

(譯本/Tradução)

販賣麻醉品罪
毒品數量
事實事宜不足
移送卷宗

摘要

一、當因未查明事實而使裁判的內文沒有包括對納入訂定罪狀之刑事規定屬重要之全部事實時，則存在事實事宜不足。

二、確定毒品的數量對於第 5/91/M 號法令第 8 條所列明之行為之歸罪非常重要，因為倘無此事實要素，法院就不能確定供個人三日吸食之“數量”，進而也就無法對是(大量)販賣還是少量販賣麻醉品作出正確的司法認定，亦無從準確地在量刑時評估不法程度及罪過程度。

三、當視為獲證明的事實中未查明禁用物質的數量時，就存在獲證明之事實事宜不足以支持裁判。

四、在 MDMA〔二甲（甲烯二氧）苯乙胺〕的特殊情況下，其劑量單位是毒品的毫克或克，而非“片數”，因為，根據實驗室分析，含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺的一粒藥片中，二甲（甲烯二氧）苯乙胺的含量可為 0 至 100 毫克，甚至包含有多種混雜物質，因此，準確查明其淨重量對於販毒罪相關罪狀所可能產生的刑事後果非常重要。

五、在已視為獲證實的事實中沒有包括片狀毒品中違禁物質的淨重，對於作出適當的法律決定是一個漏洞，這導致因存在事實事宜不足之瑕疵而移送卷宗。

2002 年 5 月 16 日合議庭裁判書

第 41/2002 號案件

裁判書製作法官：蔡武彬

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

嫌犯(A)和(B)在初級法院第 PCC-037-01-2 號卷宗中以合議庭普通程序接受審判。

經審判聽證，合議庭作出如下裁判：

a. 嫌犯(A)為第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之一項犯罪的直接正犯，判處其 8 年徒刑和澳門幣 5,000 元罰金，如不繳付罰金且未以勞動代替罰金，則轉換為 33 日監禁。

b. 嫌犯(B)為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定及處罰之一項犯罪的直接正犯，判處其 1 年零 4 個月徒刑和澳門幣 5,000 元罰金，或轉換為 33 日監禁；該法令第 12 條規定及處罰之一項犯罪的直接正犯，判處其 4 個月徒刑；一項該法令第 23 條 a 項規定及處罰之一項犯罪的直接正犯，判處其 1 個月徒刑；數罪併罰判處其 1 年 6 個月的單一徒刑，暫緩 3 年執行，及澳門幣 5,000 元罰金，如繳不付罰金且未以勞動代替罰金，則轉換為 33 日監禁。

嫌犯(A)對此判決不服，提出上訴，並提出上訴理由，現概括如下：

1. “已查明之事實表明，上訴人在大概 10 日的期間內僅交易 8 粒藥片及僅從上訴人處扣押了 20 片，其獲利總計澳門幣 160 元。

2. 化驗未查明每片中違禁物質的百分比，查明違禁物質的百分比方可使審判者確定地作出決定（此乃適用法律之要求），藉此才能就已查明之事實應適用第 5/91/M 號法令第 8 條抑或第 9 條作出決定。

3. 司法警察局的科學化驗室有技術條件查明上述百分比。

4. 因此，合議庭裁判出現了澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定之已獲證實之事實事宜不足以支援裁判之瑕疵，此瑕疵在判決文本中是明顯的，並引致對事實的法律適用錯誤（同條第 1 款）。

5. 被上訴之裁判還違反了罪刑相適應原則，因為已查明上訴人在少量片狀毒品的交易中只是一個小小的仲介。

6. 被上訴之法院完全沒有考慮嫌犯主動及完全自認的重要性及直至宣讀合議庭裁判時，嫌犯都嚴格遵守其被適用之非剝奪自由的強制措施，這一切均應引致對其特別減輕刑罰。

7. 被上訴的裁判違反了第 5/91/M 號法令第 8 條的規定及“疑問有利於被告”之原則，肯定的是，前指實體規範要求查明持有或交易之物品不屬於“少量”概念所指，因為，“少量”是將行為納入上述法令第 9 條的決定性因素。”

就嫌犯之上訴，檢察院作出答覆，其理由概括如下：

一 未發現任何已查明之事實不足以支持裁判。

— 就事實之整體而言，只能像已認定的那樣，適用 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款。

— 考慮到出售、交回及扣押的片劑的總數，重新進行化驗也不可能導致另一種刑事司法定性。

— 因此，鑑於此證明方法並無必要，故看不出法院依職權命令重新化驗的任何必要。

— 分析被上訴的合議庭裁判，未發現任何違反“疑問有利於被告”原則和罪刑相適應原則的情形，對上訴人判處之刑罰是根據澳門《刑法典》第 65 條所規定的法律標準確定的。

駐中級法院之助理檢察長提出了意見，認為上訴理由明顯不成立，應予駁回。

法定檢閱已畢。

茲予裁判。

就事實事宜，下列事實已獲確鑿：

— 2000 年 9 月 26 日 2 時 15 分許，在國際中心附近，嫌犯(A)和(B)被治安警察局警察截停。

— 經搜查，警察在嫌犯(A)的右前褲袋內搜獲一裝有 20 片橙色藥片（俗稱“搖頭丸”）的透明袋。

— 經化驗證實，上述藥片為 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 4 條所指之附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯丙胺。

— 經搜查，警察在嫌犯(B)的右前褲袋內搜獲四個裝有白色粉末的花紙包，白色粉末淨重 0.666 克。

— 經化驗證實，上述白色粉末含有 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 4 條所指附表二 B 中所列之甲基苯丙胺。

— 隨後，治安警察對嫌犯(B)位於[地址(1)]之住所進行搜索，並搜獲：

— A. 一件金屬的金色吸毒工具；

— B. 一張包有半片褐色藥片的錫紙，經化驗室化驗，顯示該藥片含有 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 4 條所指附表二 B 中所列之甲基苯丙胺和附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯丙胺；

— C. 多張剪裁好用於包裝毒品的紙；

— D. 10 包白色粉末，淨重 1.906 克，經化驗室化驗，顯示前述粉末含有 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 4 條所指附表二 B 中所列之甲基苯丙胺。

— 自 2000 年 9 月 15 日起，嫌犯(A)開始與一名叫(C)的男子聯絡，嫌犯(A)是於青洲 XXX 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。

— 嫌犯(A)從(C)處取得上指藥片，稍後再以每片澳門幣 120 元出售給藥物依賴者，每賣出 1 片，其可從中獲得澳門幣 20 元的報酬，而當其將未能出售的藥片交回(C)時，便會從中抽取上指款項。

— 嫌犯(A)依照(C)的指示，主要在本澳 XXX 的士高舞廳及 XXX 遊戲中心出售麻醉品，嫌犯與藥物依賴者接觸，並告知其可讓與及交易上述麻醉品。

— 2000 年 9 月 15 日，嫌犯(A)向(C)取得 20 片二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，並於當晚在 XXX 的士高舞廳內以每片澳門幣 120 元價格出售了 3 片。

— 2000 年 9 月 16 日，嫌犯(A)將 17 片未能出售的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片及澳門幣 300 元交給(C)，而嫌犯獲得澳門幣 60 元的報酬。

— (C)馬上又將 15 片二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片交給嫌犯(A)，嫌犯(A)於當晚在 XXX 的士高舞廳以每片澳門幣 120 元價格出售了 5 片。

— 9 月 17 日，嫌犯(A)再次遇見(C)，並將 10 片未能出售的藥片及澳門幣 500 元交給他，而嫌犯獲得澳門幣 100 元的報酬。

— 2001 年 9 月 25 日，嫌犯(A)再次向(C)取得 20 片二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，但因被拘留而未能出售。

— 嫌犯(B)一有需要，便會前往華士古花園向一被稱為(D)的男子取得和購買其所需之麻醉品，及在 XXX 的士高舞廳以每片澳門幣 130 元價格向身份不明之人購買二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片。

— 通常，嫌犯(B)每次以澳門幣 200 元價格向(D)購買 3 包麻醉品，最後這次以澳門幣 700 元價格購買了 10 包，用以轉售給第三人及 XXX 的士高舞廳的客人。

— 兩名嫌犯明知上述毒品的特徵及是在自由和有意識的情況下作出上述行為。

— 嫌犯(A)持有、取得、轉讓及出售上述毒品，目的是獲取或嘗試獲取金錢回報。

— 嫌犯(B)持有、取得、轉讓及出售上述混合成份之毒品，儘管為少量，但其目的是獲取或嘗試獲取金錢回報。

— 嫌犯(B)還擁有一用於吸毒之金屬工具，其知道法律禁止擁有該工具。

— 此外，嫌犯(B)還取得和持有一片用於自己吸食之二甲（甲烯二氧）苯乙胺。

— 兩名嫌犯明知法律禁止彼等上述行為。

— 第一嫌犯是汽車修理學徒，月薪澳門幣 4,500 元。

— 未婚，有父親及兩個妹妹需其供養。

— 自認事實，並非初犯。

— 未獲證實之事實：無。

指出合議庭用以形成心證之證據：

— 第一嫌犯的自認。

— 參與案件調查的治安警察局警察的聲明及公正無私的描述。

— 卷宗第 62 頁及隨後頁數所載之司警的化驗報告和第 120 頁及隨後頁數所載之醫生意見書。

— 對偵查期間搜集到並附於卷宗的文件的分析。

現審理法律問題：

一、審理順序

二、獲證明之事實事宜不足以支持裁判

三、決定

一、審理順序

上訴指責判決時提出了三個理由：

a) 適用法律錯誤，請求判處嫌犯第 5/91/M 號法令第 9 條規定及處罰之犯罪；或

b) 已獲證實之事實事宜不足以支持決定，因為卷宗中未查明每片中違禁物質的百分比，查明違禁物質的百分比方可使審判者確定地作出決定（此乃適用法律之要求），藉此才能就已查明之事實應適用第 5/91/M 號法令第 8 條抑或第 9 條作出決定。否則會導致將卷宗發回重新審理；或

c) 違反了罪刑相適應原則，因為法院沒有考慮嫌犯主動及完全自認的重要性，及未考慮直至宣判，嫌犯都嚴格遵守其被適用之非剝奪自由的強制措施，以及未將所判刑罰暫緩執行。

雖然上訴人選擇此順序對其提出之問題作出結論，但並不約束本上訴法院，本院可以根據邏輯順序，特別是考慮到某一問題之成立可能導致無須審議其他問題時，變更對相關問題的審理順序。¹

除非有更好的見解，我們相信，首先審理“不足以支持裁判”的瑕疵問題最為可取，因為我們覺得，此瑕疵如成立，其他問題的審理將成為無用之舉。

基於此，我們先審理此問題。

二、獲證明之事實事宜不足以支持裁判

上訴人以此為理由指責原判，認為未查明主要成份，而藉此可使審判者確定地作出決定(此乃適用法律之要求)，認定查明的事實應適用第 5/91/M 號法令第 8 條抑或第 9 條。

正如中級法院司法見解一貫認為，“當因未查明事實而使裁判的內文沒有包括對納入刑事歸罪條款屬重要之全部事實時，則存在事實事宜不足。”²

被上訴之合議庭裁判以視為獲證明之事實判處嫌犯犯有第 5/91/M 號法令第 8 條規定和處罰之販毒罪。

關於販賣麻醉品之行為，該法規定了三種類型：

- 少量販賣（第 9 條）
- 販賣—吸食者（第 11 條）
- 販賣（通常的，第 8 條）

相關的法律規定如下：

“第 8 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 9 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。

¹ 參閱本院第 25/2001 號案件合議庭裁判。

² 參閱第 92/2000 號案件 2000 年 5 月 16 日之合議庭裁判。

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。

第 11 條

（販賣—吸食者）

一、如違法者實施第八條所指之任一行為，然其目的僅為取得物質或製劑以作個人使用者，則處兩年以下之監禁，並科澳門幣二千元至五萬元之罰金。

二、如物質或製劑屬表四者，則監禁刑罰得根據刑法典之規定以罰金替代；如被判罪者為藥癮者，且根據第二十四條之規定須接受醫療者，則亦得根據該法典之規定中止執行監禁刑罰。”

根據上述法律規定，我們認為，麻醉品的數量，亦即違禁物質或製劑的數量對於認定上述犯罪是非常重要的，甚至是決定性的因素。

因為，例如，要認定少量販毒罪，就要求從獲證明之事實得出行為人種植、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 23 條所指之情形下，不法持有被禁的麻醉物質或製劑在數量上未超過個人 3 日吸食之份量；要認定販賣—吸食者之罪，還要求作出上述任一行為，其唯一的目的是為自己吸食而獲取少量的物質或製劑。

上述情況（包括第 23 條規定的情況）以外的行為則構成第 8 條規定的犯罪。

前高等法院的司法見解以及澳門特別行政區法院的司法見解均認為，由於沒有就毒品法第 9 條第 3 款所規定的“少量值”進行具體立法，一直將海洛因的少量值標準定為 6 克，³大麻的少量值為 7.2 或 8 克，⁴甲基苯丙胺的少量值為 6 克。⁵

確定毒品的數量對於第 5/91/M 號法令第 8 條所列明之行為之歸罪非常重要，因為倘無此事實要素，法院就不能確定供個人 3 日吸食之“數量”，進而也就無法對是（大量）販賣還是少量販賣麻醉品作出正確的司法認定，亦無從準確地在量刑時評估不法程度及罪過程度。

另一方面，麻醉品數量的確定完全取決於該麻醉品的種類。因此，司法見解又對個人 3 日吸食之“量”認定了不同標準。

因此，就本案而言，二甲（甲烯二氧）苯乙胺有多少呢？

卷宗資料可見，在上訴人身上扣押了 20 片含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片，法院還證實該嫌犯亦曾向另一人出售過 8 片含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片。但是，被扣押的藥片中該物質的淨重量或百分比沒有查明。

如上所述，高等法院的司法見解將甲基苯丙胺的少量值標準定為 6 克，我們相信，如果我們判斷正確的話，該司法見解所指的不是該物質的“純量”。

關於藥片狀的甲基苯丙胺，本中級法院第 39/2002 號卷宗最近的合議庭裁判（具表決落敗聲明）作出如下決定：

“一如被販賣之毒品純正，例如，以晶狀或粉狀出現，為查明是否‘少量’，應根據其純物質的淨重來確定其數量，以便適用 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條的法條罪狀，但是，如為片狀或丸狀的“合成”類型之毒品，為了該犯罪可能之刑事後果，則只應考慮其藥片數量。

—這一切的前提是，以片狀或丸狀製成的“合成”毒品，其中混合有多種物質，某些是主要的，某些是次要的，甚至有些成份不明，對其潛在消費者的健康更為有害，

由此可見，以下作法並不恰當，即僅確定第 5/91/M 號法令附表中所列的任何一種物質的淨重量及行為人販賣的每一片中該等物質的淨重量，用以確定是否適用該法令第 9 條認定的“少量販賣”。否則，將有違設定此減輕販毒罪之法律精神。

³ 參閱高等法院第 6/93 號案件 1993 年 6 月 9 日合議庭裁判；第 453 號案件 1996 年 4 月 24 日裁判；第 688 號案件 1997 年 7 月 9 日合議庭裁判；中級法院第 93/2000 號案件 2000 年 6 月 8 日合議庭裁判。

⁴ 參閱高等法院第 1068 號案件 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判；中級法院第 16/2001-II 號案件 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判及在第 213/2001 號案件 2001 年 12 月 13 日合議庭裁判。

⁵ 參閱高等法院第 1073 號案件 1999 年 6 月 2 日合議庭裁判。

—此外，此第9條沒有明確規定，不論何種具體情況，為適用其第3款，必須以物質或製劑的淨重量來確定其數量。

—根據1月28日第5/91/M號法令第9條第5款的精神，必須考慮到人類的經驗法則—此等法則對於確定該法令第9條第3款所規定的“少量”的定義乃屬重要，因此，無論如何不能接受，為上述第9條第3款的重要效力，含有甲基苯丙胺及氫胺酮的60片藥片構成的數量‘不超過個人三日內所需之吸食量’。”

懷著對不同意見之應有尊重，我們仍相信應接納該裁判表決聲明中所載觀點：“雖然是販毒罪（在任一方面來說），一項危險犯罪，須考慮要懲罰的是‘販賣’（廣義的）第5/91/M號法令各附表所列之‘物質及製劑’，因此，正如在本案中，我們還應指出這些‘物質及製劑’的‘數量’。”

在本文中，二甲（甲烯二氧）苯乙胺以藥片形狀出現，那麼是否只須衡量其藥片數量以確定其是否屬於“少量”？

讓我們首先對整體的毒品然後特別對二甲（甲烯二氧）苯乙胺作若干思考。

第39/2002號案件中所作的合議庭裁判的表決聲明中亦提到，毒品一般是以其來源、耐藥性⁶及效力（徵狀）分類。

因應其來源，可分為“植物性”、“有機”及“合成”，而就其效力，可分為“麻醉”、“壓抑”、“產生幻覺”及“刺激”，後三種通常亦稱為“精神科物質”。⁷

關於案中被扣押的二甲（甲烯二氧）苯乙胺，屬“刺激”類，可改變精神系統、使人產生錯覺及幻覺，如第5/91/M號法令第四條第二款中指出：“使人產生幻覺，或感官上產生嚴重錯覺”。

二甲（甲烯二氧）苯乙胺的化學名稱為“3,4-亞甲基二氧甲基苯丙胺”（第5/91/M號法令稱之為“ α -二甲基（甲烯二氧基）-3,4-苯乙胺”），亦稱為“搖頭丸”或“XTC”，當其以藥片形狀出現時，又稱為“搖頭丸”。正如甲烯基苯丙胺（多數稱為MDA，在美國稱為“愛丸”），兩者皆列於附表二A中，為在結構上與苯丙胺（刺激物）有關的物質之一，基本上效力相同，只是主要在人體吸收的方式及速度不同。

澳門特別行政區衛生局一個有關二甲（甲烯二氧）苯乙胺的研究（其報告附於卷宗第120至136頁）主要總結為：“二甲（甲烯二氧）苯乙胺的劑量單位是有關物質的毫克或克，而非‘片數’，因為，根據醫學分析，一片含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片，二甲（甲烯二氧）苯乙胺的含量可為0至100毫克，甚至包含有多種混雜物質。”⁸

該報告還指出：“二甲（甲烯二氧）苯乙胺的用量視個人反應而定，還要考慮體重、使用率、劑量的水準、使用了多長時間、使用者對毒品依賴的程度、屬普通抑或濫用者，以及視乎二甲（甲烯二氧）苯乙胺的純度及百分比。”

由這個研究及科學化驗，我們知道要確定一個普通吸食者一天的用量或劑量存在困難，但我們應該做的是為有關毒品的不法行為制定一個衡量的標準或準則。

因為，法律所處罰的販毒罪，是販賣（廣義的）有關物質及製劑的行為，而非販賣含有該些物質及製劑的藥片的行為。

可以肯定的是，正如卷宗第62至71頁所載的化驗報告指出，20片藥片被送往化驗，但只“驗出含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺及咖啡因的活性物質（咖啡因並不包含於前述法令的附表中）”，並沒有查明藥片中上述物質的淨重或百分比，甚或所扣押藥片的總重量。

根據澳門特別行政區衛生局的報告以及助理檢察長的意見，用以確定每天或三天用量的單位是毫克或克（中文本第362頁）。

因此，如無查明藥片中上述物質的重量或數量，我們就沒有準則—重要資料—去確定該些藥片是否屬於“少量”。

⁶ “耐藥性”是指人體承受一種特定物質的能力，而由此得出，因“過量”致死指超過已述的耐藥性。

⁷ 見第5/91/M號法令第4條。

⁸ 見 http://www.erowid.org/chemicals/mdma/mdma_dose.shtml，第46頁至第47頁。

相信這亦是毒品法的含義。

因此，基於卷宗內缺乏已扣押藥片所含物質或製劑的數量資料，實際上存在澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定之事實事宜不足以支持裁判，並導致根據該法典第 418 條之規定移送卷宗以重新審判。

對此問題作出決定，毋須審議其他問題。

俱經審議，現作出決定。

三、綜上所述，本中級法院合議庭裁判上訴理由成立，決定移送卷宗重新審判，以便利用可行的方法查明卷宗內扣押的藥片所含物質的淨重量。

無須繳付訴訟費用。

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

Declaração de voto vencido

Neste Colectivo, fiquei vencido no voto relativo aos fundamentos de decisão e resultado do presente recurso. Motivo pelo presente a minha posição de discordância com os votos vencedores:

O acórdão entende que é essencial apurar o peso líquido ou a percentagem do MDMA contido nos comprimidos em causa para determinar se se tratar de “quantidade diminuta” prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Nos termos dos artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M:

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 a 700 000 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 a 900 000 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 a 225 000 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 a 225 000 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 a 75 000 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.

Relativo à definição de “quantidade diminuta”, o legislador prevê no n.º 3 do artigo 9.º: “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.”

A droga que está em causa no presente processo é o 3, 4-Methylenedioxymethamphetamine compreendido na Tabela II-A, anexa ao artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, conhecido abreviadamente por MDMA.

De acordo com os estudos, esta droga apresenta-se geralmente em forma de comprimido, cápsula ou pó (ver a página de internet do *Department of Justice* dos Estados Unidos da América www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm).

Por isso, acho que se deve determinar a “quantidade diminuta” com critérios diferentes, consoante a forma de representação do MDMA.

Relativamente à mesma questão, o acórdão do TSI de 4 de Abril de 2002 do processo n.º 39/2002 (com declaração de voto), referiu concretamente que, consoante a forma de representação da droga em causa, determinam-se os critérios para “quantidade diminuta”: Se a droga em causa 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 tratar de “quantidade diminuta”, com relevância para a aplicabilidade do tipo legal do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M; e se, porém, a droga em causa for do tipo “sintético” em comprimidos ou pilulas, só é de considerar o número dos mesmos em termos de unidade para os efeitos penais eventualmente a relevar do mesmo tipo legal.

Embora os dois critérios referidos correspondam a diferentes unidades de medida, existe porém uma característica comum: o traficante ou o comprador/consumidor pode saber a sua quantidade através da distinção pelos olhos ou libra simples, não sendo necessário técnicas laboratoriais. Para o traficante ou o comprador, o tráfico ou o consumo depende do que vê ou conhece e não duma quantidade de substância pura cujo peso líquido está determinado pelos instrumentos laboratoriais.

Na realidade, o mesmo entendimento existia sempre na jurisprudência dos tribunais de Macau. Não tendo o a lei especificado o que é “quantidade diminuta”, os tribunais de Macau, por exemplo, entendem sempre que o necessário para consumo individual de heroína durante três dias é de 6 gramas. No entanto, poucas ou até nenhuma sentença de condenação feita pelos tribunais neste aspecto relativamente às heroínas apreendidas defendem o meio pretendido por este Colectivo, ou seja, submeter a heroína apreendida a instrumentos laboratoriais para apurar a substância de heroína contida e medir o seu peso líquido para determinar se corresponder à “quantidade diminuta” prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

De acordo com a cognição dos sectores jurídico e policial, no mercado de heroína não há fornecimento de produto 100% puro.

Conforme os dados obtidos da página de internet do *Department of Justice* dos Estados Unidos da América, na década 90 do Século XX, a pureza da heroína que se vendia nas ruas dos Estados Unidos era apenas de 1% a 10%. Embora recentemente a heroína proveniente da África do Sul pudesse atingir uma pureza de 98%, a pureza média da heroína dos Estados Unidos é de 41%.

(Ver a página de internet do *Department of Justice* dos Estados Unidos da América www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm)

A polícia de Macau e a de Hong Kong distinguem geralmente a pureza da heroína através dos números 3 e 4. A heroína 3 implica uma pureza de 10 a 70%, enquanto a heroína 4 tem uma pureza maior a 70%.

Pelo exposto, se tivermos como critério o entendimento aprovado por maioria de votos deste Colectivo, a racionalidade da jurisprudência estabelecida dos tribunais de Macau relativa à definição de “quantidade diminuta” de heroína seria posta em causa, porque se adoptássemos o entendimento sobre o vencimento deste Colectivo por votos, i.e., desde que a droga apreendida seja heroína, tem de apurar primeiro a sua pureza, ou seja, extrair primeiro as substâncias que não sejam heroína para depois determinar o peso líquido da heroína pura e com base nisto, definir a quantidade da venda ou detenção ser diminuta ou não. Neste sentido, nos processos anteriores com o fundamento condenatório do pó contendo heroína ter um peso maior a 6 gramas poderiam, após exame laboratorial, revestir no resultado de que o peso líquido da heroína pura é menos de 6 gramas. Por exemplo, no acórdão de 9 de Abril de 1997 do então Tribunal Superior de Justiça, processo de recurso em matéria penal n.º 638 (Ver Jurisprudência 1997, Tomo I, página 400), a matéria de facto para a condenação era apenas a apreensão do peso global de 8,40 gramas de pó creme de heroína, e não heroína em pó de 100% puro do peso líquido de 8,40 gramas. O então Tribunal Superior de Justiça não condenou a insuficiência de matéria de facto, por falta apurar o peso líquido da heroína de 100% puro, da decisão condenatória, pelo tribunal “a quo”, do tipo de crime previsto no referido artigo 8.º. Assim, julgo improcedente a posição vencedora nos votos relativos à fundamentação e ao resultado da presente sentença. A razão é muito simples: o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exige ao tribunal apurar primeiro o peso líquido da droga proibida para determinar que seja ou não de “quantidade diminuta”, mas apenas exige ao tribunal, ao determinar uma droga ser de “quantidade diminuta” ou não, determine a quantidade das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do arguido ser de “quantidade diminuta” ou não segundo as regras da experiência e a livre convicção. O outro exemplo é o acórdão de 14 de Outubro de 1998 do então Tribunal Superior de Justiça, processo de recurso em matéria penal n.º 900 (Ver Jurisprudência

1998, Tomo II, página 517), em que a matéria de facto para a condenação era a apreensão do peso global de 9,353 gramas de pó creme de heroína cuja pureza não foi apurada.

As condições e razões para a jurisprudência estabelecida pelos tribunais de Macau referente ao peso da heroína são semelhantes às condições do caso presente referente aos comprimidos com MDMA, por isso acho que o mesmo entendimento deve ser aplicado ao presente processo.

Além disso, segundo o tribunal “a quo”, os factos provados são os seguintes:

.....

- No dia 26 de Setembro de 2000, cerca das 2H15, os arguidos (A) e (B), foram interceptados pela P.S.P., nas imediações do Centro Comercial Internacional.

- Na revista que foi então efectuada ao arguido (A), foi-lhe encontrado no bolso direito dianteiro das calças, um saquinho transparente que continha 20 comprimidos, de cor laranja, conhecidos por “Feng Tao Un”.

- Tais comprimidos submetidos a exame laboratorial, revelaram conter “MDMA”, estando os mesmos abrangidos pela Tabela II-A da lista anexa ao art. 4.º do DL n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

.....

- A partir do dia 15 de Setembro de 2000, o arguido (A) passou a ter contactos com um indivíduo conhecido por (C) que conheceu junto do restaurante XXX na Ilha Verde, o qual lhe fornecia, perante contrapartida monetária, produtos estupefacientes, designadamente “MDMA”.

- O arguido (A) adquiria tais comprimidos junto do (C) e posteriormente vendia-os aos toxicodependentes pela quantia de MOP\$120.00 cada, obtendo assim como compensação monetária, a quantia de MOP\$20.00 por cada comprimido que vendia, quantia essa que o arguido retirava quando entregava ao (C), os comprimidos que não vendia.

- Por indicação do tal (C), o arguido (A), neste território, principalmente na discoteca XXX e no Centro de diversões XXX nesta cidade, e junto de indivíduos toxicodependentes que contactava, dizendo-lhes que cedia e transaccionava os referidos produtos estupefacientes.

- No dia 15 de Setembro de 2000, o arguido (A), adquiriu junto do tal (C), 20 comprimidos MDMA, dos quais vendeu, nessa noite, na discoteca XXX, 3 comprimidos, pelo preço de MOP\$120.00 cada um.

- No dia 16 de Setembro de 2000, o arguido (A) entregou ao (C) os 17 comprimidos MDMA, que restaram, e a quantia de MOP\$300.00, tendo ficado como compensação monetária a quantia de MOP\$60.00. Logo de seguida, adquiriu mais 15 comprimidos MDMA, junto do (C), e vendeu à noite, na discoteca XXX, 5 comprimidos, pela quantia de MOP\$120.00 cada um.

- No dia 17 de Setembro, voltou a encontrar-se com o (C), entregou-lhe os 10 comprimidos que não tinha vendido e a quantia MOP\$500.00, tendo o arguido (A) ficado com a quantia de MOP\$100.00, como compensação monetária.

- No dia 25 de Setembro de 2000, o arguido (A) voltou a adquirir junto do (C) 20 comprimidos MDMA, que não chegou a vender porque entretanto foi detido.

Os referidos extractos de factos demonstram claramente que o recorrente (A) teve acumulativamente à sua disposição 55 comprimidos de droga com a substância MDMA.

Conforme os dados tirados da página de internet do *Department of Justice* dos Estados Unidos, MDMA apresenta-se geralmente em forma de comprimido ou cápsula para ser tomado oralmente pelo consumidor e mantém a sua eficácia de droga durante 4 a 6 horas.

(Ver a página de internet do *Department of Justice* dos Estados Unidos da América www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.htm).

Além disso, conforme as duas cópias de parecer medicinal emitido pelos Serviços de Saúde de Macau anexas ao parecer do MP sobre o recurso, a dose normal diária para a droga contendo MDMA que se encontra em circulação no mercado dos toxicodependentes de Macau é de 1 a 3 comprimidos (unidades), i.e., 3 a 9 comprimidos para 3 dias. Por isso, para ser rígido, a “quantidade diminuta” para a droga que contém MDMA pode ser fixada em 3 comprimidos, ou 10 comprimidos para ser generoso.

Do ponto de vista da teoria geral de crime, o dolo do agente é composto pelo elemento cognitivo e o elemento volitivo. No presente caso, o conteúdo cognitivo do agente (A) é os 55 comprimidos de droga com MDMA e não as substâncias de MDMA de certo peso líquido. Indubitavelmente, quando o agente deteve aqueles comprimidos, só teve em conta a unidade da quantidade em comprimidos e não o peso líquido das substâncias contidas nos comprimidos. Se tivéssemos como fundamento a teoria defendida pela maioria deste Colectivo, a constituição ou não do crime dependeria da cognição do agente sobre o peso líquido do MDMA contido nos comprimidos, senão o facto criminoso não poderia ser imputado ao agente de forma dolosa.

Além disso, na jurisprudência estabelecida dos tribunais de Macau, atendendo ao fim que a lei penal quer dar protecção, para determinar se a conduta do agente corresponder ao tipo fundamental do

crime de tráfico de estupefaciente previsto no artigo 8.º, ou ao tipo privilegiado do crime de tráfico de estupefaciente previsto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, ao considerar o quantum, está em causa não só a droga concretamente apreendida, num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante um determinado período foi traficada pelo agente.

(Acórdão de 19 de Maio de 1999 do então TSJ, processo de recurso penal n.º 1068 – ver Jurisprudência 1999, Tomo I, página 734)

No entanto, o entendimento defendido pela maioria dos votos deste acórdão conduziria necessariamente na falta de racionalidade e de operacionalidade da jurisprudência supramencionada. A razão é que, se nós insistirmos em apurar, através de exame laboratorial, o peso líquido duma determinada droga pura contida numa substância apreendida, como é que podemos fazer o exame de certas substâncias que já foram vendidas ou consumadas? A insistência deste entendimento terá com certeza o seguinte resultado: mesmo que esteja provado o facto de que o agente, durante um determinado período de tempo, vendia ou guardava para vender ao terceiro certa quantidade de produtos que contêm ingredientes proibidos, não se constituirá um fundamento factual para a condenação, porque não se consegue fazer o exame laboratorial destes produtos não apreendidos para apurar o peso líquido das suas substâncias de droga pura.

Do ponto de vista de política penal, a moldura prevista no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M (pena de prisão de 8 a 12 anos e multa de 5 000 a 700 000 patacas) demonstra claramente que o objectivo do legislador é proteger os bens jurídicos através duma pena relativamente rígida. A atenuação prevista no artigo 9.º (a moldura correspondente é apenas duma pena de prisão até 2 anos e multa de 2 000 a 225 000 patacas) deve aplicar-se apenas às situações especiais de droga realmente de “quantidade diminuta”. No presente caso, ao considerar os 55 comprimidos verificados a conter MDMA e que podem ser vendidos no mercado dos toxicodependentes como “quantidade diminuta”, sendo uma sentença judicial, é uma conclusão pouco convincente. É que, é pouco razoável afirmar 55 comprimidos como “quantidade diminuta” para uma pessoa normal (*reasonable man*). Do mesmo modo, se a quantidade de comprimidos apreendidos não era 55, mas 1 000 ou até 10 000, é ainda necessário adoptar o critério entendido pela maioria dos votos deste Colectivo, insistindo em examinar primeiro o peso líquido do 100% de MDMA para excluir o juízo de “quantidade diminuta”?

Em suma, não concordo com o argumento deste Colectivo de recurso a afirmar por maioria de votos que “haver insuficiência de matéria de facto da sentença a quo para decisão de direito”. Pelo contrário, acho que os factos provados pelo tribunal a quo são suficientes para defender a sua sentença condenatória e a condenação deve ser mantida.

Aos 16 de Maio de 2002
Lai Kin Hong