

Processo nº 145/2005

Data: 13 de Outubro de 2005

- Assuntos:**
- Funcionário equiparado
 - Sociedade de jogos
 - Atenuação especial

Sumário

1. O número plural do titular da concessão de jogos não é um sinal determinativo de “liberalização” do sector de jogos. Uma vez que se mantém a limitação do seu exercício, ficando os restantes proibidos de entrar nestas actividades, mantém-se a “exclusividade” da indústria de jogos.
2. Estando provado que o arguido já indemnizou pelos danos causados ao casino e confessou completamente os factos imputados, tendo manifestado o arrependimento e que o arguido é primário, sem ter antecedente criminal, pode-se afirmar que tais circunstâncias diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto e a necessidade da pena, devendo ser especialmente atenuada a medida da pena.

O Relator,

Choi Mou Pan

Processo nº 145/2005

Recorrente: Ministério Público

Reocrrido: A

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

Nos autos do processo nº CR2-04-0171-PCC, junto do Tribunal Judicial de Base, o arguido A respondeu à acusação do Ministério Público pela prática de um crime de peculato p. e p. pelo art. 340.º n.º 1 do Código Penal conjugando com o artigo 336º nº 2/c) do Código Penal.

Após o julgamento, o Tribunal, tendo entendido que em conformidade com o disposto no artigo 7º nº 2 da Lei nº 16/2001 e o Despacho do Chefe do Executivo nº 26/2002, a STDM deixou de ser a sociedade que explora as actividades exclusivas referida no artigo 336º nº 2/c) do Código Penal, convolou o crime acusado e em consequência, condenou o arguido pela prática de um crime de abuso de confiança p. e p. pelo art. 199º nº 4 alínea a) do Código Penal de Macau com referência ao art. 196º alínea a) do mesmo Código, com circunstâncias atenuantes

previstas pelo art. 201º nº 1 e artº 67, na pena de 1 ano e 4 meses de prisão, suspensa por período de 18 meses.

Condena ainda o arguido em taxa de justiça e outra remunerações.

Inconformando com a decisão, recorreu o Ministério Público, que alegou para concluir que:

1. Segundo o princípio geral de aplicação das leis penais no tempo, a lei aplicável é aquela que se encontra em vigor no momento da prática de facto;
2. Só excepcionalmente assim não proceder caso se verifique uma situação da sucessão das leis penais no tempo;
3. Se assim ocorrer, deve o julgador a fazer comparação de dois regimes, escolhendo aquele que se mostre mais favorável ao agente;
4. Porém, não é qualquer alteração legislativa que permita ao julgador a lançar mão do art.º 2, nº 4 do C.P.M., tem de haver coincidência na matéria que tanto a lei velha como a lei nova visam e regulamentam;
5. Falharam no caso estes pressupostos legais;
6. Daí que a correcta qualificação do facto é o crime de peculato p. e p. pelo artº 340, nº 1 do C.P.M. e não o crime de abuso de confiança p. e p. pelo artº 199, nºs 1, e 4, al. a) do C.P.M.;

7. Há de procurar saber o ratio do legislador penal em fazer equiparação dos empregados da sociedade que explora actividade em exclusivo, constante no artº 336, nº 2, al. c) do C.P.M.;
8. Dada a importância de actividade de jogo para a economia local e a sua influência quanto às receitas da R.A.E.M., é manifesta a necessidade de garantir um saudável funcionamento desse sector da economia;
9. A importância do sector de jogo não só não diminua com o fim de monopólio, pelo contrário, tem seguido um ritmo crescente nos últimos anos;
10. Paralelamente, a dependência económica de toda a sociedade ao jogo segue igualmente a um ritmo crescente;
11. Acresce que o regime de jogo, de um regime de monopólio passa a ser um regime de oligopólio, não é, de modo algum, uma actividade de livre acesso por estar sujeita às restritas condições legais;
12. No fundo, é uma opção do legislador em equiparar os empregados deste sector do jogo como funcionários públicos em termos de punição dada a sua importância vital para a R.A.E.M.;
13. Mantém-se válida a aplicabilidade do artº 336, nº 2, al. c) do C.P.M. para a situação actual;

14. Os art^{os} 2, n^o 4, 336, n^o 2, al. c), 340, n^o 1 e 199, n^{os} 1, e 4, al. a), todos do C.P.M. foram violados pelo tribunal recorrido;
15. E carecem de ser corrigidos;
16. Em consequência disso, a pena concreta encontrada pelo tribunal recorrido também precisa de ser alterada por a mesma se partiu de um errado pressuposto jurídico;
17. Tendo em conta a moldura penal do crime de peculato, as circunstâncias concretas do caso, a confissão integral dos factos, a personalidade do agente e a reparação do dano efectuado antes de julgamento, não se repugna que haja lugar à atenuação especial da pena nos termos do art^o 66, n^o 2, al. c) do C.P.M.;
18. Assim, achamos por equilibrada em fixar a pena concreta em dois (2) anos de prisão, suspensa na sua execução por um período igualmente não inferior a dois (2) anos.

Termos em que deva dar-se procedência ao presente recurso, e reformula a decisão condenatória em conformidade.

E ao recurso do Ministério Público, o arguido A respondeu, alegando em síntese o seguinte:

1. Não existe *proprio sensu* uma sucessão de leis penais.

2. Com a entrada em vigor da Lei 16/2001 houve um “esvaziamento” do art.º 336 n.º 2 c), os trabalhadores dos casinos deixam de ser equiparados a funcionários.
3. Pelo que, o elemento essencial do tipo do crime de peculato deixa de existir, quanto aos trabalhadores da Assistente.
4. O princípio da lei mais favorável justifica que o arguido não seja julgado pelo crime de peculato.
5. Pretender a interpretação a extensiva do art.º 336 põe em causa a certeza e segurança do sistema.

Nestes termos julga-se correcta a pena concretamente aplicada, atenta a moldura penal do crime cometido, o arrependimento do arguido, o facto de ser primário e de ter voluntariamente reparado o dano, pede a improcedência do Recurso apresentado pelo MP e a confirmação do acórdão.

E a Assistente, a Sociedade de Turismos e Difusões de Macau não reagiu.

Nesta instância, a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer que se transcreve o seguinte:

“Na esteira das doudas explanações do nosso Exmº. Coega, temos como líquido que não se está, “in casu”, perante a situação que o art. 2º, n.º. 4, do C. Penal, exige.

E torna-se ocioso, de facto, acrescentar-lhes o que quer seja.

O referido dispositivo prescreve:

- “Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se já tiver havido condenação transitada em julgado”.

A sua aplicação implica, assim, expressamente, a sucessão de “disposições penais”.

Nesse sentido se tem pronunciado, de resto, a Doutrina, nomeadamente a especializada:

- “O problema do conflito temporal de leis penais pressupõe, obviamente, uma sucessão de leis penais, isto é, uma alteração legislativo-penal” (cfr. Américo Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais, 2ª Edição Revista, pg. 109 – sublinhado acrescentado).

Estamos de acordo, igualmente, com a posição assumida na motivação, em relação à pena de prisão e à suspensão da sua execução, no quadro da propugnada alteração.

Deve, pelo exposto, ser concedido provimento ao recurso.”

Cumprе conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

À matéria de facto foi dada assente a seguinte factualidade:

- Antes de 16 de Julho de 2000, o arguido A trabalhava no casino subordinado à outrora Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, Lda., encarregando-se de ajudar no balcão jogadores a levantarem dinheiro com uso dos seus cartões de crédito, além de o trocar para fichas destinadas ao jogo.
- Em 16 de Julho de 2000, pelas 23H30 e pouco, o arguido A, desempenhava a referida função no “New Century Casino” subordinado à outrora S.T.D.M Lda. Para obter para si benefícios ilegítimos, o arguido, com tinha toques de muitas fichas no trabalho, aproveitando a ocasião em que os empregados do casimo e outros jogadores não lhe prestavam atenção, retirou sigilosamente oito fichas com valor nominal de HKD\$80.000,00 que este tinha tocado por causa de trabalho, a fim de apoderar-se das fichas alheias na distracção dos outros.
- Depois de ter obtido as fichas supracitadas, o arguido jogou com estas na mesa de bacará n.º 14 e finalmente perdeu todas as otio fichas acima referidas.
- O arguido agiu livre, consciente e dolorosamente e aproveitou a facilidade proveniente do seu trabalho no casino, no intuito de se apropriar das fichas do casino que ele guardava, sem ter informado ao casino e adquirido a autorização deste.

- O arguido sabia que a conduta supracitada era ilícita, sendo punível pela lei.

Outros factos provados:

- Antes da audiência de julgamento, o arguido já indemnizou pelos danos causados ao casino.
- O arguido confessou completamente os factos imputados, tendo manifestado o arrependimento.
- De acordo com o CRC, o arguido é primário.
- Na altura, o arguido havia trabalhado cinco anos na S.T.D.M Lda., deixou o trabalho após este incidente.
- Agora o arguido passou a ser despachante da pasta, auferindo MOP\$5.000,00.
- O arguido cohabitava com seus pais.
- O arguido concluiu o 9.º ano do curso de ensino secundário.

Factos não provados: nada a assinalar.

Na indicação da prova para a formação da convicção do Tribunal, afirmou que a convicção do Tribunal foi formada com base em:

- Sintetizada objectivamente a confissão completa e sem reserva, que o arguido livre e voluntariamente prestou na audiência de julgamento, a declaração que o representante do casino prestou na audiência de julgamento, bem como as provas

documentais, os objectos apreendidos e outras provas, o Tribunal confirmou os factos supracitados.

Conhecendo.

No recurso do Ministério Público, entende-se que embora com a aprovação da Lei nº 16/2001, os empregados que trabalham nos casinos não deixam de equiparar aos funcionários públicos para os efeitos e nos termos do artigo 336º nº 2 /c) do Código Penal. Não havendo aqui a alteração legislativa, não há lugar à aplicação do artigo 2º nº 4 do Código Penal.

Todas as questões levantadas pelo recurso do Ministério Público pressupõem a questão de saber se em consequência da Lei nº 16/2001, os empregados que trabalham na sociedade da assistente deixaram de equiparar aos funcionários públicos para os efeitos e nos termos do artigo 336º nº 2 /c) do Código Penal.

Veamos.

Prevê o artigo 336º do Código Penal, uma norma interpretativa, sob título de conceito de funcionário, que:

“1. Para efeitos do disposto no presente Código, a expressão funcionário abrange:

- a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas colectivas públicas;
- b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;

c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2. Ao funcionário são equiparados:

a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto-Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;

b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo;

c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.” (sub. nosso)

Ocorreu o facto precisamente em 16 de Julho de 2000 momento em que ainda não entrou em vigor a Lei nº 16/2001, de 24 de Setembro, que dispõe no seu artigo 7º o seguinte:

“(Regime da concessão)

1. A exploração de jogos de fortuna ou azar é reservada à Região Administrativa Especial de Macau e só pode ser exercida por sociedades

anónimas constituídas na Região, às quais haja sido atribuída uma concessão mediante contrato administrativo, nos termos da presente lei.

2. É de três o número máximo de concessões para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino.”

O Tribunal *a quo* entende que, em consequência desta Nova Lei, a antiga STDM deixou de exercer exclusivamente as suas actividades e por isso os seus empregados deixaram de ter qualidade de funcionário equiparado nos termos do artigo 336º do Código Penal.

Cremos, porém, que assim não seja.

Como podemos ver, os números máximos de três de concessão de jogos não é só pelo nova lei que estabeleceu, ao contrário, pela Lei n.º 6/82/M, de 29 de Maio, que regula os “Jogos de fortuna ou azar” previa o número máximo em 4 licenças, e pela redacção dada pela Lei n.º 10/86/M, de 22 de Setembro, foi reduzido a 3.

Nessa Lei já se estabeleceu o regime de exclusividade na concessão de jogos. Previa a Lei que:

“Artigo 5º (Regime)

1. As concessões para exploração de jogos de fortuna ou azar podem ser efectuadas em regime de exclusivo ou de licença especial.

2. É de três o número máximo de concessões segundo o regime de licença especial.

3. A cada licença especial deve corresponder uma zona geograficamente delimitada.

4. A Cidade de Macau e o respectivo domínio público hídrico constituem uma das zonas referidas no número anterior.”

O número plural não é um sinal determinativo de “liberalização” do sector de jogos. A dita “liberalização” de jogos foi apenas uma política da Administração da RAEM a adoptar em virtude da “renovação” do contrato de concessão de jogos em 2001.

Afirma-se que antes da política de “liberalização” de jogos, encontrava-se praticamente o monopólio de jogos, concedida apenas a uma única sociedade. Mas este facto não se pode ser traduzido como o verdadeiro e total sentido da “exclusividade” adoptada pela Lei de jogos e compreendido no artigo 336º do Código Penal.

Temos de compreender objectivamente o sentido da “exclusividade” da indústria de jogos.

Não se trata aqui uma verdadeira “liberalização” de jogos, mas mantém-se a limitação do seu exercício, com a abertura de mais duas licenças, ficando assim os restantes proibidos de entrar nestas actividades.

Pois não há livre acesso no exercício das actividades de jogos, tal como a indústria de electricidade, água e telecomunicações, da qual sensivelmente depende a economia da Região e a qual o Governo tem vindo prestado mais atenção no seu funcionamento e desenvolvimento saudáveis.

Sendo certo, o Senhor Secretário para a Economia e Finanças, na introdução da Nova Lei de jogos na Assembleia Legislativa, afirmou que: “[n]este novo regime jurídico, introduzindo uma nova inovação, que é cessar a exclusividade de jogos de fortuna ou azar e introduzir um novo conceito de abertura de mercado”.¹ Cremos que o Senhor Secretário pretendia apenas referir a “cessação de monopólio” e a sua expressão original chinesa de “專營” não pode ser aquele sentido jurídico rigoroso de “exclusividade” definido na Lei penal.

Quanto à “exclusividade” referida na norma interpretativa de artigo 336º do Código Penal, foi uma situação especial em Macau em que se faz este sector equiparar às “empresas públicas” que pela forma nomeadamente de concessão exercem as actividades de interesses públicos.

Daqui, o conceito de funcionário público não deriva do de autoridade, mas do de função pública, e por função pública se deve entender qualquer actividade do Estado que vise directamente à satisfação de uma necessidade ou conveiência pública.²

Tendo embora o próprio sector de jogos em si ligado pouco ao interesse público, foi uma opção especial política da Administração de Macau, com vista de relevar a importância primaz nas indústrias da Região.

Assim, perante esta circunstância da orientação política, mesmo com a aprovação da nova lei respeitante a jogos, o legislador também não pretende alterar a atribuição de funcionário equiparado aos empregados da sociedade que explora actividade exclusiva, mantém-se assim válida a

¹ Diário da Assembleia Legislativa da RAEM, 1ª série, nº 16/2001, p. 10.

² Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal Brasileiro, Vol. IX, p. 401; Leal-Henriques e Simas Santos, Código Penal de Macau Anotado, p. 944.

aplicação ao presente caso da norma interpretativa de 336º para o artigo 340º do Código Penal.

Como o Digno Magistrado do Ministério Público citou no seu douto parecer, e bem, do Dr. Taipa Carvalho, a aplicação da lei no tempo ou sucessão de leis penais pressupõe a alteração legislativa e, inexistindo esta alteração não se operar uma alteração da lei no tempo. Assim a decisão nesta parte não se afigura correcta, merecendo um reparo.

Em consequência, quanto ao enquadramento jurídico dos factos, não teria qualquer dificuldade. Mantendo-se válida a aplicação do artigo 336º nº 2 do Código Penal, a conduta do arguido não deixa de integra o crime de peculato p. e p. pelo artigo 340º nº 1 do Código Penal.

E quanto à medida de pena, o Ministério Público levanta a questão, no interesse do arguido, de atenuação especial nos termos do artigo 66º nº 2 al. c) do Código Penal.

E tem razão.

Prevê o artigo 66º que:

“1. O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2. Para efeitos do disposto no número anterior são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;

b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;

c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;

d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta;

e) Ter o agente sido especialmente afectado pelas consequências do facto;

f) Ter o agente menos de 18 anos ao tempo do facto.

3.”

Está provado que o arguido já indemnizou pelos danos causados ao casino e confessou completamente os factos imputados, tendo manifestado o arrependimento e que o arguido é primário, sem ter antecedente criminal.

E ponderando as circunstância da prática do crime, é lícito afirmar que a sua reparação dos danos causados, a confissão sincera e o arrependimento diminuam por forma acentuada quer a ilicitude do facto quer a necessidade da pena. Assim sendo, considera-se equilibrado fixar

uma pena, (dentro da moldura legal de até 5 anos e 4 meses de prisão – artigo 67º nº 1 e 340º nº 1 do CP), de 1 ano e 9 meses de prisão.

E tendo em conta as circunstâncias constantes dos autos e a disposição do artigo 48º do Código Penal, é adequado suspender a execução da pena ora aplicado no período de 2 anos.

Dá-se assim o provimento ao recurso.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e em consequência, condena o arguido pela prática de um crime de peculato p. e p. pelo artigo 340º nº 1 do Código Penal na pena de 1 ano e 9 meses de prisão, suspendendo a execução da pena em 2 anos.

Custas pelo recorrido.

Macau, RAE, aos 13 de Outubro de 2005

Choi Mou Pan (Relator)

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong (com declaração de voto)

Processo nº 145/2005
Declaração de voto

Ao contrário do que fez o douto Acórdão antecedente, entendo que a decisão do presente recurso não deve passar, por desnecessário, pela análise da equiparação ou não dos trabalhadores das novas concessionárias da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino aos funcionários públicos nos termos e para os efeitos previstos no artº 336º do Código Penal, por razões que passo a expor:

- Os factos objecto dos presentes autos foram praticados ainda antes da entrada em vigor da Lei nº 16/2001 e da adjudicação das três concessões para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino por despacho do Chefe do Executivo ao abrigo daquela lei;
- Altura em que a jurisprudência unânime era no sentido de que os trabalhadores da STDM eram equiparados aos funcionários públicos;
- Essa nova lei e a subsequente adjudicação não alteraram nem retiraram retroactivamente ao arguido a sua qualidade de *“equiparado ao funcionário público”*, pois inegavelmente ele detinha essa qualidade no momento dos factos;
- Assim, qualquer que seja a natureza das três concessionárias face ao novo enquadramento legal da exploração de jogos, em nada fica afectada a qualidade de *“equiparado ao funcionário público”*, em que o ora arguido praticou os factos;
- Ou seja, mesmo que, por mera hipótese, as três concessionárias jamais possam vir a ser classificadas como *“sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo”*, o ora arguido não pode por isso deixar de ser punido pelo crime de peculato;
- Uma vez que o bem jurídico negado pela conduta do ora arguido continua a ser tutelado pela lei penal nos mesmos termos quer quanto à tipificação do crime quer quanto à correspondente punição;
- Se a nossa lei penal não deixar de proteger especialmente as

sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo através de uma categoria de crimes específicos, o ora arguido dos presentes autos nunca pode deixar de ser punido pelo crime de peculato;

- Quer dizer não houve despenalização nem descriminalização da conduta levada a cabo pelos equiparados aos funcionários públicos;
- *In casu* é por ser o ora arguido “*equiparado ao funcionário público*” no momento dos factos e não por serem as novas concessionárias “*sociedade que explorem em regime de exclusivo*” que o mesmo arguido deve ser punido a título de crime de peculato;
- Por mera hipótese e quanto muito, o que a entrada em vigor da Lei nº 16/2001 e a consequente adjudicação das concessões podem implicar é apenas a perda, por parte dos trabalhadores das três concessionárias, da sua qualidade de “*equiparado ao funcionário público*”;
- Todavia, de maneira nenhuma isso poderá conduzir à despenalização da conduta do ora arguido, pois essa categoria de crimes específicos permanecem intactos na nossa lei penal; e
- Como a qualidade de “*equiparado ao funcionário público*” do ora arguido no momento dos factos não é susceptível de ser afectada quer pela Lei nº 16/2001 e quer pela consequente adjudicação, desnecessária se mostra a abordagem que fez o douto Acórdão antecedente no que diz respeito à natureza das três novas concessionárias face à equiparação prevista no artº 336º/2-c), *in fine*.

Com essa ressalva, subscrevo o resto do Acórdão antecedente.

R.A.E.M., 13OUT2005

Lai Kin Hong