案件編號: 119/2011

合議庭裁判書日期: 2011 年 3 月 3 日

主題:

《刑法典》第 166 條第 3 款

與未滿十四歲之人性交

侵犯性自由罪

《刑事訴訟法典》第 193 條第 2 款

羈押

裁判書內容摘要

由於嫌犯是被檢察院指控犯有亦屬實質侵犯性自由的「與未滿十四歲之人性交」罪，且根據《刑法典》第 166 條第 3 款的相應規定，此罪的最高徒刑刑期可超過八年，所以按照《刑事訴訟法典》第 193 條第 1 和第 2 款的聯合規定，嫌犯應被羈押，不管在案中是否出現《刑事訴訟法典》第 188 條所指的尤其涉及逃走的具體危險情況亦然。

裁判書製作人

陳廣勝

澳門特別行政區中級法院

合議庭裁判書

上訴案第 119/2011 號

上訴人： A

案件在原審法院的編號： 刑事案第 CR1-08-0026-PCC 號

一、 案情敘述

澳門初級法院第一刑事法庭合議庭審理了第 CR1-08-0026-PCC 號刑事案，於 2010 年 5 月 25 日作出一審有罪判決，裁定案中缺席審訊的嫌犯 A 以正犯身份和既遂方式，實施了一項由澳門《刑法典》第 166 條第 3 款規定懲處的罪行，對其處以四年徒刑（詳見案件卷宗第 173 至第 175 頁的判決書內容）。

嫌犯其後親身獲悉該判決，並對之表不服，遂透過辯護人向本中級法院提起平常上訴（詳見卷宗第 235 至第 257 頁的上訴狀內容），此外，亦就原審法庭主案法官的施以羈押措施的批示提起上訴（詳見卷宗第 262 至第 271 頁的上訴狀內容）。

就嫌犯的兩個上訴，駐原審法庭的檢察官行使了澳門《刑事訴訟法典》第 403 條第 1 款所指的答覆權（詳見卷宗第 274 至第 275 頁和第 276 至第 277 頁的兩份葡文上訴答覆書內容）。

案件卷宗移交予本上訴審級後，助理檢察長依照《刑事訴訟法典》第 406 條的規定，對之作出檢閱，並發表意見書（詳見卷宗第 287 至第 289 頁和第 290 至第 291 頁的兩份意見書內容）。

其後，主理上訴案的裁判書製作人對卷宗進行初步審查，之後，同時組成本院合議庭的兩名助審法官亦檢閱了卷宗。

基於有關羈押措施的上訴的法定非常緊急性（見《刑事訴訟法典》第 203 條的規定），現須首先對該上訴作出審理。

二、 上訴裁判的事實依據說明

本院經審閱卷宗後，得知下列訴訟事實：

嫌犯 A 被檢察院於 2007 年 12 月 17 日指控以正犯和既遂方式犯有一項《刑法典》第 166 條第 3 款所指的罪行，而初級法院於 2010 年 5 月 25 日一審裁定當時缺席審訊的嫌犯罪成，處以四年徒刑。

2011 年 1 月 12 日，嫌犯本人獲悉該有罪判決（見卷宗第 188 頁的通知證明），檢察院遂於同日建議法庭對嫌犯施以羈押的強制措施（見卷宗第 188 頁背面的建議書內容）。

一審的主案法官隨即決定對嫌犯施以羈押措施（見卷宗第 189 頁

的批示)。

而法庭人員亦於同日把該決定通知予嫌犯本人(見卷宗第 190 頁的通知證明),並於同日向嫌犯的辯護人寄出該批示的傳真通知(見卷宗第 191 頁的內容)。

2011 年 1 月 24 日,嫌犯的辯護人以嫌犯之名義提出針對羈押措施的上訴(見卷宗第 261 頁)。

三、 上訴裁判的法律依據說明

本院首先須指出,上訴庭祇解決上訴人在上訴狀總結部份所具體提出和框劃的問題,而無需分析上訴人在提出這些問題時所主張的每項理由(此一見解尤已載於本中級法院第 47/2002 號案 2002 年 7 月 25 日合議庭裁判書、第 63/2001 號案 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判書、第 18/2001 號案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判書、第 130/2000 號案 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判書,和第 1220 號案 2000 年 1 月 27 日合議庭裁判書內)。

本案嫌犯在涉及羈押措施的上訴狀內,實質提出了下列兩個上訴問題:

1. 由於原審主案法官在下令實施羈押措施之前,並沒有聽取嫌犯本人的聲明,有關羈押的批示明顯侵犯了嫌犯的聽證權和辯論權,亦即違反了《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項的規定;

2. 嫌犯本人為澳門永久居民,且有固定、長期的工作,故原審法官不應因認定其有逃走危險而對其施以羈押措施,據此,請求上訴庭

廢止羈押措施，並轉為對其施以禁止離境及定期報到的強制措施。

就嫌犯的第一個上訴理由，駐原審法庭的檢察官認為上訴理由成立，但駐本上訴庭的助理檢察長則認為雖然原審法官確實違反了嫌犯所指的條文，但由於嫌犯並沒有在法定的五天爭議期內就有關不當情事提出爭議，該不當情事已獲補正。

本院根據已於上文列舉的訴訟事實，認為即使原審主案法官或會違反了《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項和第 179 條第 2 款的規定，但由於嫌犯並沒有在獲悉有關羈押批示後起計的五天內提出異議，他今實不得在上訴狀內就有關問題提出爭議（見《刑事訴訟法典》第 110 條第 1 款和 10 月 8 日第 55/99/M 號法令第 6 條第 2 款的規定）。

至於嫌犯的第二个上訴問題，本院認為上訴無理，因為既然他今次是被檢察院指控犯有亦屬實質侵犯性自由的「與未滿十四歲之人性交」罪（參閱葡萄牙科英布拉大學法學院刑事法律教授兼澳門現行《刑法典》草案起草人 **JORGE DE FIGUEIREDO DIAS** 先生在“**COMENTÁRIO CONIMBRICENSE DO CÓDIGO PENAL – PARTE ESPECIAL**”一書（書名可中譯為《科英布拉大學對刑法典分則之評釋》）的第一冊第 442 頁第 3 至第 13 行的釋義內容），且根據《刑法典》第 166 條第 3 款的相應規定，此罪的最高徒刑刑期可超過八年，那麼按照《刑事訴訟法典》第 193 條第 1 和第 2 款的聯合規定，他應被羈押，不管在本案中是否出現《刑事訴訟法典》第 188 條所指的尤其涉及逃走的具體危險情況亦然。

四、 判決

綜上所述，中級法院裁定嫌犯 A 就其羈押措施所提起的上訴理由不成立。

嫌犯須支付有關羈押措施的上訴的所有訴訟費，當中包含叁個訴訟費用計算單位的司法費。

澳門，2011 年 3 月 3 日。

裁判書製作人
陳廣勝

第一助審法官
譚曉華

第二助審法官
José Maria Dias Azedo (司徒民正)

Declaração de voto

Com o douto Acórdão que antecede, confirmou-se a decisão do Mmo Juiz do T.J.B. que decretou ao arguido A dos autos a medida de coacção de prisão preventiva.

Sem prejuízo do muito respeito devido ao entendimento pelos meus Exm^{os} Colegas assumido, não subscrevo a decisão proferida.

Vejamos.

O processo penal deve realizar primordialmente dois objectivos essenciais: por um lado, permitir que se realize o direito de punir e, por outro, permitir que, na realização de tal finalidade, sejam concedidas aos cidadãos as garantias indispensáveis para os proteger contra eventuais abusos de tal poder de punir.

Para concretizar tais fins, as garantias de defesa impõem a observância de princípios processuais, como é o caso do princípio do acusatório, do contraditório, da igualdade de armas, da oralidade e imediação, etc...

No que respeita ao princípio do contraditório, e relativamente aos destinatários, ele significa, essencialmente:

- o dever e direito de o Juiz ouvir as razões das partes em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir decisão;
- o direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afectados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência no desenvolvimento no processo; e, em particular,

— o direito de o arguido intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, (o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo).

De facto, e como já tivemos oportunidade de afirmar em anterior declaração de voto, (cfr., declaração anexa ao Proc. n.º130/2004), só assim se assegura efectivamente o “direito de defesa” em consonância com o qual nenhuma decisão contra o arguido deve ser tomada sem que o mesmo tenha tido a possibilidade de discuti-la em condições de plena liberdade e igualdade com os restantes actores processuais, designadamente o Ministério Público, não sendo de se olvidar também que o processo penal – “instrumento privilegiado de agressão dos direitos liberdades e garantias individuais, é, ao mesmo tempo, um meio indispensável para a sua protecção ...”; (cfr. João C. Correia in, “Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais”, pág. 191 – deve configurar-se em termos de ser um “due process of Law”, devendo assim considerar-se ilegítimos todos os procedimentos que impliquem um encurtamento das possibilidades de defesa do arguido.

Nesta conformidade, e como uma clara manifestação do princípio do contraditório, consagra o art. 50º do C.P.P.M. que:

“1. O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de:

a) Estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito;

b) Ser ouvido pelo juiz sempre que ele deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte;

c) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar;

- d) Escolher defensor ou solicitar ao juiz que lhe nomeie um;
- e) Ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele;
- f) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias;
- g) Ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem;
- h) Recorrer, nos termos da lei, das decisões que lhe forem desfavoráveis.

2. A comunicação em privado referida na alínea e) do número anterior ocorre à vista quando assim o impuserem razões de segurança, mas em condições de não ser ouvida pelo encarregado da vigilância.

3. Recaem em especial sobre o arguido os deveres de:

- a) Comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente convocado;
- b) Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais;
- c) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”; (**sublinhado nosso**).

Por sua vez, prescreve também o art. 179º do mesmo código que:

“1. As medidas de coacção e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público.

2. A aplicação referida no número anterior é precedida, sempre que possível e conveniente, de audição do arguido e pode ter lugar no acto do primeiro interrogatório judicial.

3. O despacho referido no n.º 1 é notificado ao arguido e dele consta advertência das consequências do incumprimento das obrigações impostas.

4. Em caso de prisão preventiva, o despacho referido no número anterior é, com consentimento do arguido, de imediato comunicado a parente, a pessoa da sua confiança ou ao defensor indicados pelo arguido.

5. O consentimento referido no número anterior não é exigido quando o arguido for menor de 18 anos”; (sublinhado nosso).

No caso dos autos, o arguido foi julgado à revelia, vindo a ser condenado como autor de um crime de “abuso sexual de crianças”, p. e p. pelo art. 166º, n.º3 do C.P.M., na pena de 4 anos de prisão; (cfr., fls. 172 e seguinte).

Detido que veio a ser, foi conduzido ao T.J.B., onde, em sede de vista, promoveu o Ministério Público a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, o que veio a ser decidido pelo M^{mo} Juiz sem a sua prévia audição e sem que na decisão – ora recorrida – se justificasse da desnecessidade e inconveniência daquela; (cfr., fls 188 a 189).

No douto Acórdão que antecede, onde se apreciou do recurso do assim decidido, entendeu-se, (em síntese), que a não audição do arguido constituía

apenas uma mera “irregularidade”, e que, como o crime pelo mesmo cometido era um “crime incaucionável”, motivos não havia para se alterar a decisão recorrida.

Ora, outro é o nosso ponto de vista, afigurando-se-nos antes de sufragar o entendimento por este T.S.I. assumido no Acórdão de 02.03.2006, tirado no Processo n.º 62/2006, onde se consignou, nomeadamente, o que segue:

“1. O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de não só estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito, como também ser ouvido pelo juiz sempre que ele deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte.

2. A aplicação das medidas de coacção é precedida, sempre que possível e conveniente, de audição do arguido e pode ter lugar no acto do primeiro interrogatório judicial.

3. A aplicação da medida de coacção afectou pessoalmente o direito e interesse do arguido. Trata-se de um princípio a sua audição antes de tomar decisão que lhe directa e pessoalmente afecta, uma exigência do princípio do contraditório, ou seja, uma autoridade nunca pode tomar uma decisão sem ter previamente ouvido o interessado a que a decisão afecta.

4. A lei só admite no caso excepcional é que se pode dispensar esta audição prévia, nos termos do disposto no artigo 179º da mesma lei adjectiva.

5. A verificação da situação excepcional do artigo 179º do Código de Processo Penal impõe o juiz a fundamentar a sua não aplicação, pela forma da justificação da impossibilidade ou inconveniência da prévia audição do arguido.

6. Não estando verificadas as situações em que o Juiz pode dispensar a exigida audição do arguido antes de tomar a decisão positiva das medidas de coacção promovida, incorre-se na nulidade dependente da arguição do arguido.”

Assim, ainda que (não se entenda constituir a falta de audição do arguido uma nulidade insanável do art. 106º, al. c) do C.P.P.M., e que) se trate de uma nulidade dependente de arguição – art. 107º, n.º2 al. d) do C.P.P.M. – impõe-se concluir que tempestiva foi a sua arguição, em sede do recurso que interpôs.

Por sua vez, importa não olvidar que o facto de se ter entendido que o crime pelo arguido cometido era um “crime incaucionável” não torna desnecessária (ou inconveniente) a sua audição antes da aplicação da medida de coacção de prisão preventiva.

É que, ainda que se entenda ser o crime de “abuso sexual de crianças” um “crime incaucionável”, tal não impede que se aplique outras medidas de coacção.

De facto, nos termos do art. 193º, n.º1 do C.P.P.M., e sendo o “crime incaucionável”, o Juiz (apenas) “deve aplicar ao arguido a medida de prisão preventiva”, não proibindo o preceito em questão a aplicação de outra medida que não dita prisão preventiva.

Macau, aos 3 de Março de 2010

José Maria Dias Azedo