Processo n.º 84/2017. Recurso extraordinário para fixação de jurisprudência em processo penal.

Recorrente: A.

Recorrido: Ministério Público.

Assunto: Furto. Roubo. Tentativa. Subtracção. Consumação. Domínio de facto. Estabilidade relativa.

Data do Acórdão: 25 de Abril de 2018.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Song Man Lei, Sam Hou Fai, Lai Kin Hong e Choi Mou Pan.

Sumário:

I – Nos crime de furto e de roubo a subtracção traduz-se na conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor, entrando no domínio do agente da infracção.

II – A subtracção só se efectiva quando o domínio do agente da infracção sobre a coisa se torna relativamente estável, aquela que ultrapassa os riscos imediatos de reacção da vítima, das autoridades ou de terceiro que auxilia a vítima.

O Relator

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

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

I - Relatório.

A, interpõe **recurso extraordinário para fixação de jurisprudência** do Acórdão de 28 de Setembro de 2017, no Processo n.º 821/2017, do **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), no qual foi arguido, com fundamento em o mesmo se encontrar **em oposição** com o Acórdão do **Tribunal de Última Instância** (TUI), de 1 de Novembro de 2016, no Processo n.º 76/2016.

Por Acórdão de 24 de Janeiro de 2018, este Tribunal de Última Instância reconheceu a existência da referida oposição e determinou o prosseguimento do recurso, configurando a oposição da seguinte maneira:

Existe oposição entre os acórdãos de 28 de Setembro de 2017, no Processo n.º 821/2017, do TSI e o de 1 de Novembro de 2016, do TUI, no Processo n.º 76/2016, sobre a questão de saber quando se consuma o crime de furto ou de roubo, entendendo o primeiro que o agente atingiu o resultado do domínio de facto sobre a coisa móvel alheia logo na altura em que subtraiu e se apropriou da coisa móvel alheia, bem como abandonou o local

em causa, pondo-se em fuga e conseqüentemente, o ofendido perdeu o direito de controlo e de domínio sobre o seu bem; enquanto o segundo acórdão considerou que a subtracção no crime de furto ou roubo traduz-se na conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor, entrando no domínio do agente da infracção, sendo que a subtracção no crime de furto ou roubo só se consuma quando o domínio do agente da infracção sobre a coisa se torna relativamente estável, definindo-se esta estabilidade como aquela que ultrapassa os riscos imediatos de reacção da vítima, das autoridades ou de terceiro que auxilia a vítima.

O arguido terminou as suas conclusões na alegação, da seguinte forma:

Deve-se fixar a jurisprudência no sentido da seguinte solução adoptada pelo acórdão fundamento do TUI, no Processo n.º 76/2016:

Nos crimes de furto e de roubo, a subtracção traduz-se na conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor, entrando no domínio do agente da infracção. A subtracção só é efectiva quando o domínio do agente da infracção sobre a coisa se torna relativamente estável, na medida em que ultrapassa os riscos imediatos de reacção da vítima, das autoridades ou de terceiro que auxilia a vítima.

E convolar a condenação do recorrente pela prática, na forma consumada, de 1 crime de furto qualificado, p. p. pelo art.º 198.º, n.º 1, al. a) do CPM, para 1 crime de furto tentado, p. p. pelo art.º 198.º, n.º 1, al. a) conjugado com o art.º 21.º do CPM, e determinar

novamente a medida da pena.

O Ministério Público concluiu da seguinte maneira a sua alegação:

Deve a jurisprudência no acórdão fundamento do TUI, no Processo de Recurso n.º 76/2016, servir de sentido da uniformização de jurisprudência, incluindo designadamente:

“1. Nos crimes de furto e de roubo, a subtracção traduz-se na conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor, entrando no domínio do agente da infracção.

2. A subtracção só se efectiva quando o domínio do agente da infracção sobre a coisa se torna relativamente estável, na medida em que ultrapassa os riscos imediatos de reacção da vítima, das autoridades ou de terceiro que auxilia a vítima.”

Nos termos do art.º 427.º do CPPM, deve-se passar a condenar o recorrente A pela prática, na forma tentada, de 1 “crime de furto qualificado”, p. p. pelo art.º 198.º, n.º 1, al. a) do CPM, e ao abrigo dos dispostos nos artigos 22.º e 67.º do CPM, pede-se para determinar novamente a medida da pena dentro da moldura penal de 1 mês a 3 anos e 4 meses.

II – Os factos

O acórdão recorrido deu como provados os seguintes factos:

- Em 10 de Janeiro de 2017, por volta das 02h20, o ofendido B e seu amigo C passavam pela entrada de Center, sito em Macau, na Rua do Porto. Na altura, o ofendido segurava com a axila esquerda uma mala de mão da cor preta (de marca: Bottega Veneta, com o preço aproximado de onze mil dólares de Hong Kong (HKD11.000,00)).

- Antes disso, o Arguido A tinha perdido muito dinheiro no casino e viu que o ofendido e seu amigo C se encontravam em estado de embriaguez, conseqüentemente, por ganância, o Arguido, aproveitando a desatenção do ofendido, subtraiu por trás do mesmo a mala de mão que era segurada pela axila esquerda deste último, bem como fugiu em direcção à Alameda Dr. Carlos d'Assumpção.

- O ofendido e C foram logo perseguir o Arguido e gritaram em voz alta. Os agentes da Polícia Judiciária que passavam pelo local em causa, presenciaram a aludida situação e, em consequência, participaram também na perseguição do Arguido. No decurso, o Arguido abandonou a mala de mão em apreço na beira do caminho próxima ao poste de iluminação n.º 171A09 situado na zona de estacionamento de motociclos e continuou a fugir. Enfim, o Arguido foi interceptado pelos agentes da PJ.

- No interior da mala de mão em apreço encontravam-se um telemóvel de cor dourada (de marca: Samsung, de modelo: S6, com o preço aproximado de cinco mil patacas (MOP5.000,00)), bem como quarenta e três mil e setecentos dólares de Hong Kong

(HKD43.700,00) e cento e cinco mil wons (KRW105.000,00) em numerário.

- Visando à obtenção do benefício ilegítimo, o Arguido agiu, de forma livre, voluntária e consciente, ao praticar a subtracção do bem de valor elevado do ofendido, com o intuito de se apropriar do aludido bem.

- O Arguido sabia perfeitamente que a sua conduta era proibida e punida por lei.

- Mais se provaram os seguintes factos:

- Conforme o Certificado de registo criminal, o Arguido não tem antecedentes criminais.

- Declarou o Arguido que era desempregado, estava a preparar a iniciação de actividade, tinha um filho a seu cargo e tinha como habilitações académicas o 1º ano do ensino secundário complementar.

- Factos não provados:

- Não foram provados os restantes factos relevantes da acusação que não se conformam com os factos provados acima expostos, nomeadamente:

- Não se provou: O Arguido subtraiu, súbita e forçosamente, por trás do ofendido, o bem do último.

- Não se provou: O Arguido subtraiu, violenta e forçosamente, o bem de valor elevado do ofendido.

III – O Direito

1. Oposição sobre a mesma questão de direito

Não se suscitam dúvidas sobre a existência de oposição sobre a mesma questão de direito entre os dois acórdãos, sendo esta a oposição *fundamental*, ou seja, a questão de direito sobre a qual incide a divergência foi determinante para as decisões dos casos concretos.

2. Crime consumado e tentativa

Este TUI tem jurisprudência uniforme sobre a questão em apreço, sempre no mesmo sentido, nos acórdãos de 22 de Maio de 2013, no Processo n.º 24/2013, de 30 de Setembro de 2014, no Processo n.º 67/2014, de 20 de Maio de 2015, no Processo n.º 18/2015, de 1 de Novembro de 2016, no Processo n.º 76/2016 e de 11 de Outubro de 2017, no Processo n.º 49/2017.

No primeiro destes acórdãos, dissemos o seguinte:

<Entre o mero pensamento criminoso, em que o agente decide cometer um crime e a prática efectiva do crime doloso, pode suceder um caminho mais ou menos longo, o chamado *iter criminis*.

A seguir à *resolução criminosa*, pode seguir-se a preparação do crime, aquilo que a

lei designa por *actos preparatórios* da prática do crime; e, por fim, a sua plena realização, o *crime consumado*.

Por vezes, o *iter criminis* não fica completo com a consumação do crime. Praticam-se actos de execução de um crime que o agente quer dolosamente cometer, mas a acção fica inacabada. É a *tentativa*.

As normas incriminadoras, por regra, prevêm a aplicação de uma pena ao crime consumado.

A decisão de cometer um crime nunca é punida.

Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário (artigo 20.º do Código Penal).

A tentativa, em regra, só é punível se ao respectivo crime consumado corresponder pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos (artigo 22.º, n.º 1, do Código Penal).

A tentativa no furto é sempre punível, independentemente da pena aplicável ao crime consumado (artigo 197.º, n.º 2, do Código Penal), não estando, assim, submetida à falada regra do artigo 22.º, n.º 1, do Código Penal.

A tentativa, quando punível, é-o por referência à pena aplicável ao crime consumado,

consistindo a pena da tentativa na pena concernente à atenuação especial do crime consumado (artigos 22.º, n.º 2 e 67.º do Código Penal).

A lei define a tentativa como a prática de actos de execução de um crime que o agente decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se (artigo 21.º, n.º 1, do Código Penal).

Como explica JORGE FIGUEIREDO DIAS¹, esta definição objectiva da tentativa “tem carácter *formal*: *quais* as acções que executam um crime é coisa que depende, em último termo, da conformação do tipo de ilícito”.

3. Crime de furto consumado e tentativa

Dá-se a consumação do crime quando se preenchem todos os elementos constitutivos do tipo criminal.

Normalmente, não é difícil saber-se quando é que um crime se consuma.

Não obstante, há casos em que não é fácil concluir quando é que o crime está realizado. Um desses casos é, precisamente, o do crime de *furto*, “que há longo tempo tem dividido a doutrina e a jurisprudência”².

¹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina do Crime*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, 2012, p. 685.

² JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal ...*, p. 414, nota (28).

Sendo o *roubo* um furto qualificado pela violência contra uma pessoa, pela ameaça com perigo para a vida ou a integridade física da mesma ou pondo-a na impossibilidade de resistir (artigo 204.º do Código Penal), suscitam-se quanto a este crime os mesmos problemas que se colocam quanto ao momento da consumação do crime de furto.

O crime de furto consiste na subtracção de coisa móvel alheia, com ilegítima intenção de apropriação desta para o agente ou para terceira pessoa (artigo 197.º, n.º 1, do Código Penal).

Destes três elementos fundamentais (subtracção, ilegítima intenção de apropriação e coisa móvel alheia), interessa-nos a descrição da conduta objectiva, a subtracção.

Refere J. FARIA COSTA³ que subtracção “traduz-se em uma conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor. Implica, por consequência, a eliminação do domínio de facto que outrem detinha sobre a coisa”. E que a coisa entre no domínio do agente da infracção.

A doutrina italiana identificou quatro momentos possíveis para consumação do furto.

- Uma teoria, a *contrectatio*, defendia que a subtracção ocorria logo que o agente tocava na coisa;

³ J. FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo II, 1999, anotação ao artigo 203.º, p. 43.

- Uma outra, a *amotio*, defendia que a subtracção acontecia quando o agente removia a coisa do lugar em que ela se encontrava;

- A *ablatio*, exigia que o agente transferisse a coisa para fora do domínio do anterior detentor;

- Para outra teoria, só haveria subtracção quando a coisa fosse conservada em lugar seguro (*illatio*).

As duas primeiras teorias não têm, actualmente, seguidores.

Na doutrina, EDUARDO CORREIA⁴, a propósito do requisito da actualidade da agressão, que condiciona a legítima defesa, que só é possível enquanto não se consumou o tipo legal de crime, problematiza as situações em que antes do início da actividade executiva do crime, por exemplo, actos preparatórios, se pode falar já em actualidade e aquelas outras em que se defende que a actualidade da agressão permanece depois de o delito se haver consumado, como os actos posteriores à apreensão da coisa no crime de furto, por exemplo, quando se dá a fuga do ladrão. Defendia o Professor de Coimbra que, nem neste caso, a teoria da actualidade da agressão, como requisito da legítima defesa, é posta em causa já que o furto só de deveria considerar consumado quando entra pacificamente na esfera da disponibilidade do ladrão. E acrescentava: “Enquanto a coisa

⁴ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, reimpressão, 1986, II Volume, p. 42 a 44, e nota 1.

não está na mão do ladrão em pleno sossego não parece dizer-se que haja consumação. Depois disso, porém, se o ladrão tem v.g. a coisa em sua casa ou se o dono a vê com ela na mão, não pode, por via da legítima defesa, - outra coisa será porventura por via da autodefesa ou do exercício do direito de seqüela que a lei reconheça – recuperá-la”.

Num primeiro momento, a jurisprudência seguiu esta teoria, que tem contra si o facto de que “admitindo-se que a subtracção se consumava apenas quando a coisa objecto da acção estivesse conservada pelo agente em lugar seguro, teríamos que todos os furtos que hoje conhecemos seriam tecnicamente tentativas de furto. Aqui a punição de um furto consumado seria algo de raríssimo, posto que, as mais das vezes, a conservação em lugar seguro vai acompanhada da impossibilidade de descoberta da coisa, senão mesmo de detecção da conduta do agente. Reduzir-se-ia intoleravelmente o âmbito da punição, de um ponto de vista criminológico e de política criminal, além de que se remeteria para o campo da tentativa uma série de comportamentos que largamente excedem aquilo que o espírito legislativo fez consagrar como actos preparatórios”⁵.

Posteriormente, a jurisprudência inclinou-se para a tese de que haveria subtracção logo que o agente apreende a coisa furtada, mesmo que nunca a tenha em lugar seguro. Foi esta tese que vingou no Acórdão recorrido.

⁵ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *Subtracção de Coisa Móvel Alheia, Os Efeitos do Admirável Mundo Novo num Crime Clássico*, em *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1024 e na obra colectiva de que também é autor juntamente com Teresa Quintela de Brito, J. Curado Neves e Helena Morão, *Direito Penal, Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, 2007, p. 652.

Actualmente vai vingando a teoria que defende que o furto se consuma quando a coisa entra, de uma maneira minimamente estável, no domínio de facto do agente da infracção. Não se exige, assim, que a coisa fique em pleno sossego. Mas também não se basta com a mera posse por parte do agente, ainda disputando a mesma com alguém que o persegue. É o entendimento perfilhado por J. FARIA COSTA⁶ e PAULO SARAGOÇA DA MATTA⁷. O primeiro argumenta com as consequências desastrosas para a desistência da tentativa e arrependimento activo da teoria precedente, que aceita como subtracção o instantâneo domínio de facto, dizendo ainda que ninguém aceitaria que alguém ao ver o ladrão sair de sua casa com as coisas furtadas não pudesse exercer o direito de legítima defesa, na medida em que o furto já estaria consumado.

O argumento da necessidade de se aceitar a legítima defesa da vítima perante um ladrão em fuga com a coisa furtada é poderoso. Mas nem todos entendem que esta possibilidade tenha, forçosamente, implicações quanto ao momento da consumação do furto. Já o vimos, quando referimos a tese de EDUARDO CORREIA. Também o defende JORGE FIGUEIREDO DIAS⁸, quando, a propósito da actualidade da agressão na legítima defesa, diz:

“A defesa pode ter lugar até ao último momento em que a agressão **ainda persiste**. Também aqui nem sempre pode fazer-se coincidir esse momento com o da *consumação*,

⁶ J. FARIA COSTA, *Comentário...*, Tomo II, anotação ao artigo 203.º, p. 49 e segs. e anotação em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134.º, p. 253 a 256.

⁷ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *Subtracção...*, p. 1025 e segs.

⁸ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal ...*, p. 413 e 414.

uma vez que são numerosos os crimes em que a agressão e o estado de antijuridicidade perduram para além da consumação típica ou formal.... Também p. ex. o crime de sequestro ... se consuma logo que *E* encerra *F* num certo local contra a sua vontade, mas este pode reagir em legítima defesa contra a privação da sua liberdade enquanto durar o cativeiro. Relevante para este efeito é **o momento até ao qual a defesa é susceptível de pôr fim à agressão**, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir aquela. Até esse último momento a agressão deve ser considerada como actual. É à luz deste critério que devem ser resolvidos os casos que mais dúvidas levantam neste ponto, os dos crimes contra a propriedade, nomeadamente o crime de furto. Ex. *G* dispara e fere gravemente *H*, para evitar que este fuja com as coisas que acabou de subtrair. Poder-se-á considerar a agressão de *H* como ainda actual? A solução não deve ser prejudicada pela discussão e posição que se tome acerca do momento da consumação no crime de furto. O entendimento mais razoável é o de que está coberta por legítima defesa a resposta necessária para recuperar a coisa subtraída se a reacção tiver lugar logo após o momento da subtracção, enquanto o ladrão não tiver logrado a posse pacífica da coisa. Os factos praticados depois desse momento já não estarão cobertos pela legítima defesa, uma vez que a agressão deixou de ser actual, mas poderão estar justificados por acção directa ... se estiverem preenchidos todos os requisitos desta causa de justificação”.

No mesmo sentido, defende TAIPA DE CARVALHO⁹ que, relativamente ao termo da

⁹ TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra Editora, 1995, p. 300 a 306.

actualidade da agressão na legítima defesa, nos crimes contra a propriedade, se deve considerar irrelevante a consumação típico-formal da infracção penal, perdurando a actualidade da agressão “até que o bem jurídico susceptível de legítima defesa seja efectivamente lesado ou até que o agressor desista da concreta agressão-lesão”. Considera, ainda que “até ao momento em que o ladrão consiga o domínio pacífico (fáctico) do objecto furtado é possível a legítima defesa do agredido (do roubado) e a desistência relevante do agressor (agente), desde que, claro, se verifiquem os respectivos pressupostos desta figura jurídico-penal”.

Seja como for, afigura-se mais conforme com a noção de subtracção um entendimento que exija alguma estabilidade no domínio de facto da coisa pelo agente da infracção. Por exemplo, que o agente iluda a perseguição da vítima ou terceiro, que fique a salvo, ainda que por breves instantes.

Para o efeito, alguma doutrina e jurisprudência têm propendido a que a subtracção só se efectiva quando o domínio do agente sobre a coisa se torna relativamente estável, aquela que ultrapassa os riscos imediatos de reacção da vítima, das autoridades ou de terceiro que auxilia a vítima>.

Esta jurisprudência é de manter, por se afigurar mais conforme com as normas legais e os princípios jurídicos concernentes.

3. A decisão do caso concreto

No caso dos autos, não se verificou a estabilidade mínima no domínio de facto do arguido, que se pôs em fuga por algumas dezenas de metros, logo após a apreensão da coisa, sempre seguido pela vítima e por agentes da Polícia Judiciária que passavam pelo local em causa, após o que o arguido dos autos largou a mala com o dinheiro, por não poder conservar a posse da mesma. Não se consumou, assim, a subtracção.

Procede, portanto, o recurso, na medida em que houve tentativa de furto e não crime consumado.

Resta fixar a pena ao crime de furto.

O arguido foi condenado em 1.^a Instância como autor material, na forma consumada, de um crime de furto qualificado, previsto e punível pela alínea a) do n.º 1 do artigo 198.º do Código Penal, na pena de dois anos de prisão, condenação mantida pelo acórdão recorrido.

Atento o valor dos bens, e as circunstâncias do caso, em que o arguido agiu sozinho, conhecendo o estado de embriaguez da vítima e seu acompanhante, afigura-se ajustada uma pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de prisão pela tentativa de furto qualificado, nos termos dos artigos 22.º, n.º 3, 67.º, n.º 1, alíneas a) e b) e 198.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal.

IV – Decisão

Face ao expendido:

A) Concedem provimento ao recurso, revogam o acórdão recorrido e condenam o arguido pela prática em autoria, de tentativa de um furto qualificado, nos termos dos artigos 22.º, n.º 3, 67.º, n.º 1, alíneas a) e b) e 198.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal, na pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de prisão;

B) Nos termos do artigo 427.º do Código de Processo Penal, fixam a seguinte jurisprudência, obrigatória para os tribunais:

I – Nos crimes de furto e de roubo a subtracção traduz-se na conduta que faz com que a coisa saia do domínio de facto do precedente detentor ou possuidor, entrando no domínio do agente da infracção.

II – A subtracção só se efectiva quando o domínio do agente da infracção sobre a coisa se torna relativamente estável, aquela que ultrapassa os riscos imediatos de reacção da vítima, das autoridades ou de terceiro que auxilia a vítima.

C) Ordenam o cumprimento do disposto no artigo 426.º do Código de Processo Penal.

Sem custas neste Tribunal e no Tribunal de Segunda Instância.

Fixam ao ilustre Defensor Oficioso a quantia de MOP\$3000,00, de honorários.

Macau, 25 de Abril de 2018.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Song Man Lei – Sam Hou Fai – Lai Kin
Hong (Vencidos nos termos dos Acórdãos recorridos) – Choi Mou Pan (com declaração de
voto)

Declaração de voto

Vencido, com o devido respeito e salvo melhor opinião da maioria do presente tribunal colectivo ampliada, nos termos dos fundamentos adoptados no acórdão recorrido e utilizados para formular a presente declaração.

Para os seguidores da teoria de *ablatio*, o requisito da “estabilidade mínima no domínio de facto” que foi acrescentado pela opinião da maioria, requisito este não só conduzirá, por depender da interpretação do respectivo conceito indeterminado e da qualificação ou enquadramento dos factos, numa situação instável imprevisível na determinação do momento da consumação do crime, mas também se tornará mais instável o conceito indeterminado da “estabilidade mínima no domínio de facto” pelo facto de conferir aos julgadores a interpretarem um “requisito” que contém uma margem tão ampla para uma coisa que nos parece simples.

Na realidade, a estabilidade mínima no domínio de facto exigida pela opinião da maioria é relevante para a legítima defesa no domínio do direito substantivo e para o flagrante delito no domínio do direito processual, só que estas situações não fundamentarem, positiva e suficientemente, a teoria de *ablatio* propriamente dita. Porquanto, é suficiente de julgar consumado o crime apenas com a consumação formal (a consumação propriamente dito) e não exige o exaurimento do crime, isto é, a plena e completa realização da finalidade prosseguida.¹⁰

R.A.E.M., 25 de Abril de 2018

Choi Mou Pan

¹⁰ Cfr. Manuel Leal-Henriques, Anotação e Comentário Ao Código Penal de Macau, CFJJ, 2016, Vol. IV, páginas 19-20.