

## **Processo n.º 152/2006**

(Recurso Crime)

Data: 31/Maio/2006

### **ASSUNTOS:**

- Violação; insuficiência de factos
- Sérias dúvidas sobre a forma como vem descrito o cometimento do crime

### **SUMÁRIO:**

Se da matéria de facto resultam sérias dúvidas sobre o real cometimento do crime e se do descrito assaltam dúvidas a um cidadão mediano sobre o circunstancialismo concreto em que a violação terá ocorrido, em especial, se depois de uma noite de Karaoke, em que arguido e ofendida já beberam bastante e vão os dois, de livre vontade, para um quarto de hotel, com uma só cama, e se aí se deitam, dizendo-se ainda que durante a violação a ofendida ainda pôde telefonar para o ex-namorado, não havendo marcas de violência, parece que importa averiguar das reais circunstâncias da violência utilizada e da ausência de consentimento no acto típico praticado.

O Relator,  
João A. G. Gil de Oliveira

**Processo n.º 152/2006**

(Recurso Penal)

**Data:** 31/Maio/2007

**Recorrente:** A

**Objecto do Recurso:** Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

**I – RELATÓRIO**

A, não se conformando com a condenação de 4 anos de prisão sofrida por um crime de violação, p. e p. pelo art. 157º, n.º 1 do CP, do acórdão condenatório vem interpor recurso, concluindo a sua motivação da forma seguinte:

*O douto acórdão recorrido é omissivo quanto ao estado de espírito do arguido, no momento da prática dos factos que lhe são imputados;*

*A ofendida e a amiga estiveram praticamente toda a noite com o arguido no Karaoke, até às 7:00 horas, ingerindo muita cerveja. E o arguido não? Se ele não tivesse ébrio, estaria, no mínimo, toldado;*

*A ofendida pelo seu pé saiu do Karaoke até ao carro; saiu do carro e foi à escola falar com a professora; voltou ao carro; saiu do carro e foi até ao hotel, onde subiu ao quarto;*

*A ofendida falou com a professora, com o arguido, diz ter resistido e ligou o número do telemóvel do seu antigo namorado;*

*Porém, não gritou por socorro, não fugiu e não tem marcas no corpo, à excepção da zona genital, próprio do acto, com mais ou menos força e determinação;*

*A ofendida praticou actos que levaram o arguido a entusiasmar-se e a acreditar no consentimento dela para a prática de sexo;*

*A ofendida prestou declarações diferentes na P.J.;*

*A decisão recorrida enferma dos vícios de insuficiência para a decisão. da matéria de facto provada e do erro notório na apreciação da prova, os quais resultam dos elementos constantes dos autos, devendo levar ao reenvio do processo para novo julgamento;*

*O arguido agiu sem dolo ou com dolo mitigado, ou com erro sobre os elementos de facto e de direito;*

*O grau de ilicitude do facto, as circunstâncias que o rodeiam, o modo de execução, a intensidade do dolo e a tentação da própria vítima, são elementos que conduzem à atenuação especial da pena e à suspensão da sua execução.*

*Consideram-se violados, entre outros, os artigos 15º, 16º, 37º, 38º, 48º, 49º, 65º, nº 1 e 2, al. a) a e); 66º, nº 1 e 2 al. b); 67º e 157º do CPM e ainda o disposto na al. a) do nº 2 do art. 400º do CPP e no nº 1 e al. c) do nº 2 do art. 400º do CPP.*

*No entender do recorrente, as normas violadas deveriam ter sido interpretadas e aplicadas de acordo com as conclusões 1 a 9.*

Nestes termos, entende que deve ser proferido acórdão a revogar a decisão recorrida, absolvendo-se o arguido da prática do crime de que vem acusado, ou caso assim não se entenda, em face dos vícios de insuficiência e do erro supra aludidos ordenar-se o reenvio do processo para novo julgamento; na hipótese de Dbém assim se não entender, ser a pena especialmente atenuada e suspensa na sua execução com as condições e no tempo douDente supridos.

O Digno Magistrado do MP responde, fundamentalmente:

*Sabido é que as declarações prestadas antes do julgamento só são juridicamente relevantes e valoráveis se forem lidas e examinadas em audiência - artigos 336º, 337º e 338º do C. P. Penal.*

*Tal, porém, não ocorreu pois tal não consta da respectiva acta (fls. 249/255).*

*Por isso, muito francamente, não se percebe o motivo por que as traz à colação, não ser para "ilustrar" a forma como, em seu entender, o Tribunal deveria ter valorado as provas, nomeadamente as suas declarações e as da ofendida afrontando, assim, o princípio da livre apreciação, consagrado no art. 114º do C. P. Penal).*

*De modo que, face aos factos que se provaram em audiência, soube o Tribunal qualificá-los jurídico-criminalmente com acerto.*

*Quanto ao reenvio, pelo qual, alternativamente se bate, para que o mesmo possa ter lugar pressuposto é que, à luz do disposto no art. 418º, n.º 1 do C. P. Penal, a decisão apresente quaisquer vícios previstos "nas alíneas do n.º 2 do artigo 400º" deste código.*

*Ora, o recorrente, embora aponte ao acórdão insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e erro notório na apreciação da prova, não diz onde é que se encontram e em que se traduzem.*

*Outrossim o que exterioriza é a sua discordância quanto à forma como o Tribunal apreciou e valorou a prova, o que lhe está vedado, por ser insindicável.*

*De maneira que não estão preenchidos os requisitos legais para que o processo possa ser reenviado para novo julgamento.*

*Resta-nos abordar o 3º e último dos seus pedidos - que a pena de prisão seja especialmente atenuada ou se quede pelo seu limite mínimo (3 anos) e seja suspensa a respectiva execução.*

*A atenuação especial da pena, face à matéria de facto provada - de que não consta, nomeadamente, qualquer "tentação da própria vítima" - está, de todo, posta de parte por falta, para tanto, dos respectivos pressupostos – art. 66º do C. Penal.*

*Quanto à medida concreta da pena, cabendo ao crime de violação p. e p. p. art. 157º n.º 1, al. a, do C. Penal uma pena de prisão de 3 a 12 anos, porque condenado em pena de prisão de 4 anos, há que reconhecer que a medida concreta da pena que lhe foi aplicada está bem próxima do seu limite mínimo.*

*E diga-se que, perante a matéria de facto abundantemente provada, jamais se*

*descortina circunstancialismo atenuativo que, atento o disposto no art. 65º nº 1 e 2 do C. Penal, pudesse levar o Tribunal a quedar-se pelo limite mínimo,*

*Sendo que o "quantum" de 4 anos revela boa dosimetria penal e respeita, sem dúvida, os critérios legais.*

*Assim e por consequência, nesta ordem de ideias, jamais poderia ver a suspensão da execução da pena, desde logo por falta dos pressupostos a que alude o artº48º nº 1 do C. Penal.*

*Seja como for, mesmo que, por hipótese teórica e académica, o Tribunal se tivesse quedado pelo limite mínimo de 3 anos, preciso era que Dbém, quanto ao recorrente, fizesse uma "prognose social favorável".*

*Não revelou qualquer arrependimento - note-se que sempre disse não ter tido relações sexuais com a ofendida, a não ser em julgamento e, ainda assim, com o consentimento da mesma.*

Termos em que, conclui, não merecendo censura o acórdão recorrido, deve ser, de todo, mantido pelo que, negando provimento ao recurso,

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emite o douto parecer seguinte:

*A pretendida absolvição, desde logo, não tem qualquer cabimento.*

*E, a esse respeito, louvamo-nos nas explicações aduzidas na resposta à motivação.*

*O propugnado reenvio, por outro lado, suscita duas explicitações.*

*A primeira tem a ver com a alegada insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.*

*De acordo com o nosso mais Alto Tribunal “ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos artigos 339º e 340º do Código de Processo Penal” (ac. de 20/03/2002, proc. n.º 3/2002 – sublinhado acrescentado).*

*E não se vislumbra, “in casu”, nos termos enunciados, qualquer lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada.*

*A segunda prende-se com o invocado erro notório na apreciação da prova.*

*O arguido mais não faz, realmente, do que manifestar a sua discordância em relação ao julgamento da matéria de facto, afrontando o princípio da livre apreciação da prova consagrado no art. 114º do C. P. Penal.*

*E resulta, inequivocamente, da motivação fáctica da decisão, que a convicção do Colectivo não foi, “in casu”, arbitrária.*

*Pode inferir-se, de resto, que os princípios da oralidade e da imediação, foram determinantes para a formação dessa convicção.*

*O contacto vivo e imediato com os participantes processuais permitiu, na realidade, ajuizar*

*da credibilidade dos mesmos.*

*E não se divisa que possa ter havido erro – muito menos notório – na âmbito da respectiva apreciação.*

*No plano substantivo, o recorrente pugna, em primeira linha, pela atenuação especial da pena.*

*Conforme se sabe, a acentuada diminuição da culpa ou das exigências de prevenção (“necessidade da pena”), constitui o pressuposto material da aplicação do art. 66º do C. Penal.*

*E tal só se verifica “quando a imagem global de facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os elementos normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo” (cfr. Figueiredo Dias, Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime, 306).*

*Ora, a favor do arguido, nada se apurou.*

*A atenuação especial – convém recordar – só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais.*

*E a situação em apreço não preenche, seguramente, esse condicionalismo.*

*A pena aplicada, por sua vez, mostra-se justa e equilibrada, reflectindo os critérios legais.*

*E, ainda que o respectivo “quantum” fosse reduzido até ao limite mínimo da moldura abstracta, a pretendida suspensão estaria votada ao insucesso.*

*À pena de substituição em questão sempre faltaria, efectivamente, o pressuposto material*

*exigido pelo art. 48º, n.º 1 do C. Penal.*

*Isso mesmo se sublinha, aliás, na aludida resposta do MºPº.*

*Deve, pelo exposto, ser negado provimento ao recurso.*

Foram colhidos os vistos legais.

## **II – FACTOS**

Com pertinência, respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

“Factos provados:

À noite do dia 17 de Fevereiro do ano 2004, o arguido **A** conheceu a estudante **B** no Karaoke **C** (sito no Edifício XXX).

Pelas 7h00 do dia seguinte, o arguido **A** saiu do referido Karaoke junto com **B** e a amiga dela **D**, levando-as à boleia no seu carro privado. Tanto **B** como **D** já tinham bebido bastante cerveja no Karaoke.

Pelas 8h15 de manhã, os três chegaram à Escola XXX onde **B** e **D** frequentam. A seguir, **B** desceu do carro, dirigindo-se à escola para pedir licença de ausência, enquanto que **D** desceu do carro do arguido perto do Mercado Municipal do Patane e voltou para casa.

Aproximadamente às 9h00 de manhã, o arguido conduziu o seu carro para o posto alfandegário da Rua do Patane, e estacionou o carro lá, onde fica a dois ou três

minutos de caminho para a casa de **B** (Rua XXX n.º XXX, Edf. “XXX”).

No entanto, em vez de levar **B** (que estava na altura com passos cambaleantes) para casa à boleia, o arguido levou-a para o *Hotel XXX* amparando-a pelo braço. Deixando **B** deitada numa sofá do *lobby*, o arguido dirigiu-se à recepção do Hotel a arrendou o quarto XXX com as únicas 300 patacas no seu bolso. Depois, o arguido levou **B** para o quarto XXX utilizando o elevador.

Dado que havia apenas uma cama no quarto e que se sentindo muito fatigada, **B** deitou-se na cama vestida, Dpando o seu corpo com uma manta.

Vendo **B** deitada na cama, o arguido despiu-se, e meteu a sua mão por dentro da camisa da ofendida para apalpar o corpo dessa última. A seguir, o arguido tirou as roupas de **B**.

Embora **B** tivesse oferecido fortes resistências, dizendo “deixa-me em paz, sai daqui”, o arguido não lhe ligou, e, aproveitando-se da sua vantagem física, pressionou **B** na cama. Separadas as pernas da ofendida com sucesso, o arguido inseriu o seu pénis na vagina da ofendida, fazendo movimentos de vai-vem.

Depois de ter tido relação sexual com a ofendida, o arguido vestiu-se, saindo do Hotel pelas 10h30 de manhã. Durante o decurso do o assunto, o arguido permaneceu no quarto do hotel por mais de uma hora.

Voluntária, consciente e dolosamente, o arguido teve relação sexual com rapariga, utilizando meio violentos.

O arguido bem sabia que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

\*

**Além disso, Dbém ficaram provados os seguintes factos:**

Aquando da ocorrência do facto, a ofendida tinha apenas 17 anos de idade, e era estudante do 2.º ano duma escola secundária.

Na audiência de julgamento, a ofendida declarou que não aceitaria a indemnização pecuniária.

Segundo o registo criminal mais recente, o arguido era delinquente primário.

O arguido é empregado de um hotel, auferindo cerca de MOP \$6.500 mensais.

O arguido tem a sua mulher a seu cargo.

O arguido tem o ensino secundário complementar com a sua habilitação literária.

\*

**Factos não provados:**

Nenhum facto relevante a provar.

**Juízo de factos:**

O arguido confessou durante a audiência de julgamento que chegou a ter relação sexual com a ofendida, mas negou que o tivesse praticado com violência contra a vontade da ofendida quando esta estava embriagada.

A ofendida prestou declaração, relatando o processo de como conhecer o arguido, e descreveu numa emoção excitante como é que veio a ter relação sexual com o arguido sob a força dele por se sentir exausta após ter ficado embriagada. Afirmou Dbém que tinha prestado declarações falsas na PSP porque na altura não queria fazer denúncia à Polícia. A ofendida manifestou ainda que não aceitaria indemnização em dinheiro.

O ex-namorado da ofendida manifestou que tinha atendido a chamada telefónica da ofendida, ouvindo-a dizer: *“deixa-me em paz, sai daqui”*, mas não a tentou salvar de imediato, por achar que a mesma estava a fazer marotices a ele. O ex-namorado da ofendida afirmou que a ofendida realmente estava muito excitada naquela noite.

A amiga da ofendida afirmou que a ofendida realmente estava embriagada por ter bebido muita cerveja no Karaoke, confirmando que a mesma ficou muito excitante após o que tinha ocorrido.

O pai da ofendida afirmou a influência e a mudança que a sua filha sofreu após o assunto.

O(A) professor(a) confirmou que a ofendida realmente chegou a pedir ausência, falando ainda sobre o génio da ofendida.

O médico legal confirmou o teor da perícia médico legal constante de fls. 20, explicando que o facto de a ofendida ficar excitante corresponde à situação de a mesma ter sofrido violência psíquica, e que de acordo com a situação de ferimento que a ofendida sofreu no seu órgão sexual, pode-se julgar que a ofendida realmente foi

violada, uma vez que das relações sexuais normais não poderia resultar tal tipo de ferimentos.

Sintetizando global e objectivamente as declarações prestadas pelo arguido, ofendida, testemunhas e médico legal durante a audiência de julgamento, revistas as provas documentais, os objectos apreendidos, assim como outras provas, o tribunal colectivo está convicto de que a ofendida foi violada pelo arguido no hotel, confirmando os factos ilícitos pelos quais o arguido foi acusado.

(...)”

### **III – FUNDAMENTOS**

1. O objecto do presente recurso passa pela análise dos vícios assacados ao julgamento, em conjugação com as dúvidas suscitadas sobre eventuais irregularidades e incongruências, tal como resulta da alegação do recorrente.

Importa assim considerar os vícios de erro de direito ou de erro notório na apreciação da prova e insuficiência quanto à matéria de facto, vícios previstos no art. 400º do CPP.

A argumentação do recorrido assenta em três vertentes:

- pede a sua absolvição;
- se assim não se entender, acha que, face aos vícios de que enferma a sentença recorrida, se deve determinar o reenvio para novo julgamento;
- sempre põe em causa a medida da pena.

2. Sustenta o recorrente que o Tribunal *a quo* omitiu um facto da maior importância, qual seja o do estado de espírito do arguido no momento da prática dos factos.

Como se tem entendido, só ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos artigos 339º e 340º do Código de Processo Penal.

Ora, não se vislumbra, que neste particular ocorra qualquer lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada. Não se nega que o estado de espírito pudesse ajudar a compreender melhor o que se passou, mas o certo é que tal insuficiência não abala a matéria provada e que, tal como descrita, integra os elementos típicos do crime de violação para ditar desde já uma absolvição e a relevância que pode ter será adiante analisada.

3. Prevê o art. 157º do CP:

“1. *Quem*

a) *tiver cópula com mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tomado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou*

*b) pelos mesmos meios, constranger mulher a ter cópula com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.*

*2. Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro”*

Face a este preceito e à matéria que vem comprovada, encontram-se no acórdão, ora posto em crise, todos os elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime, pelo que não se vê em que medida se pode pedir, com base nessa factualidade, a absolvição do arguido, sem mais.

Na verdade, para que tal absolvição pudesse ser decretada, necessário seria que estivesse comprovado, desde já, algum consentimento da ofendida, ainda que presumido, erro sobre as circunstâncias do facto e erro sobre a ilicitude.

A relevância do apuramento de algum consentimento quanto ao relacionamento havido não deixará de ser apreciado oportunamente para integrar algum dos vícios que possa ser assacados à decisão recorrida, mas tal facto não pode ser dado já como assente.

Assente como ficou que, além do mais, "... agiu livre, consciente e dolosamente, teve cópula com mulher por meio de violência. Bem sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei", não se vê como possam ser aplicadas as figuras jurídicas do consentimento, do erro sobre as

circunstâncias de facto e sobre a ilicitude.

A invocação das declarações por si prestadas e as que a ofendida prestou antes do julgamento, uma vez que não constantes da acta, não podem relevar, ainda que, objectivamente consideradas não sejam concludentes nesse sentido.

As declarações prestadas antes do julgamento só são juridicamente relevantes e valoráveis se forem lidas e examinadas em audiência - artigos 336º, 337º e 338º do C. P. Penal -, situação que não ocorreu neste caso.

4. Quanto à valoração de forma diferente das declarações produzidas em audiência, aí já se entra no campo do princípio da livre apreciação, consagrado no art. 114º do C. P. Penal. A não ser que se conclua, face aos elementos constantes dos autos e pela própria decorrência da factualidade descrita que se devia concluir diferentemente.

É essa questão que agora se passará a analisar.

Não se deixa de reconhecer que a matéria fáctica referida assume crucial importância, a relevar seriamente no deslindamento de uma questão tão melindrosa e delicada como são os factos que envolvem os crimes sexuais.

Importa alinhar alguns elementos do processo, na esteira da

alegação do recorrente, desvalorizando desde já todos aqueles elementos que não resultem da prova produzida em audiência, mas que aqui se transcrevem apenas para contextualizar a factualidade dada como provada.

É certo que o recorrente chama à colação declarações e contradições a partir de declarações prestadas, no inquérito, olvidando que o art. 336º do C. P. Penal consagra a regra da proibição da valoração das provas não produzidas ou examinadas em audiência, com excepção das hipóteses aí previstas, o que não abrange aquelas declarações.

Mas Dbém é verdade que o artigo 400º, n. º2 prevê que “*o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte dos elementos constantes dos autos, por si só ou conjugados com as regras da experiência comum*”. Diferentemente, aliás, do que acontece com o Código congénere de Portugal, onde se ficou apenas pelos elementos constantes da sentença.

##### 5. Chama o recorrente a atenção para o seguinte:

*“Intervenientes principais: o arguido A, a ofendida, B de 17 anos de idade; a 2ª testemunha, D de 18 anos de idade e a 4ª testemunha, E de 17 anos de idade, estes todos estudantes da Escola XXX.*

*No dia 17 de Fevereiro de 2004, por volta das 23H00 horas, a ofendida, B, foi juntamente com a 2ª testemunha, D, sua amiga, F, irmã e cunhado desta, seu amigo G e um primo deste, divertir-se num karaoke da cidade.*

*Na 1ª inquirição da ofendida feita na PJ, **B** disse que foi divertir-se no karaoke "**H**".*

*Mas, quando o arguido **A** foi interrogado na PJ e confessou que estivera a divertir-se no karaoke "**C**" ( XXX ) a ofendida repôs a verdade dizendo que de facto tinha estado no karaoke "**C**" (XXX) e não no karaoke "**H**".*

*Por outro lado, resulta dos elementos dos autos que quando a ofendida **B** se divertia com as suas amigas e amigos no karaoke "**C**" ( XXX ), a dado momento, foi cantar para o palco. E disse até na sua 1ª inquirição que fora o arguido **A** quem a convidara para cantarem juntos.*

*Contudo, na versão do arguido **A** foi ela, a ofendida, quem o convidou para cantarem juntos.*

*Mais tarde, foram embora alguns amigos da ofendida **B**, ficando apenas **D**, **F** e **G**, com ela a divertir-se com o arguido **A** e um amigo deste entretanto sentados na mesma mesa.*

*Pouco depois foram todos embora tendo o arguido **A** pago a conta.*

*A ofendida **B** e amigos deslocaram-se ao Hotel XXX, para o quarto onde estava hospedado o seu amigo **G**.*

*Posteriormente, na versão da ofendida **B** fora o arguido, **A** quem lhe telefonara para irem divertir-se novamente.*

*Porém na versão do arguido foi a ofendida quem lhe telefonou para continuarem o convívio no karaoke "**C**" ( XXX ), onde permaneceram até por volta das 07H00, altura em que a ofendida, **B** disse que queria pedir dispensa das aulas.*

*Assim, o arguido **A** levou-a à escola, acompanhada da amiga, onde ela foi pedir a dispensa das aulas.*

*Segundo o depoimento da ofendida ia cambaleando em zigue-zague para a escola.*

*Porém, a 4ª testemunha, **E**, colega e amiga da ofendida, disse que esta quando entrou para a escola caminhava normalmente.*

*Aliás a própria Professora tendo conversado com a ofendida não lhe notou sinais de embriaguês cfr. fls. 56.*

*Depois de ter pedido dispensadas aulas, segundo a versão do arguido, a ofendida **B** disse que não queria regressar a casa porque tivera alteração com os pais, daí sugeriu-lhe que se hospedasse num hotel, o que sucedeu.*

*Contudo, na versão da ofendida, mais uma vez, refere que não sabia muito bem, para onde foi levada pois estava bastante bêbada.*

*Mais se apurou terem estado cerca de 1 hora e 20 minutos no interior do quarto e que durante este período de tempo tiveram relações sexuais.*

*Antes de sair do quarto, segundo referiu o arguido em julgamento, a ofendida **B** pediu-lhe 100 patacas. Contudo, como tinha pago a conta do Karaoke e o arrendamento do quarto de hotel, negou-lhe o pedido por lhe restarem apenas 50 patacas.*

*Altura em que a ofendida o ameaçou que se iria arrepender.*

*Alegou ainda que por medo deitou fora o preservativo que utilizara na relação sexual e deixou as 50 patacas na mesinha de cabeceira.*

*Quando a ofendida, B apresentou queixa, cerca de 30 horas depois do evento, ou seja por volta das 15H00 do dia 19/02/2005, deu uma versão completamente falsa, pois disse que foi violada dentro do automóvel do arguido quando na realidade mantiveram relações sexuais no, num quarto de hotel.*

*Por outro lado,*

*conforme os relatórios médicos juntos nos autos, a ofendida B apresenta uma lesão minúscula de cerca de 0.3 cm na vagina a qual, pelo que se extrai dum deles, poderia ter ocorrido há cerca de quatro dias. Apresenta ainda sinais de relações anteriores e faz o diagnóstico duma doença venérea...numa estudante de 17 anos de idade.”*

6. Constata, pois, que o arguido esteve com a ofendida de 17 anos de idade, praticamente toda a noite de 17 de Fevereiro de 2004, num *Karaoke* de onde saíram juntos às 7:00 Horas.

A ofendida tinha ingerido muita cerveja no referido *Karaoke*.

Aliás, ela própria dá notícia de que terminara recentemente a relação sentimental com o namorado, a quem telefonou nessa noite.

Ao que parece, tentando seduzi-lo de novo, o que aquele recusou.

Note-se que, às 08:15, o arguido saiu do *Karaoke* com a ofendida, levou-a até à escola para ela pedir ausência junto da professora.

A ofendida e a colega (que Dbém tinha ingerido muita cerveja no *Karaoke*) falaram com a professora a pedir dispensa das aulas.

A ofendida e a amiga saíram do carro pelo seu pé para se deslocarem à escola.

Tiveram uma conversa com a professora, regressaram ao carro e a amiga da ofendida, chegados ao mercado, foi a pé para casa.

A ofendida estava muito cansada e andava instavelmente.

A ofendida, embora muito cansada, teve forças para sair do carro, deslocar-se ao hotel e subir ao quarto, pelo seu pé.

E ainda para oferecer resistência e para falar "deixa-me em paz, sai daqui".

E, agilmente, física e intelectualmente, enquanto resistia, falava com o arguido e telefonou ao antigo namorado que pensou que era uma brincadeira, porque, se não, iria salvá-la.

7. Face a esta facticidade abre-se um campo de interrogações que sempre importaria apurar, a saber:

Não teria o arguido Dbém ingerido muito cerveja ou outra bebida alcoólica?

A ofendida tinha 17 anos de idade, mas, face à sua experiência anterior, nada nos diz que não tivesse procurado deliberadamente a noite no *Karaoke* para se distrair e tirar prazer.

Não se pode excluir a hipótese de a ofendida não ter anuído, de bom grado, ao convite do arguido para com ele ter relações sexuais.

Afigura-se algo contraditória a violência de que foi alvo e incapacidade de resistir face à sua conduta, atitudes e comportamentos durante o acto praticado.

Posto isto, se essa factualidade, tal como agora é reportada pelo recorrente, não abala a essencialidade da matéria vertida no acórdão, o certo é que não deixaria de ter alguma relevância o saber da vontade da ofendida em se encontrar com o arguido, a ponto de aceitar ir no seu automóvel, depois de uma noite passa no *Karaoke*, ter o discernimento de passar pela Escola e falar com a professora para pedir dispensa, aceitar ir com o arguido para um quarto de hotel, deitar-se na cama com ele, ter o discernimento, à vontade e liberdade de daí fazer chamadas no seu telemóvel, aí permanecer durante largas horas após os factos pretensamente criminosos, tudo isto numa jovem que não era de todo inocente, já com experiências sexuais, tendo rompido com o seu ex-namorado há uma semana, sendo-lhe detectada doença venérea e sem sinais de violência física.

Sinceramente, face às regras da experiência comum e da normalidade das coisas e da vida, não se acolhe facilmente a alegação de que, porque se encontrava alcoolizada, não foi capaz de oferecer resistência, dentro de todo este quadro e perante a sua actuação em que

tem discernimento para algumas coisas - como pedir dispensa, anuir ir ao quarto, telefonar para o ex-namorado -, importando apurar realmente o que se passou dentro daquele mesmo quarto. Na verdade, muitas, sérias dúvidas se nos antolham.

8. Não pode, no entanto, este Tribunal, subverter as regras da apreciação das provas e considerar que houve erro de julgamento, na medida em que tal facto contraria o que consignado ficou.

A admitir-se a possibilidade de reapreciação ter-se-ia de o fazer em todas as situações em que o erro de apreciação da prova é reconduzido a uma interpretação unilateral de uma das partes ou uma reprodução, ainda que inexacta, de um dado testemunho ou declarações.

Encontramo-nos perante uma situação em que o crime terá ocorrido, sem testemunhas presenciais.

O que as testemunhas relaD é apenas porque o ouviram da boca da ofendida e em circunstâncias em que era suposto estar constrangida na sua autodeterminação.

Daí que a convicção teve de se basear fundamentalmente nas declarações do arguido e da ofendida e aqui começa-se a reconhecer que pode haver situações - cada caso é um caso - em que a mera indicação das provas, sem um mínimo de conteúdo justificativo da convicção pode ser insuficiente.

Na verdade, a lei não fala apenas na indicação das provas, mas sim na indicação das que serviram para formar a convicção. No caso, de forma abrangente, são referidas todas as provas possíveis constantes dos

autos.

Não se olvida o facto de que o Tribunal explica como forjou a sua convicção, para além dos elementos que decorrem apenas das declarações do arguido e da ofendida, mas perante as declarações dos intervenientes no acto nenhum detalhe no sentido de privilegiar a sua versão é apresentado.

Não obstante a explicitação sobre as provas produzidas, as apontadas dúvidas continuam por remover, face aos elementos objectivos existentes nos autos e à própria anormalidade da descrição fáctica que vem descrita, e não já face à prova não reproduzida em audiência, tudo apontando para a necessidade de certeza quanto a uma motivação que exclua a possibilidade de erro de julgamento.

E não se olvida o facto de que é o próprio TUI que nos diz que *está cumprida a obrigação de indicação dos meios de prova quando a sentença se limita a indicar as fontes das provas que serviram para formar a convicção do juiz*, não deixando igualmente de dizer que se deve visar a garantia de que se seguiu um processo lógico e racional na apreciação da prova.<sup>1</sup>

Por outro lado, não deixa de ser interessante continuar a atentar na jurisprudência do TUI<sup>2</sup>, definidora de princípios orientadores, ao sancionar a doutrina no sentido de que *ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando, no decurso da audiência,*

---

<sup>1</sup> - Ac. TUI, de 16/3/01, proc. 16/2000

<sup>2</sup> - Proc. 7/2002, de 30/5/2002, proc. 3/2002, de 20/3/2002

*resulta fundada suspeita da verificação de factos relevantes e necessários para uma boa decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, mas não descritos na acusação ou na pronúncia, e que não importem uma alteração substancial dos factos descritos e o tribunal os não considera na sentença, não procedendo nos termos do art. 339.º, n.º 1 e 2 do Código de Processo Penal.*

Daí que se entenda que no caso *sub judice* há dúvidas razoáveis, em face dos elementos decorrentes dos autos, sendo que os meios indicados em que se terá baseado a convicção não são de molde a justificarem o processo lógico e racional que conduziu à fixação daquela matéria fáctica.

Isto é, parece que falta indagar melhor o que se terá passado no interior do quarto, no sentido de saber de uma real violentação e da ausência de qualquer consentimento, sendo que o processo e a sequência dos acontecimentos, das atitudes e comportamentos, antes, durante e depois dos factos, não se encaixa com a realidade tal como descrita.

9. As questões que vêm suscitadas, não valorizando, como não se podem valorizar, os depoimentos não produzidos ou reproduzidos em audiência, à luz do que dispõe o artigo 336º e 337º do CPP, não correspondem mais do que àquelas dúvidas que um homem mediano pode colocar.

Trata-se, ainda aqui, de vício patente no próprio texto da sentença, que não sobrevive às regras da experiência e não escapa à

apreciação do observador comum.

De todo o exposto decorre que se constata insuficiência para a decisão da matéria de facto, em face das dúvidas que razoavelmente se suscitam, face ao teor do acórdão e a elementos objectivos que decorrem dos próprios autos, - insuficiência incidente sobre qual a conduta e atitude do arguido e ofendida no referido quarto e como ela, nessa altura, estando a ser violentada, consegue ao mesmo tempo realizar o telefonema para o ex-namorado -, de forma a confirmar ou excluir a violência sobre a ofendida e a ausência de qualquer consentimento. Repare-se que as palavras ditas pela ofendida enquanto estava a ser violada são aquelas que o ex-namorado ouviu ao telefone, tal como consta da motivação do acórdão.

Tal vício está previsto nas alínea a) do n.º 2 do art. 400º do C. P. Penal e determina o reenvio do processo para novo julgamento, neste caso, atinente à totalidade do objecto do processo, a realizar por outro tribunal colectivo, formado por juízes que não tenham intervindo na decisão recorrida - artigo 418º, n.º 1 e n.º 3 do Código de Processo Penal.

#### **IV – DECISÃO**

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao recurso, determinando o reenvio do processo para novo julgamento, neste caso, atinente à totalidade do objecto do processo, a realizar por outro Tribunal Colectivo, formado por juízes que não tenham intervindo na

decisão recorrida.

Sem custas, por não serem devidas.

Macau, 31 de Maio de 2007,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong

(Vencido nos termos da  
declaração de voto que irei  
juntar na próxima sessão)

## 刑事上訴卷宗第 152/2006 號 表決聲明

本人就前頁的合議庭裁判的表決中落敗，理由如下：

按本人所能理解者，本合議庭的裁判多數表決的意思認為原審法院的裁決中的內容，與存於卷宗內的客觀材料所產生的合理疑點，結論一審的審判及判決患有《刑事訴訟法典》第四百條第二款 a 項所規定的「獲證明之事實上之事實不足以支持作出該裁判」的瑕疵，故裁決把案件發回重審。

然而本人認為一審的審判及判決並不存在《刑事訴訟法典》第四百條第二款 a 項所指的瑕疵。

本合議庭多數表決贊同的裁判是引用終審法院於二零零二年五月三十日於 7/2002 號刑事上訴卷宗中主張的理解，當中指出：「如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生了一些事實，根據該法律問題的各種可行的解決辦法，上述事實對做出正確裁判是重要和必要的，但在控訴書或起訴書中沒有描述，並且對其中描述的事實不構成實質變更，而法院沒有根據《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款和第 2 款的規定在判決書中考慮該等事實，則存在已認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。」。

對這一理解本人不表認同。

上述終審法院的論據提及《刑事訴訟法典》第三百三十九條的規定。

事實上，若要正確理解《刑事訴訟法典》第三百三十九條規定的訴訟標的非實質事實變更的可能性的真正意義和立法精神，我們必須是從審檢分立原則中找尋當中真諦。

只有正確理解澳門現行刑事訴訟法中所採納的審檢分立原則，方可理解第三百三十九條所指為何物。

審檢分立可分為主體方面的分立和客體方面的分立。

主體方面的分立是指刑事訴程序中的調查階段和審判階段必須分別由不同的實體負責進行。凡曾經在同一訴訟程序中參與調查工作的實體，不得在隨後的審判階段擔任法官角色進行審判。

在客體方面而言，作為主導審判工作的法官，就對被告不利的事實而言，僅可在偵查實體通過控訴書列明的控罪事實所定出訴訟標的範圍內進行證據調查和審判活動。申言之，凡不屬控訴事實範圍內且對被告人不利的事實均不得作為調查和審判的標的。然而，由被告人提出的答辯事實，即使是對其不利的事實也不受此限。從另一角度而言，法官有義務對載於訴訟標的的全部事實（控訴書及書面答辯中所載者）進行調查和審理。

因此，我們很容易可理解審檢分立在主體方面和客體方面均是對被告人提供公平審判保障的原則。

在主體方面，是保障被告人不致由曾對其行為作出調查或有參予調查的實體，在形成認定被告人有實施犯罪及對被告人提出控訴後，再由該在控訴已認定其有犯罪的實體主持審判。如是者，即使在抽象層面我們也能意識到同一實體是

難以客觀地在審判階段進行審判。

在客體方面，是保障被告人不致遭受一些其審判前未能預見的控罪事實所審判，從而確保被告人在審判前完全清楚檢察機關對其作出的控罪事實，以便有合理時間及條件就這些控訴書內描述的事實逐一研究以調較其辯護策略。對法官而言，確保訴訟標的中的全部事實均被調查和審理。

由此審檢分立原則可引伸出以下的原則：

- 一、 訴訟標的不變原則：是指訴訟標的的控罪事實自控訴提出後至終局裁判維持不變。
- 二、 訴訟標的不可分割原則：是指無論基於任何理由，均不得在審判階段分割審理訴訟標的或將訴訟標的部份另立訴訟審理。法官必須對訴訟標的全部事實進行調查和審理。
- 三、 訴訟標的被審判完全吸收原則：指經審判及有關裁判已確定後，不論基於任何理由，對沒有被審理或遺漏審理的控罪事實部份均視為已被審理，且因此不可能再另立訴訟審理。

因此，原則上，除了被告人在其書面答辯中提出的事實外，被告人在審判階段應面對的控罪事實只可能是控訴書（或起訴批示中）所明確列出的事實。

對審判法院而言，其審判活動也不可能超逾由控訴書中的控罪事實和被告人書面答辯中述及的事實所限制的範圍。

既然不能逾越，更理所當然的是審判法院無義務就既不載於控訴書（或起訴

批示)中又不載於被告人書面答辯中的事實。

然而凡事均有例外，而《刑事訴訟法典》第三百三十九條所規定者正是審檢分立原則的例外情況。

事實上，在實際操作過程中，往往基於某些原因，一些對被告人不利的事實未有載於檢察院的控訴書(或經預審後的起訴批示)。這些事實在法院庭審時往往會透過證據調查，例如被告人的陳述及被害人的證言披露出來，使法院及其他訴訟主體有合理理由認為這些事實曾經發生。

根據審檢分立原則，遇有這樣合理懷疑其存在且可加重被告人罪責的新事實，由於未有載明於檢察院的控訴書(或預審法官的起訴批示)，法院不得在同一庭審中對該等新事實進行審理。

如該等事實可獨立地構成另一訴訟的標的(例如在審理搶劫罪時，發現行爲人在實施搶劫罪前一年曾實施殺人罪)，那麼主持審判的法官應向在場參與庭審的檢察院司法官作出等同檢舉犯罪消息的告知，以便檢察另行立案偵查，以達致厲行主義有罪必究和不致姑息的精神。

但如該等在庭審中發現的新事實不能獨立構成另一訴訟標的，例如被盜竊之物的價值變更(例如原控訴書的事實指物之價值爲一百圓，但在庭審過程中發現該物價值爲超過十萬圓)，傷人罪中行爲人除了拳打被害人外，還發現被害人被刀刺等新事實，又或在搶劫罪中控訴書只描述被害人被行爲人用刀指嚇交出財物，但在庭審中有合理懷疑被害人曾被毆打後方被迫交出財物，又或在庭審方發現行爲人和被害人之間存在親屬關係，而這種關係可導致罪名變更或構成加重情節(例如《刑法典》第一百二十九條第二款 a 項)，情況就似乎難以處理了。

如堅守審檢分立原則，審判法院不能就新事實同案審理。此外，這類新事實  
在技術上或法律上均不能從原控訴書中的控罪事實分割出來，那麼便不能落實實  
質公義，而只可眼巴巴地姑息犯罪人的一部份罪責。

審檢分立原則之所以不能容許法院就這些新事實一併同案審理是由於被告  
人的就控罪事實應有的辯護能力會因為就無法預見的事實受審而受損害。但如能  
確保被告人就新發現對其不利的事實的辯護權得以充分行使，則因為被告人就新  
事實而同案受審而帶來對審檢分立原則的衝擊則大大降低甚至不存在。

這一既能確保被告人的權利不致受損，又能不致姑息犯罪人罪責的考慮，正  
是《刑事訴訟法典》第三百三十九條的立法精神。

由此可見，《刑事訴訟法典》第三百三十九條的立法精神及原意並非為了對  
犯罪被告人治以某一在審判者心目中假設的罪名，而在控訴標的以外找尋足夠新  
事實以支持對犯罪被告人判罪。更不可能被錯誤解釋為旨在補足檢察院控訴書的  
控罪事實的不足。

事實上，根據審檢分立原則，劃定審判階段由法院審理的控罪事實範圍是檢  
察院的職責。在偵查階段中，檢察院主導的偵查對象事實可以有無限制的變更，  
例如由原先犯罪消息為盜竊罪的調查方向可變更為朝着殺人罪的方向所調查，只  
在偵查過程中發現有跡象顯示有這一犯罪存在。因此，在偵查階段只有調查方向  
而沒有確定調查對象事實的限制範圍，在主體及客體的限制亦然。

如果我們可以穩當地指出在偵查階段檢察院的調查範圍不設限制，則亦可同  
樣穩當地肯定根據審檢分立原則，在審判階段中，除我們上文闡述《刑事訴訟法  
典》第三百三十九條的情況，以及第三百四十條的特別情況外，法院均不可能增

加訴訟標的中對被告人不利的新事實。

瞭解第三百三十九條的真正立法精神後，讓我們再回到本上訴案的情況。本合議庭多數表決引用了終審法院於二零零二年五月三十日作出的合議庭裁判中所主張的理論。當中指出：「如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生了一些事實，根據該法律問題的各種可行的解決辦法，上述事實對做出正確裁判是重要和必要的，但在控訴書或起訴書中沒有描述，並且對其中描述的事實不構成實質變更，而法院沒有根據《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款和第 2 款的規定在判決書中考慮該等事實，則存在已認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。」

對此本人重申不予認同，理由是除了基於以上本人就《刑事訴訟法典》第三百三十九條的闡述外，還有以下的理由。

根據終法審法院合議庭在該裁判中的主張，本人所能理解其所指者是《刑事訴訟法典》第四百條第二款 a 項的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵是由於原審法院沒有根據第三百三十九條的規定擴大訴訟標的而導致原審法院沒有足夠獲證事實對被告人所作出的判罪。

首先，我們認為這樣的主張有邏輯上的錯誤之虞。

《刑事訴訟法典》第三百三十九條第一款的適用事實前提是「如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。」。

申言之，只有主持審判的法官，在場參與庭審的各訴訟主體方有客觀條件根據彼等庭上目睹、耳聽或其他方式感覺到在庭審的訴訟行為過程中（包括證物展示，被告人陳述、證人作證等的證據審查及調查活動）出現的跡象而懷疑某些對被告人不利但未有載於檢察院控訴書（或預審法官的起訴批示）中的事實曾經發生。

因此沒有在場參與一審開庭聽證的上訴法院根本毫無條件認為在「聽證過程中得出結果使彼等（上訴法院的法官）有依據懷疑曾發生一些事實」。

誠然，上訴法院的法官能懷疑曾有發生的事實只能是根據一審法院的事實認定和判處被告人的罪名間存在的關係，推斷應否再查明某些被認定事實事宜中未有包括但爲了作出如一審法院判罪般的法律判決或彼等心目中假定應予判處的結果而必須查明的新事實。

根據本人所能解讀終審法院的理解就是這樣，即爲了支持作出如一審法院判罪般或其心目中假設應予作出的判決而需要加入的新事實，而認爲原審法院應根據第三百三十九條規定加入新事實而擴大訴訟標的，而使被認定的事實事宜能支持如一審判罪般的法律判決或上訴法院法官心目中的應予作出的判決<sup>3</sup>。

基於上文就審檢分立原則的闡述，明顯地，這並不是立法者在設定第三百三十九條對審檢分立原則構成例外情況的規定所希望規範的情況和達致的立法目的。

---

<sup>3</sup>這種由上訴法院依職權擴大訴訟標的的做法，在解決私人間糾紛的民事訴訟是可能的一見《民事訴訟法典》第六百二十九條第四款第二部份。但在奉行審檢分立的刑事訴訟則不可能！

鑑於第三百三十九條為例外性的規範，因此不可能類推適用於其他法律沒明示的情況一見《民法典》第十條。

因此，單憑原審法院的判決內容，上訴法院是不具客觀條件去評價原審法院是否違反或不遵守第三百三十九條的規定。

然而，這完全不意謂我們的訴訟制度欠缺機制確保第三百三十九條得以被遵守。

事實上，一審法院可以作為或不作為方式不遵守第三百三十九條的規定，但可因此而受不同的機制就其違法行為受到審查，而有利害關係的訴訟主體可享有法定的救濟和爭辯手段。

如一審法院以作為方式違反第三百三十九條，即未有根據第一款所規定的方式，確保被告人有充分時間及條件就新事實準備其辯護策略，而利用在庭審時方發現的不利事實對被告判罪，則構成第三百六十條 b 項的判決無效情事<sup>4</sup>。認為其訴訟權利受損的被告人可以，或肩負維護合法性原則使命的檢察院應向上訴法院提起上訴，請求宣告一審判決無效。

若一審法院以不作為方式違反第三百三十九條規定，即有合理懷疑某些對被

---

<sup>4</sup>第三百六十條

(判決之無效)

屬下列情況之判決無效：

- a) ……
- b) 在非屬第三百三十九條及第三百四十條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。

告人不利事實有發生，但沒有在確保辯論原則的條件下把這些新事實一併納入同案審理，而最終亦沒有考慮或利用這些新事實作出判決，則這違反或不遵守刑事訴訟法的規定的不作為便構成不法情事。

就不遵守訴訟法規定而產生的不法情事，《刑事訴訟法典》第一百零五條第一及第二款有以下的規定：

「一、違反或不遵守刑事訴訟法之規定，僅在法律明文規定訴訟行為屬無效時，方導致有關訴訟行為無效。

二、如法律未規定訴訟行為屬無效，則違法之訴訟行為屬不當之行為。

」

具體而言，原審法院在第三百三十九條第一款規定的事實前提成立時沒有根據同一款的第二部份行事似乎不構成第一百零六條及第一百零七條的任一無效情事，故根據第一百零五條第二款規定僅屬不當情事。

根據第一百一十條第一款的規定，有利害關係的訴訟主體（輔助人及檢察院）均可在庭審完結前向主持審判的合議庭（或獨任庭）提出無效情事的爭辯。

若利害關係的訴訟主體沒有就該不當情事適時提出爭辯，則該不當情事便被視為獲得補正，而有利害關係的訴訟主體日後不得就同一不當情事提起爭辯和法院日後亦不可依職權宣告該不作為構成不當情事。

若有就該不當情事提出爭辯，則一審法院必須審理爭辯並立即作出裁判。若認為爭辯理由成立，則宣告其不作為構成不當情事，從而根據第一百零九條處理，並根據第三百三十九條作出應有的行為。若判定爭辯理由不成立，則不服的

利害關係訴訟主體可就一審法院不予認定其爭辯理由成立的裁判向上級法院提出上訴。

此外，即使整個庭審過程均全部被筆錄及以其他錄音及錄影的技術方法記錄下來，如利害關係的訴訟主體沒在庭審結束前就該不當情事提出爭辯，則即使具備客觀條件判斷第三百三十九條的前提成立，上訴法院也基於不當情事未有被及時爭議而獲補正，因此日後不得宣告原審法院的不作為構成不當情事。

由此可見，雖然有時間性的限制，但法律有設定適合和足夠的爭議及審查機制以確保一審法院遵守第三百三十九條的規定。

根據上文所闡述的理由，這些機制不應包括如終審法院般理解，通過利害關係訴訟主體以一審終局判決的認定事實事宜不足以支持法律判決為依據而提起的上訴。

明確了第三百三十九條規定的訴訟標的非實質事實變更的情況與第四百條第二款 a 項的關係後，以下讓我們解釋這 a 項所指的「獲證明之事實事宜不足以支持裁判」，這一表決所謂何事。

首先，必須強調就這一文字表述我們不能對之只作字面上解釋，否則便會無限地和無標準地容許上訴法院擴大訴訟標的。

純按字面解釋，以下多種情況均可納入其中：

- 一、 一審法院已就訴訟標的全部事實作出證據調查，而對被告人作出相同於或有別於檢察院控罪罪名的判罪。然而，由於控訴書本身所載的事實不足以構成任何犯罪，則即使控訴事實全數獲得證實，亦不

足以作出有罪裁判。

- 二、 在上述第一種情況中，只有部份事實獲得證實，但一審法院對被告人作出相同於或有別於檢察院控罪的判罪。
- 三、 檢察院控訴書所載的事實一旦全數獲得證實，是足以支持指控罪名的判罪或不同罪名的判罪。然而，在對全部的控罪事實調查後，由於證據不足而一審法院認為全部或部份事實不獲證實，但仍對被告人以檢察院所控的罪名或不同罪名的有罪判決。
- 四、 檢察院控訴書所載的事實一旦全數獲得證實，是足以支持其控罪名的判罪或另一罪名的判罪。然而，由於原審法院沒有調查控罪事實的全部而僅對其中一部份作調查，因此引致僅餘獲證事實不足以作出與檢察院控罪相同的有罪判決或任何其他罪名的有罪判決。儘管如此，原審法院作出了有罪判決。
- 五、 在被告人有提出書面答辯時，一審法院只審理了檢察院控訴書所載的控罪事實而沒有調查被告人的答辯事實，因此在未完全調查訴訟標的全部的情況下，只根據載於控訴書且被視為獲證的事實對被告人作出相同於檢察院所控罪名或不同罪名的有罪判決。但獲證的事實是不足以支持有關判決的。
- 六、 在原審法院認為第三百三十九條或三百四十條的前提成立時，分別根據第三百三十九條或三百四十條規定確保辯論原則得以體現的情況，把構成非實質事實變更或實質事實變更的新事實明確納入訴訟標的範圍內並通過庭審筆錄記錄有關新事實。然而一審法院却沒有

就這些加入訴訟標的新事實進行審理而僅對原載於檢察院控訴書及被告人答辯狀中的事實作出調查，且完全不調查新事實而作出與檢察院控罪一致或不同的有罪判決或無罪判決，但此判決是沒有足夠的已證事實基礎支持的。

七、 不論何故導致，單憑原審法院的判決內容，載於一審判決的獲證事實事宜是不足以支持該判決的有罪或無罪判決。

根據主流甚至沒爭議的學說及司法見解，《刑事訴訟法典》第四百條第二款 a 項的「事實不足」瑕疵的成立前提是一審法院審理事實問題時沒有調查全部載於訴訟標的中的待證事實，由此而產生剩下的獲證事實不足，導致一審法院作出的有罪或無罪判決欠缺足夠的事實基礎。

按這見解的主張，我們可從以上列舉的七種不同情況中排除部份不屬這一主流見解主張所包含的情況。

明顯地，首三種情況可即時被排除在第四百條第二款 a 項的情況，理由是一審法院已就全部的訴訟標的（控訴書及答辯狀中所載的事實）作出證據調查。

在第一種情況，是控罪事實不足以支持控罪，其不足是源於控訴事實的不足，而非因審判法院沒有調查訴訟標的事實的全部而引致的不足。因此，一審法院的判決是構成審判的法律錯誤，把不能構成犯罪的事實錯誤法律定性為犯罪。

在第二種情況，基於同樣理由，一審法院所犯有的不法情事亦是把不能構成犯罪的獲證事實錯誤法律定性為犯罪。

第三種情況亦同樣是法律定性錯誤的問題，與第一、二種情況的分別是第三

種情況的事實不足是基於事實審證據調查的結果，而導致一部份甚或全部訴訟標的事實不獲證實，反之首二種情況的不足是源於控訴事實不足。

根據我們上文闡述的審檢分立原則，如檢察院提出的控訴書所載的事實不足以支持控罪或不足以構成其他犯罪，審判法官早應在接收卷宗所作的清理批示中不受理控訴而無須擇日開庭審理。基於禁止作出無用行為原則，原審法官若早發現控訴不足，則早應拒絕接收控訴書，命令發回檢察院作適當處理。就這一問題，本中級法院曾多次作出一致的理解（見二零零七年五月三十一日中級法院第 242/2007 號上訴卷宗的合議庭裁判）。

如法官未有在清理批示中發現控訴事實不足的問題，只在稍後庭審過程中發現問題，亦不得以第三百三十九條或三百四十條規定以補足訴訟標的之不足，以便朝着檢察院的控罪方向追訴行為人罪責。如是者，我們所面對的制度是不是審檢分立，而是容許在控罪事實有所遺漏或不足時，容許法官採用糾問制度，自行找尋控訴事實和自行同案審理。

如控訴事實不足在庭審期間發現，法院必須嚴格信守審檢分立原則，除無罪開釋被告人外就別無選擇。我們知道，追求實質公義追訴犯罪行為人刑事責任固然重要，但程序公平特別是審檢分立的保障亦同樣重要。

因此，首三種情況均是法律定性錯誤而不屬第四百條第二款 a 項所指的「事實不足」。

就第四種情況而言，鑑於獲證事實不足是源於法院調查事實並沒涵蓋訴訟標的的全部事實，且獲證的事實不足以支持原審法院所出的判決，因此是第四百條第二款 a 項所指的「獲證事實不足」。

假設在第四種情況時，雖然法院沒有調查訴訟標的全部事實，但有調查及被證實的部份的事實在法律上足以對被告人作出檢察院所控罪名或另一罪名的有罪判決，或無罪判決，唯這情況是原審法院違反審檢分立原則中法官必須完全調查和審理控罪事實全部的義務，因此犯有審判錯誤中遺漏審判事實問題的不法情事，而絕非第四百條第二款 a 項的獲證事實不足。

在第五種情況中由被告人提交的書面答辯中所提出的事實是訴訟標的的一組成部份，因此法官有義務對之進行調查和審理，如基於沒有對之作出調查而導致獲證事實不足以支持一審法院所作的裁判，則真正構成第四百條第二款 a 項的「獲證事實不足」的瑕疵。

如即使沒有調查和審理被告人答辯狀中所載的事實而作出判決，但獲證實的事實足以支持這樣的判決，則一審法院亦如上述第四種情況般違反了審檢分立原則中規定法官必須就訴訟標的全部進行調查和審理的義務，故屬審判錯誤的不法情事而非第四百條第二款 a 項所指的「獲證事實不足」的情況。

至於第六種情況，鑑於原審法院已依法根據第三百三十九條或三百四十條的例外規定擴大了訴訟標的，且已明確載於庭審筆錄中加入了那些新事實。儘管如此，法院沒有對這些新事實進行調查和審理和因此而導致獲證事實不足以支持一審法院作出的判決，因此構成了主流學說及司法見解所主張第四百條第二款 a 項的瑕疵。

同樣道理，倘儘管未有就這些新事實進行調查和審理，但經調查後其餘獲證事實亦足以支持一審法院所作的判決，這種情況與上文第四及第五種情況般，只是一審法院違反審檢分立原則中規定法官必須審理訴訟標的全部的義務。事實

上，既然一審法院根據第三百三十九條或三百四十條已擴大了原來的訴訟標的，那麼一審法院理應調查和審理擴大了的訴訟標的，沒有這樣做便構成違反審檢分立原則的不法情事，但非第四百條第二款 a 項的「獲證事實不足」的瑕疵。

第七種情況只符合純字面解釋第四百條第二款 c 項的「事實不足情況」的要求，但由於不知不足的源頭，故不能單憑這樣的思路而認為屬於第四百條第二款 a 項的情況。

被本合議庭裁判引用的終審法院見解是上訴法院在審理就一審判決提起的上訴時所作的結論。

然而這一結論所主張者有着時間先後和邏輯次序謬誤之虞。

首先我們須清楚上訴法院在審理上訴時所能審查的材料。

一般情況而言，上訴法院可審查整個卷宗內容，包括控訴書、答辯狀、一審判決等。

那麼，一如大部份的情況中沒有對庭審過程作全部筆錄或以錄音錄像的技術全部記錄下來<sup>5</sup>，那麼上訴法院如何得知「在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生了一些事實，而這些事實是沒有在起訴書或控訴書中有描述的且對控罪事實構成非實質事實變更的事實」？

似乎上訴法院所能判斷的是根據載於一審判決文本中的獲證事實不足以支

---

<sup>5</sup> 即使對庭審過程全部進行筆錄或錄音錄影，一如上文曾分析，若在場的有利害關係的訴訟主體沒有在庭審結束前就法官沒有按第三百三十九條辦事而提出爭議，則即使有不當情事，也業已補正。

持一審的法律判決或上訴法院法官們心中認為假設應該作出的判罪。申言之，即根據上訴法院綜觀卷宗內所存的材料，認為一審法院沒有查明某些沒有載於訴訟標的，但上訴法院懷疑其曾發生的事實，而這些事實被上訴法院法官們認為是支持彼等心目中認為應該作出的各種可能判決所必需的事實，和因此而認為原審法院沒有根據第三百三十九條規定，把這些新事實納入訴訟標的內以便同案一併審理而有所遺漏，故認定判決患有第四百條第二款 c 項的「獲證事實不足」的瑕疵。

依本人所見，只有一審法院及在一審庭審時在場參與的各訴訟主體方具備客觀條件認為「在聽證過程中得出結果使人有依據懷疑發生了一些新事實。」

若無庭審記錄，上訴法院憑藉其可審查的材料根本不可能作出如此判斷或懷疑。

那麼，只要一審判決的文本內容清楚顯示一審法院已就訴訟標的(控訴書及答辯狀)的全部事實作出調查，且在庭審筆錄中沒有記載一審法院曾根據第三百三十九條把那些在庭審時懷疑曾有發生，但未載於原訴訟標的中的新事實加入訴訟標的，以便同案一併審理時，則似乎我們可以很穩當地排除存在第四百條第二款 a 項的「獲證事實不足」的瑕疵。可能存在其他不法情事，但絕不是「事實不足」這一瑕疵，理由是根據主流的學說及司法見解，只有在法院未完全調查訴訟標的的全部事實時方可能存在這一瑕疵。

事實上，上訴法院不可能根據其審理上訴時的理解去劃定訴訟標的範圍，如果我們的制度容許上訴法院可取代原審法院以認定第三百三十九條的合理懷疑新事實存在與否時，則表示我們的制度容許或任由上訴法院在上訴階段劃定訴訟標的的形態和大小範圍，繼而按其劃定的形態及大小範圍去判定原審法院有否完全調查這一嗣後可由上訴法院劃定的訴訟標的的全部。

申言之，如果一審法院亦不知道其應調查的訴訟標的事實的全部，那麼我們

如何有正當性要求一審法院調查一個未確定或可嗣後變更(因仍可嗣後被上訴法院認為應予擴大)的標的的全部?

就本具體案件而言，根據原審判決內容，獲證事實與不獲證事實的總和等同訴訟標的的全部事實。因此毫無疑問，一審法院已就訴訟標的的全部事實作出調查，因此原則上已可排除第四百條第二款 a 項的「獲證事實不足」的瑕疵。

再者，只要細讀在一審裁判中獲證事實的全文<sup>6</sup>，則毫無疑問是足以對上訴人作出強姦罪的有罪判決。

就解釋其認定「獲證事實不足」的論點，本合議庭多數表決的理解指出如下：

---

<sup>6</sup> 2004 年 2 月 17 日晚，嫌犯 A 在位於新口岸皇朝廣場的“xx 卡拉 OK”內認識了中學生 B。

至翌日早上 7 時許，嫌犯 A 用其私家車載同 B 及 B 的朋友 C 一起離開上述卡拉 OK，B 及 C 均在該卡拉 OK 內喝了不少啤酒。

該日 8 時 15 分左右，B 及 C 乘搭嫌犯駕駛的汽車到達 B 就讀的 xx 中學，由 B 下車向學校老師請假，稍後 C 先行在水上街市附近下車回家。

接近 9 時左右，嫌犯將其私家車駛至沙梨頭街海關檢查站附近，並將車泊於該處，而從該處步行至 B 住處（夜嘢街 x 號 xx 大廈）只需二至三分鐘。

但嫌犯沒有將 B 送回家，而是於 9 時 2 分拖住已非常疲倦且步履不穩的 B 去到附近之“xx 酒店”，將 B 放置在大堂的一張沙發上，然而自己去到酒店接待處用約三百圓澳門幣租下了該酒店 xx 號房，之後帶同 B 乘電梯上到該房間。

該房內只有一張床，B 因感身體疲倦於是和衣睡在床上，並用毛毯蓋住身體。

而嫌犯見 B 躺在床上，於是脫去自己的衣服，伸手進 B 的衣服下撫摸其身體，隨後動手除下 B 的衣服。

B 雖予以反抗，且向嫌犯說“你不好攪我，你行開”，但嫌犯利用體能上的優勢面對面壓住酒後無力的 B 的身體，並成功將 B 大腿分開，將陰莖插入對方陰道內抽動。

事後，嫌犯穿回衣服，於該日早上 10 時 30 分左右離開酒店，嫌犯總共在上述酒店房間內停留了逾一個小時。

嫌犯是在自願、有意識及故意之情況下，以暴力手段與婦女性交。嫌犯清楚知道其行為非法，會受法律制裁。

Daí que se entenda que no caso sub judice há dúvidas razoáveis, em face dos elementos decorrentes dos autos, sendo que os meios indicados em que se terá baseado a convicção não são de molde a justificarem o processo lógico e racional que conduziu à fixação daquela matéria fáctica.

Isto é, parece que falta indagar melhor o que se terá passado no interior do quarto, no sentido de saber de uma real violentação e da ausência de qualquer consentimento, sendo que o processo e a sequência dos acontecimentos, das atitudes e comportamentos, antes, durante e depois dos factos, não se encaixa com a realidade tal como descrita.

9. As questões que vêm suscitadas, não valorizando, como não se podem valorizar, os depoimentos não produzidos ou reproduzidos em audiência, à luz do que dispõe o artigo 336º e 337º do CPP, não correspondem mais do que àquelas dúvidas que um homem mediano pode colocar.

Trata-se, ainda aqui, de vício patente no próprio texto da sentença, que não sobrevive às regras da experiência e não escapa à apreciação do observador comum.

De todo o exposto decorre que se constata insuficiência para a decisão da matéria de facto, em face das dúvidas que razoavelmente se suscitam, face ao teor do acórdão e a elementos objectivos que decorrem dos próprios autos, - insuficiência incidente sobre qual a conduta e atitude do arguido e ofendida no referido quarto e como ela, nessa altura, estando a ser violentada, consegue ao mesmo tempo realizar o telefonema para o ex-namorado -, de forma a confirmar ou excluir a violência sobre a ofendida e a ausência de qualquer consentimento. Repare-se que as palavras ditas pela ofendida enquanto estava a ser violada são aquelas que o ex-namorado ouviu ao telefone, tal como consta da motivação do acórdão.

Tal vício está previsto nas alínea a) do n.º 2 do art. 400º do C. P.

Penal e determina o reenvio do processo para novo julgamento, neste caso, atinente à totalidade do objecto do processo, a realizar por outro tribunal colectivo, formado por juízes que não tenham intervindo na decisão recorrida - artigo 418º, n.º 1 e n.º 3 do Código de Processo Penal.

似乎本合議庭多數表決的理解在提出一系列的疑點去質疑為甚麼原審法院認定被害人不同意的情況下與行為人發生性關係。

但本合議庭其餘兩位法官同事却把審查證據錯誤看作「獲證事實不足」看待。

如本合議庭的多數表決理解的疑問屬合理懷疑，則可能構成第四百條第二款c項所指的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。

然而，法律要求的是明顯錯誤。所謂明顯錯誤，學說及司法見解均認為凡違反具約束力的法定證據的規定或其錯誤是一般人無須任何深入審查也能較易察覺的錯誤。

綜觀一審判決中載明的事實認定理由，被採用的證據方法以及其認定的事實事宜，本人實看不見有違反法定證據的情況和存在使人輕易察覺違反經驗法則和常理的錯誤。

事實上，根據《刑事訴訟法典》第一百一十四條規定，一審法院根據自由心證原則認定事實問題，在審查和調查一切可資顯示事實如何發生的證據方法後，按經驗法則和常理推斷一與常理及事物邏輯無違的事實版本的內心確信。

我們承認上訴法院有可能根據其能審查的證據材料形成與一審法院有別的內心確信，但這不等於上訴法院在任何情況下均能把其內心確信取代一審法院的內心確信，推翻一審法院對事實問題的認定。

根據直接審理和言詞辯論原則，一審法院是最具有條件對事實作出認定的法院。上訴法院是作文件審查為主和聽取法律辯論陳述，毫無疑問在與證據的接觸不及一審法院那麼直接。

一審法院的法官在庭審時是直接現場，通過言詞方式聽取各訴訟主體及參與人，包括行為人，被害人及其他證人的陳述及證言，能直接目睹及耳聽彼等被訊問及詢問時的神態和舉止反應等。以上種種直接審查證據方法均賦予一審法院有最佳條件認定事實。

那麼只有當一審法院在審查和調查證據時犯有明顯錯誤時，不具備如一審法院般有利條件的上訴法院亦可有正當性和有說服力地指出一審法院犯錯，從而依法撤銷一審和命令重審。

因此，我們的訴訟法原則上規定一審法院的自由心證不受上訴法院審查和質疑的，除非卷宗存有的材料顯示出一審法院在認定事實、審查證據時出現明顯錯誤（第四百條第二款 c 項）。

要不是這樣，上訴法院得以一審法院的內心確信與其內心確信有別便撤銷原審和命令重審，儘管一審法院在審查證據沒有錯誤亦然。

我們必須強調和應該信守的原則是，第四百條第二款 c 項所要求者不僅是上訴法院的內心確信有別於一審法院的內心確信便能以原審法院在審查事實問題犯錯為依據撤銷原審，命令重審，而是要求一審法院犯有上文所定義的明顯錯誤方可作出撤銷原審的判決。

因此，即使本合議庭多數表決理解所指的懷疑存在，極其量可能存有錯誤（本

人也不認為存在)，但絕不是第四百條第二款 c 項所指的明顯錯誤。

綜上所述，在本案中，由於一審法院已就訴訟標的中的全部事實已作出調查和審理，且獲證事實是足以支持對被告人判以強姦罪，則不可能存在第四百條第二款 a 項「獲證事實不足」的瑕疵，因此，應判本上訴理由不成立。

二零零七年六月七日

助審法官

賴健雄