

Processo n.º 72/2005

Data do acórdão: 2005-05-19

Assuntos:

- concurso de conhecimento superveniente
- art.º 72.º, n.º 2, do Código Penal de Macau
- audiência destinada à operação de cúmulo jurídico
- presença obrigatória do Ministério Público e do defensor do arguido
- art.º 454.º, n.º 1, do Código de Processo Penal de Macau
- nulidades insanáveis
- art.º 106.º, alíneas b) e c) do Código de Processo Penal de Macau
- art.º 109.º, n.º 1, do Código de Processo Penal de Macau

S U M Á R I O

Para poder operar legalmente o cúmulo jurídico por conhecimento superveniente do concurso a que alude o n.º 2 do art.º 72.º do Código Penal de Macau, há que cumprir primeiro o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 454.º do Código de Processo Penal de Macau, nomeadamente com designação e realização de uma audiência para este efeito, com presença obrigatória do Ministério Público e pelo menos do defensor do arguido, sob pena das nulidades insanáveis previstas nas alíneas b) e c) do art.º

106.º do Código processual, com efeitos cominados mormente no n.º 1 do art.º 109.º do mesmo diploma.

O relator,
Chan Kuong Seng

Processo n.º 72/2005

(Recurso penal)

Arguido recorrente: (A)

Arguido não recorrente: (B)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

(A), arguido nomeadamente com os sinais dos autos de processo comum colectivo então registados com o n.º PCC-083-02-5 do Tribunal Judicial de Base, veio recorrer ordinariamente para este Tribunal de Segunda Instância, do acórdão aí proferido em 6 de Maio de 2004, por força do qual foram impostas contra ele a pena única de 24 anos de prisão e contra um outro arguido de nome (B) a pena única de 16 anos de prisão, como resultado do cúmulo jurídico, operado supervenientemente, das diversas penas parcelares anteriormente aplicadas aos mesmos por decisão condenatória proferida em primeira instância em 2 de Maio de 2003 nos

mesmos autos e já transitada em julgado em 19 de Março de 2004 (por factos ocorridos no período compreendido entre Março de 2001 e Janeiro de 2002), e por uma outra decisão condenatória emitida em primeira instância em 24 de Janeiro de 2003 e já transitada em julgado em 27 de Novembro de 2003 no âmbito do processo comum colectivo então autuado com o n.º PCC-053-02-6 (devido a factos ocorridos em Abril de 2002) (cfr. *maxime* o teor do acórdão de cúmulo jurídico ora em questão, emitido a fls. 1880 a 1881 dos presentes autos correspondentes, por um lado, e, por outro, o teor daquelas duas condenações anteriores, a que aludem as fls. 1491 e seguintes e 1815 e seguintes dos presentes autos, respectivamente), pedindo que se lhe passasse a aplicar uma pena única não superior a 19 anos de prisão, por razões expostas na sua motivação de recurso (apresentada a fls. 1903 a 1908), e assim sumariadas:

<<1.^a A decisão recorrida mostra-se ferida de erro de direito resultante da violação das regras da determinação da pena concreta no momento de proceder ao cúmulo jurídico das penas aplicadas nos dois processos.

2.^a No processo comum colectivo n.º 052-02-6, foi condenado, por diversos crimes, nas penas de, respectivamente, 6 anos de prisão, 6 anos e seis meses de prisão, 4 anos e seis meses de prisão e 3 anos e 9 meses de prisão, e aplicada a pena global, num espectro penal que se situava entre os 6 anos e os 20 anos e nove meses de prisão de 13 anos de prisão, situada sensivelmente no ponto intermédio do quadro dosimétrico aplicável.

3.^a No presente processo veio a ser condenado, por diversos crimes, nas penas

de 8 anos de prisão, 6 anos de prisão, 5 anos e 6 meses de prisão e 4 anos de prisão, e aplicada a pena global, num espectro penal que se situava entre os 8 anos e os 23 anos e seis meses de prisão de 16 anos de prisão, situada sensivelmente abaixo do ponto intermédio do quadro dosimétrico aplicável.

4.^a Havendo, agora, que operar o cúmulo jurídico das penas aplicadas nos dois processos, desfeitos os cúmulos jurídicos antes operados, era aplicável ao caso um espectro penal que oscilava entre os 8 anos de prisão e os 30 anos de prisão.

5.^a Ao proceder à reformulação do cúmulo jurídico, e para a fixação da pena única (dentro daquele espectro), o tribunal recorrido fez tábua rasa dos critérios antes ponderados em cada um dos acórdãos condenatórios para a fixação, ali, dos anteriores cúmulos jurídicos, aplicando uma pena – 24 anos de prisão – que não tomou em consideração a ponderação global das circunstâncias englobantes que haviam, antes, levado os dois colectivos a estabelecer cada um dos cúmulos jurídicos anteriores nas imediações dos pontos intermédios dos escalões concretamente aplicáveis, fazendo-o, agora, dois terços acima do novo ponto intermédio.

6.^a Tal estava-lhe interdito pois, nas operações para a nova dosimetria da pena, estava adstricto às ponderações antes feitas pelos respectivos colectivos e que levaram à fixação da pena (em cada um dos casos anteriores) nos respectivos pontos intermédios.

7.^a Ao proceder como procedeu, agora, na decisão objecto do presente recurso, o tribunal recorrido permitiu-se mais do que aquilo que lhe era pedido, agravando – ao menos implicitamente - de forma injusta e desproporcionada a ponderação das circunstâncias envolventes dos crimes, sendo certo que os critérios de ponderação

antes aplicados não permitiam uma pena única superior a 19 anos de prisão.

8.^a A decisão recorrida violou as disposições conjugadas dos **art.ºs 65.º, 72.º e 71.º do C. Penal**, as quais têm de interpretar-se no sentido de não ser permitido ao tribunal, ao refazer o cúmulo jurídico das penas aplicadas em vários processos, aplicar diferentes critérios de ponderação das circunstâncias envolventes dos crimes, agravando-as.>> (cfr. o teor de fls. 1906 a 1907 dos presentes autos, e *sic*).

Notificada, a Digna Procuradora-Adjunta junto do Tribunal recorrido respondeu ao recurso, pronunciando-se pelo improvimento do mesmo (cfr. o teor de fls. 1917 a 1923 dos presentes autos).

Subido o recurso, o Digno Procurador-Adjunto junto desta Segunda Instância, no seu parecer emitido em 20 de Abril de 2005 de modo a seguir transcrito, suscitou, em sede de vista, a questão prévia de o acórdão de cúmulo dever ser anulado (mas apenas na parte respeitante ao arguido (A) ora recorrente, já que o outro arguido em causa não recorreu do mesmo aresto) devido à verificação das nulidades insanáveis previstas nas alíneas b) e c) do art.º 106.º do Código de Processo Penal de Macau (CPP), por o cúmulo jurídico entretanto feito *in casu* nos termos do art.º 72.º, n.º 1, do Código Penal de Macau (CP) como uma clara operação de julgamento, não ter sido precedido da realização, para o efeito, de uma audiência de julgamento pelo Tribunal *a quo* com presença do arguido, do defensor e do Ministério Público, se bem que não tenha deixado de pugnar a final, e subsidiariamente, pela procedência do mérito do recurso do mesmo

arguido recorrente, através da aplicação de uma pena única não superior à peticionada por este:

<<[...]

A. Questão prévia.

Da conjugação dos artºs. 71º e 72º do C. Penal resulta que a efectivação do cúmulo jurídico constitui uma clara *operação de julgamento*.

O n.º 1 do segundo normativo – aplicável “in casu” – exige, expressamente, a aplicação das “regras do artigo anterior”.

E o citado artº 71º dispõe, além do mais, que “na determinação da pena (são) considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente” (n.º 1).

Os comandos em apreço correspondem, nesse âmbito, aos artºs. 77º e 78º do C. Penal português de 1995.

E é certo que na versão originária desse Diploma, de 1982, o respectivo dispositivo falava, a propósito, na prolação de “uma nova sentença” (n.º 1 do artº. 79º).

A supressão dessa locução, no entanto, não alterou os dados do problema.

Conforme foi esclarecido no seio da respectiva Comissão Revisora, não houve intenção de alterar o Código, nessa matéria, com tal supressão (cfr. Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, Acta n.º. 16, pg. 161).

É indispensável, portanto, para a efectivação do cúmulo e fixação da pena única, a realização de um novo julgamento.

E este pressupõe, naturalmente, a observância das respectivas formalidades e, designadamente, a presença do arguido, bem como do defensor e do Mº Pº.

Está-se, assim, perante as nulidades insanáveis previstas nas als. b) e c) do artº. 106º do C. P. Penal.

No sentido apontado tem decidido, da resto, a Jurisprudência portuguesa (cfr., entre outros, ac. da R. Porto, de 21-2-1990, CJ, XV, tomo 1, 264).

A decisão recorrida operou, também, o cúmulo jurídico respeitante ao arguido (B).

Este, todavia, não impugnou essa decisão, pelo que, em relação a ele, a mesma transitou em julgado.

E, como é sabido, as nulidades, qualquer que seja a sua natureza, ficam sanadas logo que se forme caso julgado, não podendo mais ser arguidas ou conhecidas oficiosamente.

Deve, conseqüentemente, ser anulada a decisão em causa, na parte relativa ao recorrente, bem como os actos dependentes da mesma, afectados por essa anulação (cfr. artº. 109º do mencionado C. P. Penal).

B. Quanto ao fundo.

Se assim não se entender, entretanto, o recurso deve ser julgado procedente.

A lei fornece ao tribunal, no caso vertente, para além dos critérios gerais da medida da pena previstos no artº. 65º, nº. 1, do C. Penal, um critério especial: consideração, em conjunto, “(d)os factos e (d)a personalidade do agente”.

Vejamos.

Os crimes integrantes do concurso foram praticados num período relativamente curto, de cerca de um ano.

A pena mais grave aplicada, por outro lado, quedou-se pelos 8 anos de prisão.

A **gravidade do ilícito global** perpetrado e a **avaliação da personalidade** – emergente dos factos em foco – apontam, a nosso ver, para uma pena única não superior à propugnada pelo recorrente (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime, pg. 291).

C. Conclusão.

Deve, pelo exposto, a não ser atendida a questão prévia, ser concedido provimento ao recurso.>> (cfr. o teor de fls. 2080 a 2084 dos presentes autos, e *sic*).

Notificado desse parecer na parte referente à questão prévia aí invocada, o arguido ora recorrente, em sede do art.º 407.º, n.º 2, do CPP, declarou em 9 de Maio de 2005, a fls. 2101 dos autos, manter nos seus precisos termos o recurso apresentado, oferecendo entretanto o merecimento dos autos e abstando-se de tomar posição quanto à dita questão prévia.

Corridos em seguida os vistos legais, cumpre agora decidir em conferência, visto que independentemente do demais e tal como já observou o relator no exame preliminar dos presentes autos recursórios, o

acórdão ora impugnado não constitui uma “decisão final” propriamente dita (ou seja, que tenha conhecido do mérito do processo penal então instaurado designadamente contra o arguido recorrente em causa) (cfr. o art.º 409.º, n.º 1, alínea c), do CPP).

E como arranque, há que conhecer primeiro da questão prévia levantada pelo Digno Procurador-Adjunto, mas com um reparo nosso, no sentido de que segundo os termos de análise postulados pelo Colectivo *a quo*, o cúmulo jurídico operado no acórdão ora posto em crise foi feito nos termos do n.º 2 do art.º 72.º do CP (e não, como parece ter apontado aquele mesmo Digno Magistrado, do n.º 1 deste preceito), precisamente por “todos os crimes” em causa “terem sido objecto separadamente de condenações transitadas em julgado”. Na verdade, trata-se de um conhecimento superveniente do concurso a que alude o referido n.º 2 do art.º 72.º do CP, posto que para além de estarem em questão dois acórdãos condenatórios separadamente já transitados em julgado, os factos ora tidos em consideração na condenação no processo n.º PCC-083-02-5 (subjacente aos presentes autos) foram praticados no período de Março de 2001 a Janeiro de 2002, e, portanto, em data anterior à da condenação em primeira instância (i.e., em 24 de Janeiro de 2003) no processo n.º PCC-053-02-6 (cfr. o acórdão condenatório de primeira instância dos presentes autos a fls. 1491 e seguintes, e o acórdão de primeira instância desse processo n.º PCC-053-02-6, cuja certidão consta de fls. 1815 e

seguintes dos presentes autos) – neste sentido e quanto ao pressuposto temporal do concurso de conhecimento superveniente, *apud* **JORGE DE FIGUEIREDO DIAS**, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas e Editorial Notícias, 1993, §425, pág. 293.

Aqui chegados, e examinado o processado imediatamente anterior (e também posterior) ao proferimento do acórdão ora recorrido (de acordo com o qual o Tribunal *a quo* só se limitou a reunir-se internamente para efeitos de operação do cúmulo jurídico – cfr. o processado a fls. 1877 a 1882 dos presentes autos), temos que reconhecer que foi preterida pelo Colectivo *a quo* a presença legalmente obrigatória do Ministério Público e pelo menos do defensor do arguido ora recorrente no acto que culminou na emissão do mesmo acórdão, ao arrepio do expressamente exigido no art.º 454.º, n.º 1, do CPP, que reza que:

<<1. Para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 72.º do Código Penal, o juiz designa dia para a realização da audiência ordenando, oficiosamente ou a requerimento, as diligências que se lhe afigurem necessárias para a decisão.

2. Nos casos previstos no número anterior é obrigatória a presença do defensor e do Ministério Público, a quem são concedidos 15 minutos para alegações finais.

3. O tribunal determina os casos em que o arguido deve estar presente.>>

Por isso, é de concluir pela existência das nulidades insanáveis, de conhecimento oficioso, referidas nas alíneas b) (por ausência do Ministério

Público) e c) (devido à ausência pelo menos do defensor do arguido ora recorrente) do art.º 106.º CPP, que tornam inválido, por força do art.º 109.º, n.º 1, do CPP, o processado onde se verificam (i.e., o acto de reunião interna de 6 de Maio de 2004 do Colectivo *a quo*) e os actos processuais subsequentes dependentes, incluindo todo o acórdão ora recorrido (ou seja, também em relação ao arguido não recorrente (B), por entendermos a este dever aproveitar o recurso ora interposto pelo recorrente (A) com fundamento em motivos alegados em tom algo abstractamente transpessoal na pág. 4 da respectiva minuta a fls. 1905 dos autos e mormente sumariados nas conclusões 6 e 8 da mesma peça, e portanto por nós tidos como não exclusivamente pessoais, atento o nexo de comparticipação criminosa entre os dois arguidos – cfr. o art.º 392.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do CPP).

É, pois, e independentemente de demais considerações por desnecessárias, de julgar procedente a questão prévia suscitada pelo Digno Procurador-Adjunto, não obstante com base em fundamentação algo diversa da por este sustentada.

E do assim concluído decorre a desnecessidade do conhecimento, por logicamente prejudicado, do mérito do presente recurso do arguido (A).

Dest'arte, e em conferência, **acordam em julgar procedente**, ainda que com fundamentação algo diversa, **a questão prévia suscitada pelo**

Ministério Público, invalidando consequentemente a reunião interna de 6 de Maio de 2004 do Colectivo *a quo* da qual saiu proferido, na mesma data, o acórdão recorrido e todos os actos subsequentes dependentes, com determinação da realização da audiência na Primeira Instância nos termos previstos e aplicáveis do art.º 454.º do Código de Processo Penal de Macau, com vista à operação de cúmulo jurídico, em sede do art.º 72.º, n.º 2, do Código Penal de Macau, das penas parcelares em questão e então já impostas aos arguidos (A) e (B), ficando por isso prejudicado o conhecimento do recurso ora interposto por aquele arguido.

Sem custas pelo presente processado recursório.

Notifique os dois arguidos por via do Estabelecimento Prisional de Macau (com comunicações aos respectivos Ilustres Defensores) e o Ministério Público.

Macau, 19 de Maio de 2005.

Chan Kuong Seng (relator)

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira

Lai Kin Hong