

案件編號:第 970/2021 號(刑事上訴案)

日期: 2021 年 12 月 16 日

重要法律問題:

- 「較輕的生產和販賣罪」
- 經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009/M 號法律第 11 條第 2 款
- 錯誤適用法律
- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判
- 量刑
- 再次調查證據

裁判書內容摘要

1. 是否構成「較輕的生產和販賣罪」，須考慮的基本要素之一是行為人作出有關行為時所掌控的違禁物質的種類和份量，根據懲罰有關犯罪旨在保護的法益，“販賣”行為應該是在一具體的時段作出的，而不是某一不確定的、開放的時段。

2. 在沒有發現和扣押任何具體毒品的情況下，無法認定上訴人所掌控的毒品，應開釋「較輕的生產和販賣罪」，即使上訴人毫無保留地自認。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政區中級法院 合議庭裁判書

編號：第 970/2021 號(刑事上訴案)

上訴人/第二嫌犯：A

日期：2021 年 12 月 16 日

一、 案情敘述

在初級法院第 CR4-21-0075-PCC 號合議庭普通刑事案中，合議庭於 2021 年 9 月 24 日作出判決，就第二嫌犯 A 被控告的犯罪作如下裁定：

本案對**第二嫌犯 A**的判處：

1. 檢察院控訴其以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 327 條規定及處罰之一項**賄賂作虛假聲明罪**，判處罪名不成立；
2. 檢察院控訴其以直接共同正犯和既遂方式觸犯經由第 4/2014 號法律、第 10/2016 號法律及第 10/2019 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰之一項**不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪**，應予改變法律定性，改為判處以直接共同正犯和既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律第 11 條第 1

款第(一)項所規定及處罰的一項「較輕的生產和販賣罪」，判處二年實際徒刑。

*

第二嫌犯不服，向本院提起上訴，上訴理由闡述載於卷宗第 963 頁至第 986 頁。¹

¹ 上訴人提出以下理據（結論部分）：

1. O presente recurso vem interposto da decisão proferida nos presentes autos, a qual condenou o Arguido, ora Recorrente, pela prática, em autoria material e na forma consumada, de 1 crime de produção e tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016 na pena de 2 anos de prisão, em resultado da convolação do crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substancias psicotrópicas p.p. pelo art. 8º da Lei 17/2009 pelo qual vinha inicialmente acusado.

2. Salvo devido respeito, não pode o Recorrente conformar-se com a decisão recorrida por entender que a mesma viola o disposto no art. 40º, 64º, 65º, 67º, todos do Código Penal, e ainda art. 11º e 18º da Lei 17/2009, inquinando a decisão recorrida quer com o vício de erro de direito termos do n.º 1 do art. 400º do Código de Processo Penal, quer com o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada consagrado na alínea a) do n.º 2 do art. 400º do Código de Processo Penal.

3. Nos presentes autos foi o Arguido, ora Recorrente, acusado de ter praticado em coautoria material e de forma consumada um crime de tráfico ilegal de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas p.p. pelo artigo 8º n.º 1, da Lei nº 17/2009, conforme alteração pela Lei nº 10/2016.

4. No que a esta imputação diz respeito, pode-se concluir que basicamente o 2º Arguido aqui Recorrente foi acusado de ser o "dono" dos produtos estupefacientes que foram

encontrados no dia 1 de Setembro num quarto B da casa identificada nos autos como sendo "...º andar ... do Edifício".

5. Realizado o julgamento, entendeu o douto Tribunal a quo, e bem, que não existiam provas suficientes de que os produtos estupefacientes encontrados no quarto "B" da fracção identificada nos autos fossem pertencentes ao 2º Arguido ora Recorrente, no entanto, entendeu o douto Tribunal a quo ser de convolar o crime de tráfico ilegal de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas p.p. pelo artigo 8 n.º 1, da Lei nº 17/2009 pelo qual vinha inicialmente acusado, para o crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016.

6. Desta feita, porque entendeu o douto Tribunal a quo que provas existiam de que o 2º Arguido, ora Recorrente teria participado em actos de tráfico, designadamente, na cedência de produtos estupefacientes ao 3º Arguido.

7. Salvo o devido respeito, não assiste razão ao douto Tribunal a quo, porquanto, claramente se decidiu pela condenação do Recorrente pela prática do crime de tráfico de menor gravidade sem que dos autos tenha resultado prova suficiente, designadamente, prova da verificação dos requisitos do crime imputado.

8. De acordo com a decisão recorrida, o Tribunal a quo entendeu que o 2º Arguido teria participado na transacção de produtos estupefacientes com o 3º Arguido, e pese embora não tivesse sido possível provar quais os produtos e quantidades transaccionadas foi o Recorrente condenado na pena de 2 anos prisão pela prática do crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016.

9. Sucede que, salvo devido respeito, de acordo com a análise da previsão normativa vertida no art. 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016, parece resultar que o douto Tribunal, no momento da condenação não dispunha de todos os elementos essenciais para que assim tivesse decidido.

10. Isto porque, estando a aplicação da referida disposição dependentes de requisitos concretos, mormente, “a qualidade ou a quantidade das plantas, das substâncias ou dos preparados”, salvo devido respeito, não podia a mesma ter ocorrido sem que provados estivessem esses mesmos requisitos. E note-se, que é o próprio Tribunal a quo que dá como não provada a qualidade ou a quantidade das plantas, das substâncias ou dos preparados”, alegadamente transaccionadas.

11. Daí que, in casu torna-se evidente que o acórdão viola o disposto no 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016, inquinando a decisão recorrida com o vício de erro de direito na ponderação dos pressupostos da condenação do Recorrente pelo crime de tráfico de menor gravidade nos termos do n.º 1 do art. 400º do Código de Processo Penal.

12. Acresce ainda que, o Tribunal a quo não dispunha de elementos suficientes que lhe permitisse condenar o Recorrente pelo crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016.

13. Salvo devido respeito, não dispunha o douto Tribunal recorrido de elementos que, por se revelarem suficientes, pudessem determinar, de forma segura e fundamentada, a qualificação jurídica dos factos praticados pelo ora Recorrente como integradores do crime de tráfico de menor gravidade p. p. pelo artigo 11. da Lei n.º 17/2009, alterado pela, Lei nº 10/2016.

14. A dúvida, a incerteza, sobre a verificação dos elementos constitutivos deste tipo de ilícito tinha, necessariamente, que ser valorada a favor do Arguido, ora Recorrente, em respeito do princípio do in dubio pro reo, o que conduziria à absolvição do Arguido, por falta de preenchimento de todos os elementos do tipo de ilícito.

15. De facto, no caso sub judice, não existem factos suficientes, para que o Tribunal recorrido pudesse ter concluído que o Recorrente praticou o crime de tráfico de menor gravidade de produtos estupefacientes.

16. Isto é, na falta de uma efectiva pormenorização das circunstâncias de tempo lugar, modo, em que esses actos de tráfico foram praticados, a sequência de alegadas presunções em que se encontra assente a decisão cai em vácuo de sustentação verossímil.

17. Falta de sustentação esta que, em processo penal, não é, nem pode ser, aceitável como fonte de argumentativa de uma decisão condenatória que como sabemos acarreta uma panóplia de consequências na vida do condenado.

18. Salvo devido respeito, o Tribunal a quo não tinha como concluir na sua fundamentação de direito que: (...) o 2º Arguido intervir na venda de produto estupefaciente ao 3º Arguido." - Tradução livre.

19. Ao assim concluir, salvo o devido respeito por opinião contrária, tal conclusão revela-se completamente ilógica, irrazoável e arbitrária, visivelmente violadora do sentido da decisão e/ou das regras de experiência comum, bem como das regras que impõem prova tarifada para determinados factos.

20. Considera-se que existe insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito adequada.

21. Das razões supramencionadas resulta que a decisão recorrida é inadmissível em processo penal, por se revelar manifestamente presuntiva e consequentemente violadora dos princípios basilares do processo penal, no qual se exige que as decisões proferidas por quaisquer Tribunais sejam fundamentadas e sustentadas em certezas resultantes da prova, produzida ou não produzida.

22. Temos pois, que em caso de dúvida, o Tribunal deve sempre decidir em prol de um Arguido por força da aplicação do princípio do in dubio pro reo. Trata-se de uma imposição basilar dirigida ao Juiz no sentido de este se pronunciar de forma mais favorável ao Arguido quando não tiver a certeza sobre os factos decisivos para a resolução da causa.

23. Donde que, de acordo com o princípio do in dubio pro reo, a absolvição do Arguido pela prática do crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da lei nº 17/2009, em virtude da ausência de provas suficientes, deveria ter sido, salvo devido respeito, a solução adoptada pelo Tribunal a quo. O que não aconteceu nos presentes autos!

24. Termos em que, pelos apontados fundamentos, e não tendo assim sido decidido pelo Tribunal a quo, deverá a decisão recorrida ser revogada, por se encontrar inquinada do vício de manifesta insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quer por preterição e violação do princípio do in dubio pro reo, conforme previsto no artigo 400.º, n.º 2, alínea a) do CPP, devendo o ora Recorrente ser absolvido pela prática do crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da lei nº 17/2009.

25. Ainda que assim não se entenda, o que a mero benefício de raciocínio se concebe, sempre se diria que, atento o circunstancialismo que consta dos autos, e salvo devido respeito, a pena a aplicar é excessiva e não teve em consideração as circunstâncias atenuantes atendíveis que lhe seriam aplicáveis no termos artigo 18º da lei nº 17/2009.

26. Ora, a decisão de que ora se recorre condenou o Arguido ora Recorrente na pena de 2 anos de prisão, numa pena cuja moldura penal abstracta é de 5 anos de prisão.

27. Salvo devido respeito por opinião contrária, o Tribunal a quo ao escolher a supra referida pena violou as normas penais vertidas nos artigos 40º, 64º, 65º, e 67º todos do Código Penal e 18º da lei nº 17/2009, pelas razões e com os fundamentos que se passam a expor.

28. É certo que para ser aplicada a medida da pena, o Tribunal tem que conhecer a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao crime e as suas circunstâncias deste.

29. Sucede que, pese embora tais circunstâncias tenham sido devidamente demonstradas nos presentes autos, não foram as mesmas consideradas na decisão. Designadamente, foi dado como provado que o Arguido além de ser primário demonstrou ser um cidadão que colaborou

com a investigação e inclusivamente prestou informações relevantes para a identificação e captura de indivíduos relacionados com o tráfico de produtos estupefacientes em Macau (factos demonstrados pelos depoimentos dos agentes da polícia judiciária).

30. Ora, estes factos deveriam ser susceptíveis de suficientemente convencer o Tribunal a quo de que o ora Recorrente não voltará a cometer outros crimes, sendo para tal bastante a mera censura dos factos e a ameaça de cumprimento da pena que vier ser imposta.

31. Devendo, em consequência, ter-lhe sido reconhecida uma atenuação especial da pena nos termos conjugados do art. 18º da Lei nº 17/2009 e do art. 67º do Código Penal.

32. Dos autos subjazem factos considerados como provados que justificavam a atenuação especial da pena prevista no art. 18º da Lei nº 17/2009 - "No caso de prática dos factos descritos nos artigos 7º a 9º e 11º, se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela causado ou se esforçar seriamente por consegui-lo, auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, especialmente no caso de grupos, de organizações ou de associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou haver lugar à dispensa de pena."

33. Porém, o douto Acórdão recorrido não considerou esta matéria da atenuação especial da pena, quando a verdade é que existiam, plasmados no próprio texto decisório, circunstâncias que diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto e a culpa do agente, qual seja, o facto do Recorrente ter colaborado com a investigação nos termos do artigo 18º da Lei nº 17/2009.

34. O que por sua vez determinaria uma pena certamente inferior aos 2 anos de prisão então aplicados ao Recorrente, sob pena da decisão recorrida desvirtuar a ratio legis do disposto no 18º da Lei nº 17/2009 e art. 67º do Código Penal.

35. No que se refere à suspensão da pena de prisão aplicada ao Recorrente, deveremos ter em atenção que nos presentes autos, é de admitir que se verificam, em concreto, todos os

respectivos pressupostos formais e materiais necessários e suficientes para permitir ao Tribunal um juízo de prognose favorável ao Recorrente e conducente à suspensão de uma eventual pena de prisão.

36. A condenação do arguido em pena de prisão efectiva pela prática de um crime de produção e tráfico de menor gravidade p.p.p. art. 11º da Lei 17/2009, ponderados que sejam, o seu comportamento moral e as circunstâncias da infracção, de acordo com o que se deu como provado, conduz a um claro excesso ao não suspender a execução da pena a que alude o artigo 48º do Código Penal.

37. Pelo que atentos os motivos supra expostos, sendo a pena de prisão concretamente aplicada ao Recorrente inferior a 3 anos, e sendo o Recorrente arguido primário, integrado socialmente, com suporte familiar dos pais e amigos, deverá merecer desse douto Tribunal de Segunda Instância a consagração e prolação de uma pena suspensa na respectiva execução, tendo em conta um juízo de prognose que lhe seja favorável, em termos tais que se admita com muita probabilidade que o Recorrente, sentindo a condenação, será capaz de conduzir futuramente a sua vida de modo lícito e adequado, acreditando-se que posta perante a censura do facto e a ameaça da pena é capaz de se afastar da criminalidade - como aliás foi doutamente decidido por esse Tribunal no Processo n.º 330/2004.

38. Face ao que ficou exposto, encontrando-se a douda decisão recorrida eivada do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, o qual vem previsto nas alíneas!

a) do n.º 2 do artigo 400.º do CPP, é admissível a renovação da prova nos termos previstos no artigo 415.º do mesmo diploma legal, o que desde já se requer, porquanto, tal vício pode ser suprido, recorrendo à análise do depoimento prestado pelos agentes da polícia judiciária, B, C, D, E, F, depoimentos estes todos devidamente registados na gravação da audiência de julgamento.

39. Devem, pois, os referidos depoimentos ser renovados perante este Tribunal de

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立，應駁回上訴人的上訴理由（詳見卷宗第 1007 頁至第 1011 頁）。

檢察院在答覆中提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為原審法院認定上訴人曾販賣毒品予上訴人，但卻未能證實有關植物、物質或製劑的質量及數量，欠缺第 17/2009 號法律第 11 條所規定罪狀的構成要件，存有法律錯誤。

2. 警方於第一嫌犯所住的屋子內搜獲毒品“可卡因”，而上訴人亦承認一直協助第一嫌犯所屬的販毒集團派送“可卡因”，從沒有對其所販賣的是否毒品提出質疑。同時，第三嫌犯作為一名吸食“可卡因”的資深吸毒者，亦從沒有對其從第一嫌犯及上訴人手上所購入的是否為毒品“可卡因”提出質疑，並自 2020 年 4 月起以每小包澳門幣

Segunda Instância, por, objectivamente, se considerar que a audição das gravações dos referidos depoimentos permite eliminar o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, imputado à decisão recorrida.

40. Renovação de prova essa que, ao abrigo do disposto no artigo 402.º, n.º 3, do CPP, deverá incidir no depoimento prestado pelos agentes da polícia judiciária B, C, D, E, F.

41. Sendo certo que, a renovação da prova ora requerida justifica-se pela necessidade de comprovar a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada que conduziu à condenação do Arguido pela prática de crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo artigo 11º da Lei nº 17/2009, alterado pela Lei nº 10/2016.

1500 至 2000 元購入“可卡因”，庭審時從來沒有人質疑第三嫌犯所買入的非為毒品“可卡因”。於人之辨認/相片辨認筆錄中，第三嫌犯辨識了上訴人使用過微信名稱 ZZZ，微信帳戶 I1234，指出上訴人及第一嫌犯分別為夜場認識並介紹其購買毒品以及向其提供毒品之人。顯現，原審法院認定所交易的為毒品“可卡因”的決定並沒有違反常理及一般經驗法則。

3. 由於上訴人的行為不屬於第 17/2009 號法律第 14 條的情況，為此，其應被判處該法律第 8 條第 1 款所規定的販毒罪。然而，考慮到未能認定上訴人與第一嫌犯出售予第三嫌犯的可卡因具體測量淨重，原審法院認定符合第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款所規定的不法性相當輕的情況，因而改判處輕量販毒罪，有關決定並無上訴人所指責的瑕疵。

4. 原審法院在審查證據時並不存在足以開釋上訴人的合理懷疑，並未見有違反疑罪從無原則。

5. 上訴人認為被上訴裁判沾有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項規定的“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵。

6. 上訴人並沒有於答辯狀中主張其他事實，本案的訴訟標的僅為控訴事實。細閱被上訴的裁判內容，原審法院已對控訴書提出的控訴事實進行調查，並對所有事實作出已證實及不獲證實的認定，當中沒有任何事實遺漏調查，此外，亦作出附理由陳述的決定，因此，我們看不出存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所規定的瑕疵。

7. 上訴人指責被上訴裁判沒有充分考慮載於卷宗內之所有資料，尤其是其曾為警方提供證據，以識別其他應負責任的人的身份並逮捕其他販毒者，應獲特別減輕，以及給予緩刑。

8. 須指出，上訴人於上訴狀中並沒有指出其曾協助警方成功識別的其他應負責任的人具體為何人，究竟涉及的是本案還是他案。本檢察院未能清楚其所指具體為何人。然而，為著謹慎起見，作出如下回覆：

9. 上訴人被捕後沒有即時如實交待其參與販毒，且沒有提供任何實質的重要線索或提供其上線及其他同伙的具體身份資料，直至 2021 年 2 月 18 日在接受訊問時才供出其參與販毒的過程。雖然上訴人承認參與 G、H 及 I 的販毒團伙，但僅提供該等人士的單一名字，並沒有提供該等人士的實質身份資料或具體聯絡資訊，甚至在進行辨認程序中也沒有指認出 H 及 I 的相片。警方確認 G XX 的身份是基於 G XX 於 2020 年 12 月 19 日涉及另一宗毒品案件，其身份資料被登載於警方的警務記錄中(見卷宗第 486 頁)。有關線索是上訴人在被捕後，直至提供資料前，警方透過偵查而取得的。為此，上訴人對警方將 G XX 逮捕方面並沒有起到決定性的作用，上訴人所述的情況並不符合第 17/2009 號法律第 11 條所規定的特別減輕的情節。

10. 上訴人否認控罪，未能顯示出上訴人有半點悔意。上訴人為非本澳居民，於澳門參與販毒活動，顯示出上訴人犯罪的主觀故意程度甚高且不法性不輕。同時，販毒罪的一般預防的要求較高。上訴人被判處 2 年徒刑，低於抽象法定刑幅上下限的一半，未見有過重之虞。

11. 上訴人的犯罪行為嚴重影響本澳治安環境及市民的財產安全，原審法院認為對犯罪事實作出譴責及並以徒刑作威嚇並不足以及不適當地實現懲罰之目的，有關決定並無不妥之處。

12. 上訴人聲請再次聽取警方證人的庭審錄音，但上訴人並沒有就其認為應再次進行調查之證據列明每一證據用以澄清之具體事實。由於上訴人的聲請含糊不清，且本案並不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款之瑕疵，其聲請並不符合《刑事訴訟法典》第 415 條及 402 條第 3 款的規定，為此，本檢察院認為有關聲請應予以駁回。”

*

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為應裁定上訴人提出的上訴理由成立，應廢止被上訴判決，開釋上訴人；如不認同，應給予上訴人緩刑（詳見卷宗第 1024 頁至第 1025 頁背頁）。

*

本院接受了上訴人提起的上訴，組成合議庭，對上訴進行審理，兩名助審法官相繼檢閱了卷宗，並作出評議及表決。

二、事實方面

原審法院經庭審後認定以下事實：

（一）獲證事實

1.

2020 年 9 月 1 日，約 12 時 30 分，澳門司法警察局接獲海關通報，

指香港海關於日前截獲一件報稱為“無糖夏桑菊”之郵包，郵包內藏有 950 克之毒品“可卡因”。該郵包由法國寄出，途經香港擬往澳門。該郵包上所列的收件人為 J，收貨地址為：... RUA BL ... FL.... ED..... MACAU，聯絡電話 623*****。（見卷宗第 97 頁及第 98 頁）

2.

經澳門警方向電訊公司查核，證實上述郵包上所載之收件人電話號碼 623*****之登記人為第一嫌犯 J，而收貨地址為澳門.....街.....花園.....閣...樓...室。（見第 112 頁）

3.

同日下午 2 時，警方在確定第一嫌犯 J 當時正身處上述單位內之後，隨即在該住宅單位外部署。

4.

同日下午 6 時 15 分，司警偵查員在剛從該單位走出來的 K（身份資料載於第 129 頁）帶領下進入上述單位，發現第一嫌犯 J，並在第一嫌犯所居住的房間內發現一些懷疑是毒品之白色粉末。該等白色粉末被放置於睡床旁抽櫃上的一個藍白色藍牙耳機包裝盒內，用一張紙巾包裹着的四個小型透明膠袋之內。該四袋粉末連包裝袋分別約重 0.25 克、0.35 克、0.5 克及 0.5 克，即合共約重 1.6 克。該包裝盒內還有一張經摺疊的收費單據，單據內另藏有一張紙巾，經打開該張紙巾後發現一堆大小不一的粒狀物，懷疑是毒品“可卡因”，連包裝紙約重約 2.43 克。（見卷宗第 15 頁之搜索及扣押筆錄）

5.

第一嫌犯 J 向現場司警偵查員承認上述懷疑毒品屬其所有，警方隨即對第一嫌犯作出拘留。

6.

此時，司警偵查員發現該單位有另一房間，其房門處於虛掩狀態，隨即向第一嫌犯查詢，第一嫌犯**指稱**該房間由第二嫌犯 A 居住。

7. （部份）

司警偵查員與第一嫌犯一同進入上點所指房間，在其內的一個衣櫃中發現一個中型透明膠袋，袋內藏有一塊乳膠狀硬塊，懷疑是毒品“可卡因”，連包裝袋約重 7.86 克；衣櫃中另發現有兩張紙巾，經打開發現其內分別包裹着四包和七包小型透明膠袋，袋內藏有懷疑為“可卡因”之乳膠狀硬塊，上述硬塊連包裝袋分別約重 0.2 克、0.25 克、0.25 克、0.26 克、0.28 克、0.28 克、0.28 克、0.3 克、0.31 克、0.35 克和 0.35 克，即合共重 3.11 克；警方又在該房間的一個電視櫃內發現一個中型透明膠袋，該中型透明膠袋內有四個小型透明膠袋，袋內各藏有數粒大小不一的紅色塊狀物，懷疑為毒品，該四個小型透明膠袋連同內裡之塊狀物分別約重 0.45 克、0.65 克、0.65 克和 0.75 克，即合共重 2.5 克。（見卷宗第 15 頁之搜索及扣押筆錄）

8. （部份）

上點所指房間自 2020 年 4 月起由第二嫌犯 A 居住，亦被發現自 2020 年 8 月 30 日 00 時至 9 月 1 日 18 時期間有進出該單位，且長時間逗留在該單位內。

9.

警方扣押了上述第四點及第七點所列之懷疑毒品，亦扣押了第一嫌犯 J 持有的一部銀色手提電話、19 張港幣一千元紙幣、4 張港幣五百元紙幣、3 張澳門幣一百元紙幣、13 張美元一百元紙幣，以及一串開啟該涉案單位的鎖匙，因屬實施犯罪之工具及犯罪所得。（見卷宗第 15 頁之搜索及扣押筆錄及第 24 頁之扣押筆錄）

10. (部份)

警方對第一嫌犯 J 進行尿液檢測程序，發現第一嫌犯的尿液樣本對毒品“可卡因”呈陽性反應，第一嫌犯當時有吸食可卡因習慣，每星期兩次。

第四點所列毒品是第一嫌犯於 2020 年 8 月 28 日向不明人士以每包澳門元一千元購買得來，第一嫌犯當時購買了五包，拿回自己的房間吸食了一包，餘下的已被警方扣押。（見卷宗第 28 頁）

11.

上述第四點及第七點所列之懷疑毒品，經檢驗證實有 11.609 克可卡因和 1.891 克二甲（甲烯二氧）苯乙胺。

經定量分析，上述可卡因的含量為 7.1474 克，二甲（甲烯二氧）苯乙胺的含量為 0.709 克。

可卡因(Cocaína)屬 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 4 條表一 B 所管制的一種局部麻醉劑；二甲（甲烯二氧）苯乙胺(MDMA)屬同法律同條文表二 A 所管制之一種致幻劑。有關檢驗報告內容詳載於本卷宗第 246 頁至第 253 頁及第 356 頁至 362 頁，作為本判決書之組成部分。

12.

其中第四點所列之懷疑毒品証實為 2.812 克可卡因，經定量分析，可卡因的含量為 1.3764 克；第七點所列之懷疑毒品証實為 8.797 克可卡因和 1.891 克二甲（甲烯二氧）苯乙胺，經定量分析，可卡因的含量為 5.771 克，二甲（甲烯二氧）苯乙胺的含量為 0.709 克。

13.

（未能證實）

14.

2020 年 4 月後之不確定日子，第三嫌犯 L 在夜場中認識了正在兜售毒品的第二嫌犯 A，由於第三嫌犯 L 有吸食毒品可卡因之習慣，因此雙方交換了微信帳號，方便日後購買毒品。

15.

其後，第三嫌犯 L 以微信聯絡第二嫌犯 A，準備向其購買毒品“可卡因”。雙方相約會面，當時，第二嫌犯 A 帶同第一嫌犯 J 前往第三嫌犯之住所樓下，並向第三嫌犯表示日後將安排第一嫌犯向其交收毒品。

16.

自 2020 年 4 月開始，第一嫌犯 J 按第二嫌犯的指示，將毒品帶給購買毒品人士，包括將毒品“可卡因”帶到第三嫌犯 L 住所附近交給第三嫌犯，每一小包向顧客收取澳門幣一千五百元至二千元，成功交易後第一嫌犯可從中取得二百至三百元的報酬。

17.

2020 年 9 月 25 日，警方發現一名懷疑販毒女子 N（身份資料載於

第 538 頁)，該名女子因被懷疑從事販毒活動，於檢察院第 7991/2020 號偵查卷宗內被採取羈押措施。

18. (部份)

警方在續後的調查工作中，發現該名女子於 2020 年 8 月期間，多次向不同人士提供毒品可卡因（其中一名是其以微信聯絡“#”相約進行交易）。

19.

N 與第二嫌犯 A 的聯絡方法是透過後者的電話號碼：688*****及 668*****。（參見卷宗第 207 頁及第 566 頁、第 567 頁）

20.

在被羈押期間，第一嫌犯和第二嫌犯曾於路環監獄內的公共地方相遇，第二嫌犯 A 書寫了一張便條並給予第一嫌犯，表示可以為第一嫌犯委托律師進行辯護，但為此第一嫌犯必須向澳門司法當局承認上述第四點及第七點所述之毒品全屬第一嫌犯所持有。

21. (部份)

第一嫌犯以此向檢察院作出檢舉。（參見第 240 頁至第 243 頁及第 181 頁、第 182 頁）

22.

三名嫌犯在自由、自願及有意識之情況下故意作出上述行為。

23.

三名嫌犯清楚知道其行為觸犯法律，會受法律制裁。

*

此外，審判聽證亦證實以下事實：

第一嫌犯聲稱為商人(二手買賣)，月入約澳門幣 1,000 元，需供養妻子及二名子女，具小學程度學歷。

第二嫌犯聲稱為商人(買賣手飾)及學生，無收入，無家庭負擔。

第三嫌犯聲稱為銷售員及司機(私人)，無收入，具高中畢業學歷，準備入讀大學。

刑事紀錄證明顯示，第一、二嫌犯均為初犯。

第三嫌犯非為初犯，於 2019/03/28，因觸犯一項相當巨額詐騙罪(案發日為 2017/6/12)，被初級法院第 CR2-19-0021-PCC 號卷宗判處 3 年 3 個月的實際徒刑。嫌犯不服上訴。於 2019/09/26 中級法院判處嫌犯 2 年 3 個月徒刑，緩刑 4 年。有關判決於 2019/10/10 轉為確定。

*

(二) 未證事實

經庭審聽證，本案存在與控訴書已證事實不符之其他事實：

- 除了第二嫌犯 A 之外，並沒有其他人向該單位的承租人 O(身份資料載於第 431 頁)租住該房間。上點所列懷疑毒品全屬第二嫌犯 A 所有。(第 8 點部份)
- 第四點所列毒品是第一嫌犯於 2020 年 8 月 28 日在第二嫌犯 A 居住的房間向第二嫌犯購買。(第 10 點部份)
- 第一嫌犯 J 於 2020 年 1 月 7 日進入澳門，由第二嫌犯 A 安排租住上述單位的一個房間，為第二嫌犯煮食，並按第二嫌犯指示，將可卡因煮成顆粒狀；2020 年 4 月，第二嫌犯 A 亦租住同一單位的另

一房間，即第七點所指房間。第一嫌犯與第二嫌犯一般於晚上一同或各自出門，到澳門各夜場出售毒品。（第 13 點）

- 於 2020 年 8 月期間，N 曾受本案第二嫌犯 A 指使販毒，每次成功交易後可向第二嫌犯 A 收取澳門幣一百元作為報酬。N 透過該等活動已從第二嫌犯 A 中合共收取港幣三千至四千元的報酬。（第 18 點部份）
- 由於與事實不符，第一嫌犯 J 不願意配合第二嫌犯的要求，並未按第二嫌犯 A 的指示作出陳述。（第 21 條部份）

三、法律方面

本上訴涉及之問題：

- 「較輕的生產和販賣罪」
- 經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009/M 號法律第 11 條第 2 款
- 錯誤適用法律
- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判
- 量刑
- 再次調查證據

*

除了須依職權審理的事宜，上訴法院只解決上訴人具體提出且由其上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中未包含的問題已轉為確定。（參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判，中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。）

*

上訴人認為，被上訴判決錯誤適用法律。

上訴人指出，作為構成經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009/M 號法律第 11 條規定的「較輕的生產和販賣罪」，須認定所交易的是哪種物質，其份量和質量，缺乏該等事實，便缺乏構成有關犯罪的要件。本案，原審法院既然未能證明相關物質的重量和質量，那麼，有罪決定違反了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009/M 號法律第 11 條規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的錯誤適用法律的瑕疵。

*

經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009/M 號法律第 11 條（較輕的生產和販賣）規定：

一、如經考慮犯罪的手段，行為時的方式或情節，植物、物質或製劑的質量或數量，又或其他情節，顯示第七條至第九條所敘述的事實的不法性相當輕，則行為人處下列刑罰：

（一）如屬表一至表三、表五或表六所列植物、物質或製劑，處一年至五年徒刑；

（二）如屬表四所列植物、物質或製劑，處最高三年徒刑，或科罰金。

二、按上款規定衡量不法性是否相當輕時，應特別考慮行為人所支配的植物、物質或製劑的數量是否不超過附於本法律且屬其組成部分的每日用量參考表內所載數量的五倍。

*

被上訴判決在法律適用的定罪部分之說明中寫到：

第二，根據庭審獲證事實，由於未能認定已證事實第七點所描述的毒品屬於第二嫌犯所有。

但是，根據庭審獲證事實，第三嫌犯 L 以微信聯絡第二嫌犯 A，準備向其購買毒品“可卡因”。後來雙方相約會面，第二嫌犯 A 帶同第一嫌犯 J 前往第三嫌犯之住所樓下，並向第三嫌犯表示日後將安排第一嫌犯向其交收毒品。

自 2020 年 4 月起，第一嫌犯 J 按第二嫌犯的指示，將毒品帶給購買毒品人士，包括將毒品“可卡因”帶到第三嫌犯 L 住所附近交給第三嫌犯，每一小包向顧客收取澳門幣一千五百元至二千元，成功交易後第一嫌犯可從中取得二百至三百元的報酬。

第二嫌犯 A 明知上述毒品“可卡因”的性質，且是受法律管制，仍在未經任何合法許可下持有之，並與第一嫌犯共謀合力及分工合作地在澳門出售予第三嫌犯 L，目的是將之出售予第三嫌犯 L。

雖然未能認定上述交易中的具體交易份量，但考慮到已毫無疑問認定三名嫌犯是在進行毒品交易。在未能判斷交易份量有否超過該毒品的五日用量最大值下，以疑點利益歸嫌犯之前提下，將第二嫌犯的控罪改判：

檢察院控訴**第二嫌犯 A** 的行為以直接共同正犯和既遂方式觸犯經第 4/2014 號法律、第 10/2016 號法律及第 10/2019 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰之一項**不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪**，應予改變法律定性，改為判處以直接共同正犯和既遂

方式觸犯經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第(一)項所規定及處罰的一項「較輕的生產和販賣罪」。

可見，上訴人被定罪的事實並非是與本案所扣押的毒品有關聯的事實，而是其之前的行為。

被上訴判決中，與上訴人有關的事實為：

已經證明的事實有：

- 2020 年 4 月後之不確定日子，第三嫌犯 L 在夜場中認識了正在兜售毒品的第二嫌犯 A，由於第三嫌犯 L 有吸食毒品可卡因之習慣，因此雙方交換了微信帳號，方便日後購買毒品。

- 其後，第三嫌犯 L 以微信聯絡第二嫌犯 A，準備向其購買毒品“可卡因”。雙方相約會面，當時，第二嫌犯 A 帶同第一嫌犯 J 前往第三嫌犯之住所樓下，並向第三嫌犯表示日後將安排第一嫌犯向其交收毒品。

- 自 2020 年 4 月開始，第一嫌犯 J 按第二嫌犯的指示，將毒品帶給購買毒品人士，包括將毒品“可卡因”帶到第三嫌犯 L 住所附近交給第三嫌犯，每一小包向顧客收取澳門幣一千五百元至二千元，成功交易後第一嫌犯可從中取得二百至三百元的報酬。

未獲證明的事實有：

- 除了第二嫌犯 A 之外，並沒有其他人向該單位的承租人 O(身份資料載於第 431 頁)租住該房間。上點所列懷疑毒品全屬第二嫌犯 A 所有。

– 第四點所列毒品是第一嫌犯於 2020 年 8 月 28 日在第二嫌犯 A 居住的房間向第二嫌犯購買。

– 第一嫌犯 J 於 2020 年 1 月 7 日進入澳門，由第二嫌犯 A 安排租住上述單位的一個房間，為第二嫌犯煮食，並按第二嫌犯指示，將可卡因煮成顆粒狀；2020 年 4 月，第二嫌犯 A 亦租住同一單位的另一房間，即第七點所指房間。第一嫌犯與第二嫌犯一般於晚上一同或各自出門，到澳門各夜場出售毒品。

– 於 2020 年 8 月期間，N 曾受本案第二嫌犯 A 指使販毒，每次成功交易後可向第二嫌犯 A 收取澳門幣一百元作為報酬。N 透過該等活動已從第二嫌犯 A 中合共收取港幣三千至四千元的報酬。

根據被上訴判決，上訴人被判有罪是基於上訴人在 2020 年 4 月將第一嫌犯帶來給第三嫌犯認識，隨後，第一嫌犯按照第二嫌犯（即：上訴人）的指示，將包括“可卡因”的毒品在第三嫌犯住所附近交給第三嫌犯，第一嫌犯從中取得報酬。

我們同意駐本院的檢察院代表的意見，上述事實之情節，包括時間、地點、實施方式、毒品的種類和份量等並不完整，不足以支持認定上訴人犯下相關犯罪。

被上訴判決認定獲證明：2020 年 4 月份，第三嫌犯聯繫上訴人購買毒品，上訴人將第一嫌犯帶來給第三嫌犯認識，告知將來由第一嫌犯將毒品交予第三嫌犯。然而，此時見面並無任何毒品交收，這一行為屬於犯罪預備，法律沒有明文規定者不予處罰。

被上訴判決另證明：自 2020 年 4 月開始，第一嫌犯 J 按第二嫌犯

的指示，將毒品帶給購買毒品人士，包括將毒品“可卡因”帶到第三嫌犯 L 住所附近交給第三嫌犯，每一小包向顧客收取澳門幣一千五百元至二千元，成功交易後第一嫌犯可從中取得二百至三百元的報酬。然而，仔細分析該“事實”，可以說該“事實”所載的時間、地點、實施方式、毒品的種類和份量等情節因素，都是不完整甚至是概括的，是跨越數個月的籠統經過，不能清楚呈現出一件事實的客觀過程，所給出的只是上訴人自 2020 年 4 月開始指示第一嫌犯將毒品交給第三嫌犯的結論。結論和判斷，因不能展現客觀一項事實的必要的過程，不應成為判罪的依據。

再者，原審法院認定上訴人指使第一嫌犯將毒品“可卡因”交給第三嫌犯，上述“可卡因”，並不曾被查獲，原審法院認定所交易的“可卡因”為少量，缺乏客觀依據。

最後，上述“可卡因”是否與本案扣押的毒品存在關聯？本案已證事實和未證事實給出的答案是否定的，原審法院在認定事實和定罪時判斷不存在該關聯性。

正如中級法院第 862/2021 號上訴案 2021 年 12 月 2 日合議庭裁判之見解，是否構成「較輕的生產和販賣罪」，須考慮的基本要素之一是行為人作出有關行為時所掌控的違禁物質的種類和份量，根據懲罰有關犯罪旨在保護的法益，“販賣”行為應該是在一具體的時段作出的，而不是某一不確定的、開放的時段；在沒有發現任何具體毒品的

情況下，不能以「較輕的生產和販賣罪」論處，即使上訴人毫無保留地自認。²

以上，本案因未能發現和扣押屬上訴人所掌控的毒品，故不能裁定上訴人觸犯了經第 10/2016 號法律所修改的第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第(一)項所規定及處罰的一項「較輕的生產和販賣罪」。

基於此，合議庭裁定上訴人上訴理由成立，廢止被上訴判決針對上訴人之決定，並開釋上訴人被控告之犯罪。

² 中級法院第 862/2021 號上訴案 2021 年 12 月 2 日合議庭裁判摘要如下（原文）：

1. A norma do n.º 2 do art.º 11.º da vigente Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto, reflecte bem que: para efeitos da ponderação sobre a verificação do crime de tráfico ilícito de estupefacientes, é essencial o conhecimento de qual a quantidade total de estupefacientes encontrada na disponibilidade do agente, e atento o bem jurídico em causa no crime de tráfico de estupefacientes e a necessidade da sua protecção, deve ser considerada toda a quantidade “traficada” pelo agente durante uma certa época, e não em determinado momento.

2. Portanto, sem qualquer droga concretamente apreendida ou encontrada, é inviável condenar o agente por prática de crime de tráfico ilícito de estupefaciente, mesmo que de menor gravidade se tratasse, e ainda que o agente tivesse confessado a prática do crime (cfr. o espírito do art.º 325.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo Penal).

3. Não incorre em erro notório na apreciação da prova a decisão judicial que, apesar da confissão do agente da prática do crime de consumo ilícito de estupefaciente do art.º 14.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009, o absolve deste crime com fundamento na inexistência de detecção da presença de estupefaciente dentro do corpo do próprio agente (cfr. o art.º 325.º, n.º 3, alínea b), parte final, do Código de Processo Penal).

*

基於上述決定，上訴人的其他理據已無需審理。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的主要上訴理由成立，裁定：

1. 廢止被上訴判決針對上訴人之決定；
2. 開釋上訴人被控告之犯罪。

*

上訴人無需支付訴訟費用。

著令通知。

立即釋放上訴人。

—*—

澳門，2021 年 12 月 16 日

周艷平（裁判書製作人）

蔡武彬（第一助審法官）

陳廣勝（第二助審法官）