卷宗編號： 392/2020

日期： 2021 年 09 月 09 日

關鍵詞： 在審理證據方面存有明顯錯誤、疑罪從無原則、暫緩執行刑罰

摘要：

- 根據《刑事訴訟法典》第 114 條之規定，“評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外”。申言之，原審法院對證據的評價依法享有自由心證，而上級法院的事實審判權並非完全沒有限制，只有在原審法院在證據評定上出現明顯偏差、違反法定證據效力或違反一般經驗法則的情況下才可作出干預。
- 倘根據被害人及證人證供，以及案發時現場監控錄影光碟和照片可證實上訴人作出了相關犯罪行為，並不存在違反疑罪從無原則的情況。
- 倘上訴人非初犯，有犯罪記錄，且在緩刑期間再次犯罪，觸犯相同性質的犯罪(為賭博的高利貸罪)，不法性和故意程度高，亦顯示僅對事實作出譴責並以監禁作威嚇已不適當和不足以實現處罰之目的，故原審法院不給予緩刑的決定是正確的，應予以維持。

裁判書製作人

何偉寧

刑事上訴裁判書

卷宗編號：392/2020

上訴人： A(嫌犯)

日期： 2021 年 09 月 09 日

*

一、 概述

初級法院刑事法庭於 2020 年 01 月 20 日在卷宗 CR2-19-0369-PCC 內裁定上訴人 A(詳細身份資料載於卷宗內)：

1. 以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款（結合《刑法典》第 219 條第 1 款）所規定及處罰的一項「為賭博的高利貸罪」，判處 1 年的徒刑；作為附加刑，禁止其進入本特區各賭場，為期 2 年。
2. 以直接正犯、既遂及故意的方式所觸犯了第 10/2012 號法律第 12 條第 2 項所規定及處罰的一項「違令罪」，判處 5 個月徒刑。
3. 兩罪並罰，合共判處 1 年 3 個月實際徒刑的單一刑罰；維持禁止其進入本特區各賭場為期 2 年的附加刑（實際執行徒刑的期間不計算在內）。

上訴人不服上述判決，向本院提起上訴，有關內容如下：

1. *A douta sentença concluiu que o Recorrente praticou o crime de usura para jogo previsto no artigo 13.º da Lei 8/96/M com fundamento nas declarações do ofendido B e da testemunha C, depoimento da parte dos agentes policiais e através das imagens dos sistemas de vídeo-vigilância.*

2. *O Recorrente não pode concordar que tais provas conduzam à imputação ao Recorrente deste crime, porquanto verificou-se o vício do erro notório na apreciação da prova e a violação do princípio do in dubio pro reo.*
3. *In casu, o B começou por afirmar que foi o Recorrente que lhe falou das condições das trocas de fichas (fls. 4 das declarações prestadas na Polícia Judiciária), na qual, o ofendido ia investir o capital de HKD\$150,000.00 (cento e cinquenta mil hong kong dólares) e o próprio Recorrente também ia juntar o capital de HKD\$250,000.00 (duzentas e cinquenta mil hong kong dólares) de forma a terem acesso a fichas mortas no montante de HKD\$400,000.00 (quatrocentas mil hong kong dólares), e acrescentou ainda o ofendido que a última condição seria retirar 20% de juros das apostas que ganhava.*
4. *Nas declarações para memória futura prestadas em 08 de Março de 2019 e constantes nas fls. 73, o ofendido vem rectificar que quem negociou as condições foi uma senhora desconhecida (não identificada nos autos) e que o Recorrente só vinha "confirmar" as condições.*
5. *A testemunha afirmou também que não sabia que eram retiradas 20% de juros sempre que ganhava uma aposta e pensou que os juros fossem retiradas só no fim do jogo (tradução nossa).*
6. *Quem estipulou as condições da troca de fichas foi pois uma senhora desconhecida e nunca foi o Recorrente quem falou ou acertou as condições.*
7. *O Recorrente pode ter muito bem "confirmado" as condições do empréstimo pois o mesmo também investiu capital para o jogo, sendo até superior o montante do dinheiro que fora investido pelo ofendido, por isso,*

o Recorrente encontra-se na mesma posição que o ofendido.

8. *A afirmação do ofendido no sentido de que não juntou capital com o Recorrente para o jogo. (7.º parágrafo das declarações das fls. 73) é um argumento falível.*
9. *Existe uma contradição nas declarações prestadas pelo ofendido na Polícia Judiciária e no Juízo de Instrução Criminal, ora afirma que já falou das condições com a senhora desconhecida (nunca identificada nos autos), ora diz que o Recorrente confirmou as condições, no entanto, ao fim e ao cabo, afinal não percebeu quando é que são retirados os juros.*
10. *Será que são juros que iam ser retirados para o Recorrente ou ao senhor B? Ou será que eram lucros para serem divididos entre ambos e que o ofendido não teria percebido?*
11. *No que diz respeito à devolução do capital, nas folhas já acima mencionadas, o ofendido e a testemunha referiram que já estava acordado que o Recorrente iria devolver as HKD\$150,000.00 pertencentes ao ofendido, sem quaisquer distúrbios, no entanto, o ofendido declarou posteriormente que o patrão do Recorrente ligou-lhe e mencionou que não queria devolver o capital e que a funcionária da tesouraria recusou a devolução do capital.*
12. *O Recorrente além de ter emprestado dinheiro ao ofendido para as apostas, o próprio também investiu uma boa parte do dinheiro para jogar.*
13. *O Recorrente não tem o dever de saber nem da conversa que ocorreu entre o ofendido e o alegado patrão, pois o Recorrente estava presente apenas para lhe devolver o dinheiro, como também, em termos lógicos, retirar a*

parte que lhe pertencia e partilhar os lucros como houvera sido acordado.

14. *Não se percebe exactamente o que é que aconteceu no momento da devolução do capital pois não foi ouvida em depoimento a funcionária da tesouraria, para se conhecerem as razões de ter recusado o dinheiro e, como tal, não se poderão imputar as consequências ao Recorrente.*
15. *E, ademais, tal como consta dos factos não provados não Sé provou que o telemóvel se destinava à prática de actos ilícitos.*
16. *Tal como o ofendido indicou, não é crível que o alegado patrão do Recorrente lhe tenha ligado, pois, caso houvesse mesmo um patrão, deveriam existir registos telefónicos no telemóvel do Recorrente em que aquele desse a este indicações sobre os passos a seguir, mas a verdade é que não foram encontrados quaisquer registos.*
17. *O Recorrente apenas efectuou um empréstimo lícito que, nos termos da lei, determina que a conduta do mutuário não é punível.*
18. *É referido na douta sentença que foi filmado que, "durante o jogo de apostas, o Recorrente recebia as fichas do jogo entregues pelo ofendido para efeitos de troca de dinheiro" (tradução nossa).*
19. *No entanto, quer nos relatórios das fls. 99 a 100 quer no relatório das fls. 110, vem explicitado várias vezes o seguinte: "Depois de trocadas as fichas, o arguido A (os vídeos demonstram que há um conjunto de fichas, pela distância e o ângulo das câmaras, não se consegue confirmar a quantidade e o montante das ficas e presume-me que durante o processo de troca para fichas já foram retiradas parte das fichas como juros) entregava ao desconhecido A e o desconhecido A entregava o conjunto das fichas que o*

arguido A lhe entregou ao B para ele continuar a jogar."

20. *Nada nos indica nos vídeos e nas imagens que o Recorrente retirou parte dos juros das fichas, o mesmo apenas se limitou a trocar as fichas para que ele continue a jogar pois, mais uma vez se afirma, tinha interesse nisso pois o mesmo também investiu capital.*
21. *Para se cometer o crime de usura para jogo, é necessário, primeiro, que alguém faculte o dinheiro ou outra forma a uma pessoa para jogo e, segundo, tenha a intenção de alcançar um benefício patrimonial para si ou para terceiro.*
22. *Tal como foi dito anteriormente, não se antevê nos vídeos de video-vigilância que o Recorrente, ao trocar as fichas, retirou juros das fichas de jogo, apenas existe uma presunção retirada pelos agentes policiais, o que viola desde logo o princípio do in dubio pro reo.*
23. *Não se provou qualquer ligação do Recorrente ao alegado patrão, nem a prática de actos ilícitos de empréstimo do Recorrente ao ofendido.*
24. *O Recorrente concedeu um empréstimo lícito no valor de HKD400,000.00 ao ofendido (cujo talão encontra-se junto nas fls. 96 do processo) e nada consta que tenha havido um benefício patrimonial para o Recorrente.*
25. *Para se reunirem todos os elementos e pressupostos do crime, é preciso que tenha havido a obtenção do benefício patrimonial, e, tal como foi pronunciado, apesar do ofendido e a testemunha terem declarado que foram retiradas HKD\$40,000.00 (quarenta mil dólares de hong kong) de juros provenientes do jogo, a verdade é que não foi encontrado este montante quer seja na posse do Recorrente quer seja na posse de qualquer*

outra pessoa.

26. *Ressalvado o devido respeito pela decisão proferida pelo doutro Tribunal recorrido e, nos termos do n.º 2) al. c) do artigo 400.º do Código Processo Penal, verificou-se efectivamente um erro notório na apreciação da prova pois afigura-se a ter se chegado a uma conclusão jurídico-penal inaceitável, e terem sido violadas as regras da *leges artis* do julgamento em causa no artigo 114.º do Código Processo Penal, havendo ainda várias "lacunas" e incógnitas acima referidas na formação da conclusão.*
27. *Caso V. Exas. entendam que não se verificou o erro notório na apreciação da prova, o que se admite apenas por mera cautela de patrocínio, deve concluir-se que se afigura patente a violação do princípio do *in dubio pro reo*.*
28. *Salvo o devido respeito, e também por mera cautela de patrocínio, o Recorrente entende que o Tribunal a quo violou o disposto legalmente no que tange aos pressupostos da suspensão da execução da pena de prisão e o critério da escolha da pena.*
29. *No nosso caso em concreto, em cúmulo jurídico, fora aplicada ao Arguido a pena única de 1 ano e 3 meses de prisão.*
30. *Atendendo ao requisito formal, "a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos", não há dúvidas do preenchimento do requisito formal por ter sido aplicada uma pena inferior a 3 anos e, nestes termos, deve ser concedida a pena suspensa.*
31. *Caso o Tribunal assim não entenda, ao ser aplicada a pena de prisão de 1 ano para o crime de usura para jogo mostra-se esta demasiado excessiva,*

uma vez que, estamos perante uma pena que tem como limite máximo 3 anos de prisão, sendo, por sua vez, admissível a suspensão da pena e, tendo em conta os fundamentos já acima referidos, deve esta pena ser declarada suspensa.

- 32. Por outro lado, no que respeita ao crime de desobediência, fora lhe aplicada uma pena de 5 meses de prisão por ter entrado no casino em 6 de Março de 2019.*
- 33. O ora Recorrente entende que houve uma errada aplicação da lei.*
- 34. Nas palavras, do professor Manuel Leal Henriques, é obrigatório a substituição da pena aplicada por um número igual dos dias de multa, a não ser que, haja um fundamento devidamente justificado que sustenta a sua não aplicação da mesma.*
- 35. O crime de desobediência é punido a pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, tendo sido aplicada, in casu a pena de 5 meses de prisão. Logo, preenchendo o requisito formal do artigo 44.º do Código Penal deve esta ser substituída pelos dias de multa.*
- 36. No que respeita ao fundamento, nas folhas 11 da douta sentença, o Tribunal a quo apenas afirmou que que o arguido é um delinquente não primário e, por isso, estabelece que a pena não privativa de liberdade, isto é, a multa, não se mostra suficiente para acautelar os objectivos da pena.*
- 37. E, por último lugar, cabe-nos referir que o processo CR4-14-0101-PCC respeita a um crime de ofensas à integridade física simples e, por isso, o bem jurídico a proteger é diverso sendo, in casu, o bem jurídico em causa a integridade política de exploração de jogos de fortuna ou azar do*

Território e o crime de ofensas visa a protecção da integridade física, sendo que, não poderá ser valorizado nessa vertente.,

38. *Pelos fundamentos acima expostos, a douda sentença violou a disposição dos artigos 44.º, 48.º e 64.º do Código Penal e em conjugação do n.º 1 do art.º 400.º do C.P. Penal, considerando preenchido os requisitos de suspensão da pena do crime de usura de jogo e a substituição da pena pelos dias de multa referente ao crime de desobediência, deve ser lhe aplicada uma pena suspensa.*
39. *Por cautela de patrocínio, não entendendo a V. Exa. o preenchimento dos requisitos da suspensão da pena, deverá a pena ser reduzida por uma pena inferior a 1 ano por se mostrar demasiado excessiva pelas razões acima expostas.*

*

檢察院就上述上訴作出了答覆，有關內容載於卷宗第 307 至 311 背頁，在此視為完全轉錄。

*

駐本院檢察院作出意見書，有關內容載於卷宗第 319 至 320 背頁，在此視為完全轉錄。

*

二、事實

原審法院認定的事實如下：

1. 2018 年 04 月 27 日，嫌犯 A 被初級法院第 CR1-16-0487-PCC 號卷宗判處禁止進入本特區各賭場三年（參閱卷宗第 44 至 53 頁）。

2. 同日，法院司法文員將一份判決書副本交予嫌犯，嫌犯知悉判決內容（參閱卷宗第 138 頁）。
3. 上述判決於 2018 年 05 月 17 日轉為確定。
4. 2019 年 03 月 06 日，被害人 B 透過朋友的介紹聯絡到嫌犯，雙方相約在 X 娛樂場見面。
5. 同日晚上 10 時 28 分，嫌犯仍被禁止進入賭場期間，被害人、C、嫌犯及一名不知名男子一同進入 X 娛樂場 X 貴賓會（參閱卷宗第 99 頁的翻閱錄像光碟筆錄，第 101 頁的錄影片段）。
6. 嫌犯表示被害人只需出資港幣拾伍萬元（HK\$150,000.00），嫌犯可給予港幣肆拾萬元（HK\$400,000.00）籌碼予被害人賭博，每當被害人贏出賭局時，需抽取投注額的百分之二十（20%）作為利息。
7. 被害人同意上述條件後，將港幣拾伍萬元（HK\$150,000.00）現金交予嫌犯，隨後，嫌犯將港幣肆拾萬元（HK\$400,000.00）賭廳籌碼交予被害人在 X 貴賓會內賭博（參閱卷宗第 99 至 100 頁的翻閱錄像光碟筆錄，第 101 至 104 頁的錄影片段）。
8. 賭博期間，被害人自行投注，嫌犯及該名男子輪流兌碼及抽取利息（參閱卷宗第 99 至 100 頁的翻閱錄像光碟筆錄，第 105 至 107 頁的錄影片段）。
9. 直至 2019 年 03 月 07 日凌晨 2 時 22 分，被害人停止賭博，過程中，被抽取了約港幣肆萬元（HK\$40,000.00）利息。
10. 被害人要求嫌犯將剩餘港幣拾伍萬叁仟元（HK\$153,000.00）賭廳籌碼兌換成現金，但遭到嫌犯的拒絕。
11. 被害人自行前往帳房要求帳房職員將該筆賭廳籌碼兌換成現

金，但遭到拒絕，於是被害人報案求助。

12. 司警人員對被害人交出的港幣拾伍萬叁仟元（HK\$153,000.00）賭廳籌碼及港幣捌仟陸佰伍拾元（HK\$8,650.00）的現金碼進行扣押（參閱卷宗第8頁的搜查及扣押筆錄）。
13. 警人員在嫌犯身上搜出一部手提電話（參閱卷宗第32頁的搜查及扣押筆錄）。
14. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，意圖為自己及他人獲得不法的財產利益，聯同他人共同決意，分工合作，故意向被害人提供籌碼作賭博之用。
15. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知自己被刑事判決處以禁止進入本澳任何娛樂場之附加刑，仍故意違反該判決所定之禁止，進入本澳的娛樂場內。
16. 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受到法律的制裁。

此外，還查明：

根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，嫌犯有以下判刑記錄：

1. 嫌犯曾因觸犯《澳門刑法典》第137條第1款所規定及處罰的三項普通傷害身體完整性罪，於2014年11月07日被第CR4-14-0101-PCC號卷宗分別每項犯罪判處7個月的徒刑，三罪並罰，合共判處1年3個月的徒刑，緩刑2年執行，條件為嫌犯於判決確定後1個月內履行該案判處的相關民事賠償責任，判決於2014年11月27日轉為確定。
2. 嫌犯又因觸犯07月22日第8/96/M號法律第14條所規定及處罰的一項文件的索取或接受罪（吸收07月22日第8/96/M

號法律第 13 條第款，結合《澳門刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的一項為賭博的高利貸罪），於 2018 年 04 月 27 日被第 CR1-16-0487-PCC 號卷宗判處 2 年 6 個月的徒刑，暫緩 3 年執行，及判處禁止嫌犯進入本特區各賭場，為期 3 年的附加刑，判決於 2018 年 05 月 17 日轉為確定。

*

未能證明的事實：

嫌犯被扣押的手提電話是其從事非法借貸活動時所使用的通訊工具。

控訴書中與上述已證事實不符的其他事實。

*

三、理由陳述

上訴人認為原審判決沾有以下瑕疵：

1. 違反疑罪從無原則；
2. 存有審查證據方面明顯錯誤；
3. 違反暫緩執行刑罰之規定。

現就有關問題作出審理。

1. 就存有審查證據方面明顯錯誤及違反疑罪從無原則方面：

根據《刑事訴訟法典》第 114 條之規定，“評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外”。申言之，原審法院對證據的評價依法享有自由心證，而上級法院的事實審判權並非完全沒有限制，只有在原審法院在證據評定上出現明顯偏差、違反法定證據效力或違反一般經驗法則的情況下才可作出干預。

原審法院就心證形成作出了以下說明：

“....

庭審期間依法宣讀了證人B（被害人）所作的供未來備忘用的聲明（為此，卷宗第73頁至第74頁結合第4頁至第5頁證人的聲明內容在此視為完全轉錄）；當中，被害人講述了透過嫌犯借款（配碼）賭博的經過，確認當中附有抽取利息的條件，嫌犯及A均有抽取其利息，並將借貸的港幣153,000元的賭廳碼及港幣8,650元現金碼交出。

庭審期間依法宣讀了證人C所作的供未來備忘用的聲明（為此，卷宗第75頁及背頁結合第18頁及背頁證人的聲明內容在此視為完全轉錄）；當中，證人講述了被害人向嫌犯借款（配碼）賭博的經過，確認當中附有抽取利息的條件，嫌犯及A均有抽取被害人利息，其後，被害人要求將賭剩的港幣153,000元換回現金，但不果。

...”。

根據卷宗第73頁被害人B的供未來備忘用之聲明筆錄，當中明確表示是上訴人A在澳門與其確認了有關配碼條件。此外，亦明確指出上訴人在賭博過程中有抽取其利息。

另一方面，證人C的供未來備忘用之聲明筆錄亦清楚指出親耳聽到上訴人和B洽談配碼條件及親眼目睹A在賭博過程中有按協議抽取B的利息。

此外，還有案發時現場監控錄影光碟和照片（卷宗第99至113頁）。

從上可見，原審法院在證據審查方面並不存有任何明顯的錯誤。相反，完全符合法定證據規則和一般經驗法則，亦不存在違反疑罪從無原則的情況。

終審法院在不同的裁判中多次強調，“如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或

職業準則，就存在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵。該錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人，即常人，也不可能不發現。

另一方面，有關瑕疵必須是單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料與一般經驗法則的結合”（詳見終審法院於2019年09月25日在卷宗編號82/2016及於2014年03月26日在卷宗編號4/2014等作出的裁判）。

2. 就違反暫緩執行刑罰之規定方面：

《刑法典》第44條、第48條及第64條分別規定如下：

第四十四條

(徒刑之代替)

- 一、 科處之徒刑不超逾六個月者，須以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰代替之，但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限；下條第三款及第四款之規定，相應適用之。
- 二、 被判刑者如不繳納罰金，須服所科處之徒刑；第四十七條第三款之規定，相應適用之。

第四十八條

(前提及期間)

- 一、 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嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。
- 二、 如法院認為對實現處罰之目的為合宜及適當者，須在暫緩執行徒刑時依據以下各條之規定要求履行某些義務或遵守某些行為規則，又或作出暫緩執行徒刑而附隨考驗制度之命令。
- 三、 義務、行為規則及考驗制度，得一併命令之。

- 四、 在有罪裁判內必須詳細列明暫緩執行徒刑之依據，以及就暫緩執行徒刑所定條件之依據。
- 五、 暫緩執行徒刑之期間須在一年至五年之範圍內定出，自裁判確定時起計。

第六十四條

(選擇刑罰之標準)

如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。

在本個案中，上訴人非初犯，有犯罪記錄，從而顯示上訴人守法意識薄弱，故為預防其將來再犯罪，有必要科處徒刑，不應選擇罰金或以罰金替代。

另一方面，上訴人在緩刑期間再次犯罪，觸犯相同性質的犯罪(為賭博的高利貸罪)，不法性和故意程度高，亦顯示僅對事實作出譴責並以監禁作威嚇已不適當和不足以實現處罰之目的，故原審法院不給予緩刑的決定是正確的，應予以維持。

*

四、 決定

綜上所述，裁定上訴人上訴理由明顯不成立，駁回有關上訴，並維持原審判決。

*

判處上訴人繳付 9UC 之司法費，以及上訴的訴訟費用。

根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 3 款所規定，上訴人須繳付 5UC 的懲罰性金額。

著令通知。

*

2021 年 09 月 09 日

何偉寧 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

陳廣勝 (第二助審法官)