. Jurisprudência 1999, I, págs. 734)

Porém, o entendimento defendido no Acórdão antecedente causa necessariamente a perda da racionalidade e controlabilidade, pois, se insistíssemos no apuramento do peso líquido da substância da determinada droga proibida apreendida através do exame laboratorial, gostaria de perguntar: Como podíamos efectuar o exame sobre a substância já vendida ou até já consumida? A insistência deste entendimento necessariamente resultou em que, apesar de verificar que o agente vendeu, num determinado período de tempo, produtos contidos das substâncias proibidas ou os detinha para vender aos terceiros, não é suficiente para os fundamentos factuais da condenação, pois, impossível se torna a realização do exame laboratorial sobre os produtos não apreendidos para apurar o peso líquido da substância pura da droga proibida.

A nível da política criminal, a moldura penal prevista no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M (com pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5,000 a 700,000 patacas) está patente um espírito legislativo que visa proteger o bem jurídico através da aplicação das penas severas. O tipo privilegiado previsto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M (apenas com pena de prisão não superior a 2 anos e multa de 2.000,00 a 225.000,00 patacas) apenas se aplica efectivamente ao caso especial envolvido na droga da quantidade diminuta. No caso sub judice, se os 30 comprimidos contidos da substância de MDMA que se vendem no mercado dos abusadores de drogas pudessem ser considerados como “quantidade diminuta”, afigura-se que esta conclusão carece de mínima força persuasiva que uma sentença judicial deve ter. Para um homem médio (*reasonable man*), “nunca pode ter um entendimento” de que a quantidade de 30 comprimidos é a “quantidade diminuta”! Nesta conformidade, se os comprimidos apreendidos que se contêm substância de MDMA tivessem uma quantidade não apenas de 30 comprimidos, mas sim de 1.000 comprimidos ou até 10.000 comprimidos, neste caso, se tivesse ainda de seguir o critério encontrado no entendimento aprovado pela maioria no presente Tribunal Colectivo e insistir em primeiro lugar no apuramento do peso líquido da substância pura de MDMA contida nestes comprimidos através do exame laboratorial no sentido de aplicar a pena de acordo com o n.º 1 do artigo 8.º.

Pelo exposto, não posso aderir ao fundamento de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada na sentença “a quo”, confirmado no Acórdão antecedente do Tribunal Colectivo de

recurso, ao contrário, entendo que é suficiente para o acórdão condenatório da matéria de facto provada na sentença “a quo”, pelo que, devendo-se manter a pena condenada.

Lai Kin Hong