

Processo nº 166/2018

(Autos de recurso penal)

Data: 12.04.2018

Assuntos : Crime de “devassa da vida privada”.

Crime continuado.

Concurso real.

SUMÁRIO

- 1.** Com o crime de “devassa da vida privada” tutela-se a “privacidade/intimidade” das pessoas, ou seja, a liberdade que a cada pessoa assiste de decidir quem, e em que termos, pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva.

Pode comportar duas modalidades de execução: por “intromissão” ou “divulgação”.
- 2.** A realização plúrima do mesmo tipo de crime pode constituir: a)

um só crime, se ao longo de toda a realização tiver persistido o dolo ou resolução inicial; b) um só crime, na forma continuada, se toda a actuação não obedecer ao mesmo dolo, mas este estiver interligado por factores externos que arrastam o agente para a reiteração das condutas; c) um concurso de infracções, se não se verificar qualquer dos casos anteriores.

3. O pressuposto fundamental da continuação criminosa é a existência de uma relação que, de fora, e de maneira considerável, facilite a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito.
4. Tutelando a norma incriminatória um bem pessoal, afastada está a consideração de em questão poder estar uma “continuação criminosa” quando em causa está mais que 1 ofendido.
5. Resultando da factualidade provada que a conduta do agente implicava uma preparação e programação quanto ao “momento” e (forma da sua) “execução”, viável não se apresenta dar como

verificada a existência de uma “situação exterior” que tenha facilitado a sua repetição.

O relator,

Processo nº 166/2018

(Autos de recurso penal)

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

Relatório

1. A, arguido com os restantes sinais dos autos, respondeu no T.J.B. sob a acusação da prática em concurso real de 6 crimes de “devassa da vida privada”, p. e p. pelo art. 186º, n.º 1, al. b) do C.P.M., vindo, a final, a ser condenado como autor da prática de 2 destes crimes – de “devassa da vida privada” – (um deles, na forma continuada), nas penas parcelares

de 1 ano e 9 meses de prisão.

E, em cúmulo jurídico, foi condenado na pena única de 1 ano e 5 meses de prisão, suspensa na sua execução por 3 anos, na condição de, no prazo de 6 meses, pagar à ofendida B a quantia de MOP\$60.000,00 e à ofendida C a quantia de MOP\$20.000,00 e de se sujeitar ao regime de prova com acompanhamento; (cfr., fls. 123 a 127 que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Do assim decidido, recorreu o Ministério Público.

Motivou para concluir nos termos seguintes:

“1 - Neste caso, o arguido A foi acusado pela prática, em autoria material e na forma consumada, de seis crimes de devassa da vida privada, p. e p. pela al. b) do n.º 1 do artigo 186.º do Código Penal de Macau.

2 - Realizado o julgamento, a acusação foi julgada procedente.

3 - O Tribunal recorrido entende que, em relação à ofendida B, o arguido praticou, por forma continuada, apenas um crime de devassa da vida privada.

4 - O pressuposto fundamental da continuação criminosa é a existência de uma relação que, de fora, e de maneira considerável, facilite a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito.

5 - No caso dos autos não detectamos a diminuição sensível da culpa do arguido com fundamento em situação exterior, que é pressuposto da figura do crime continuado.

6 - Face aos elementos contantes do caso, não nos parece que haja crime continuado, entendemos que o arguido deve ser condenado pela prática de cinco crimes de devassa da vida privada p. e p. pela al. b) do n.º 1 do artigo 186.º, enquanto à ofendida é B, bem como condenado ainda pela prática de um crime de devassa da vida privada p. e p. pela al. b) do n.º 1 do artigo 186.º, enquanto à ofendida é C.

7 - Ao proferirem o acórdão recorrido, os Mmos Juízes violaram, por errada interpretação, o disposto nos artigos 186.º, n.º 1, al. b) e

artigo 29.º, n.º 2, ambos do Código Penal de Macau, bem como o disposto no n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal de Macau.

Termos em que deve ser concedido provimento ao recurso e, em consequência, revogar-se o acórdão recorrido na parte enquanto objecto do presente recurso, condenando-se, finalmente, o arguido A pela prática, em autoria material e na forma consumada, de cinco crimes de devassa da vida privada (enquanto a ofendida é B), p. e p. pela al. b) do n.º 1 do artigo 186.º do Código Penal de Macau”; (cfr., fls. 135 a 137).

*

Respondendo pugna o arguido no sentido da improcedência do recurso; (cfr., fls. 139 a 141).

*

Neste T.S.I., e em sede de vista, juntou o Ilustre Procurador Adjunto o seguinte douto Parecer:

“Na Motivação de fls.135 a 137 dos autos, a magistrada do Ministério Público assacou ao douto Acórdão recorrido a ofensa das disposições na alí. b) do n.º1 do art.186º e no n.º2 do art.29º do CPM, bem como no n.º1 do art.400º do CPP, e pediu ainda a suspensão da pena a condenar.

Ressalvado elevado respeito pela opinião diferente, acompanhamos a tese defendida pela ilustre colega na sobredita Motivação.

*

Tomando como ponto de partida o preceito no n.º2 do art.29º do CPM, o Venerando TUI assevera reiteradamente que «O pressuposto fundamental da continuação criminosa é a existência de uma relação que, de fora, e de maneira considerável, facilite a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito.» (vide. Acórdãos nos Processos n.º78/2012, n.º57/2013 e n.º81/2014) E de outra banda, adverte que «O fundamento do crime continuado radica na considerável diminuição da culpa do agente, determinada por uma actuação no quadro de uma mesma solicitação exterior.» (vide. Acórdãos nos Processos n.º25/2013)

Alerta ainda, e bem, que «Os tribunais devem ser particularmente exigentes no preenchimento dos requisitos do crime continuado, em especial na diminuição considerável da culpa do agente, por força da solicitação de uma mesma situação exterior.» (vide. Acórdãos nos Processos n.º57/2013 e n.º81/2014)

De qualquer modo, importa ter sempre presente a doutíssima doutrina do saudoso Professor M. Maia Gonçalves que ensina (Código Penal Português – Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 9ª ed., 1996, p.269): Como se disse supra, ..., deve ser excluída a possibilidade de unificação sob a forma de crime continuado das condutas que violam bens jurídicos inerentes às pessoas, apesar de a consagração desta exclusão não figurar agora na lei. É uma emanção da natureza eminentemente pessoal dos bens violados, que se individualizam em cada uma das vítimas; resulta da própria natureza das coisas, indiscutível e formulada pela doutrina. Por isso a lei considerou dispensável fazer a afirmação expressa de que a continuação se não verifica quando são violados bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo tratando-se d mesma vítima, apesar de algumas legislações estrangeiras o fazerem.

Bem, apontou a ilustre colega: «In casu, é de notar que o arguido

filmou as circunstâncias de tomada de banho da ofendida B nos dias 16, 17, 18 e 20 de Outubro de 2016. No entanto, no dia 21 de Outubro de 2016, passou na cabeça do arguido a ideia de filmar a circunstância de tomada de banho da outra ofendida C. E no dia 23 d Outubro de 2016 voltou o arguido a filmar a circunstância de tomada de banho da ofendida B.»

Sopesando os factos provados à luz das brilhantes jurisprudências e doutrinas supra aludidas, inclinamos a entender que apesar de ser mesma a ofendida das condutas ilícitas ocorridas nos dias 16, 17, 18, 20 e 23 de Outubro de 2016 e de existir a proximidade temporal destas condutas, não se verifica a situação exterior que tenha a virtualidade de diminuir sensivelmente a culpa do agente, por ele lesar bem jurídico pessoal.

Por todo o expendido acima, propendemos pela procedência do presente recurso”; (cfr., fls. 151 a 152).

*

Nada obstando, cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Estão “provados” os factos como tal elencados no Acórdão recorrido a fls. 123-v a 124, e que aqui se dão como integralmente reproduzidos, (não havendo factos por provar).

Do direito

3. Vem o Ministério Público recorrer do Acórdão prolatado pelo T.J.B., insurgindo-se contra a decisão de condenação do arguido como autor da prática de 2 crimes de “devassa da vida privada”, (um deles, na forma continuada), nas penas parcelares de 1 ano e 9 meses de prisão, e, em cúmulo jurídico, na pena única de 1 ano e 5 meses de prisão, suspensa na sua execução por 3 anos.

Em síntese, é de opinião que incorreu o Colectivo a quo em “erro na qualificação jurídica” da conduta do arguido quanto ao crime de “devassa da vida privada (na forma continuada)”, (em relação à ofendida B), afirmando que a sua conduta devia integrar a prática em concurso real

de “cinco destes crimes de devassa da vida privada”, (como acusado estava).

Não questionando o Exmo. Recorrente a “decisão da matéria de facto” que também não merece censura, sem demoras vejamos se o recurso merece provimento.

E, da reflexão que nos foi possível efectuar, cremos que o recurso procede.

Vejamos.

Nos termos do art. 186º do C.P.M.:

“1. Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada da pessoa, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual

- a) interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa ou comunicação telefónica,
- b) captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem da

pessoa ou de objectos ou espaços íntimos,

c) observar ou escutar às ocultas pessoa que se encontre em lugar privado, ou

d) divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

2. O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante”.

E tratando de (análogo) preceito, uniforme se apresenta o entendimento no sentido de considerar que o crime em questão tutela a “privacidade/intimidade” das pessoas, ou seja, a liberdade que a cada pessoa assiste de decidir quem, e em que termos, pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva; (cfr., v.g., M. Costa Andrade in “Comentário Conimbricense do C.P.”, Vol. I, pág. 725 e segs. e M. M. Garcia e J. M. Castela Rio in “C.P. Parte Geral e Especial”, pág. 788 e segs.).

No fundo, e em termos simples, é o direito que a qualquer um

assiste de não ser “incomodado”; (“Right to be let alone”).

Dito isto, e certo sendo também que o mesmo pode comportar duas modalidades de execução, por “intromissão” ou “divulgação”, continuemos.

Nos termos do art. 29º do C.P.M.:

“1. O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2. Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

E como já tivemos oportunidade de consignar:

“A realização plúrima do mesmo tipo de crime pode constituir: a) um só crime, se ao longo de toda a realização tiver persistido o dolo ou resolução inicial; b) um só crime, na forma continuada, se toda a actuação não obedecer ao mesmo dolo, mas este estiver interligado por factores externos que arrastam o agente para a reiteração das condutas; c) um concurso de infracções, se não se verificar qualquer dos casos anteriores”; (cfr. v.g., o Ac. da Rel. de Porto de 25.07.1986, in B.M.J. 358°-267, aqui citado como mera referência, e o Acórdão do ora relator de 16.03.2017, Proc. n.º 867/2016, de 28.09.2017, Proc. n.º 638/2017 e de 23.11.2017, Proc. n.º 810/2017).

Do mesmo modo, Maia Gonçalves, (referindo-se a idêntico artigo do C.P. Português), considera que com o preceito em questão – o art. 30º – se perfilha *“o chamado critério teleológico para distinguir entre unidade e pluralidade de infracções, atendendo-se assim ao número de tipos legais de crime efectivamente preenchidos pela conduta do agente, ou ao número de vezes que essa conduta preencheu o mesmo tipo legal de crime. (...) É claro que embora o artigo o não diga expressamente, não se abstrai do juízo de censura (dolo ou negligência). Depois de apurada a possibilidade de subsunção da conduta a diversos preceitos*

incriminadores, ou diversas vezes ao mesmo preceito, tal juízo de censura dirá a última palavra sobre se, concretamente, se verificam um ou mais crimes, e se sob a forma dolosa ou culposa. Isto se deduz do uso do advérbio efectivamente e dos princípios basilares sobre a culpa”; (vd., “C.P.P. Anotado”, 8ª ed., pág. 268).

“Posto que para que uma conduta seja considerada delituosa se torna necessário que para além de antijurídica seja, igualmente, culposa, a culpa apresenta-se – assim – como elemento limite da unidade da infracção, pois que sendo vários os juízos de censura, outras tantas vezes o mesmo tipo legal de crime se torna aplicável, de onde se nos deprende uma pluralidade de infracções.

Assente, então, que sempre que se verifique uma pluralidade de resoluções criminosas, se verifica uma pluralidade de juízos de censura, a dificuldade residirá, apenas, em verificar se numa determinada situação concreta existe pluralidade de resoluções criminosas ou se o agente age no desenvolvimento de uma única e mesma motivação criminosa”.

Isto é, o critério teleológico (e não naturalístico) adoptado pelo legislador na distinção entre unidade e pluralidade de infracções,

pressupõe o juízo de censurabilidade, pelo que haverá tantas infracções quantas as vezes que a conduta que o preenche se tornar reprovável.

No mesmo sentido, e em relação ao Código de 1886 afirmava já E. Correia que:

“Se a actividade do agente preenche diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídicos e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infracções. Mas porque a acção, além de antijurídica, tem de ser culposa, pode acontecer que uma actividade subsumível a um mesmo tipo mereça vários juízos de censura. Tal sucederá no caso de à dita actividade corresponderem várias resoluções, no sentido de determinações de vontade, de realização do projecto criminoso”, e que “certas actividades que preenchem o mesmo tipo legal de crime e às quais presidiu pluralidade de resoluções devem ser aglutinadas numa só infracção, na medida em que revelam considerável diminuição da culpa. Tal sucederá, quando a repetição da actividade for facilitada, de modo considerável, por uma disposição exterior das coisas para o facto”; (cfr., “Direito Criminal”, Vol. 2, págs. 201, 202, 209 e 210, e ainda em “Unidade e Pluralidade de Infracções”,

pág. 338).

Por sua vez, e tratando mais especificamente da matéria do “crime continuado”, também já teve este T.S.I. oportunidade de afirmar que:

“O conceito de crime continuado é definido como a realização plúrima do mesmo tipo ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”, e que, a não verificação de um dos pressupostos da figura do crime continuado impõe o seu afastamento, fazendo reverter a figura da acumulação real ou material”; (cfr., v.g., os Acs. deste T.S.I. de 26.05.2016, Proc. n.º 1044/2015, de 19.01.2017, Proc. n.º 870/2016 e de 28.09.2017, Proc. n.º 638/2017).

Também por douto Acórdão de 24.09.2014, Proc. n.º 81/2014, (e com abundante doutrina sobre a questão), voltou o V^{do} T.U.I. a afirmar que:

“O pressuposto fundamental da continuação criminosa é a existência de uma relação que, de fora, e de maneira considerável, facilite a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito”, e que,

“Os tribunais devem ser particularmente exigentes no preenchimento dos requisitos do crime continuado, em especial na diminuição considerável da culpa do agente, por força da solicitação de uma mesma situação exterior”.

Dito isto, à vista está a resposta.

Com efeito, (e para além de em causa estar um “bem pessoal”, o que afasta a consideração de no sentido em questão poder estar uma “continuação criminosa” quando em causa está mais que 1 ofendido; cfr., v.g., o Ac. do T.S.J. de 03.11.1994, Vol. II, pág. 820), não se vislumbra da matéria de facto provada qualquer “situação exterior” que tenha facilitado a repetição da actividade criminosa pelo arguido desenvolvida.

Note-se pois que o arguido, (e agora, tão só, em relação à ofendida

B), captou, por 5 vezes, (e em datas distintas), imagens da mesma enquanto esta fazia uso da casa de banho, nomeadamente, para tomar banho, sendo de notar que tal conduta exigia, no mínimo, uma preparação e programação quanto ao “momento” e (forma da sua) “execução”, que implicava (alguns) cuidados (para não ser descoberto), visto que o arguido captava as imagens através de uma câmara de telemóvel instalada numa haste extensora, (“bastão de selfie”), que introduzia pela fresta da janela da casa de banho em que a ofendida se encontrava.

Ora, esta “espera” pelo momento e cuidado na execução não parece poder constituir a referida “situação exterior” que tenha facilitado a repetição da conduta.

Aqui chegados, e constatando-se que o arguido deve ser condenado como autor material da prática em concurso real de 6 crimes de “devassa da vida privada”, ou melhor, de 5 destes crimes contra a ofendida B, (e não 1 só crime continuado), vejamos agora da(s) pena(s) a aplicar.

Prescreve o art. 40º do C.P.M. que:

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

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

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

Em sede de determinação da pena, tem este T.S.I. entendido que *“Na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu art.º 65.º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites”*; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 16.11.2017, Proc. n.º 722/2017, de 07.12.2017, Proc. n.º 998/2017 e de 08.02.2018, Proc. n.º 30/2018).

In casu, ponderando na factualidade dada como provada e na moldura penal aplicável, (e inviável se nos apresentando uma pena de multa porque não verificados os pressupostos do art. 64º do C.P.M.),

afigura-se-nos adequada a pena parcelar de 9 meses de prisão.

Em cúmulo jurídico, e atento o critério do art. 71º do C.P.M., – tendo presente a moldura penal agora em questão de 9 a 54 meses, (4 anos e 6 meses) de prisão – mostra-se-nos justa e equilibrada a pena única de 2 anos e 6 meses de prisão, cuja suspensão da execução se mantém nos exactos termos decididos pelo T.J.B..

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam conceder provimento ao recurso, ficando o arguido condenado pela prática como autor material e em concurso real de 6 crimes de “devassa da vida privada”, na pena de 9 meses de prisão cada, e, na pena única de 2 anos e 6 meses de prisão, mantendo-se, no restante o decidido.

Pagará o arguido a taxa de justiça de 6 UCs.

Honorários ao Exmo. Defensor do arguido no montante de MOP\$1.500,00.

Registe e notifique.

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

Macau, aos 12 de Abril de 2018

José Maria Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa