

Processo n.º 84/2013

Recurso penal

Recorrente: A

Recorrido: Ministério Público

Data da conferência: 5 de Março de 2014

Juízes: Song Man Lei (Relatora), Sam Hou Fai e Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Assuntos: - Crime de violação

- Violência

- Medida da pena

SUMÁRIO

1. Nos termos do art.º 157.º n.º 1, al. a) do Código Penal de Macau, pratica o crime de violação aquele que tiver cópula com mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir.

2. E para a determinação do conceito da “violência”, não é necessário que a força usada deva qualificar-se de pesada ou grave, mas será em todo

o caso indispensável que ela se considere idónea, segundo as circunstâncias do caso nos termos conhecidos da doutrina da adequação, a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima.

3. Para apurar se existe violência, há de atender às circunstâncias do caso concreto, sendo bastante a força usada pelo agente que se considera idónea e adequada para vencer a resistência da vítima.

4. Ao Tribunal de Última Instância, como Tribunal especialmente vocacionado para controlar a boa aplicação do Direito, não cabe imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, desde que não tenham sido violadas vinculações legais - como por exemplo, a dos limites da penalidade - ou regras da experiência, nem a medida da pena encontrada se revele completamente desproporcionada.

A Relatora,
Song Man Lei

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

1. Relatório

Por Acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base em 14 de Setembro de 2012, A, arguido nos presentes autos, foi absolvido da prática de um crime de violação p.p. pelo art.º 157.º n.º 1, al. a), conjugado com o art.º 171.º n.ºs 2 e 4 do Código Penal de Macau e condenado pela prática, em autoria e na forma consumada, de um crime de abuso sexual de crianças p.p. pelo art.º 166.º n.º 3 do Código Penal de Macau, na pena de 4 anos de prisão.

Inconformado com a decisão, recorreu o Ministério Público para o Tribunal de Segunda Instância, que decidiu revogar o Acórdão recorrido, passando a condenar o arguido pela prática do crime de violação agravado p.p. pelo art.º 157.º n.º 1, al. a), conjugado com o art.º 171.º n.º 4, ambos do Código Penal de Macau.

Vem agora o arguido recorrer para o Tribunal de Última Instância, formulando na sua motivação do recurso as seguintes conclusões:

I. Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada –
Absolvição do crime de violação pelo princípio de *in dubio pro reo*

1. Segundo a doutrina e jurisprudência dominante e até indiscutível (cfr. o Acórdão no Processo n.º 152/2006 do TSI), ocorre o vício de

“insuficiência de factos” previsto pelo art.º 400.º, n.º 2, al. a) do Código de Processo Penal quando o tribunal da 1ª instância, ao conhecer da matéria de facto, não investigou todo o *factum probandum* dentro do objecto do processo, o que resultou na insuficiência dos factos provados, e na falta de fundamento factual para a sentença condenatória ou absolutória deste tribunal.

2. Tal como é referido no acórdão recorrido: *“Por isso, dos supracitados artigos 11.º a 19.º dos factos provados resulta obviamente que a criança de sexo feminino ofendida tinha oposto resistência ao acto de abuso sexual realizado pelo arguido. Ao entender tal resistência, não podemos esquecer que a ofendida era apenas uma criança com 13 anos de idade e sem experiência sexual, podemos mesmo entender que ela não sabia o que era sexo, além disso, ela também teve de resistir à grande força do arguido adulto. Quando o arguido agarrou com a(s) mão(s) à força a ofendida pela cintura, empurrou-a contra a parede, e pressionou com força as costas da ofendida com a(s) mão(s), a força do arguido tornou difícil para a criança resistir. Mesmo que não se verifique qualquer lesão exterior óbvia, pode-se provar de forma suficiente a existência da violência, ou pelo menos, podemos dizer que a resistência da ofendida foi reprimida. Concordamos completamente com o seguinte entendimento do Procurador-Adjunto no seu parecer: “no acórdão do tribunal a quo, ignorou-se um entendimento correcto sobre o elemento objectivo de uso de violência do crime de violação. Focalizou-se erradamente numa expressão meramente superficial do meio de violência, e não se considerou plenamente que as diferentes condições da ofendida podiam resultar em*

diferentes graus de necessidade do uso de meio de violência”. Pode-se mesmo dizer que para uma criança com 13 anos de idade e sem experiência sexual, perante um acto de desejo entre homens e mulheres que antes nunca enfrentou, além de não saber o que fazer, quando posta sozinha em face dum homem que é mais velho dela, o que ela sente mais é o medo, isso deixa-nos aceitar completamente o facto de ela ser mentalmente reprimida, preenchendo um dos elementos objectivos do tipo de crime de violação, ou seja a “violência”. Por isso, as condutas do arguido constituem o crime de violação p. p. pelo art.º 157.º, n.º 1, al. a) do CPM, e deve ser alterada a condenação anterior.”

3. Salvo o devido respeito, o Recorrente não está de acordo.

4. *In casu*, o Recorrente só praticou o respectivo crime de violação quando ficar provado de forma suficiente que o Recorrente teve cópula com a ofendida por meio de violência ou ameaça grave, ou quando a ofendida manifestou evidentemente a sua vontade de resistir a ter cópula com o Recorrente, mas este ainda a constrangeu a ter cópula consigo.

5. É de mencionar que com o desenvolvimento rápido da internet e da média nos últimos anos, as informações são divulgadas com grande velocidade. Apesar de a ofendida ter apenas 13 anos de idade na altura do facto, já tinha um namorado antes e de acordo com as regras de experiência e a lógica comum, a ofendida devia pelo menos ter certo conhecimento sobre o sexo, e em geral, como é praticado o acto sexual.

6. Tal como é referido nos factos não provados pelo tribunal *a quo*: “*Num canto escuro do pódio do bloco 3 do [Edifício], o arguido agarrou*

com a(s) mão(s) à força a ofendida pela cintura por trás dela, e empurrou-a contra a parede, de seguida com a mão direita baixou com força as calças justas da ofendida até aos joelhos; na altura a ofendida não se atreveu a resistir, pelo que só podia implorar-lhe repetidamente que não a violasse e a largasse; enquanto o arguido roçava o pénis erecto na zona vaginal da ofendida, ela insistentemente fez desvios com o corpo para impedir que o arguido introduzisse o pénis na sua vagina. Assim sendo, o arguido ordenou-lhe, de forma assustadora, que “curva-te”, e pressionou com força as costas da ofendida com a(s) mão(s); tendo medo de ser espancada pelo arguido, a ofendida não se atreveu a resistir; a ofendida repetidamente pediu ao ofendido que a largasse e a deixasse em paz; a fim de satisfazer a sua libido, o arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente ao usar de violência contra a ofendida e ao introduzir-lhe com força, contra a vontade da ofendida, o pénis na sua vagina para praticar acto sexual com ela, transmitindo-lhe assim doença sexualmente transmissível.”

7. Os supracitados factos constituem factos relevantes para a verificação da prática de violação pelo Recorrente contra a ofendida, indicando expressamente que o Recorrente violou a ofendida por meio de violência e ameaça, pelo que só se pode provar sem dúvida que o Recorrente cometeu o crime de violação quando os referidos factos são dados como provados.

8. Após a apreciação dos dados e provas constantes dos autos, o tribunal *a quo* formou a sua convicção segundo as regras de experiência e a

lógica comum, considerou não provados os factos acima referidos e que não devia ser condenado o Recorrente pela prática do crime de violação, ou por outras palavras, o tribunal *a quo* entendeu que os factos provados não eram suficientes para verificar a prática do crime de violação pelo Recorrente.

9. Porém, o tribunal recorrido, sem passar a ter como provado qualquer dos supracitados factos não provados, passou a condenar o Recorrente pela prática do crime de violação com base em apenas os factos provados em causa.

10. Tal como é entendido pelo digno tribunal *a quo*, os factos provados não são suficientes para verificar sem dúvida que o Recorrente praticou o crime de violação, senão existem fundadas dúvidas, pelo que o acórdão do tribunal *a quo* observou o princípio de *in dubio pro reo*, que foi violado pelo entendimento do tribunal recorrido.

11. De acordo com os pontos 4 a 10 dos factos provados, antes de o Recorrente levar a ofendida do pódio no rés-do-chão do [Edifício] para o pódio do bloco 3 do [Edifício], onde estes tiveram a relação sexual, o Recorrente tinha praticado actos de “*cingiu com força e com a mão esquerda a cintura da ofendida e beijou-a na boca à força, meteu-lhe a outra dentro da sua saia, puxou de lado as suas calças justas (vulgarmente designadas por “safety pants”) e cuecas, e introduziu dedo(s) na sua vagina e aí o(s) friccionou*”, e de “*introduziu dedo(s) na vagina da ofendida e friccionou-o(s) por várias vezes*”, etc.

12. Para a ofendida, o Recorrente não é um amigo familiar mas

apenas uma pessoa quase estranha que acabou de conhecer através de apresentação de amigo.

13. Porém, segundo o ponto 11 dos factos provados conjugado com as fotos 1 e 2 nas fls. 65 dos autos, mesmo que o Recorrente tivesse acabado de lhe praticar os respectivos actos, a ofendida, não sendo ameaçada, ainda o seguiu voluntariamente para o referido local.

14. Na altura, o tempo era cerca das 9 horas da noite, já estava a anoitecer, e o respectivo local era pouco iluminado, ao mesmo tempo, antes do facto, a ofendida e a sua amiga frequentavam o [Parque de Diversões], e não é possível que ela não tivesse conhecimentos da pouca iluminação e circulação de pessoas no local em causa.

15. Segundo as regras de experiência e a lógica comum, e do ponto de vista de terceiro, a ofendida já tinha conhecimento preliminar do sexo, sabendo que os actos lhe praticados pelo Recorrente eram relacionados com o sexo, e se a ofendida tivesse realmente uma forte aversão e resistisse ao próprio Recorrente e aos seus actos, porque é que ainda acompanhou, por causa das poucas palavras do Recorrente e por sua iniciativa, o Recorrente para o respectivo local? Aqui existem fundadas dúvidas.

16. Dos pontos 15 a 19 dos factos provados consta o decurso da prática de sexo entre o Recorrente e a ofendida.

17. Segundo os referidos factos, ao praticar o acto sexual, o Recorrente ficava de pé, inseriu o pénis no corpo da ofendida por trás, não a espancou durante todo o decurso, só pressionou as costas da ofendida

com a(s) mão(s), e não se verifica no corpo da ofendida qualquer vestígio de ser espancada pelo Recorrente.

18. Conforme as regras de experiência, quando os dois realizaram o acto sexual com a referida posição, se a ofendida não estivesse disposta a cooperar e contorcesse com força o seu corpo para evitar a inserção, o acto de pressionar as costas da ofendida com a(s) mão(s) não era suficiente para que o Recorrente reprimisse à força a ofendida e inserisse o pénis no corpo dela, porque o sentido da força devido ao acto de pressionar as costas dela com a(s) mão(s) não era suficiente para controlar o balanço do corpo e das ancas da ofendida.

19. Ao mesmo tempo, a ofendida não gritou para pedir socorro durante todo o decurso do acto sexual.

20. Lê-se em 36:05 da gravação da audiência de julgamento (Recorded on 06-Sep-2012 at 11.11.57 (0H1-8X#G02811270): “Delegado do Procurador: *Porque é que não tentou gritar? De qualquer maneira, o local fica na zona residencial, onde havia pessoas a passar, então se grita para pedir ajuda, pode livrar-se dele.* Ofendida: *Naquela altura não pensei que podia recorrer a esta forma de gritar.*”

21. Tal como é referido pelo Delegado do Procurador, o local fica perto da zona residencial, e com a alargada divulgação de prevenção de crime sexual e a educação nas escolas nos últimos anos, de acordo com a lógica comum, não corresponde ao senso comum se a ofendida foi violada mas não pensou em pedir socorro através de gritar.

22. É referido no ponto 19 dos factos provados: *A ofendida, sentindo-se muito atemorizada e dorida, disse ao arguido que ela era virgem e que sentia fortes dores, ao que o arguido não ligou e continuou a fazer movimentos de vaivém com o seu pénis na vagina dela.*

23. Se o Recorrente praticou realmente actos de violação contra a ofendida e não cobriu a boca desta, de acordo com os factos provados acima referidos, na altura, a ofendida podia falar ao Recorrente, mas ao mesmo tempo não pensava em pedir socorro através de gritar, conforme a lógica comum, existem contradições e fundadas dúvidas.

24. Além disso, é referido no ponto 20 dos factos provados: *Durante a altura, uma mulher de meia idade passou pelo local. Tendo medo, o arguido parou o acto sexual e foi-se embora com a ofendida.*

25. Segundo as fotos 13 e 14 nas fls. 71 dos autos, o Recorrente saiu do local em causa junto com a ofendida depois da prática de sexo, e é de mencionar que a ofendida não foi coagida pelo Recorrente a sair consigo, mas acompanhou voluntariamente o Recorrente e saiu.

26. Ao mesmo tempo, indica-se nas fls. 11 do acórdão do tribunal a quo: *“a testemunha B alegou na audiência de julgamento que na noite do dia do facto, foi ao [Parque de Diversões] para cear, e na altura, viu a uma distância de cerca de 20 metros que o arguido e a ofendida estavam de mãos dadas e o arguido cingiu a cintura desta, posteriormente, esta testemunha e o arguido saíram num táxi; no táxi, a testemunha perguntou ao arguido se ele e a ofendida estavam a ‘namorar’, e na altura, o arguido sorriu mas não respondeu.”*

27. Segundo os supracitados depoimentos, a testemunha B viu claramente que o Recorrente e a ofendida estavam de mãos dadas e que o Recorrente cingiu a cintura desta depois da prática de sexo.

28. Conforme as regras de experiência e a lógica comum, e do ponto de vista de terceiro, se a ofendida fosse realmente violada pelo Recorrente, não teria seguido voluntariamente o homem que a violou para sair do local, nem teria praticado actos de intimidade com este homem, tais como dar as mãos e cingir a cintura, pelo que existem fundadas dúvidas sobre isso.

29. Finalmente, é indicado nos factos não provados pelo tribunal *a quo*: “*A fim de satisfazer a sua libido, o arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente ao usar de violência contra a ofendida e ao introduzir com força, contra a vontade da ofendida, o pénis na sua vagina para praticar acto sexual com ela, transmitindo-lhe assim doença sexualmente transmissível.*”

30. Por não ficar provado nos autos que o Recorrente tinha contraído a doença venérea antes da prática de sexo com a ofendida, razão pela qual o facto de *transmitir à ofendida doença sexualmente transmissível* foi dado como não provado pelo tribunal *a quo*, e em consequência, não é aplicável a circunstância agravante prevista pelo art.º 171.º, n.º 2 do CPM.

31. Pelos expostos, há fundadas dúvidas sobre se o Recorrente teve cópula com a ofendida por meio de violência e ameaça grave, e se a ofendida manifestou evidentemente a sua vontade de resistência.

32. De acordo com o princípio de *in dubio pro reo*, e tal como é

entendido pelo tribunal *a quo*, por haver fundadas dúvidas, pede-se ao TUI para fazer a decisão justa e absolver o Recorrente do crime de violação qualificado p. p. pelo art.º 157.º, n.º 1, al. a) conjugado com o art.º 171.º, n.º 4 do CPM.

II. Em relação à medida da pena

33. É referido nas fls. 25 do acórdão recorrido: *“Entendemos que, uma vez condenado o arguido pela prática de crime de violação e reconhecida a circunstância agravante referida no n.º 4, já não revelaria muita importância a existência ou não da circunstância agravante referida no n.º 2, a qual, quanto muito, contribuiria para o crescimento de circunstâncias na determinação da medida da pena segundo o artigo 65.º. Além disso, o MP não pôs a circunstância na sua acusação (pela falta da investigação adequada na fase do inquérito), nem o Tribunal a quo conheceu do facto de se o arguido tinha herpes, mas só conheceu da aplicação ou não ao arguido da circunstância agravante com base no facto, apresentado na acusação, de que a ofendida tinha sido infectada por herpes genital, porque a norma prevê expressamente que: “se o agente for portador de doença sexualmente transmissível”, as penas previstas nos artigos tais como o 157.º são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.”*

34. Por outras palavras, ao ponderar a medida da pena, o acórdão recorrido considerou como provado o facto de o Recorrente transmitir, com acto sexual, à ofendida doença sexualmente transmissível, e em consequência, condenou-o na pena de 8 anos de prisão.

35. Para esse efeito, precisa-se citar o seguinte facto não provado pelo tribunal *a quo*: “*A fim de satisfazer a sua libido, o arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente ao usar de violência contra a ofendida e ao introduzir com força, contra a vontade da ofendida, o pénis na sua vagina para praticar acto sexual com ela, transmitindo-lhe assim doença sexualmente transmissível.*”

36. Primeiro, no conhecimento de facto feito no acórdão recorrido, o referido facto não provado não passou a ser dado como provado, mantendo-se não provado.

37. Segundo, tal como é referido no acórdão recorrido, *o tribunal a quo não conheceu o facto de o arguido ser portador de herpes genital, e conjugado com o que consta das fls. 12 do acórdão do tribunal a quo: “a testemunha, ou seja o médico legal C emitiu na audiência de julgamento o seu parecer profissional sobre o facto de a ofendida ter contraído o vírus de herpes genital, dizendo que a maioria do referido vírus transmite-se através de actos sexuais não higiénicos, ou por outras formas, e actualmente é impraticável a cura radical desse vírus, podendo o portador do vírus curar-se se tiver anticorpo suficiente.”*, daí se pode ver que a respectiva doença venérea transmite-se não só através de *actos sexuais não higiénicos*, mas também por outras formas, e por não ficar provado nos autos que o Recorrente tinha contraído a doença venérea antes da prática de sexo com a ofendida, há fundadas dúvidas sobre o facto de a doença venérea contraída pela ofendida ser causada pelos actos do Recorrente.

38. Por não ficar provado que a doença venérea contraída pela

ofendida foi causada pelos actos do Recorrente, não deve o acórdão recorrido, ao ponderar a medida da pena geral segundo o art.º 65.º do CPM, atender a tal circunstância.

39. No caso *sub judice*, na altura, a ofendida não foi espancada ou mal tratada, nem sofreu de qualquer outra ofensa, e o respectivo acto durou por um curto tempo, o que mostra que não é elevado o grau de ilicitude do facto praticado pelo Recorrente. A moldura penal do crime de violação qualificado é de 4 a 16 anos de prisão, e o acórdão recorrido aplicou uma pena de 8 anos de prisão, excedendo obviamente as exigências de prevenção criminal geral e especial. Por outras palavras, o acórdão recorrido violou o critério da medida da pena previsto pelo art.º 65.º do CPM.

40. Com base nisso, pede-se ao TUI para determinar de novo uma medida da pena para o Recorrente e condená-lo numa pena mais leve; e ao mesmo tempo, o Recorrente entende mais adequada uma pena de 4 a 5 anos de prisão efectiva.

Respondeu o Ministério público, terminou a sua resposta com as seguintes conclusões:

1. O acórdão recorrido é outra interpretação de direito e foi proferido baseando-se na matéria de facto dado como provada pelo Tribunal a quo, não tendo nada ver com o vício da matéria de facto.

2. Analisada a matéria de facto provado, o que demonstrou que o recorrente empregou violência contra a ofendida na prática do crime.

3. A presunção de violência tem natureza relativa, pode variar de ofendido para ofendido.

4. A ofendida era menor de 14 anos, é compreensível que o meio de violência usado pelo recorrente fez com que ela, objectivamente, não pudesse opor resistência ou, subjectivamente, perdesse a vontade de resistir.

5. Deve ter-se em atenção as disposições do artigo 171º, nº 5 do Código Penal na determinação da medida da pena.

6. O tribunal de recurso atendeu apenas a uma das circunstâncias agravantes para determinar a nova pena.

7. Tendo em conta o grau da culpa do recorrente, a ilicitude dos factos praticados e as prementes exigências da prevenção geral, é razoável e apropriada a pena aplicada pelo acórdão recorrido.

Nesta instância, o Ministério Público mantém a posição já assumida na resposta à motivação do recurso.

Foram corridos vistos.

2. Os Factos

Nos autos foram considerados provados os seguintes factos:

1. No dia 6 de Setembro de 2011, das 17h00 às 19h00 horas, a ofendida D conheceu o arguido A quando estava a divertir-se com amigos perto do [Parque de Diversões] sito na Rua de Coelho do Amaral de Macau.

2. De seguida, a ofendida e o arguido conversavam no [Parque de Diversões] e divertiam-se na zona para crianças do Parque.

3. Na altura, a ofendida disse ao arguido que tinha 13 anos de idade.

4. Cerca das 20h43 do mesmo dia 6 de Setembro de 2011, a pedido do arguido, a ofendida acompanhou-o à entrada do [Parque de Diversões] a fim de apanhar um táxi.

5. Durante a espera de táxi, o arguido recebeu uma chamada telefónica. Enquanto falava ao telefone, ele de repente puxou a ofendida com a mão esquerda para o pódio no rés-do-chão do [Edifício] perto do [Parque de Diversões].

6. Tendo terminado a chamada, o arguido de repente cingiu com força e com a mão esquerda a cintura da ofendida e beijou-a na boca à força, dizendo-lhe que queria ser o seu namorado.

7. A ofendida imediatamente recusou-se, dizendo que já tinha namorado.

8. O arguido disse à ofendida que não se importava, e continuou a cingir-lhe a cintura com a mão esquerda, ao mesmo tempo meteu-lhe a

outra dentro da sua saia, puxou de lado as suas calças justas (vulgarmente designadas por “calças de segurança”) e cuecas, e introduziu-lhe dedo(s) na sua vagina e aí o(s) friccionou.

9. A ofendida sentiu dores e tentou empurrar com as mãos o arguido mas não conseguiu livrar-se por o arguido ser robusto.

10. O arguido introduziu dedo(s) na vagina da ofendida e friccionou-o(s) por várias vezes, mas parou os respectivos movimentos para receber chamada telefónica.

11. De seguida o arguido disse à ofendida que “vem cá, não te faço nada”. A ofendida acreditou e, sem suspeita, seguiu o arguido a um canto escuro do pódio do bloco 3 do [Edifício].

12. Na altura, o arguido subitamente abraçou por atrás a ofendida e cingiu-lhe a cintura com a mão esquerda.

13. A ofendida disse logo ao arguido que não queria ser namorada dele, mas o arguido ignorou e abraçou fortemente a cintura da mesma, dizendo constantemente: “Só penetro uma vez, só penetro uma vez” .

14. A ofendida recusou logo e disse-lhe que era virgem.

15. No entanto, o arguido não ligou, agarrando por trás a cintura da ofendida e pressionando-a contra a parede. Desceu, a seguir, as calças justas (vulgarmente conhecidas como “calças de segurança”) e cuecas da mesma até ao joelho com a mão direita.

16. A ofendida ficou com muito medo no momento mas o arguido

não parou de lhe dizer “só penetro uma vez”.

17. Depois, o arguido esfregou o seu pénis erecto pelo corpo da ofendida, junto à zona da vagina. O mesmo mandou a ofendida baixar o corpo, pressionando com força as costas dela.

18. Em seguida, o arguido introduziu o pénis na vagina da ofendida sem uso de preservativo e fez movimentos de vaivém.

19. A ofendida, sentindo-se muito atemorizada e dorida, disse ao arguido que ela era virgem e que sentia fortes dores, ao que o arguido não ligou e continuou a fazer movimentos de vaivém com o seu pénis na vagina dela.

20. Durante a altura, uma mulher de meia idade passou pelo local. Tendo medo, o arguido parou o acto sexual e foi-se embora com a ofendida.

21. A fim de acalmar a ofendida, o arguido insistiu em dar-lhe dinheiro, dizendo-lhe que fazia isso a cada uma das suas namoradas. O arguido disse que “considera-o como um empréstimo” e tirou a carteira.

22. A ofendida recusou-se instantaneamente a receber dinheiro do arguido e voltou de imediato ao [Parque de Diversões] à procura dos seus amigos.

23. Por não ter conseguido encontrar os amigos e se ter achado suja, a ofendida imediatamente voltou à casa para tomar banho, mas não se atreveu a contar isso aos pais.

24. Depois, tendo descoberto que os amigos ainda estavam no [Parque de Diversões], a ofendida aí se dirigiu para, chorando, contar isso aos amigos. No dia 7 de Setembro de 2011, cerca das 00h30, participou o facto à polícia.

25. A ofendida era virgem antes de ter tido acto sexual com o arguido.

26. No dia 7 de Setembro de 2011, cerca das 07h20, a ofendida submeteu-se ao exame de ginecologia no Centro Hospitalar Conde de S. Januário. Desse exame consta que os pontos 4 e 5 do hímen da ofendida apresentava lesões de laceração recentes, que ocorrem quando é permitida a introdução na vagina de pénis erecto ou objecto semelhante; de pouca infiltração sanguínea que se revelava nas partes lesadas pode presumir-se que as lesões tinham sido feitas em não superior a 24 horas.

27. A ofendida sentiu dores da vagina e urina com muita frequência depois de ter relação sexual com o arguido, pelo que se dirigiu em 18 de Setembro de 2011 ao Centro Hospitalar Conde de S. Januário para fazer exame. Após exame ginecológico, a ofendida foi diagnosticada com herpes genital típico e sintomas de úlcera venérea, situação esta foi diagnosticada a primeira erupção do herpes genital.

28. O herpes genital é uma doença sexualmente transmissível, cuja primeira erupção ocorre geralmente dentro de duas semanas depois da infecção. Ainda é impraticável a cura radical do herpes genital, que provavelmente infecta, de forma letal, o bebé da portadora na fase tardia da sua gravidez.

29. A fim de satisfazer a sua libido, o arguido, bem sabendo que a ofendida era menor de 14 anos de idade, agiu de forma livre, voluntária e consciente ao introduzir à força o pénis na vagina da ofendida para praticar acto sexual com ela.

30. O arguido bem conhecia que a sua conduta era legalmente proibida e punida.

Também se provou:

Segundo o arguido, é empregado de escritório numa agência de viagem com rendimento mensal de 10.000,00 patacas, tem a seu cargo o avô e tem como habilitação literária o ensino secundária-geral.

Segundo o certificado do registo criminal, o arguido é delinquente primário.

Não se provou que:

1. Num canto escuro do pódio do bloco 3 do [Edifício], o arguido agarrou com a(s) mão(s) à força a ofendida pela cintura por trás dela, e empurrou-a contra a parede, de seguida com a mão direita baixou com força as calças justas e cuecas da ofendida até aos joelhos.

2. Na altura a ofendida não se atreveu a resistir, pelo que só podia implorar-lhe repetidamente que não a violasse e a largasse.

3. Enquanto o arguido roçava o pénis erecto na zona vaginal da ofendida, ela insistentemente fez desvios com o corpo para impedir que o

arguido introduzisse o p nis na sua vagina. Assim sendo, o arguido ordenou-lhe, de forma assustadora, que “curva-te”, e pressionou com força as costas da ofendida com a(s) mão(s).

4. Tendo medo de ser espancada pelo arguido, a ofendida não se atreveu a resistir.

5. A ofendida repetidamente pediu ao ofendido que a largasse e a deixasse em paz.

6. A fim de satisfazer a sua libido, o arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente ao usar de violência contra a ofendida e ao introduzir-lhe com força, contra a vontade da ofendida, o p nis na sua vagina para praticar acto sexual com ela, transmitindo-lhe assim doença sexualmente transmissível.

3. O direito

Invocando o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e o princípio de *in dubio pro reo*, pretende o recorrente a sua absolvi o do crime de viola o.

Põe em causa também a medida concreta da pena

3.1. Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada

Como se sabe, este Tribunal de Última Instância tem entendido que, para que se verifique o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, “é necessário que a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada”.¹

No caso vertente, nota-se que não foi posta em causa a matéria de facto dada como assente pelo Tribunal de 1.ª instância.

Aderindo ao entendimento do Tribunal de 1.ª instância, alega o recorrente que os factos provados nos autos não são suficientes para considerar que ele praticou o crime de violação e o Tribunal ora recorrido, ao condená-lo por este crime, violou o princípio de *in dubio pro reo*.

De facto, constata-se no Acórdão do Tribunal de 1.ª instância que este Tribunal decidiu absolver o recorrente do crime de violação porque considerou não ficar provado que ele teve cópula com a ofendida, menor de 14 anos de idade, por meio de violência ou ameaça de tal modo a pô-la na impossibilidade ou falta de coragem para resistir.

E na óptica do Tribunal de Segunda Instância, dos artigos 11 a 19 dos factos provados resulta obviamente que a ofendida tinha oposto resistência ao acto de abuso sexual praticado pelo recorrente, pois há de

¹ Ac.s do TUI, de 22-11-2000, Proc. n.º 17/2000, de 7-2-2001, Proc. n.º 14/2000, de 16-3-2001, Proc. n.º 16/2000 e de 20-3-2002, Proc. n.º 3/2002.

atender à idade da ofendida, de 13 anos e sem experiência sexual, e à grande força do recorrente adulto, que agarrou com força a ofendida pela cintura, empurrou-a contra a parede e pressionou com força as costas dela, tornando-a difícil de resistir, o que revela de forma suficiente a existência de violência, ou pelo menos se pode dizer que a resistência da ofendida foi vencida, para além de a ofendida se encontrar mentalmente vencida por estar com medo.

Daí que se concluiu pelo preenchimento do elemento objectivo do tipo do crime de violação, que é a violência.

Ora, a questão em causa, tal como é colocada pelo recorrente, não parece prender-se com o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

O que se discute é que se, perante os factos dados como assentes, se deve considerar verificado o elemento constitutivo de “violência” do crime, que é uma questão de qualificação jurídica dos factos provados.

Nos termos do art.º 157.º n.º 1, al. a) do Código Penal de Macau, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos aquele que tiver cópula com mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir.

E para a determinação do conceito da “violência”, tem muito interesse, para a questão ora em causa, citar aqui a douta consideração do Prof. Figueiredo Dias, embora sobre a violência no crime de coacção

sexual mas também válida para o crime de violação, que ensina que “não é necessário que a força usada deva qualificar-se de pesada ou grave, mas será em todo o caso indispensável que ela se considere idónea, *segundo as circunstâncias do caso* nos termos conhecidos da doutrina da adequação, a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima. Sob certas circunstâncias concretas, nomeadamente em função da debilidade, física ou psíquica, do carácter temeroso ou assustadiço da vítima pode bastar, v.g., uma bofetada, o fechá-la contra a sua vontade num quarto ou mesmo num automóvel, o transportá-la de um lugar para outro: é aqui decisiva em princípio a perspectiva da vítima. A violência pode ocorrer em simultaneidade com o acto sexual. Uma resistência efectiva não se torna indispensável, bastando que devesse contar-se com ela e o uso da violência se destine a vencê-la”.²

Daí que, para apurar se existe violência, há de atender às circunstâncias do caso concreto, sendo bastante a força usada pelo agente que se considera idónea e adequada para vencer a resistência da vítima.

No caso dos autos, alega o recorrente que, ao praticar o acto sexual, ele não espancou a ofendida durante todo o decurso, só pressionou as suas costas com a(s) mão(s) e não se verifica no corpo da ofendida qualquer vestígio de ser espancada. Por outro lado, o acto de pressionar as costas da ofendida não era suficiente para que o recorrente reprimisse à força a ofendida e inserisse o pénis no corpo dela e a ofendida não gritou para

² Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, p. 454.

pedir socorro durante todo o decurso do acto sexual.

Para o recorrente, só se pode concluir pela violência se houve espancada e a força usada por ele não era suficiente para convencer a resistência da ofendida.

Não se nos afigura atendível tal posição.

Ora, resulta da matéria de facto provada, nomeadamente dos artigos 5 a 25, que a ofendida tinha apenas 13 anos e era virgem, sem experiência sexual, sendo o recorrente adulto e robusto.

E enquanto se encontrava com a ofendida, o recorrente sempre praticou acto com alguma força, tais como “de repente puxou a ofendida”, “de repente cingiu com força e com a mão esquerda a cintura da ofendida e beijou-a na boca à força”, “meteu-lhe a mão direita dentro da sua saia, puxou de lado as suas calças justas (vulgarmente designadas por “calças de segurança”) e cuecas, e introduziu-lhe dedo(s) na sua vagina e aí o(s) friccionou”, “subitamente abraçou por atrás a ofendida e cingiu-lhe a cintura com a mão esquerda”, “abraçou fortemente a cintura da mesma”, “agarrando por trás a cintura da ofendida e pressionando-a contra a parede”, “mandou a ofendida baixar o corpo, pressionando com força as costas dela”, etc..

A factualidade apurada nos autos revela ainda que a ofendida se recusou a ser namorada do recorrente e a praticar actos sexuais com ele e que ficou com muito medo, muito atemorizada e sentia fortes dores, tendo tentado empurrar com as mãos o arguido mas não conseguiu livrar-se por o

arguido ser robusto. E também se recusou instantaneamente a receber dinheiro do recorrente e depois de encontrar os seus amigos contou o que tinha passado, chorando, tendo a seguir participado o facto à polícia, cerca das 00h30.

Ponderando todo o circunstancialismo acima descrito, afigura-se que o recorrente teve cópula contra a vontade da ofendida, fazendo-a com a força, que deve ser qualificada como “violência”, tendo em consideração as idades, os estados físicos e psíquicos e ainda as experiências sexuais de cada um, cuja ponderação permite concluir que a força usada pelo recorrente foi suficiente, idónea e adequada para convencer a resistência, quer efectiva quer esperada, da ofendida, que tinha apenas 13 anos, era virgem e dominada na altura pelo muito medo, o que diminuiu naturalmente a sua capacidade de resistência.

E não se vê como foi violado o princípio *in dubio pro reo*.

Improcede o argumento do recorrente.

3.2. Medida concreta da pena

Reagiu ainda o recorrente contra a pena concreta aplicada pelo Tribunal de Segunda Instância, alegando a não verificação da circunstância agravante prevista no art.º 171.º n.º 2 do Código Penal de Macau, por não ficar provado que ele transmitiu à ofendida doença sexualmente transmissível.

Na óptica do recorrente, ao condená-lo na pena de 8 anos de prisão, o Tribunal de Segunda Instância considerou a circunstância prevista no art.º 171.º n.º 2 do Código Penal de Macau, para além da referida no n.º 4 do mesmo artigo.

Ora, o arguido foi condenado pela prática do crime de violação agravado p.p. pelo art.º 157.º n.º 1, al. a), conjugado com o art.º 171.º n.º 4, ambos do Código Penal de Macau.

E basta uma leitura atenta do Acórdão recorrido para chegar à conclusão contrária à alegação do recorrente.

De facto, o Tribunal de Segunda Instância entendeu que, uma vez concluída pela verificação da circunstância agravante prevista no n.º 4 do 171.º, que se refere à idade da vítima, menor de 14 anos, já não revelaria muita importância a existência ou não da circunstância agravante referida no n.º 2 do art.º 171.º, a qual, quanto muito, contribuiria para determinação da medida da pena, nos termos do art.º 65.º do Código Penal de Macau.

Trata-se duma afirmação resultante do n.º 5 do mesmo art.º 171.º, segundo o qual se concorrerem mais do que uma das circunstâncias agravantes, só é considerada, para efeitos de determinação da pena aplicável, a que tiver agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na determinação da medida da pena. O que não significa, no entanto, que o Tribunal recorrido chegou a tomar em consideração, na determinação da medida concreta da pena, a circunstância do n.º 2 do art.º 171.º.

Antes pelo contrário, do Acórdão recorrido pode, e deve, tirar ilação de que o Tribunal considerou não verificada a circunstância em causa, na medida em que fez consignar a seguir que tal circunstância não foi elencada na acusação deduzida pelo Ministério Público, nem o Tribunal de 1.^a instância chegou a conhecer do facto sobre se o arguido tinha herpes, suscitando até dúvida quanto à possibilidade de se aplicar ao arguido a circunstância agravante só com o facto referido na acusação de que a ofendida tinha sido infectada por herpes genital, pois é muito clara a norma ao estabelecer, como agravante, que “se o agente for portador de doença sexualmente transmissível”.

É de julgar improcedente o argumento do recorrente.

Pretende o recorrente a redução da pena concreta.

Nos termos do art.º 40.º n.º 1 do Código Penal de Macau, a aplicação de penas visa não só a reintegração do agente na sociedade mas também a protecção de bens jurídicos.

E ao abrigo do art.º 65.º do Código Penal de Macau, a determinação da medida da pena é feita “dentro dos limites definidos na lei” e “em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal”, tanto de prevenção geral como de prevenção especial, atendendo a todos os elementos pertinentes apurados nos autos, nomeadamente os elencados no n.º 2 do artigo.

No caso *sub judice*, o crime pelo qual foi condenado o recorrente, o

de violação agravado p.p. pelo art.º 157.º n.º 1, al. a), conjugado com o art.º 171.º n.º 4, ambos do Código Penal de Macau, é punível com a pena de 4 a 16 anos de prisão.

Não resultam dos autos quaisquer circunstâncias que militem a favor da recorrente, com exceção de ser delinquente primário.

O recorrente negou ter violado a ofendida, declarando também que não tinha conhecimento da idade dela.

O dolo do recorrente é intenso e são graves os factos ilícitos.

No que tange às finalidades da pena, são prementes as exigências de prevenção geral, impondo-se prevenir a prática do crime em causa, que põe em risco a liberdade sexual das pessoas.

Tudo ponderado, não se afigura excessiva a pena de 8 anos de prisão concretamente aplicada ao recorrente.

E tal como tem entendido este Tribunal, “Ao Tribunal de Última Instância, como Tribunal especialmente vocacionado para controlar a boa aplicação do Direito, não cabe imiscuir-se na fixação da medida concreta da pena, desde que não tenham sido violadas vinculações legais – como por exemplo, a dos limites da penalidade – ou regras da experiência, nem a medida da pena encontrada se revele completamente desproporcionada”³, pelo que se não se estiver perante essas situações, como é no caso vertente, o Tribunal de Última Instância não deve intervir na fixação da dosimetria

³ Cfr. Ac. do TUI, de 23-1-2008, 19-9-2008, 29-04-2009 e 28-9-2011, nos Processos n.ºs 29/2008, 57/2007, 11/2009 e 35/2011, respectivamente.

concreta da pena.

É de concluir pela manifesta improcedência da pretensão do recorrente.

4. Decisão

Face ao expendido, acordam em rejeitar o recurso.

Nos termos do art.º 410.º n.º 4 do Código de Processo Penal de Macau, é o recorrente condenado a pagar 4 UC.

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça fixada em 3 UC.

Macau, 5 de Março de 2014

Juízes: Song Man Lei (Relatora) – Sam Hou Fai –

Viriato Manuel Pinheiro de Lima