

Processo n.º 16 / 2004

Recurso extraordinário de fixação de jurisprudência

Data da conferência: 21 de Julho de 2004

Recorrente: A

Principais problemas jurídicos:

- Acolhimento de menor indocumentado
- Conflito de deveres
- Oposição de acórdãos

SUMÁRIO

Só há oposição de acórdãos quando estes assentem em soluções opostas relativamente à mesma questão de direito em que o núcleo da situação de facto seja idêntico.

Não é concebível estabelecer a regra uniforme válida para todas e infinitas situações de acolhimento de menor clandestino no sentido de resolver de vez a problemática da existência de conflito de deveres.

O Relator: Chu Kin

**Acórdão do Tribunal de Última Instância
da Região Administrativa Especial de Macau**

Recurso extraordinário de fixação de jurisprudência

N.º 16 / 2004

Recorrente: A

1. Relatório

O arguido A vem interpor o presente recurso extraordinário de fixação de jurisprudência por entender que o acórdão ora recorrido do Tribunal de Segunda Instância proferido em 25 de Março de 2004 no processo de recurso penal n.º 38/2004 está em oposição com o acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça de 21 de Maio de 1997 proferido igualmente no recurso penal do processo n.º 675.

Por acórdão de 7 de Janeiro de 2004 do Tribunal Judicial de Base proferido no processo comum colectivo n.º PCC-044-03-3, o recorrente, juntamente com uma outra arguida, foi julgado e condenado pela prática de um crime de acolhimento

previsto e punido pelo art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 2/90/M na pena de sete meses de prisão cuja execução é suspensa por dois anos e seis meses, com a condição de indemnizar à RAEM a quantia de dez mil patacas no prazo de dois meses.

Inconformado com a decisão da primeira instância, o arguido recorreu para o Tribunal de Segunda Instância. Por acórdão deste tribunal proferido em 25 de Março de 2004, acórdão ora recorrido no presente recurso extraordinário, foi o recurso julgado improcedente.

Vem agora o recorrente interpor o recurso extraordinário de fixação de jurisprudência nos termos seguintes:

O acórdão recorrido proferido pelo Tribunal de Segunda Instância em 25 de Março de 2004 encontra-se em substancial oposição e em contradição com o acórdão (fundamento) proferido pelo extinto Tribunal Superior de Justiça de Macau em 21 de Maio de 1997, Processo n.º 675, publicado em “TSJ Jurisprudência 97”, página 632 e segs.

A oposição entre os dois acórdãos em causa justifica-se no facto de, no acórdão fundamento, ter decidido o seguinte:

“1. O conflito de deveres é causa de exclusão da ilicitude quando o agente faz subsumir a conduta a um tipo legal para acolher um dever de valor igual ou superior ao sacrificado.

2. O dever legal de os pais prestarem auxílio, educação, assistência e de darem habitação aos filhos menores é de valor muito superior ao que os impede de acolher indocumentados.

3. Age sem culpa a mãe que acolhe dois filhos indocumentados de 5 anos de

idade, que se encontram sozinhos em Macau, por não lhe ser exigível outra conduta, e estar em risco a integridade física e moral dos menores”.

E, por sua vez, o acórdão recorrido ter decidido que:

“Apesar de recair simultaneamente nos ombros do arguido ora recorrente, o consabido dever jurídico de cuidar da sua filha menor, derivado do seu poder paternal sobre a mesma (educando-a e auxiliando-a, etc.), para além do dever também jurídico – como qualquer outro cidadão de Macau – de não acolher nenhum indivíduo que se encontre em situação de clandestinidade (cfr. o art.º 8.º da Lei n.º 2/90/M, de 3 de Maio), entendemos que, no caso vertente, o valor daquele dever é inferior ao deste último.

.....

Ora, mais uma vez e salvo o devido respeito por entendimento diverso, opinamos que não assiste razão ao recorrente, posto que segundo a nossa interpretação das coisas nem tão-pouco existia uma situação de inexigibilidade, prevista legalmente no art.º 34.º, n.º 1 do Código Penal ... ”

Ora, estando em causa em ambos os acórdãos (recorrido e fundamento) a mesma norma jurídica – art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 2/90/M, de 3 de Maio – , interpretada e aplicada de forma diametralmente oposta, perante um quadro de circunstancialismo fáctico idêntico ou semelhante, é inquestionável a efectiva existência de substancial oposição e contradição entre si nas duas decisões judiciais sobre a mesma questão de direito e no domínio da mesma legislação em vigor e, daí, conseqüentemente, a admissibilidade do presente recurso extraordinário.

Tendo o acórdão recorrido sido pessoalmente notificado ao ora recorrente no passado dia 19 de Abril de 2004, o mesmo transitou em julgado em 30 de Abril de

2004, portanto, em data posterior à do trânsito do acórdão fundamento, não sendo, pois, aquele passível de recurso ordinário.

O acórdão recorrido violou as normas contidas no art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 2/90/M, de 3 de Maio, bem como o disposto nos art.ºs 34.º e 35.º do Código Penal de Macau, que assim aplicou incorrectamente.

Deve o presente recurso extraordinário para fixação de jurisprudência ser admitido e, em consequência, deve fixar-se a seguinte jurisprudência:

“O conflito de deveres é causa de exclusão da ilicitude quando o agente faz subsumir a conduta a um tipo legal para acolher um dever de valor igual ou superior ao sacrificado.

O dever legal de os pais prestarem auxílio, educação, assistência e de darem habitação aos filhos menores é de valor muito superior ao que os impede de acolhe-los, ainda que indocumentados.

Age sem culpa o pai ou a mãe que acolhe filhos indocumentados menores que se encontram sozinhos em Macau, por não lhes ser exigível outra conduta, e estar em risco a integridade física e moral dos menores”.

O Ministério Público, na sua resposta, entende essencialmente o seguinte:

1. O recurso para fixação de jurisprudência, de um acórdão do Tribunal de Segunda Instância, pressupõe a existência de oposição desse acórdão com outro do mesmo Tribunal ou do Tribunal de Última Instância, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão de direito (cfr. n.ºs 1 e 2 do art.º 419.º do C. P. Penal).

É necessário, também, que o acórdão recorrido tenha transitado em julgado e seja insusceptível de recurso ordinário, bem como que a solução nele acolhida não esteja de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Tribunal de Última Instância (cfr. cit. n.º 2).

Exige-se, finalmente, que o acórdão fundamento seja anterior ao recorrido e tenha transitado em julgado (cfr. subsequente n.º 4).

2. E, no caso “*sub judice*”, não se verifica, a nosso ver, um dos requisitos *substanciais* do recurso extraordinário em causa.

Trata-se, concretamente, da oposição de acórdãos sobre a mesma questão de direito.

Historicamente, no domínio do C. P. Civil de 1876, falava-se, a propósito, de oposição sobre o mesmo *ponto de direito* (cfr. art.º 1176.º, na redacção do Dec. n.º 21287).

O C. P. Civil de 1939, sem alterar o seu sentido, substituiu essa locução por *questão de direito* (cfr. art.º 763.º).

E, no seio da respectiva Comissão Revisora, controverteu-se a interpretação que deveria ser dada à mesma.

Ponderou-se, então, igualmente, a hipótese de adoptar uma formulação mais ampla, acabando, no entanto, por ser rejeitada, em substituição da expressão “acórdãos opostos sobre a mesma questão de direito”, uma outra que havia sido proposta: “acórdãos que sancionem princípios jurídicos divergentes” (cfr. Alberto dos Reis, Código de Processo Civil anotado, VI, 246).

Houve, assim, uma opção deliberada no sentido da restrição dos casos de recurso extraordinário.

E, quando é que se dá a “oposição sobre a mesma questão de direito”?

De acordo com os ensinamentos do saudoso Mestre, tal oposição ocorre “quando a mesma questão foi resolvida em sentidos diferentes, isto é, quando à *mesma disposição legal* foram dadas interpretações ou aplicações opostas” (loc. cit.).

E não podemos, de facto, deixar de sufragar tal entendimento.

No C. P. Civil de 1961, bem como no actual, a fórmula utilizada (nos art.ºs 763.º/764.º e 652.º-A, respectivamente) – “mesma questão fundamental de direito” – aponta, essencialmente, no mesmo sentido.

Na área processual penal, o Código de 1929 consagrou a expressão “mesma matéria de direito” (cfr. art.ºs 668.º e 669.º).

E a sua interpretação é, também, coincidente.

Conforme decidiu, uniformemente, na sua vigência, o S.T.J. de Portugal, “só existe oposição susceptível de determinar recurso para o Tribunal Pleno, quando ao mesmo preceito legal forem dadas interpretações diferentes ... ” (cfr., por todos, ac. de 19/4/61, Bol. 106/372 – sublinhado acrescentado).

Com a entrada em vigor do C. P. Penal de 1987 – que o C. P. Penal de Macau seguiu de perto – bem como nas versões posteriores, a Jurisprudência manteve-se, invariavelmente, a mesma.

Basta atentar, entre outros, nos seguintes arestos do mesmo Tribunal:

- “Para que exista a oposição a que se refere o art.º 437.º do Código de Processo Penal, é necessário que os acórdãos em confronto assentem, relativamente à mesma questão fundamental de direito, em soluções opostas e no domínio da mesma legislação, sendo ainda necessário que os mesmos preceitos sejam interpretados e aplicados diversamente a factos idênticos e também que uma das decisões tenha estabelecido por forma expressa doutrina contrária à fixada na outra, não sendo suficiente que numa possa ver-se a aceitação tácita da doutrina contrária à enunciada na outra – a oposição tem de ser expressa, e não apenas tácita” (ac. de 18/9/91, BMJ, 409-664).

- “Para que se tenha por existente a oposição a que se refere o art.º 437.º do CPP, é necessário que os mesmos dispositivos sejam interpretados e aplicados diversamente a factuais idênticas, sendo ainda de exigir que uma das decisões tenha estabelecido por forma expressa entendimento contrário ao fixado na outra” (ac. de 6/5/99, proc. n.º 191/99-3ª).

3. Vejamos, então, a hipótese vertente.

O recorrente labora, todavia, num manifesto equívoco.

Os acórdãos em confronto, na realidade, apreciaram a norma em apreço de modo convergente.

Em ambos, com efeito, se consigna, além do mais, que a mesma contém o dever legal ou jurídico de não acolher nenhum indivíduo que se encontre em situação de clandestinidade.

Não se vislumbra, pois, a propósito, qualquer divergência.

E não se divisa, de igual modo, que os mesmos arestos tenham atribuído sentidos diferentes aos art.ºs 34.º, n.º 1 e 35.º, n.º 1 do C. Penal.

O que o acórdão fundamento decidiu, nesse âmbito, é que existia, no caso, uma situação de *inexigibilidade*, entendendo, do mesmo passo, que “o dever legal de os pais prestarem auxílio, educação, assistência e de darem habitação aos filhos menores é de valor muito superior ao que os impede de acolher indocumentados”.

No acórdão recorrido, por seu turno, decidiu-se que não havia, na hipótese, tal situação de *inexigibilidade*, entendendo-se, por outro lado, que o valor do primeiro *dever* era “inferior” ao do segundo.

Trata-se, assim, de discrepâncias que nada têm a ver com a interpretação dos referidos comandos.

As causas de exclusão em questão, efectivamente, foram dilucidadas em termos consonantes.

E a circunstância de se haver divergido quanto à verificação – ou não – de uma situação de *inexigibilidade* e quanto à hierarquização dos deveres em presença não pode deixar de ter-se como irrelevante.

A oposição relevante só existiria, conforme se sublinhou, se os acórdãos em foco tivessem outorgado sentidos diferentes à mesma disposição legal.

4. Deve, pelo exposto, na conferência a que se refere o art.º 423.º do C. P. Penal, ser rejeitado o recurso em análise.

Nesta instância, o Ministério Público mantém a posição assumida na resposta.

Foram apostos vistos pelos juízes-adjuntos.

2. Fundamentos

O recurso de fixação de jurisprudência é um dos recursos extraordinários previsto no art.º 419.º e seguintes do Código de Processo Penal (CPP).

Dispõe o art.º 419.º do CPP, na redacção dada pelo art.º 73.º da Lei n.º 9/1999 com a rectificação publicada no Boletim Oficial da RAEM de 24 de Janeiro de 2000, o seguinte:

“1. Quando, no domínio da mesma legislação, o Tribunal de Última Instância proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de direito, assentem em soluções opostas, o Ministério Público, o arguido, o assistente ou a parte civil podem recorrer, para uniformização de jurisprudência, do acórdão proferido em último lugar.

2. É também admissível recurso, nos termos do número anterior, quando o Tribunal de Segunda Instância proferir acórdão que esteja em oposição com outro do mesmo tribunal ou do Tribunal de Última Instância, e dele não for admissível recurso ordinário, salvo se a orientação perfilhada naquele acórdão estiver de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Tribunal de Última Instância.

3. Os acórdãos consideram-se proferidos no domínio da mesma legislação

quando, durante o intervalo da sua prolação, não tiver ocorrido modificação legislativa que interfira, directa ou indirectamente, na resolução da questão de direito controvertida.

4. Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior transitado em julgado.”

São os seguintes requisitos cumulativos de cujo preenchimento dependem a admissibilidade e prosseguimento do recurso:

1. Dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de direito, assentem em soluções opostas (art.º 419.º, n.º 1 do CPP);

2. No domínio da mesma legislação (art.º 419.º, n.ºs 1 e 3 do CPP);

3. O acórdão fundamento foi proferido antes do acórdão recorrido e transitou em julgado (art.º 419.º, n.ºs 1 e 4 do CPP);

4. Do acórdão recorrido não é admissível recurso ordinário (art.º 419.º, n.º 2 do CPP);

5. A orientação perfilhada no acórdão recorrido não está de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Tribunal de Última Instância (art.º 419.º, n.º 2 do CPP).

No presente recurso, o recorrente considera que há oposição entre o acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 25 de Março de 2004, transitado em 29 de Abril passado, e o acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça de 21 de Maio de 1997 que transitou em 5 de Junho do mesmo ano (fls. 11 dos presentes autos).

Está em causa a mesma norma constante do art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 2/90/M

que incrimina o acolhimento daquele que se encontre em situação de clandestinidade.

Não é admissível recurso ordinário em relação ao referido acórdão do Tribunal de Segunda Instância por força da al. f) do n.º 1 do art.º 390.º do CPP na redacção dada pelo art.º 73.º da Lei n.º 9/1999.

Quanto à questão de saber se um acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça pode constituir acórdão fundamento, no acórdão deste Tribunal de 17 de Janeiro de 2001 proferido no processo n.º 1/2001 decidiu no sentido positivo, posição essa que entendemos dever ser mantida.

Não existe jurisprudência anteriormente fixada do Tribunal de Última Instância sobre a matéria em questão.

Resta apreciar se existe mesmo oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento.

Só há oposição de acórdãos quando estes assentem em soluções opostas relativamente à mesma questão de direito.

A mesma questão de direito “deve considerar-se como verificado quando o núcleo da situação de facto, à luz da norma aplicável, seja idêntico. Com o esclarecimento de que os elementos de facto relevantes para a *ratio* da regra jurídica devem ser coincidentes num e noutro caso, pouco importando que sejam diferentes os elementos acessórios da relação.

Do que resulta que o conflito jurisprudencial se verifica quando os mesmos preceitos são interpretados e aplicados diversamente a factos idênticos.”¹

¹ Cfr. Fernando Amâncio Ferreira, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 4ª ed., Almedina, 2003, p. 271.

Em nome da igualdade dos cidadãos perante a lei, a situação idêntica deve ter o mesmo tratamento jurídico.

No acórdão fundamento, refere que a arguida foi absolvida da prática do crime de acolhimento previsto no art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 2/90/M, embora ficou provado que conseguiu trazer dois filhos menores da China Continental para Macau em data incerta de 1990, acolhendo-os em casa até Fevereiro de 1996.

O então Tribunal Superior de Justiça considerou que a arguida tinha o dever legal de recusar o acolhimento, alojamento ou instalação dos menores indocumentados, por um lado, e o dever legal de educar e manter os filhos, por outro, consubstanciando, assim, um conflito de deveres que não podem ser colocados a par, já que o dever de assistir um filho menor é de valor muito superior ao de não acolher um indocumentado. Entendeu, por isso, justificada a conduta da arguida, nesta situação concreta, nos termos do art.º 35.º, n.º 1 do Código Penal (CP).

No acórdão ora recorrido do Tribunal de Segunda Instância, foi confirmada a condenação do arguido, recorrente no presente recurso, pela prática do mesmo crime, por ter acolhido a sua filha menor em casa, trazida a Macau de barco e clandestinamente em 1994 pela sua mãe, co-arguida no processo, até a menor conseguir a autorização para fixar a residência em Macau em finais de 1999.

O Tribunal de Segunda Instância considera que em face da matéria de facto dada por assente pela primeira instância, não se pode dar por verificado o conflito de deveres como causa de exclusão de ilicitude prevista nos art.ºs 30.º, n.ºs 1 e 2, al.

c) e 35.º, n.º 1 do CP. Entende que no caso vertente, o valor do dever de cuidar da filha menor é inferior ao de não acolher nenhum indivíduo que se encontre em situação de clandestinidade. Para finalizar, conclui que nem sequer se esteja perante um autêntico conflito de deveres.

Embora em ambos os casos se relaciona com a apreciação da eventual existência de conflito de deveres como causa de exclusão de ilicitude nos termos do art.º 35.º, n.º 1 do CP, de modo a afastar a imputação da prática do crime de acolhimento previsto no art.º 8.º, n.º 1 da Lei n.º 2/90/M, as situações de facto não podem ser consideradas como idênticas, para efeito de averiguar a existência de oposição de acórdãos, pressuposto do recurso de fixação de jurisprudência.

De facto, sob a mesma espécie de situações do acolhimento de filho menor em estado de clandestinidade, há, na vida real, inúmeros quadros concretos em que aparece e realiza o tal acolhimento. Certamente, há numas situações conflito de deveres e noutras não. Não é concebível estabelecer a regra uniforme válida para todas e infinitas situações de acolhimento de menor clandestino no sentido de resolver de vez a problemática da existência de conflito de deveres.

Em vez de entender que as decisões diferentes constantes dos acórdãos fundamento e recorrido são fruto de divergência de entendimento jurídico, elas resultam mais de avaliação de matérias de facto provadas diferentes.

Nota-se que não é por acaso que no acórdão fundamento se refere: “A conduta da ré, e nesta situação concreta, estaria pois, justificada de acordo com o n.º 1 do art.º 35.º do Código Penal.”, ao passo que do acórdão recorrido consta que, no caso vertente, o valor do dever de cuidar da filha menor é inferior ao de não acolher

nenhum indivíduo que se encontre em situação de clandestinidade.

Das situações de facto concretas diferentes resulta enquadramento jurídico diferente. Assim, não há oposição de decisões nos dois acórdãos em apreciação, para efeito de interpor recurso de fixação de jurisprudência.

Nos termos do art.º 423.º, n.º 1 do CPP, na redacção dada pelo art.º 73.º da Lei n.º 9/1999, o presente recurso deve ser rejeitado pela não oposição de julgados.

3. Decisão

Face ao exposto, acordam em rejeitar o recurso.

Custas pelo recorrente com a taxa de justiça fixada em 4 UC (duas mil patacas).

Aos 21 de Julho de 2004.

Juízes : Chu Kin (Relator)

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Sam Hou Fai