

## **Recurso nº 379/2006 - II**

Data : 7 de Dezembro de 2006

- Assuntos:**
- Erro notório na apreciação da prova
  - Valoração da prova
  - A aplicação do artigo 116º do CPP

### **Sumário**

1. O erro notório na apreciação da prova é um “vício de julgamento de matéria de facto”, o que conduz um novo julgamento a proceder por outro colectivo composto pelos juizes que não tinham intervenção, e o vício de valoração indevida é um “vício do acto processual no julgamento de matéria de facto”, o que conduz a repetição do julgamento. Neste conformidade, ao fundamentar o seu recurso por mera valoração indevida da prova, não pode concluir pelo erro notório na apreciação da prova.
2. O nº 1 do artigo 116º do Código de Processo Penal prevê que “se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor ...” e quando

ambas estas referidas pessoas foram chamadas ao juízo para depor directamente perante o Tribunal, não é aplicável este artigo, podendo todos os depoimentos produzido servir como meio de prova.

**O Relator,**

Choi Mou Pan

## Recurso nº 379/2006 - II

**Recorrente: A**

**A**cordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

O arguido **A** respondeu nos autos do Processo Comum Colectivo nº CR3-06-0040-PCC perante o Tribunal Judicial de Base.

Realizada a audiência de julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu o Acórdão decidindo que:

- Condena o arguido **A** pela prática, na forma consumada de um crime de violação, p. p. pelos art.º 157.º, n.º 1, al. a), art.º 171.º n.º1, al. a) e n.º 4 e art.º 173.º do Código Penal, com circunstância agravante de ser descendente e a vítima for menor de 14 anos, na pena de 8 anos de prisão efectiva.
- Decreta ainda a inibição ao arguido de exercício do poder paternal da ofendida, por um período de 5 anos, que não conta para o prazo de proibição o tempo em que o arguido estiver privado da liberdade, nos termos do art.º 61.º, n.º 3 do Código Penal.

Inconformado com a decisão, recorreu o arguido A que motivou, em síntese, o seguinte:

1. O recorrente A foi condenado na pena de prisão efectiva de oito anos pela prática na forma consumada de um crime de violação previsto e punido pelos art.º 157.º, n.º 1, al. a), art.º 171.º, n.º 1, al. a) e n.º 4 e art.º 173.º do CPM, com circunstâncias agravantes de a ofendida ser descendente do arguido e ser menor de 14 anos.
2. Para o recorrente, o tribunal *a quo* provou o facto de que a ofendida não conseguiu relatar todo o processo do que lhe tinha acontecido e o que a ofendida tinha dito anteriormente à sua professora não era mentira, o que violou o princípio da livre apreciação.
3. Isto porque a ofendida referiu explicitamente na audiência que o recorrente não fora o agente do abuso sexual, o abuso sexual foi praticado por um indivíduo de identidade desconhecida.
4. Entende o recorrente que a ofendida não tinha a mínima ideia do que fora dito anteriormente à sua professora, e, era apenas para esclarecer que ela própria não mentiu, não significando assim que os factos anteriormente ditos à professora são verdadeiros.
5. Por isso, ao provar as declarações da ofendida, o Dr. Juiz provou que a ofendida não conseguiu contar todo o processo do incidente sem analisar de forma objectiva e global os depoimentos da mesma, isto violou obviamente o

princípio de objectividade, as regras de experiência e o previsto no art.º 114.º do CPPM.

6. Por outro lado, ao provar que o recorrente praticou os factos imputados, o tribunal colectivo entendeu que como a ofendida não conseguisse contar todo o processo do incidente em audiência, os factos tidos por provados na presente causa foram obtidos através da narração da monitora e do director da turma sobre o assunto.
7. Enquanto que, o que foi contado pela monitora e director da turma respeitante aos factos dos quais o recorrente foi acusado fora ouvido por eles através da boca da ofendida, ou seja, são depoimentos indirectos.
8. Mas, de acordo com o disposto no artigo 116.º do CPPM, os depoimentos indirectos não podem ser utilizados por ser contrários aos princípios da imediação, de contra interrogatório na fase de julgamento e do processo de estrutura acusatória.
9. Da harmonia com o artigo 116.º do CPPM, os depoimentos indirectos só podem ser utilizados excepcionalmente quando a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas, porém, *in casu*, não se verificou de modo algum uma das três situações de excepção acima referidas.

10. Se não fossem utilizados os depoimentos indirectos prestados pela monitora e director da turma, não se poderia provar de modo algum os factos constantes da acusação.
11. O erro notório na apreciação da prova existe quando se violam de modo evidente as regras sobre o valor da prova vinculada ou as *legis artis*.
12. Nos termos do art.º 116.º do CPPM, não podem ser utilizados os depoimentos indirectos mas o tribunal colectivo *a quo* utilizou-os, por isso, violou manifestamente o disposto no art.º 116.º do CPPM.
13. Assim, dado que foi violado obviamente o disposto no artigo 116.º do CPPM, e que o erro é notório, o douto acórdão do tribunal *a quo* enferme do vício de erro notório na apreciação da prova previsto no artigo 400.º, n.º 2, alínea c) do CPPM.
14. Pelos acima expostos, solicita aos MM.ºs Juízes do Tribunal de Segunda Instância que julguem procedente o presente recurso, e nos termos do art.º 418.º do CPPM, mandem o reenvio do processo para novo julgamento ou o devido tratamento.

Nestes termos, o acórdão do tribunal colectivo enferme do vício previsto nos art.º 400.º n.º 2 al. c) do CPPM e viola os previstos nos art.ºs 114.º e 116.º do CPPM.

Em relação às declarações prestadas pela ofendida na audiência de julgamento, vem solicitar a reapreciação da gravação das declarações prestadas em audiência pela

ofendida, de modo a confirmar que o tribunal colectivo *a quo*, ao provar as declarações da ofendida, violou o princípio de objectividade e as regras da experiência na formação da convicção.

Assim, solicita aos MM.º Juizes do Tribunal de Segunda Instância que julguem procedente o presente processo e nos termos do previsto no CPPM, mandem o reenvio do processo para novo julgamento ou o devido tratamento.

Ao recurso respondeu o Ministério Público que concluiu que:

Com a impugnação do acórdão, visa o recorrente o reenvio do processo para novo julgamento.

E, para tanto, aponta ao decidido o vício do erro notório na apreciação da prova previsto no artº 400º n.º 2 al, c, do C. P. Penal.

Ora, este vício, vislumbra-o no facto de o tribunal ter valorado, como meio de prova, os depoimentos da técnica psicóloga e da directora da turma da Escola que a ofendida frequentava e frequenta, o que, a seu ver, constitui depoimento indirecto à luz do disposto no artº 116º do C. P. Penal.

Por outro lado, também lhe parece que o Tribunal não analisou, de forma objectiva e completa, as declarações prestadas em audiência pela ofendida, “o que violou, manifestamente, o princípio da objectividade e as regras da experiência e também o previsto no artº 114º do C. P. P. M.”.

Assistir-lhe-á, Ilustre Juizes, razão?

Vejamos.

Antes de mais, convém dizer que a ofendida, como se provou, “sofre de ligeira deficiência mental”.

Depois, sempre tendo presente tal limitação, o Tribunal, ao abrigo do princípio de livre apreciação, consagrado naquele preceito legal, deu às declarações da ofendida o valor que, em seu alto critério, as mesmas mereciam.

E, como se alcança do acórdão, na parte da convicção do Tribunal, foi tido em linha de conta ter declarado, em audiência, “que o que tinha dito anteriormente à sua professora não era mentira”.

A este propósito, a expressão “não era mentira” que está assente a ofendida utilizou, no contexto em que o fez, só pode significar ter sido verdadeiro o que havia dito à professora.

De modo que o Tribunal apreciou tais declarações – como, de resto, toda a prova – no escrupuloso cumprimento do princípio da livre apreciação, segundo as regras da experiência e a sua livre convicção, pelo que é insindicável.

Como tal, a discordância do recorrente, respeitável embora, não passando disso mesmo, é inconsequente.

Aqui chegados, curemos agora de saber se o acórdão é ou não portador do apontado vício do erro notório na apreciação da prova,

Sendo que o dito, como se referiu, radica na – segundo o recorrente, bem entendido – valoração dos depoimentos da técnica

psicóloga e da directora de turma, os quais são depoimentos indirectos, em violação do disposto no artº 116º nº 1 do C. P. Penal.

Sucedem que, tais depoimentos, mesmo na parte em questão, são tudo menos indirectos pela razão simples de que a “pessoa determinada” que lhes contou parte dos factos sobre que se pronunciara – no caso, a menor ofendida – esteve presente em julgamento e prestou declarações.

Assim, também naquela parte, podem “servir como meio de prova” caldeados, óbvio é, com as declarações que a menor ofendida prestou e o resto da prova.

Nesta conformidade, salvo o respeito por outro entendimento, não vemos que tenha havido violação do disposto no artº 116º do C. P. Penal.

Outrossim o que nos parece é que o recorrente discorda da forma como o Tribunal apreciou a prova.

Todavia, como o fez segundo as regras da experiência comum e a sua livre convicção, ao abrigo do princípio da livre apreciação, o desacordo, em si, é inócuo e inconsequente.

Posto isto, dir-se-á, pois, que não enferma o decidido do apontado erro notório na apreciação da prova.

E, não sendo o acórdão portador daquele vício ou de qualquer outro, não estão, à luz do disposto no artº 418º nº 1 do C. P. Penal, “a contrario sensu”, preenchidos os pressupostos legais para que o pretendido reenvio do processo para novo julgamento possa ter lugar.

Termos em que, e nos melhores de direito, negando provimento ao recurso – quiçá rejeitando-o – e, conseqüentemente, mantendo o decidido.

Nesta instância, a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer que se transcreve o seguinte:

“O arguido A recorre do acórdão proferido no 3º Juízo Criminal, no CR3-06-0040-PCC, que o condenou na pena de 8 anos de prisão efectiva.

Motivou o seu recurso nos termos e pelos fundamentos constantes de fls 281 a 287, alegando, em síntese, que o acórdão do Tribunal Colectivo enferma do vício previsto nos artºs 400º, n.º 2 al. c) do CPPM e viola os previstos nos artºs 114º e 116º do CPPM, uma vez que o tribunal a quo provou o facto de que a ofendida não conseguiu relatar todo o processo do que lhe tinha acontecido e o que a ofendida tinha dito anteriormente à sua professora não era mentira, que o tribunal a quo não analisou de forma objectiva e completa as declarações da ofendida, e, valorou como meio de prova, os depoimentos indirectos da monitora e directora de turma.

Respondeu o Ministério Público, como demonstram os autos, de fls 298 a303, pugnano pela negação do provimento ao recurso com a conseqüente confirmação do acórdão recorrido, alegando não entender que tenha havido violação do disposto no artº 116º do CPPM, porquanto a “pessoa determinada” que lhes contou parte dos factos sobre que se pronunciara no caso, o menor ofendida – esteve presente em julgamento e prestou declarações, e tudo, se trata, apenas duma discordância do recorrente sobre a forma como o tribunal apreciou a prova, desacordo esse, inócuo e inconseqüente.

Como Ministério Público junto deste Tribunal de Segunda Instância, subscrevemos na íntegra a opinião do Ministério Público da Primeira Instância vertida nas doulas considerações que tece na sua resposta de folhas já referidas.

Não obstante, não poderemos deixar de tecer, igualmente o seguinte:

Convém desde já salientar que estamos perante a discussão e julgamento da prática do crime de violação pelo arguido à sua própria filha, filha essa, menor e que “sofre de ligeira deficiência mental”.

O próprio testemunha ou comunicação das recordações por parte da testemunha é uma operação delicada. As suas circunstâncias, nomeadamente a solenidade do acto em que decorre o depoimento, que tantas vezes atemoriza a testemunha, além de muitos outros factores, condicionam, por si só, o depoimento, mesmo o da testemunha mais empenhada.

A testemunha/ofendida, declarou em audiência “que o que tinha dito anteriormente à sua professora não era mentira”, que só dignifica, que tudo o que anteriormente havia contado à sua professora, correspondia à verdade.

As testemunhas, monitora e directora de turma, prestaram depoimento, levando ao Tribunal, o que descobriram e constataram através das conversas tidas com a própria ofendida, onde lhe foram relatados os factos.

O depoimento destas testemunhas, contrariamente ao que o recorrente pretende derrubar, resultou do que ouviram dizer a pessoa determinada, pessoa essa que é a menor ofendida, que em julgamento

confirmou tais depoimentos, quando declarou “que o que tinha dito anteriormente à sua professora não era mentira”.

Estamos assim, perante depoimentos, de grande valor e eficazes como meio de prova, e não de depoimentos indirectos, acautelados no disposto no artº 116º do CPPM.

O tribunal apreciou livremente todos as provas, dentro dos parâmetros legais e segundo as regras da experiência, formando assim a sua convicção da verdade dos factos, para além de toda dúvida razoável.

Assim, entendemos que não enferma o acórdão os vícios apontados pelo recorrente, ou qualquer outro, pelo que deve ser negado provimento ao recurso e confirmada a decisão proferida em Primeira Instância, fazendo-se assim e mais uma vez a acostumada Justiça.”

Foram colhidos os vistos dos Juizes-Adjuntos, e foi indeferido, em conferência, o pedido de renovação da prova, cumpre, agora, conhecer o mérito do recurso.

Repete-se a transcrição da matéria de facto que tinha sido dada por assente pelo Tribunal *a quo*:

- Na noite do dia 20 de Outubro de 2005, o arguido e a sua filha **B** (a ofendida, melhor identificada a fls. 7 dos autos) encontravam-se em conjunto na habitação XXX. Aproveitando-se da ocasião de a sua ex-mulher **C** (melhor identificada a fls. 16 dos autos) não se encontrar em casa, o arguido entrou no quarto da sua filha **B**, quem estava a

dormir na cama, e tirou as calças dela, apalpando o seu corpo. Depois, amarrou-lhe as mãos com uma corda de cor de rosa, de maneira que a menor não pudesse mexer-se. De seguida, ele tirou as suas próprias calças, cuecas e camisa, e a pijama e calcinhas da ofendida, apalpando com as suas mãos o órgão sexual externo da ofendida, beijando-a forçosamente. Na altura, a ofendida disse incessantemente que “não” e gritou “socorro” em voz alta, mas o arguido não ligou, e ainda tapou a boca dela com as suas cuecas, fazendo com que ela não pudesse falar. A seguir, o arguido inseriu o seu pénis na vagina da menor, e fez movimentos de vai-vem, fazendo com que essa última doesse muito. Momentos mais tarde, o arguido tirou o seu pénis, e ejaculou fora da vagina da ofendida.

- Em seguida, o arguido soltou as amarras da ofendida, e vestiu-se, ao passo que a ofendida também se vestiu. Logo a seguir, o arguido ordenou a ofendida a tomar um duche na casa de banho e lavar as suas calcinhas, onde tinha manchas de esperma do arguido. Tomado o banho e lavadas as suas calcinhas, a ofendida voltou ao seu quarto para dormir.
- Na realidade, o arguido já praticou actos semelhantes à ofendida por várias vezes, advertindo-a para não revelar o assunto a terceiro, sob pena de ser agredida, dizendo ainda que este constituía um segredo entre ele e a ofendida.
- O arguido é o pai da ofendida, e mora juntos com ela. A ofendida está dependente do arguido economicamente.

- A ofendida é uma menor que sofre de ligeira deficiência mental.
- O arguido praticou as condutas livre, consciente e dolosamente, tendo relações sexuais com a ofendida forçosamente.
- O arguido bem sabia que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

**Mais se provou:**

- A ofendida tinha apenas 11 anos de idade em Outubro do ano 2005, e frequentava o 4.º ano da escola primária.
- O arguido divorciou-se com a mãe da menor em 5 de Junho de 2000, sendo o poder paternal da ofendida exercida pela mãe. Contudo, depois do divórcio, os três continuaram a viver na mesma habitação.
- Depois de ter denunciado à polícia, a ofendida deseja ficar hospedada na XXX.
- De acordo com o CRC, o arguido é delinvente primário.
- O arguido era um condutor de camiões de mercadorias, auferindo MOP \$3.000,00 mensais.
- Tem o 2.º ano de ensino primário como a sua habilitação literária.

**Factos não provados:**

- Não há outros factos importantes a provar.

### **Conhecendo.**

O recorrente pôs em causa, essencialmente, o julgamento de matéria de facto, considerando, como argumento, que o tribunal, por um lado, violou o princípio de livre convicção, nos termos do artigo 114º do Código de Processo Penal, por não ter objectiva e completamente analisado o depoimento da ofendida, por outro lado, violou o disposto no artigo 116º do Código de Processo Penal, por ter valorado a prova de depoimento indirecto sem ter verificado a situação da sua aplicação, incorrendo assim no vício de erro notório na apreciação da prova.

Vejamos se lhe assiste razão.

De facto, todos os fundamentos do recurso consistem na questão de saber se o Tribunal pode ou não valorar a prova de testemunho indirecto, dado que a própria ofendida não conseguiu descrever o que realmente aconteceu.

Como se sabe, o artigo 114º prevê expressamente o princípio de livre apreciação da prova, e só pode ser posto em causa nos casos em que a Lei dispõe expressamente o contrário, v.g. no vício de erro notório na apreciação da prova (artigo 400º nº 2 al. c) do Código de Processo Penal) ou na proibição da valoração da prova (artigo 336º do Código de Processo Penal).

Primeiramente, é de referir que, o recorrente confunde estas duas situações exemplificadas, pois o erro notório na apreciação da prova é um “vício de julgamento de matéria de facto”, o que conduz um novo

juízo a proceder por outro colectivo composto pelos juizes que não tinham intervenção, e o vício de valoração indevida é um “vício do acto processual no julgamento de matéria de facto”, o que conduz a nulidade da prova.

Assim sendo, ao fundamentar o seu recurso por mera valoração indevida da prova (depoimento indirecto), não pode concluir pelo erro notório na apreciação da prova.

Avancemos.

Dispõe o artigo 116º (Depoimento indirecto) que:

*“1. Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor; se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.*

*2. O disposto no número anterior aplica-se ao caso em que o depoimento resultar da leitura de documento da autoria de pessoa diversa da testemunha.*

*3. Não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos.”*

Como o que aconteceu no presente processo, ambas testemunhas, a professora e a própria ofendida foram chamadas para a audiência e depuseram respectivamente perante o Tribunal. Assim não se coloca a aplicação do disposto neste citado artigo 116º.

Ambas testemunhas depuseram ao abrigo do princípio de imediação e o que elas depuseram podem servir para a formação da livre convicção do Tribunal, convicção esta que não é sindicável, sem se verifica a existência da violação da proibição da valoração da prova e do erro notório na apreciação da prova.

Já se disse, não se encontra a situação da aplicação do disposto no artigo 116º do Código de Processo Penal, a valoração da prova dos depoimentos das testemunhas não foi viciada.

Com a indicação da prova para a formação da convicção do Tribunal, com a análise crítica da prova e a justificação sucinta da decisão de facto, não se verifica a violação da regra de experiência comum, ou ter o Tribunal dado como provado facto com a prova que realmente se evidencia a provar o contrário ou diversamente.

O tribunal a quo ponderou concretamente que:

“a ofendida respondeu em audiência, e, embora esta não conseguisse relatar todo o processo do que lhe tinha acontecido, declarou que o que tinha dito anteriormente à sua professora não era mentira.

...

A monitora destacada na escola respondeu em audiência, relatando de forma objective e razoável que descobrira através das conversas com a ofendida que a mesma perguntava muito sobre o sexo, e podia descrever explicitamente o processo de ter relações sexuais, e que através de muitas conversas com a menor é que tomou conhecimento de que a mesma tinha sido violada de forma definitiva em datas diferentes, acredita a monitora que a menor não estava a mentir. A monitora afirmou ainda que a menor tem um atraso mental, mas tem capacidade de

comunicar e expressar, e não se verificaram fenómenos de parafrenia. A monitora explicou ainda que como não se estabeleceu uma relação de mutual confiança, a menor não relatou o processo do incidente na audiência. ...

O director do turma que a ofendida frequenta também respondeu em audiência, ...

O médico de pedopsiquiatria também prestou declaração na audiência de julgamento, ...

Assim sintetizando objectivamente as declarações prestadas pelo arguido, ofendida, testemunhas e medico em audiência, bem com as provas documentais, artigos aprendidos e outras provas apreciadas em audiência, o Tribunal colectivo confirmou a prática de factos ilícitos pelo arguido, visto que, embora a ofendida não conseguisse contar explicitamente em audiência tudo o que lhe tinha ocorrido, pode-se chegar à dita conclusão através de uma análise sobre a explícita, detalhada e razoável narração da monitora e do director da turma em relação ao assunto, e os comportamentos da livrança da pressão psicológica apresentados por parte da ofendida.”

Veio a ofendida confirmar na audiência ser verdade o que tinha dito antes a sua monitora, e todos estes elementos foram objectos da ponderação na formação da convicção do Tribunal.

Com a justificação da decisão e a formação da convicção ora citada, tendo em conta ainda o facto de ter o Tribunal vindo dar como provado factos muito pormenores, tal como o facto de ter o arguido ordenado a ofendida a lavar as calcinhas e tomar banho, não se verifica

qualquer vício de julgamento de matéria de facto, e assim, os fundamentos do recurso não podem ser procedentes.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto pelo arguido A, mantendo-se a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente com a taxa de justiça de 6 UC's.

Atribui-se ao Ilustre Defensor a remuneração de MOP\$1.000,00, a cargo do recorrente.

Macau, RAE, ao 7 de Dezembro de 2006

Choi Mou Pan

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong