

Processo nº 1077/2018

(Autos de recurso penal)

Data: 17.01.2019

Assuntos : Crime de “roubo”.

Vícios da decisão da matéria de facto.

Pena.

SUMÁRIO

1. Na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu art. 65º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.
2. Com os recursos não se visa eliminar a margem de livre apreciação reconhecida ao Tribunal de 1ª Instância em matéria de determinação da pena, devendo-se confirmar a pena aplicada se verificado estiver que no seu doseamento foram observados os

critérios legais atendíveis.

3. Porém, se em ponderação de todo o circunstancialismo do caso concreto se vier a considerar que a pena se apresenta “excessiva”, é de proceder à sua redução.

O relator,

José Cândido de Pinho

Processo nº 1077/2018

(Autos de recurso penal)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

1. A e B, (1º e 2º) arguidos com os restantes sinais dos autos, responderam no T.J.B., vindo a ser condenados como co-autores materiais da prática de 1 crime de “roubo (de valor elevado)”, p. e p. pelo art. 204º, n.º 1 e 2, al. b) e 196º, al. a) do C.P.M., na pena individual de 7 anos e 6 meses de prisão; (cfr., fls. 467 a 473-v que como as que se

vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Inconformados, os arguidos recorreram.

O (1º) arguido A, considera (apenas) que excessiva é pena; (cfr., fls. 490 a 497).

O (2º) arguido B, afirmando que a decisão recorrida padece do vício de “erro notório na apreciação da prova”, “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão” e “excesso da pena”; (cfr., fls. 498 a 523).

*

Respondendo, pugna o Ministério Público que os recursos não merecem provimento; (cfr., fls. 527 a 529-v e 530 a 531-v).

*

Neste T.S.I., e em sede de vista, juntou o Exmo. Representante do Ministério Público o seguinte duto Parecer:

“Recorrem os arguidos A e B do acórdão de 11 de Outubro de 2018, do 2.º juízo criminal, que condenou cada um deles na pena de 7 anos e 6 meses de prisão, pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de um crime de roubo previsto e punível pelo artigo 204.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), do Código Penal.

Ambos se insurgem contra a excessividade da pena, alegando ainda o recorrente B que o acórdão padece de erro notório na apreciação da prova e de insuficiência da matéria de facto provada para conduzir à decisão adoptada.

Sobre os vícios e argumentos invocados nas motivações dos recursos, pronunciou-se o Ministério Público em primeira instância, pela forma expressa nas suas duntas minutas de fls. 527 e seguintes, onde aborda e rebate todos os fundamentos dos recursos.

Temos por bem acompanhar aquelas respostas do Ministério Público, onde aparecem contempladas e adequadamente tratadas todas

as questões que os recorrentes entenderam suscitar em sede recursiva.

Tal como a Exm.^a colega reflectiu, não ocorre qualquer erro notório na apreciação da prova. Constata-se é que o recorrente B intenta pôr em causa o critério da liberdade de apreciação das provas que assiste ao tribunal, não apontando, em bom rigor, qualquer erro, muito menos o erro notório, à apreciação levada a cabo pelo tribunal. Dizer que o tribunal não apreciou suficientemente os depoimentos prestados pelas testemunhas e que violou as regras sobre o valor da prova vinculada, sem explicitar essa alegada insuficiência de apreciação e sem identificar a(s) prova(s) vinculada(s), é pouco mais que nada.

E, também no tocante à alegada insuficiência da matéria de facto, a alegação do recorrente B falha manifestamente o alvo. Arregimenta, com efeito, um conjunto de argumentos relativos à prova, aliás focados em aspectos secundários da prova, para concluir, infundadamente, que o seu acto não integra um crime de roubo, o que nada tem a ver com o vício da insuficiência da matéria de facto.

Passando para a questão da medida da pena, abordada pelos dois recorrentes, é certo que ambos são muito jovens, um com 21 e outro com 22 anos, ao tempo da prática dos factos, e nenhum deles possui antecedentes criminais. Todavia, as personalidades manifestadas no

facto e na forma premeditada e reflectida como o prepararam e na persistência com que o executaram, o que tudo demonstra uma acentuada ilicitude e um dolo intenso, conforme o acórdão vincou, a que acresce a ausência de arrependimento, patente nomeadamente na falta de restituição do produto do crime, como o tribunal também frisou, justificam porventura a medida da pena decretada em primeira instância. Até porque não pode esquecer-se que o crime ocorre num círculo de interesses ligados à principal actividade económica de Macau, em que a questão da prevenção geral positiva tem um peso relevante na determinação da medida da pena. Ademais, é sabido que os parâmetros em que se move a determinação da pena, adentro da chamada teoria da margem de liberdade, não são matemáticos, havendo que aceitar a solução encontrada pelo tribunal do julgamento, a menos que o resultado se apresente desajustado aos fins da pena e à culpa que a delimita, o que se crê não ser o caso.

Nesta conformidade, e ante a improcedência dos fundamentos dos recursos, o nosso parecer vai no sentido de lhes ser negado provimento”;
(cfr., fls.622 a 623).

*

Cumprir decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Estão “provados” e “não provados” os factos como tal elencados no Acórdão recorrido a fls. 469 a 470, e que aqui se dão como integralmente reproduzidos.

Do direito

3. Vem os arguidos recorrer do Acórdão que os condenou como co-autores materiais da prática de 1 crime de “roubo (de valor elevado)”, p. e p. pelo art. 204º, n.º 1 e 2, al. b) e 196º, al. a) do C.P.M., na pena individual de 7 anos e 6 meses de prisão.

Entende o (1º) arguido A que “excessiva” é a pena aplicada.

E, considera o (2º) arguido B, que o Acórdão recorrido padece de

“erro notório na apreciação da prova”, “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão” e “excesso da pena”.

— Certo nos parecendo que sem uma boa decisão da matéria de facto, inviável é uma justa decisão de direito, comecemos pelo “recurso do (2º) arguido B” que imputa vícios aquela.

Pois bem, repetidamente temos afirmado que o vício de “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão” apenas ocorre “quando o Tribunal não se pronuncia sobre toda a matéria objecto do processo”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 25.01.2018, Proc. n.º 1149/2017, de 14.06.2018, Proc. n.º 451/2018 e de 06.09.2018, Proc. n.º 677/2018, podendo-se também sobre o dito vício em questão e seu alcance, ver o Ac. do V^{do} T.U.I. de 24.03.2017, Proc. n.º 6/2017).

Como decidiu o T.R. de Coimbra:

“O vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, existe quando da factualidade vertida na decisão se colhe faltarem dados e elementos para a decisão de direito, considerando as

várias soluções plausíveis, como sejam a condenação (e a medida desta) ou a absolvição (existência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpa), admitindo-se, num juízo de prognose, que os factos que ficaram por apurar, se viessem a ser averiguados pelo tribunal a quo através dos meios de prova disponíveis, poderiam ser dados como provados, determinando uma alteração de direito.

A insuficiência para a decisão da matéria de facto existe se houver omissão de pronúncia pelo tribunal sobre factos relevantes e os factos provados não permitem a aplicação do direito ao caso submetido a julgamento, com a segurança necessária a proferir-se uma decisão justa”; (cfr., Ac. de 17.05.2017, Proc. n.º 116/13, in “www.dgsi.pt”).

E, como igualmente também considerou o T.R. de Évora:

“A insuficiência da matéria de facto para a decisão não tem a ver, e não se confunde, com as provas que suportam ou devam suportar a matéria de facto, antes, com o elenco desta, que poderá ser insuficiente, não por assentar em provas nulas ou deficientes, antes, por não encerrar o imprescindível núcleo de factos que o concreto objecto do processo reclama face à equação jurídica a resolver no caso”; (cfr., o Ac. de

26.09.2017, Proc. n.º 447/13).

“Só existe tal insuficiência quando se faz a “formulação incorreta de um juízo” em que “a conclusão extravasa as premissas” ou quando há “omissão de pronúncia, pelo tribunal, sobre factos alegados ou resultantes da discussão da causa que sejam relevantes para a decisão, ou seja, a que decorre da circunstância de o tribunal não ter dado como provados ou como não provados todos os factos que, sendo relevantes para a decisão, tenham sido alegados pela acusação e pela defesa ou resultado da discussão”; (cfr., o Ac. da Rel. de Évora de 21.12.2017, Proc. n.º 165/16).

“O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada traduzir-se-á, afinal, na falta de elementos fácticos que permitam a integração na previsão típica criminal, seja por falência de matéria integrante do seu tipo objectivo ou do subjectivo ou, até, de uma qualquer circunstância modificativa agravante ou atenuante, considerada no caso. Em termos sintéticos, este vício ocorre quando, com a matéria de facto dada como assente na sentença, aquela condenação não poderia ter lugar ou, então, não poderia ter lugar

naqueles termos”; (cfr., o Ac. da Rel. de Coimbra de 24.01.2018, Proc. n.º 647/14).

Aliás, como no recente Ac. da Rel. de Coimbra de 12.09.2018, Proc. n.º 28/16, se decidiu, inexistente insuficiência da matéria de facto provada para a decisão *“quando os factos dados como provados permitem a aplicação segura do direito ao caso submetido a julgamento”*, sendo, como se verá, este o caso dos autos.

No caso, e de uma análise aos autos e de uma leitura ao Acórdão recorrido, constata-se que o Colectivo a quo emitiu (expressa) e clara pronúncia sobre toda a “matéria objecto do processo”, tendo apreciado e elencado na sua decisão toda a matéria de facto “provada” e “não provada”, (cfr., fls. 469 a 470), não se vislumbrando assim qualquer “insuficiência”.

— Por sua vez, e no que toca ao “erro notório na apreciação da prova”, temos entendido que o mesmo apenas existe quando *“se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente*

se provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada, as regras de experiência ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores”.

De facto, “É na audiência de julgamento que se produzem e avaliam todas as provas (cfr. artº 336º do C.P.P.M.), e é do seu conjunto, no uso dos seus poderes de livre apreciação da prova conjugados com as regras da experiência (cfr. artº 114º do mesmo código), que os julgadores adquirem a convicção sobre os factos objecto do processo.

Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 04.04.2018, Proc. n.º 912/2017, de 17.05.2018, Proc. n.º 236/2018 e de 19.07.2018, Proc. n.º 538/2018).

Como também já tivemos oportunidade de afirmar:

“Erro” é toda a ignorância ou falsa representação de uma realidade. Daí que já não seja “erro” aquele que possa traduzir-se numa “leitura possível, aceitável ou razoável, da prova produzida”.

Sempre que a convicção do Tribunal recorrido se mostre ser uma convicção razoavelmente possível e explicável pelas regras da experiência comum, deve a mesma ser acolhida e respeitada pelo Tribunal de recurso.

O princípio da livre apreciação da prova, significa, basicamente, uma ausência de critérios legais que pré-determinam ou hierarquizam o valor dos diversos meios de apreciação da prova, pressupondo o apelo às “regras de experiência” que funcionam como argumentos que ajudam a explicar o caso particular com base no que é “normal” acontecer.

Com o mesmo, consagra-se um modo não estritamente vinculado na apreciação da prova, orientado no sentido da descoberta da verdade processualmente relevante pautado pela razão, pela lógica e pelos ensinamentos que se colhem da experiência comum, e limitado pelas exceções decorrentes da “prova vinculada”, (v.g., caso julgado, prova

pericial, documentos autênticos e autenticados), estando sujeita aos princípios estruturantes do processo penal, entre os quais se destaca o da legalidade da prova e o do “in dubio pro reo”.

Enformado por estes limites, o julgador perante o qual a prova é produzida – e que se encontra em posição privilegiada para dela colher todos os elementos relevantes para a sua apreciação crítica – dispõe de ampla liberdade para eleger os meios de que se serve para formar a sua convicção e, de acordo com ela, determinar os factos que considera provados e não provados.

E, por ser assim, nada impede que dê prevalência a um determinado conjunto de provas em detrimento de outras, às quais não reconheça, nomeadamente, suporte de credibilidade.

O acto de julgar é do Tribunal, e tal acto tem a sua essência na operação intelectual da formação da convicção.

Tal operação não é pura e simplesmente lógico-dedutiva, mas, nos próprios termos da lei, parte de dados objectivos para uma formação lógico-intuitiva.

Esta operação intelectual não é uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do

conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis).

Para a operação intelectual contribuem regras, impostas por lei, como sejam as da experiência, a percepção da personalidade do depoente (impondo-se por tal a imediação e a oralidade), a da dúvida inultrapassável, (conduzindo ao princípio *in dubio pro reo*).

A lei impõe princípios instrumentais e princípios estruturais para formar a convicção. O princípio da oralidade, com os seus corolários da imediação e publicidade da audiência, é instrumental relativamente ao modo de assunção das provas, mas com estreita ligação com o dever de investigação da verdade jurídico-prática e com o da liberdade de convicção; com efeito, só a partir da oralidade e imediação pode o juiz perceber os dados não objectiváveis atinentes com a valoração da prova.

A oralidade da audiência, (que não significa que não se passem a escrito os autos, mas que os intervenientes estejam fisicamente perante o Tribunal), permite ao Tribunal aperceber-se dos traços do depoimento, denunciadores da isenção, imparcialidade e certeza que se revelam, v.g., por gestos, comoções e emoções, da voz.

A imediação que vem definida como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de tal modo

que, em conjugação com a oralidade, se obtenha uma percepção própria dos dados que haverão de ser a base da decisão.

É pela imediação, também chamado de princípio subjectivo, que se vincula o juiz à percepção à utilização à valoração e credibilidade da prova.

Não basta uma “dúvida pessoal” ou uma mera “possibilidade ou probabilidade” para se poder dizer que incorreu o Tribunal no vício de erro notório na apreciação da prova; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 07.12.2017, Proc. n.º 877/2017, de 04.04.2018, Proc. n.º 151/2018 e de 07.06.2018, Proc. n.º 376/2018).

Com efeito, importa ter em conta que *“Quando a atribuição de credibilidade ou falta de credibilidade a uma fonte de prova pelo julgador se basear em opção assente na imediação e na oralidade, o tribunal de recurso só a poderá criticar se ficar demonstrado que essa opção não tem uma justificação lógica e é inadmissível face às regras da experiência comum”*; (cfr., o Ac. da Rel. de Coimbra de 13.09.2017, Proc. n.º 390/14).

E como se consignou no Ac. da Rel. de Évora de 21.12.2017, Proc.

n.º 165/16, “*A censura quanto à forma de formação da convicção do Tribunal não pode conseqüentemente assentar de forma simplista no ataque da fase final da formação dessa convicção, isto é, na valoração da prova; tal censura terá de assentar na violação de qualquer dos passos para a formação de tal convicção, designadamente porque não existem os dados objectivos que se apontam na motivação ou porque se violaram os princípios para a aquisição desses dados objectivos ou porque não houve liberdade na formação da convicção.*”

Doutra forma, seria uma inversão da posição dos personagens do processo, como seja a de substituir a convicção de quem tem de julgar, pela convicção dos que esperam a decisão”.

No caso, e como – bem – nota o Exmo. Representante do Ministério Público no seu douto Parecer, a apreciação da prova pelo Tribunal a quo apresenta-se “sólida”, mostrando-se equilibrada e sensata, tendo-se explicitado, de forma clara e lógica, os motivos da sua convicção, (cfr., fls. 470-v a 472), não se vislumbrando nenhum desrespeito a qualquer regra sobre o valor da prova tarifada, regra de experiência ou legis artis, sendo também evidente a improcedência do recurso na parte em questão, (notando-se que, in casu, a actuação dos

arguidos encontra-se registada e relatada nos autos de visionamento da gravação junto aos autos a fls. 74 a 97).

— Por fim, quanto ao “excesso de pena”.

O crime de “roubo” cometido é punível como a pena de 3 a 15 anos de prisão.

Ponderando no estatuído nos art^{os} 40^o e 65^o do C.P.M., atento o prejuízo causado – que ascende a HKD\$140.000,00 – e não se olvidando as necessidades de prevenção criminal (especial e geral), que dizer da pena fixada?

Nos termos do art. 40^o do C.P.M.:

“1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente”.

Por sua vez, importa considerar que como temos repetidamente entendido que:

“Na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu art.º 65.º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 12.04.2018, Proc. n.º 166/2018, de 24.05.2018, Proc. n.º 301/2018 e de 13.09.2018, Proc. n.º 626/2018).

Por sua vez, é também sabido que com os recursos não se visa eliminar a margem de livre apreciação reconhecida ao Tribunal de 1ª Instância em matéria de determinação da pena, e que esta deve ser confirmada se verificado estiver que no seu doseamento foram observados os critérios legais atendíveis; (cfr., v.g., os Acs. do V^{do} T.U.I. de 03.12.2014, Proc. n.º 119/2014 e de 04.03.2015, Proc. n.º 9/2015).

Como decidiu o Tribunal da Relação de Évora:

“I - Também em matéria de pena o recurso mantém o arquétipo de remédio jurídico, pelo que o tribunal de recurso deve intervir na pena (alterando-a) apenas e só quando detectar incorrecções ou distorções no processo de determinação da sanção.

II - Por isso, o recurso não visa nem pretende eliminar alguma margem de apreciação livre reconhecida ao tribunal de 1ª instância nesse âmbito.

III - Revelando-se, pela sentença, a selecção dos elementos factuais elegíveis, a identificação das normas aplicáveis, o cumprimento dos passos a seguir no iter aplicativo e a ponderação devida dos critérios legalmente atendíveis, justifica-se a confirmação da pena proferida”; (cfr., o Ac. de 22.04.2014, Proc. n.º 291/13, in “www.dgsi.pt”, aqui citado como mera referência, e Acórdão do ora relator de 30.01.2018, Proc. n.º 35/2018, de 10.05.2018, Proc. n.º 265/2018 e de 12.07.2018, Proc. n.º 534/2018).

No mesmo sentido decidiu este T.S.I. que: *“Não havendo injustiça*

notória na medida da pena achada pelo Tribunal a quo ao arguido recorrente, é de respeitar a respectiva decisão judicial ora recorrida”; (cfr., o Ac. de 24.11.2016, Proc. n.º 817/2016).

E, como recentemente se tem igualmente decidido:

“O recurso dirigido à medida da pena visa tão-só o controlo da desproporcionalidade da sua fixação ou a correcção dos critérios de determinação, atentos os parâmetros da culpa e as circunstâncias do caso.

A intervenção correctiva do Tribunal Superior, no que diz respeito à medida da pena aplicada só se justifica quando o processo da sua determinação revelar que foram violadas as regras da experiência ou a quantificação se mostrar desproporcionada”; (cfr., o Ac. da Rel. de Lisboa de 24.07.2017, Proc. n.º 17/16).

“O tribunal de recurso deve intervir na pena, alterando-a, apenas quando detectar incorrecções ou distorções no processo de aplicação da mesma, na interpretação e aplicação das normas legais e constitucionais que a regem. Nesta sede, o recurso não visa nem pretende eliminar

alguma margem de actuação, de apreciação livre, reconhecida ao tribunal de primeira instância enquanto componente individual do ato de julgar.

A sindicabilidade da pena em via de recurso situa-se, pois, na detecção de um desrespeito dos princípios que norteiam a pena e das operações de determinação impostas por lei. E esta sindicância não abrange a determinação/fiscalização do quantum exacto da pena que, decorrendo duma correcta aplicação das regras legais e dos princípios legais e constitucionais, ainda se revele proporcionada”; (cfr., o Ac. da Rel. de Guimarães de 25.09.2017, Proc. n.º 275/16).

Atento o que se deixou exposto, ponderando na moldura legal aplicável, na factualidade apurada, de onde se realça que os arguidos agiram de acordo com um plano, em comparticipação, tendo presente o prejuízo do ofendido, e certo sendo que não lhe causaram lesões físicas, afigura-se-nos mais adequada a pena de 6 anos e 9 meses de prisão, nesta parte procedendo o recurso.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam conceder parcial provimento aos recursos.

Pelo seu decaimento pagarão os arguidos a taxa de justiça individual que se fixa em 4 UCs.

Honorários ao Exmo. Defensor do (1º) arguido A no montante de MOP\$1.800,00.

Registe e notifique.

Nada vindo de novo, e após trânsito, remetam-se os autos ao T.J.B. com as baixas e averbamentos necessários.

Macau, aos 17 de Janeiro de 2019

José Maria Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa