

非法僱用罪
實質競合
徒刑之暫緩執行
販毒罪
審查證據時的明顯錯誤
事實事宜不足
合成毒品
物質的淨重量
量刑決定
移送卷宗

摘要

一、如證明嫌犯僱用 84 名無任何允許在澳門特別行政區工作的法律文件之人士工作，則構成 84 項非法僱用罪。

二、儘管顯示出對嫌犯有利的預期，倘由暫緩執行徒刑中得出緩刑有違懲罰目的之結論，換句話說，在具體情況下，對於嫌犯因之而被判刑的犯罪而言，執行刑罰是必須的，則不應暫緩執行徒刑。

三、審查證據中的明顯錯誤是指，對於普通人而言，已獲證實的事實之間互不相容是明顯且易察覺的，即已獲證實的事實或未證實的事實與實際獲證實的事實或未證實的事實不一致，或從一已獲證實的事實中得出一邏輯上不可接受的結論。

四、當因未查明事實而使判決的內文沒有包括對定罪屬重要之全部事實時，則存在事實事宜不足。

五、為使法院肯定地對販賣(廣義)事實作出刑事認定，繼而對之適用某一具體刑罰，對於片狀的合成毒品，應查明其淨重。

六、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，根據醫學分析，一片含有二甲(甲烯二氧)苯乙胺的毒品，二甲(甲烯二氧)苯乙胺的含量可為 0 至 100 毫克，甚至包含有多種混合物質，因此，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。

七、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，則因欠缺訂定行為之不法性程度的資料而出現確定具體刑罰份量方面的漏洞，這導致因存在事實事宜不足之瑕疵而將卷宗移送。

2002 年 5 月 16 日合議庭裁判書

第 26/2002 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

檢察院控訴嫌犯：

— (A) (第一嫌犯)、(B) (第二嫌犯) 及 (C) (第三嫌犯)，以既遂及直接共同正犯方式，實施一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪。

— (D) (第四嫌犯)，以既遂及直接正犯方式，實施一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰之持有毒品以作吸食罪。

— (E) (第五嫌犯)，以既遂及直接正犯方式，實施一項 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 8 條及第 9 條規定及處罰之非法僱用罪及收受罪。

— (F) (第六嫌犯)，以既遂及直接正犯方式，實施一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰之持有毒品以作吸食罪、一項第 2/90/M 號法律第 12 條第 1 款規定及處罰之身份資料虛假聲明罪及第 14 條第 1 款規定及處罰之違令罪。

— (G) (第七嫌犯)，以既遂及直接正犯方式，實施一項澳門《刑法典》第 331 條第 1 款規定及處罰之袒護他人罪，並具有該條第 5 款 b 項規定的減輕情節。

接獲控訴通知後，第三嫌犯(C)聲請展開預審，有關聲請獲接納。

展開預審及完成預審措施後，法官在預審辯論中作出起訴批示，確認控訴書的全部內容。

卷宗送初級法院後被編號為 PCC-067-01-3，負責卷宗的法官決定根據起訴書內陳述的全部事實及所指控之犯罪作出審判聽證。

經審判聽證，合議庭作出如下裁判：

a. 對第二嫌犯(B)及第三嫌犯(C)被控之販毒罪、第五嫌犯(E)被控之收受罪、第六嫌犯(F)被控之違令罪，以及第七嫌犯(G)被控之袒護他人罪，宣告無罪；

b. 第一嫌犯(A)，以直接正犯及既遂方式，實施一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪，判處其 9 年徒刑和澳門幣 50,000 元罰金，或轉換為 150 日監禁；

c. 第二嫌犯(B)、第三嫌犯(C)及第四嫌犯(D)，實施一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰之持有毒品以作吸食罪，判處每人澳門幣 5,000 元罰金，或轉換為 30 日監禁；

d. 第五嫌犯(E)，以直接正犯及既遂方式，實施一項 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 8 條規定及處罰之非法僱用罪，判處其 9 個月徒刑；

e. 第六嫌犯(F)，以直接正犯及既遂方式，實施一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰之持有毒品以作吸食罪，判處其 1 個月徒刑；一項第 2/90/M 號法律第 12 條第 1 款規定及處罰之身份資料虛假聲明罪，判處其 7 個月徒刑。

兩罪併罰，共判處其 7 個月零 15 日的單一徒刑。

但暫緩 2 年執行；

f. 因號碼為 XXX 之手提電話為犯罪工具，故宣告其喪失歸澳門特別行政區所有，並命令將其餘被扣押物品及金錢返還其正當所有人(見第 1540 頁及續後頁)，並適時銷毀已扣押的毒品；

g. 判處第一至第六嫌犯支付司法費(個人)、訴訟費用(連帶)，以及其他報酬。

最後，決定將第一及第五嫌犯押往澳門監獄。

在聽證中宣讀合議庭裁判時，嫌犯(E)面對實際徒刑的判刑，對合議庭裁判提出上訴，以口述作出以下紀錄：

“由於對合議庭裁判不服，嫌犯立即對合議庭裁判提出上訴。

嫌犯還聲請賦予上訴中止效力，維持其臨時自由，但受本卷宗已施加的強制措施所約束。

茲向閣下聲請批准，並命令進行嗣後的法定程序，同時聲請維持已適用於嫌犯的強制措施，讓其以臨時自由的狀況候審。”

助理檢察長在聽取聲請後，口述如下：

“保留根據法律規定提起上訴的權利，不反對第五嫌犯(E)以目前所處之臨時自由的狀況等候嗣後程序。”

這時合議庭主席口述作出以下紀錄：

批示

“經聽取助理檢察長意見，受理上訴，並等候附隨上訴的理由闡述，然後遵守澳門《刑事訴訟法典》第 401 條第 3 款的規定。”

法院決議，基於決定強制措施的前提沒有改變，第五嫌犯(E)以目前臨時自由的狀況等候卷宗的嗣後程序。

嫌犯(E)根據澳門《刑事訴訟法典》第 401 條第 3 款的規定提交了理由陳述，其內容概括如下：

“1. 暫緩執行判處上訴人的徒刑的法定前提已具備；

2. 刑罰未超過 3 年徒刑，且存在有利於上訴人的社會預期；

3. 其被判刑之數罪是在減輕罪過和違法性的情形下實施的，因此單純的對事實的譴責和刑罰的威脅可適當且足以實現刑罰目的。

4. 被上訴之合議庭裁判違反了澳門《刑法典》第 48 條第 1 款的規定”

因此，請求認定上訴得直，暫緩執行徒刑。

嫌犯(A)因不服判決，亦提出上訴，其理由概括如下：

“1. 由於未適當調查對決定案件具有不可否認的利益的事實，故被上訴之裁判具有已獲證明之事實不足以支援裁判之瑕疵。

2. 沒有具體查明片狀毒品中 MDMA〔二甲（甲烯二氧）苯乙胺〕的數量，而片狀毒品中一部分是 MDMA〔二甲（甲烯二氧）苯乙胺〕，另一部分是其他物質。

3. 被上訴的裁判在審查證據時亦有明顯錯誤，至少上訴人認為，該錯誤源自卷宗所載之資料，即獲證明之事實並非審判聽證中所收集。

4. 上述瑕疵規定在澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項和 c 項中，基於此，根據澳門《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款的規定，應命令將案件移送以重新審判。

5. 具體判處之刑罰過重，應予減輕。

6. 裁判違反了澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款和 2 款 a 及 c 項之規定。”

基於上述理由，上訴人請求上訴得直，並依請求撤銷被上訴之裁判或減輕所判刑罰。

檢察院就上述上訴分別指出：

就(A)之上訴：

1. 綜觀可作出現有認定之全部事實資料，事實事宜已獲詳細列明，足以作出實質決定，故本案不存在所指之已獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。

2. 被上訴之決定符合邏輯且連貫，法院並未作出與獲證明之事實或未獲證明之事實相反之決定，亦未違反經驗法則或不遵守有約束力之證據價值準則或技術（職業）準則，上訴人提出審查證據明顯錯誤只不過是對事實事宜的審判方面表示異議，此乃自由審查證據原則方面的問題，不得在法律審中進行審議。

3. 審判者對已獲證明之事實的司法納入正確，量刑適當。

就(E)之上訴：

1. 儘管存在有利於罪犯之預期，而此預期是執行徒刑必須考慮的，倘暫緩執行與譴責和預防犯罪之需要相衝突，亦不應宣告緩刑。

2. 在本案中，無論是實施犯罪的類型及特殊情節，即大量地聘用 80 多名非法勞工，還是此種犯罪在本地區愈加強烈之譴責及一般預防之需要，均不允許暫緩執行上訴人之刑罰。

因此，建議駁回上述二人之上訴。

在本上訴審中，檢察院助理檢察長發表了意見，認為應以理由明顯不成立駁回上訴。

現作出決定。

助審法官已作出檢閱。

以下事實事宜已獲證實：

1. 由不確定的日期，起碼由 2000 年初起，嫌犯(A)在本澳聯絡藥物依賴者，尤其是舞女及妓女，向她們表示可以讓與、交易及出售麻醉品，尤其是二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片。

2. 為上述聯絡，嫌犯利用號碼為 XXX 的手提電話，以及家中號碼為 XXX 的固定電話，以進行上述活動。

3. 嫌犯(A)是 XXX 夜總會的“媽媽生”，並在該處交易麻醉品。

4. 第七嫌犯(G)在司法警察局工作，與嫌犯(A)以婚姻狀況共同生活。

5. 為進行上述麻醉品交易活動，嫌犯使用諸如“胃藥”、“糖”、“維他命”等暗號掩飾毒品，對大麻用“牛仔褲”，對氯胺酮則用“洗衣粉”作為暗號。

6. 經幾次接觸後，嫌犯(A)開始向多人讓與及交易麻醉品，這些人分別為 XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, 以及嫌犯(C)、(B)及(D)。

7. 嫌犯(B)，於不確定的日子，多次聯絡嫌犯(A)，以便取得麻醉品。
8. 嫌犯(C)，於不確定的日子，多次聯絡嫌犯(A)，以便取得大麻吸食，並夥同嫌犯(A)向第三人，尤其是澳門的舞女，讓與及交易氡胺酮，有時是少量，有時是大量，並收取金錢回報。
9. 2000年9月21日，約凌晨零時30分，司法警察局警察在位於[地址(1)]的XXX夜總會進行搜索，嫌犯(A)由於得悉司法警察到場，將載有32片藥片的膠袋拋入一個垃圾箱內，經化驗證實該等藥片為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺。
10. 她還被發現持有號碼為XXX的手提電話。
11. 在該夜總會的存衣室，警察發現一個紙盒內藏有一片紫色藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺；以及一個小盒，裡面的殘留白色粉末經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺。
12. 在該處地上及舞池邊的梳化內，發現以下物件：
 - 三片橙色藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺；
 - 六片埃利敏5號藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表四所載的硝基去氯安定；以及
 - 兩包載綠色草本植物及四根亦含綠色草本植物的手卷香煙的包裹，經化驗證實，為1月28日第5/91/M號法令附表一C所載的大麻，前者淨重量為34.826克，後者淨重量為0.822克。
13. 該些製品屬嫌犯(A)所有，是她把它們藏於梳化內及上述地點。
14. 在嫌犯(A)位於[地址(2)]的住所內，發現了：
 - 一片綠色藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺；及
 - 一根含綠色草本植物的手卷香煙，經化驗證實，為1月28日第5/91/M號法令附表一C所載的大麻，淨重量為0.274克。
15. 在上述夜總會內，還發現嫌犯(B)持有一根含綠色草本植物的手卷香煙，經化驗證實，為1月28日第5/91/M號法令附表一C所載的大麻，淨重量為0.202克，該香煙從嫌犯(A)處取得，以供個人吸食。
16. 在同一夜總會內，發現嫌犯(D)持有：
 - 一片綠色藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺；及
 - 兩根含綠色草本植物的手卷香煙，經化驗證實，為1月28日第5/91/M號法令附表一C所載的大麻，淨重量為0.430克；該些製品從嫌犯(A)處取得，以供個人吸食。
17. 在嫌犯(C)位於[地址(3)]的住所內，發現了：
 - 五片橙色藥片、一片綠色藥片、一片棕色藥片、一片黑色藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺；及
 - 兩根含綠色草本植物的手卷香煙，經化驗證實，為1月28日第5/91/M號法令附表一C所載的大麻，淨重量為0.176克。
18. 上述製品從嫌犯(A)處取得，每片售價為澳門幣100元。
19. 在同日及同一夜總會內，共有83名非澳門居民女子在從事作為夜總會舞女的勞務活動，其中56人沒有證件、17人持過期中國護照、11人處於合法逗留期間，她們的身份資料載於第298頁至第299頁背頁，該等女子由該夜總會經理(E)所僱用。
20. 全部女子都不持有6月25日第50/98/M號法令第5條第1款所要求的作為在澳門特別行政區工作的勞工所需之任何文件。
21. 嫌犯(E)明知其中67名女子不持有任何在澳門特別行政區逗留的任何證件。
22. 同日，在嫌犯(F)的手袋內，發現半片橙色藥片，經化驗證實為1月28日第5/91/M號法令附表二A所載的二甲（甲烯二氧）苯乙胺；
23. 嫌犯(F)在明知上述藥片為麻醉品的情況下，取得之供個人吸食。

24. 2000 年 6 月 1 日，該嫌犯在治安警察局自稱為(F)，生於 XXXX 年 XX 月 XX 日，父母為 XXX 及 XXX—見第一冊第 186 頁。

25. 曾被澳門特別行政區驅逐出境。

26. 2000 年 9 月 21 日，該嫌犯在澳門特別行政區被發現，向司法警察局自稱為(H)，父母為 XXX 及 XXX—見第一冊第 183 頁。

27. 第一嫌犯(A)知道及認識麻醉品的特徵和性質；

28. 其取得、讓與及交易麻醉品，目的是獲得或嘗試獲得金錢回報。

29. 而第二、第三、第四及第六嫌犯(B)、(C)、(D)及(F)，在取得及持有供個人吸食的上述麻醉品時，明知其為麻醉品。

30. 嫌犯(E)明知其僱用的女子被禁止在澳門建立任何勞動關係，亦知道她們不持有任何法律要求的證件。

31. 嫌犯(F)不持有護照，或任何賦予其在澳門特別行政區逗留的證件，非經人員監管的邊檢口岸進入澳門。

32. 這樣做是為了不被查到其警方記錄，以避免受刑事程序制裁及因無證而被驅逐出境；

33. 為了不受刑事制裁，其向公共當局提供明知不屬自己的身份資料；

34. 第一、第二、第三、第四、第五及第六嫌犯是在自由、有意識和自願的情況下作出上述行為。

35. 他們明知法律禁止彼等上述行為。

36. 在作出事實之日，氡胺酮不被包括於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令所載的物質及製劑附表內。

37. 第一嫌犯僅承認吸食麻醉品。

38. 每月收入約為澳門幣 6 萬元，須供養父母及一名未成年兒子，未完成小學課程。

39. 第二嫌犯亦僅承認吸食麻醉品。

40. 現正失業，須供養父母及兩名未成年子女，已完成小學課程。

41. 第四嫌犯自認事實。

42. 每月收入約為澳門幣 4 萬元，須供養父母，已完成小學課程。

43. 第五嫌犯僅承認僱用非法入境者。

44. 現正失業，不須供養任何人，未完成中學課程。

45. 第七嫌犯不承認事實。

46. 每月收入約為澳門幣 22,000 元，須供養四名子女，已完成中學課程。

47. 第一至第六嫌犯附於卷宗的刑事紀錄證明，沒有任何記載。

48. 至於第七嫌犯，其刑事紀錄證明記載如下：

— 根據第三庭於 1994 年 12 月 2 日在第 501/94 號輕刑訴訟程序中作出的判決，嫌犯因實施舊澳門《刑法典》第 224 條第 5 款規定及處罰之犯罪，被判處 4 個月徒刑及相同時間的罰金，每日相當於澳門幣 20 元，共計澳門幣 2,400 元，如不繳交罰金，則以 90 日徒刑代替，根據同一法典第 88 條規定，暫緩執行刑罰 2 年。

49. 1997 年 4 月 14 日，該有罪裁判被宣告無效。

50. 沒有證明到第七嫌犯就司法警察局毒品調查科對第一嫌犯提起調查一事，通知第一嫌犯。

51. 亦沒有證明到第二嫌犯與第一嫌犯約定向第三人交易及讓與麻醉品。

52. 至於第三嫌犯，沒有證明到她與第一嫌犯約定向第三人交易及讓與麻醉品，除了氡胺酮。

53. 亦沒有證明到第五嫌犯收容非法入境者，及向他們提供食宿。

54. 沒有證明到第六嫌犯被驅逐出境時，已被告知如她返回澳門特別行政區時將會受到的法律制裁。

55. 亦沒有證明到起訴書上任何其他事實與上述事實不符。

56. 法院的心證是基於載於卷宗及其附件的證據、對出席審判聽證的嫌犯的聲明的批判性及比較性的分析、查閱第一嫌犯在刑事起訴法庭作出的聲明，以及證人作出的公正及無私的證言。

57. 此外，司法警察局督察 XXX 的證言詳細地描述了整個調查，由電話監聽的階段到在 XXX 夜總會進行的行動和對嫌犯的拘留，以及其表示對第七嫌犯預早知道有關情況並通知第一嫌犯抱有重大疑問。

現作出審理：

一、(E)的上訴

二、(A)的上訴

(一) 審查證據中的明顯錯誤

(二) 事實事宜不足以作出法律裁判

一、(E)的上訴

首先指出：

第一，合議庭裁判的決定部分存在錯漏，現在依職權作出更正，其中“第五嫌犯(E)，以直接正犯及既遂方式，實施一項 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 8 條規定及處罰之非法僱用罪，判處其 9 個月徒刑”，法院要說的是“...一項 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 9 條規定及處罰之非法僱用罪”。其理由見於對第 2/90/M 號法律第 8 條規定及處罰之收受罪宣告無罪的部分（裁判 a.），及合議庭裁判的理由說明部分（1739 頁第 2 段）。

因此作出更正。

第二，嫌犯(E)因一項非法僱用罪，被判處 9 個月徒刑。

除非有更好意見及基於應有尊重，我們相信，被證明的事實中，嫌犯(E)的非法僱用罪的判刑應為實質競合較為正確，非法僱用勞工的數目相當於犯罪數目。

根據第 19 點事實，XXX 夜總會經理(E)，僱用 56 名沒有證件、17 名持過期中國護照、11 名處於合法逗留期間女子，共有 84 名女子（合議庭裁判的另一錯漏是寫成 83 名女子，只要加起來計算一下便可證實，卷宗第 305 頁至第 306 頁背頁）在該夜總會工作。

亦已證明全部上述女子都不持有任何 6 月 25 日第 50/98/M 號法令第 5 條第 1 款所要求的作為在澳門特別行政區工作的勞工所需文件。

因此，考慮到第 2/90/M 號法律第 9 條規定，以及有關勞動關係的個別性質，嫌犯實施了 84 項該條規定及處罰的非法僱用罪。

雖然這不是上訴的標的，本法院依然依職權審理獲證明事實的法律定性問題。

變更了法律定性後，讓我們進行量刑。

考慮到卷宗所載的所有情節，我們認為將每一項犯罪的刑罰訂定為 7 個月徒刑是適當及適度的。

把刑罰作法定累加，應對上訴人科處 3 年零 6 個月的單一徒刑。

然而，由於上訴人本人提起上訴，根據澳門《刑事訴訟法典》第 399 條禁止上訴加刑原則的規定，本法院不能加重刑罰，故此被上訴合議庭裁判對嫌犯即上訴人所科處的 9 個月具體徒刑維持不變。

因此，讓我們回到上訴人提出的問題，即本上訴的標的。

嫌犯(E)的上訴僅提出了一個法律問題，指出合議庭裁判違反澳門《刑法典》第 48 條的規定。

嫌犯指稱已具備暫緩執行判處上訴人徒刑的法定前提，因為存在有利於上訴人的社會預期，其本人“向警察當局提供所有合作及提交調查所須文件，嫌犯亦感到悔悟並在減輕罪過的情形下

實施的，因此其所犯的罪雖然應得懲罰但應以所描述的情況認定。”

衆所周知，當經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威脅可適當及足以實現處罰之目的者，澳門《刑法典》第 48 條賦予了審判者暫緩執行所適用之不超逾 3 年之徒刑的權力/義務。

換言之，要暫緩執行不超逾三年之徒刑，即現在的情況，審判者須考慮作出裁判時而非實施犯罪時嫌犯的行為，以作出有利於嫌犯的預期的判斷，從而使刑罰的威脅適當及足以實現處罰之目的。¹

就此事宜本院已得到一致的裁判，認為即使顯示對嫌犯有利的預期，如果審判者的結論是其違反處罰之目的，即在具體情況下刑罰是必須的，則不應暫緩執行對嫌犯判處的徒刑。

例如，本中級法院第 169/2001 號案件 2002 年 2 月 7 日之合議庭裁判中指出，“儘管存在有利於罪犯之預期，而此預期是執行徒刑必須考慮的，倘暫緩執行與譴責和預防犯罪之需要相衝突，亦不應宣告緩刑”。

被上訴判決認為“第 5 嫌犯實施的犯罪雖然性質上不那麼嚴重，但在該個案中，留意到沒有工作許可的勞工數目（80 多人），我們面對的是大量的僱用，反映出嫌犯的高度不法性，而另一方面事實本身對公共秩序及安寧亦構成嚴重干擾。”

原審法院此見解並無不當，皆因對我們來說，以及結合卷宗內所有資料，應認為不能宣告暫緩執行徒刑，因為僅對嫌犯被判刑的犯罪作譴責是不足夠的，而暫緩執行徒刑違反了譴責及預防犯罪的需要。

因此宣告此部份上訴理由不成立。

二、(A)的上訴

嫌犯(A)的上訴提出了三個問題：

- a) 事實事宜不足以支持法律方面的裁判
- b) 審查證據中的明顯錯誤
- c) 所判具體刑罰過重

讓我們來看看。

面對審查證據中出現明顯錯誤這一瑕疵，首先應調查是否屬實，從而審查事實事宜不足以支持裁判。

因此我們由明顯錯誤之瑕疵開始。

(一) 審查證據中的明顯錯誤

關於此瑕疵，上訴人的理由是卷宗內不存在任何搜索或扣押的筆錄，提及在夜總會舞池邊的梳化內發現的毒品是屬於她的，因此審判中在這方面缺乏證據調查。

正如大家所知及理解，審判者的心證是結合所有在審判過程中所搜集到的資料、加上批判性的審查、相互比較等而得出來的。

審查證據方面的明顯錯誤是指，對於普通人而言，已獲證實的事實之間互不相容是明顯且易察覺的，即已獲證實的事實或未證實的事實與實際獲證實的事實或未證實的事實不一致，或從一已獲證實的事實中得出一邏輯上不可接受的結論。單從事實本身看或借助一般經驗法則，這種錯誤僅源於上訴裁判所載的事實本身。（澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款第二部分）²

卷宗第 200 頁記載司警在上述夜總會進行搜索時，扣押了在“椅子及梳化下的地上發現”的物件，即第 12 點標籤所指的物件。

審判辯論後，法院除證明了卷宗第 12 點的事實即第 200 頁記載的扣押品外，還證明了“這

¹ Maia Gonçalves,《葡國刑法典註釋及評論》，第 10 版，1996, 第 233 頁，當中引述葡國最高法院第 47577/3 號案件 1995 年 5 月 11 日合議庭裁判。

² 例如，葡國最高法院 1995 年 9 月 15 日的合議庭裁判、前高等法院第 847 號案件 1998 年 6 月 11 日合議庭裁判；第 895 號案件 1998 年 9 月 24 日合議庭裁判；第 1111/99 號案件 1999 年 9 月 29 日合議庭裁判；以及本中級法院 1276 號上訴案的合議庭裁判。

些製品屬嫌犯(A)所有，是她把它們藏於梳化內及上述地點”（第 13 點事實）。

當被上訴的合議庭裁判指出“法院的心證是基於載於卷宗及其附件的證據、對出席審判聽證的嫌犯的聲明的批判性及比較性的分析、查閱第一嫌犯在刑事起訴法庭作出的聲明，以及…證言”，由此不知上訴人歸責於被上訴的合議庭裁判的依據何在。

我們亦找不到任何對一般人經驗法則的違反，因此，不能證實審查證據時出現任何明顯錯誤，故此部分的上訴理由明顯不成立。

因此，事實事宜，特別是第 12 點及第 13 點記載的事實應視為已獲證實。

（二）事實事宜不足以支持裁判

上訴人指責原判的理由，是卷宗沒有查明二甲(甲烯二氧)苯乙胺成份的數量（第 5/91/M 號法令附表二 A），因為查明違禁物質的具體數量方可使審判者確定地適用法律規定。

因此，其缺乏引致已獲證實之事實事宜不足以支持裁判。

讓我們來看看是否有理。

正如中級法院一貫認為，“當因未查明事實而使判決的內文沒有包括對定罪屬重要之全部事實時，則存在事實事宜不足。”³

被上訴的合議庭裁判以獲證實之事實，裁定嫌犯因實施第 5/91/M 號法令第 8 條規定及處罰之販毒罪，判處其 9 年徒刑。

卷宗記載嫌犯(A)被搜獲持有或在其住所發現下列麻醉品：

— 32 片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片（2000 年 9 月 21 日的搜索，在垃圾箱內，第 9 點事實）；

— 一片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片（同一搜索，在一個紙盒內，第 11 點事實）；

— 三片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片、六片埃利敏 5 號藥片（附表四所載的硝基去氫安定），以及兩包和四根大麻，淨重量分別為 34.826 克和 0.822 克。（同一搜索，藏於舞池邊的梳化內，第 12 點及第 13 點事實）；

— 一片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片、一根淨重量為 0.274 克的大麻香煙（嫌犯住所搜索，第 14 點事實）。

嫌犯(D)亦被搜獲持有麻醉品（一片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片、兩根淨重量為 0.430 克的大麻煙），該些物件從嫌犯即上訴人處取得（第 16 點事實），而嫌犯(C)亦被搜獲持有五片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片、兩根淨重量為 0.176 克的大麻煙，同樣從嫌犯即上訴人處取得（第 17 點事實）。

在這些被搜獲的麻醉品中，只查明大麻的淨重量（36.528 克 = 34.826 克 + 0.822 克 + 0.274 克 + 0.430 克 + 0.176 克），未知其餘藥片—六片含硝基去氫安定的埃利敏 5 號藥片，其餘 43 片含二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片—的淨重量、百分量，乃至總重量。

正如第39/2002號案件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⁴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”。⁵

至於二甲（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“狂喜”或“XTC”，當其以藥片形狀出現時，又稱為“搖頭丸”。正如甲烯氧苯丙胺（多數稱為 MDA，在美國稱為“愛丸”），兩者皆列於附表二 A 中，為其中一種在結構上與苯丙胺（刺激物）有關的物質，基本上效力相同，只是主要在人體吸收的方式及速度不同。

³ 參閱第 92/2000 號案件 2000 年 6 月 15 日的合議庭裁判。

⁴ “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。

⁵ 見例如第 5/91/M 號法令第 4 條。

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）主要結論為：“二甲（甲烯二氧）苯乙胺的劑量單位是毒品的毫克或克，而非‘片數’，因為，根據醫學分析，一片含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺的毒品，二甲（甲烯二氧）苯乙胺的含量可為 0 至 100 毫克，甚至包含有多種混合物質。”⁶

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。

因為上述科學化驗經常提到的是二甲（甲烯二氧）苯乙胺的淨重量，而不是純粹顧及片數。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。

乍一看，並考慮到已查明大麻的淨重量，似乎可以肯定嫌犯會因實施一項第 5/91/M 號法令第 8 條規定及處罰之販毒罪，被判處 8 年以上徒刑，因而亦無須查明藥片中成分的數量，以對已獲證明事實作出法律定性。

然而，可以肯定的是，面對可以判處 8 年至 12 年徒刑及澳門幣 5,000 元至 70 萬元的刑罰幅度，嫌犯被判處 9 年徒刑，而為此量刑，法院指出藥片的數量作為事實事宜，但不知其重量或其所含麻醉品物質的數量。

衆所周知，卷宗應載有所有重要事實，不應遺下任何漏洞，以便肯定地作出一個法律方面的裁判，不單是為了對事實作出法律定性，還為了刑罰的具體量刑。

事實上，在三種販毒罪（廣義上）—少量之販賣（第 9 條）、為吸食而販賣（第 11 條）及販賣（一般，第 8 條）當中，對上述各種犯罪的認定來說最重要甚至決定性的，就是麻醉品的數量，即被禁物質或製劑的數量。

因為法律懲罰該些犯罪時，經常提及的是被禁麻醉品的物質或製劑。

毒品的數量對於認定第 5/91/M 號法令第 8 條所列明之行為非常重要，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毒還是少量販毒作出正確的司法認定，亦無從準確地根據澳門《刑法典》第 65 條所規定的法律標準評估不法程度、罪過程度及進行量刑。

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：

“— 如被販賣之毒品純正，例如，以晶狀或粉狀出現，則根據其純物質的淨重來確定其是否屬第 5/91/M 號法令第 9 條所指的‘少量值’。但是，如為片狀或丸狀的‘合成’類型，為了該犯罪可能之刑事後果，則只考慮其藥片數量。

— 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，其他是次要的，甚至有些成份不明，對其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“少量販賣”。否則，將有違設定此減輕販毒罪之法律精神。

— 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。

— 必須考慮到人類的經驗法則，此等法則對於確定 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款所規定的‘少量’的定義非常重要，加上其第 5 款的精神，為上述第 9 條第 3 款的重要效力，認為含有甲基苯丙胺及氯胺酮的 60 片藥片構成的數量‘不超過個人三日內所需之吸食量’是完全不能接受的。”

⁶ 見 http://www.erowid.org/chemicals/mdma/mdma_dose.shtml，第 46 頁至第 47 頁。

除了對不同觀點必要的尊重外，我們認為應採納上述合議庭裁判表決聲明的見解：“雖然是販毒罪（在其任一方面），作為一項危險的犯罪，須考慮要懲罰的是‘販賣’（廣義的）第 5/91/M 號法令各附表所包括之‘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’。”

中級法院今日就第41/2002號案件作出的合議庭裁判，裁定當獲證明的事實中未查明毒品的數量時，就獲證明之事實作出之決定則存在不足。

因屬於相同問題，我們相信本上訴案裁判可以採納該決定。

然而，可以肯定的是，本案的問題不是確定麻醉品是否屬於少量，因為一貫的司法見解認為8克的大麻屬於少量⁷，而卷宗內扣押的大麻數量為36克以上，遠超過少量。

但量刑又如何？

我們是否可以斷定，只靠大麻的數量，就可以判定嫌犯該項具體徒刑及罰金，因而無須查明藥片的重量或藥片內二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的重量？

答案是否定的。

一方面，由於販賣的毒品是聯同事實的法律定性一起衡量的，不可存在任何妨礙安全及肯定地適用法律的漏洞；另一方面，由於不知道所扣押藥片內物質的重量，這個事實事宜的漏洞影響了具體的量刑。

另外，麻醉品數量的確定，僅取決於其種類。因此，司法見解對各種麻醉品3天用量所定的“數量”是不同的。同樣，量刑的確定亦取決於麻醉品的數量及種類。

因此，基於卷宗內缺乏已扣押藥片所含物質或製劑的數量元素，尤其是因為缺乏行為不法程度的元素，對確定具體量刑存在不足，並導致根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定移送卷宗重新審判，以便查明卷宗內扣押藥片所含物質的淨重量。

對此問題作出決定後，其他問題的審議已無必要。

經審議現作出決定。

綜上所述，本中級法院裁定：

— 駁回嫌犯(E)所提起的上訴，但根據以上所述變更法律定性。

— 裁定嫌犯(A)上訴理由成立，決定將卷宗發回重新審理，以便利用可行的方法查明卷宗內扣押的屬於嫌犯即上訴人且讓與第三人的藥片所含物質的淨重量。

訴訟費用定為 4 個計算單位，由嫌犯/上訴人(E)繳付。

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

Não concordo com o presente acórdão que, baseando no fundamento de “insuficiência de matéria de facto para decisão” da decisão “a quo”, determine o reenvio dos autos ao tribunal “a quo” para novo julgamento, no sentido de apurar o peso líquido dos 43 comprimidos contendo MDMA e dos 6 comprimidos contendo Nimetazapam que estão em causa, para efeitos de determinar se se tratam de “quantidade diminuta” ou não.

Relativamente à mesma questão jurídica, este TSI proferiu hoje uma decisão no recurso penal n.º 41/2002. Não concordando com o entendimento do Colectivo deste recurso que venceu com maioria, faço a presente declaração de voto vencido.

Tratando-se duma questão jurídica idêntica, transcrevo em seguinte o texto integral da declaração de voto do recurso penal n.º 41/2002 e, com os fundamentos aí relatados, entendo que a condenação da decisão “a quo” da recorrente (A) (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M) tem os fundamentos de facto suficientes e deve ser mantida.

Transcreve-se em seguinte o texto integral da declaração de voto do recurso n.º 41/2002:

Neste Colectivo, fiquei vencido no voto relativo aos fundamentos de decisão e resultado do

⁷ 例如前高等法院 1999 年 5 月 19 日第 1068 號案件合議庭裁判；中級法院 2001 年 5 月 3 日第 16/2001-II 號案件的合議庭裁判以及 2001 年 12 月 13 日第 213/2001 號案件的合議庭裁判。

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 pílulas, 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 (I) e (J), foram interceptados pela P.S.P., nas imediações do Centro Comercial Internacional.

- Na revista que foi então efectuada ao arguido (I), 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 (I) passou a ter contactos com um indivíduo conhecido por (K) que conheceu junto do restaurante “XXX” na Ilha Verde, o qual lhe fornecia, perante contrapartida monetária, produtos estupefacientes, designadamente “MDMA”.

- O arguido (I) adquiria tais comprimidos junto do (K) 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 (K), os comprimidos que não vendia.

- Por indicação do tal (K), o arguido (I), 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 (I), adquiriu junto do tal (K), 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 (I) entregou ao (K) 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 (K), 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 (K), entregou-lhe os 10 comprimidos que não tinha vendido e a quantia MOP\$500.00, tendo o arguido (I) ficado com a quantia de MOP\$100.00, como compensação monetária.

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

Os referidos extractos de factos demonstram claramente que o recorrente (I) 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 (I) 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 contém 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.

16 de Maio de 2002

Lai Kin Hong