

Processo n.º 303/2006

Data : 9 de Novembro de 2006

- Assuntos:**
- Crime de violação
 - Erro notório na apreciação da prova
 - Livre convicção do Tribunal
 - Medida da pena

Sumário

1. O vício do erro notório na apreciação da prova que, nos termos do artigo 400º, n.º 2 do CPP, existe quando se depara ter sido usado um processo racional e lógico mas se retira de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, irrazoável, arbitrária ou visivelmente violadora do sentido da decisão e/ou das regras de experiência comum, bem como das regras que impõem prova tarifada para determinados factos.
2. Nos termos do art.º 114º do CPPM, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, salvo disposição legal em contrário.
3. A determinação da pena é feita a critério do artigo 65º do Código Penal, a escolher uma pena concreta dentro dos limites máximo e

os limites mínimos, em função da culpa e a necessidade da punição.

4. Na medida de pena, não se pode tomar em consideração os elementos que fazem parte do tipo do crime, por força do princípio da proibição da dupla valoração.

O Relator,

Choi Mou Pan

Processo n.º 303/2006

Recorrente: A

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

Os arguidos **B** e **A** responderam perante o Tribunal Judicial de Base, no processo n.º CR3-06-0010-PCC, pela prática de um crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, p. e p. pelo art. 159.º, n.º 1 e 2 do CP.

Realizada a audiência, o Colectivo decidiu condenar o 1.º arguido na pena de 4 anos e 9 meses de prisão e o 2.º arguido na pena de 5 anos e 9 meses de prisão pela prática de um crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, p. e p. pelo art. 159.º, n.º 1 e 2 do CP.

Notificado do acórdão, dele vem recorrer apenas o arguido **A**, alegando, em síntese:

I - O Recorrente manteve relações sexuais com a ofendida, sem cópula vaginal ou anal.

II - O Recorrente confessou, por isso, o crime punido pelo artigo 159.º, n.º 1 do Código Penal.

III - Não existem nos autos elementos de prova que suportem a acusação de que o Recorrente manteve relações sexuais com a Ofendida, com cópula.

IV - Pelo que o Recorrente deveria ter sido condenado pela autoria material do crime previsto e punido pelo artigo 159.º, n.º 1 do Código Penal, devendo o Tribunal ter considerado, em sede de determinação da medida da pena, a circunstância atenuante da confissão do Recorrente.

Termos em que pede a revogação do acórdão impugnado.

Responde o Digno Magistrado do Mº Pº, dizendo, fundamentalmente, que a decisão recorrida apresenta-se lógica e coerente, não tendo o Tribunal decidido em contrário ao que ficou provado ou não provado, contra as regras da experiência ou em desrespeito dos ditames sobre o valor da prova vinculada ou das “legis artis”, não passando a invocação do erro notório da apreciação da prova por parte do recorrente de uma mera manifestação de discordância no quadro do julgamento da matéria de facto, questão do âmbito do princípio da livre apreciação da prova; insindicável em reexame de direito.

Termos em que pugna pelo não provimento do recurso.

A Digna Procurador-Adjunta emitiu o douto parecer seguinte:

“Foi imputado ao douto Acórdão recorrido o vício do erro notório na

apreciação da prova.

Na sua resposta à motivação do recurso, o Magistrado do Ministério Público evidencia já a sem razão do recorrente.

Alega o recorrente que não existem nos autos quaisquer elementos de prova que permitam concluir que ele manteve relações sexuais com a ofendida com cópula, apresentando uma versão diferente da convicção formada pelo Tribunal a quo.

A jurisprudência dos tribunais de Macau tem considerado que existe erro notório na apreciação da prova "quando se retira de um facto uma conclusão inaceitável, quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou tarifada, ou quando se violam as regras da experiência ou as legis artis na apreciação da prova. E tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores". (cfr. Ac.s do TUI, de 30-1-2003,15-10-2003 e 11-2-2004, respectivamente nos processos nos 18/2002, 16/2003 e 3/2004, entre outros)

No caso sub judice, não se nos afigura que está verificada alguma das situações acima referidas que consubstanciam o vício suscitado pelo recorrente. O que há é a sua discordância relativamente à valoração que o Tribunal a quo fez da prova produzida nos autos, com finalidade de sindicar a convicção formada pelo Tribunal e fazer valer a sua convicção pessoal.

Com se sabe, perante os elementos de prova carreados aos autos, cabe ao Tribunal apreciar e valorizá-los de acordo com o princípio da livre

apreciação da prova.

Não se pode esquecer que a convicção do Tribunal a quo resulta da análise global de todos os elementos de prova produzidos nos autos, que estão sujeitos à livre apreciação do Tribunal.

Tal como resulta do douto Acórdão recorrido, a convicção do Tribunal baseou-se nas declarações prestadas pela própria ofendida que, não obstante ter dificuldade em exprimir claramente, disse ter mantido relação sexual com dois homens, no depoimento do médico legal que confirmou o teor da perícia constante de fls. 18 dos autos e no depoimento prestado pelas duas técnicas do Laboratório da Polícia Judiciária que confirmaram também o relatório do exame realizado aos vestígios recolhidos na cama do recorrente, relatando que tinha sido encontrado, na esteira de bambu da cama do recorrente, o esperma deste, misturado com o vestígio biológico da ofendida.

Não se pode ignorar o particular relevo que este último relatório assumiu para formar a convicção do Tribunal.

Nota-se que o Tribunal teve ainda cuidado em ponderar as declarações prestadas pela médica psiquiátrica da ofendida sobre a capacidade intelectual e o estado psiquiátrico desta.

E chegou depois a dar como provado que o ora recorrente manteve relação sexual com a ofendida, introduzindo o seu pénis na vagina dela e fazendo movimentos de vai e vem, tendo ejaculado.

Tudo ponderado, não nos parece que o Tribunal a quo tenha decidido

em contrário ao que ficou provado ou não provado ou tenha violado as regras de experiência' ou sobre a valoração da prova.

Salvo o devido respeito, entendemos que tudo o que o recorrente fez na sua motivação não é mais do que uma tentativa de pôr em causa a convicção do tribunal, abalando a matéria de facto dada como provada através da invocação do vício, o que não é permitido.

Pelo exposto, entendemos que o presente recurso deve ser rejeitado por ser manifestamente improcedente.”

Cumprir conhecer

Foram colhidos os vistos legais.

O acórdão recorrido deu por assente a seguinte factualidade:

“Factos provados:

Por volta da meia noite do dia 25 de Julho de 2005, o 1.º arguido **B** descobriu que **C** estava deitada sozinha numa cadeira longa colocada na zona de lazer da Praça de Jorge Álvares (ou seja, em frente do antigo edifício do Tribunal Judicial de Base) e dirigindo-se ao local para conversar com ela.

Na altura, **C** já completou 20 anos de idade, sendo, porém, uma

doente que padece de deficiência mental leve, não tem a normal capacidade de ajuizar por si própria nem tem capacidade de auto cuidado nos dias quotidianos.

Ao saber a deficiência mental de que **C** padece, o arguido **B**, no intuito de satisfazer o seu libido, meteu a mão dentro da roupa de **C** apalpando o peito da mesma, essa actuação do arguido **B** foi observada por 2º arguido **A** que ficava perto do local, porém, este não o impediu, ao contrário, aconselhou ao arguido **A** (sic) que levasse **C** ao domicílio dele.

Os dois arguidos enganaram **C**, dizendo-lhe que a levavam para comer alguma coisa, de seguida, levaram **C** ao domicílio do arguido **A**, sito na Rua XXX, n.º XXX, no rés do chão de um prédio abandonado (ou seja, em frente da XXX), onde há dois quartos, um dos quais que fica no interior é o quarto de dormir do arguido **A**.

Logo chegaram ao local acima mencionado, o arguido **B** sugeriu imediatamente ao arguido **A** que levasse **C** ao quarto de dormir deste para praticar acto sexual, o arguido **A** tomou perfeito conhecimento de que **C** é uma deficiente mental, mas concordou com a sugestão oferecida. o arguido **B** tirou as suas próprias roupas e calças e as de **C** e fazendo esta deitar na cama. Sendo **C** uma deficiente mental, não compreendeu a actuação e o objectivo levados a cabo pelo arguido **B**.

A seguir, o arguido **B** começou a lamber, com sua boca e língua, o corpo de **C**, incluindo o lábio e o peito, apalpando o peito de **C** com as

mãos e conseqüentemente, deitando-se de bruços sobre o corpo dela, não utilizando preservativo, introduzindo o pênis na vagina de C, fazendo movimentos de vai-vem com a duração cerca de 5 minutos e acabando de ejacular dentro do corpo de C. Durante esse período, esta disse várias vezes ao arguido: "Não" e tentou empurrá-lo, mas não conseguiu porque não tinha grande força.

Cerca de 30 minutos depois, o arguido B saiu sozinho do local e o arguido A estava a esperar durante esse período no outro quarto exterior.

Após a saída do arguido B, o arguido A entrou no quarto de dormir e reparou que C ficava nua e se deitava na cama com sangue vertido do corpo inferior.

O arguido A aproximou-se de C, começou a lamber, com sua boca e língua, o corpo de C, incluindo o lábio e o peito, apalpando o peito de C com as mãos e conseqüentemente, introduzindo o pênis na vagina de C para fazer movimentos de vai-vem. Após a ejaculação, deixou algum esperma na esteira de bambú colocada em cima do colchão (cfr. conclusão do relatório de exame constante do processo de inquérito a fls. 231).

Por volta das 2 horas da madrugada, o arguido A mandou C vestir roupas e deixando ela sair sozinha.

De acordo com a peritagem médico-legal elaborada no meio dia

do dia 25 de Julho de 2005, verifica-se que C cuja vulva foi embatida por objecto embotado e cuja vagina foi introduzida por objecto embotado (ruptura do hímen), o que pode presumir que C foi abusada sexualmente um dia antes deste exame (cfr. a peritagem médico-legal constante do processo de inquérito a fls. 18).

O arguido B e o arguido A aproveitaram-se da incapacidade de resistir de urna deficiente mental para praticar acto sexual de relevo com essa pessoa e fazendo com que a vítima sofresse cópula.

Os dois arguidos agiram livre, dolosa e conscientemente. Eles sabiam perfeitamente que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Foram provados ainda os factos seguintes:

Sendo a ofendida uma deficiente mental leve, padecia da esquizofrenia nos inícios de 1999 e estando a ser submetida ao tratamento no Complexo Hospitalar Conde de S. Januário.

Na audiência de julgamento, a mãe da ofendida desejava que a sua filha seja indemnizada pelo dano causado por dois arguidos.

Na audiência de julgamento, o 1º arguido confessou a maior parte dos factos acusados e mostrando uma atitude de cooperação.

O 1º arguido não tem antecedente criminal em Macau, mas em Hong Kong, foi condenado pela prática da dependência da prostituta

para manutenção da vida na pena de 4 meses de prisão, com a suspensão da execução da mesma pena por um período de 18 meses.

Antes de ser preso preventivamente, o arguido não tinha profissão fixa, angariando donativos dados por clientes de casinos, sem rendimento estável.

O 1º arguido tem como habilitação literária a 6ª classe do ensino primário.

Na audiência de julgamento, o 2º arguido confessou ter apalpado e beijado o corpo da ofendida, negando que tinha praticado cópula com ela.

De acordo com o CRC actualizado, o 2º arguido é primário.

O arguido é catador de lixo, sem profissão fixa.

O arguido tem como habilitação literária o ensino primário completo.

Factos não provados:

Os outros factos relevantes que não correspondem aos factos provados, constantes da acusação, nomeadamente:

Depois de ter sido abusada sexualmente, a doença de que C padece tem vindo a piorar, esta teve de ser transferida para um hospital psiquiátrico na Taipa para submeter ao tratamento.

(...)"

Conhecendo.

O objecto do presente recurso prende-se com o pretenso erro na apreciação da prova, já que o arguido entende que se provou tão somente a ocorrência de relações sexuais com a ofendida, "sem cópula vaginal ou anal", pois, para o recorrente, não existe nos autos quaisquer elementos de prova que permitam concluir que o recorrente teve relações sexuais com a ofendida com cópula.

Como sempre subscrevemos nos acórdãos neste Tribunal, o vício do erro notório na apreciação da prova que, nos termos do artigo 400º, n.º 2 do CPP, deve resultar dos elementos constantes dos autos, por si só ou conjugados com as regras de experiência comum e tem de ser passível de ser descortinado por uma pessoa mediana, existe quando se depara ter sido usado um processo racional e lógico mas se retira de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, irrazoável, arbitrária ou visivelmente violadora do sentido da decisão e/ou das regras de experiência comum, bem como das regras que impõem prova tarifada para determinados factos.

O erro ora em foco deve ser notório e não se admite com a alegação deste erro com vista de sindicar a livre convicção do Tribunal.

Resulta dos autos e contrariamente ao que alega, está expressamente provado que: "*O arguido A aproximou-se dela e começou a beijar e lambe o corpo dela; nomeadamente os lábios e os seios, bem como*

apalpava os seus seios. Em seguida, o arguido introduziu o seu pénis na vagina da C e fez movimentos de vai-vem, tendo, depois, ejaculado, ficando uma parte do esperma na esteira de bambu (cfr. a conclusão do relatório do exame constante de fls. 231 dos autos)."

E nos termos do art.º 114º do CPPM, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, salvo disposição legal em contrário.

Ao dar como provado este facto, o Tribunal *a quo* indicou como prova que servem para a formação da convicção as declarações dos arguidos, os depoimentos das testemunhas nomeadamente os da ofendida, da mãe e do irmão mais velho da ofendida, do Sr. médico legal e do Sr. medico psiquiatra. E fez também uma sucinta raciocínio do julgamento de facto, ou seja na apreciação da prova.

Na sua apreciação da prova o Tribunal considera que:

"Na declaração prestada pela ofendida, apesar de esta não conseguir descrever claramente a ocorrência, falou da copula que os dois arguidos tiveram com ela".

A mãe e o irmão mais velho da ofendida descreveram o decurso da descoberta da ocorrência em causa, acompanharam a ofendida para fazer a denúncia à Polícia, ajudando a Polícia a procurar o local da ocorrência, e relatando a influência e a mudança da ofendida após a ocorrência.

O Sr. médico legal confirmou a perícia médico-legal de fls. 18, relatando claramente que a lesão examinada no órgão reprodutor da ofendida demonstrou que a ofendida foi abusada sexualmente.

O Sr. médico psiquiatra relatou o grau de inteligência da ofendida e o

estado da doença mental de que padece a ofendida.

Dois técnicos do Laboratório de Polícia Científica da P.J. confirmaram o relatório de exame laboratorial elaborado nos autos, relatando que a mancha do esperma do 2º arguido descoberta na esteira de bambú colocada em cima da cama do 2º arguido se encontra combinada com o vestígio biológico da ofendida.

Os agentes da P.J. responsáveis pela investigação do presente caso descreveram o resultado da investigação, relatando que durante a fase de investigação, a ofendida conseguiu indicar aos agentes policiais o local da ocorrência e reconhecer o 2º arguido.

Após uma análise objectiva e sintética das declarações prestadas na audiência de julgamento pelos arguidos, pela ofendida, por todas as testemunhas, pelos peritos e pelo médico legal, bem como as provas documentais e as provas materiais dos objectos apreendidos, entre outras provas examinadas na audiência de julgamento, este Tribunal Colectivo determinou que os dois arguidos praticaram os factos imputados.”

Com a indicação dos factos provados e não provados, com a indicação da prova que servem para a formação da convicção do Tribunal e a sucinta fundamentação da apreciação crítica da prova, não se vê em que medida é que existe, notoriamente, o erro na apreciação da prova, que integra na liberdade do Tribunal.

Nestes termos, o julgamento da matéria de facto, nomeadamente a parte pela qual permite afirmar a cópula do arguido ora recorrente com a ofendida, não se incorre no vício ora impugnado. É de improceder o recurso.

Não afastando a relação sexual com a ofendida, contra o

arguido ora recorrente os factos são subsumíveis no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência p.p.p. artigo 159º nº 1 e 2 do Código Penal.

Feita a subsunção dos factos, é de aplicar a medida concreta da pena.

Ao arguido ora recorrente, foi aplicada uma pena de 5 anos e 9 meses de prisão, enquanto a moldura legal da pena é de 2 a 10 anos de prisão – artigo 159º nº 2 do Código Penal.

A determinação da pena é feita a critério do artigo 65º do Código Penal, a escolher uma pena concreta dentro dos limites máximo e os limites mínimos, em função da culpa e a necessidade da punição.

Por outro lado, na medida de pena, não se pode tomar em consideração os elementos que fazem parte do tipo do crime, por força do princípio da proibição da dupla valoração.

Nestes termos, tendo em conta a duração e o lugar da execução do crime, em que o arguido ora recorrente, não só “aconselhou” o arguido **B** para levar a vítima para a sua morada, assim como, após o oferecimento ao mesmo arguido a manter relação sexual com a vítima, manteve relação sexual, a seguir, com a mesma, e, depois, deixando a vítima, uma incapaz mental, retirar-se dali sozinha, por volta das 2 horas da madrugada, o que se demonstra um alto grau de culpa dos arguidos, nomeadamente do ora recorrente, ponderando também a não confissão

dos factos, ser primário, uma pena de 5 anos e 9 meses de prisão, para nós, não se afigura ser de censurar, que deve ser mantida.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto pelo arguido A, nos termos acima consignados.

Custas pelo recorrente com a taxa de justiça de 8 UC's.

Fixam-se os honorários do Exmo Defensor em MOP 1200,00, a cargo do arguido ora recorrente.

Macau, RAE, aos 9 de Novembro de 2006,

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong

João A. G. Gil de Oliveira

(Com voto de vencido)

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Não acompanho a posição que fez vencimento, porquanto resulta dos autos que a convicção do Tribunal para dar como provado o facto típico agravativo do n.º 2 do art. 159º do C. Penal, relativo à existência de

cópula, por parte do arguido **A**, só se poderá ter baseado nas declarações da própria ofendida, já que nenhum outro elemento se mostra decisivo quanto à comprovação desse facto.

Do exame médico resulta a existência de cópula com desfloramento, facto que o outro arguido, **B**, confessou. O arguido ora recorrente confessa todos os factos e o seu relacionamento sexual com a vítima, mas afasta a existência de cópula.

Resulta ainda dos autos que a ofendida é uma pessoa incapaz e daí até a própria integração típica do crime p. e p. pelo artigo 159º do C. Penal. Resulta ainda dos elementos documentais juntos ao processo que essa deficiência mental se traduz numa incapacidade de ajuizar por si própria e de prover a auto cuidados quotidianos e ainda numa dificuldade de expressão, não tendo capacidade de avaliação dos actos ignominiosos sobre si praticados.

É certo que se afirmou que a convicção do Tribunal se baseou nas declarações da ofendida. Mas perante o quadro acima delineado, creio que tal indicação, neste caso concreto, das suas circunstâncias específicas, da sua natureza e complexidade, - cfr. Jurisp. do TUI, proc. 9/2001, de 18/7/01, proc.10/2002, de 9/10/02 - , não satisfaz as exigências do disposto no n.º 2 do artigo 335º do C. Proc. Penal, pois que a mera referência às provas se tem por bastante quando de forma expressa ou implícita permite compreender as razões motivadoras da convicção, sob pena de completa desnecessidade.

Ora, não se pondo em causa o princípio da livre apreciação das provas decorrente do artigo 114º do C. Proc. Penal, creio que, neste caso, seria necessário dizer algo mais do que o que foi dito para fazer acreditar numa versão de alguém que se apresenta com as apontadas insuficiências e limitações, para mais, quando a versão contrária, sustentada pelo arguido, que confessou o núcleo essencial dos factos do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, só não confessa um elemento accidental ainda que típico e qualificativo numa versão que é passível de se compaginar perfeitamente com as regras da normalidade, da lógica e da experiência comum.

Razão por que considero que o acórdão recorrido padece de insuficiência de motivação e eventual erro de apreciação da prova se não procedeu à análise crítica do elemento probatório em que se louvou, o que não decorre do respectivo texto.

9 de Novembro de 2006

João A. G. Gil de Oliveira