

Processo n.º 560/2006

(Recurso Penal)

Data: 13/Março/2008

Recorrente: Ministério Público

Objecto do Recurso: Despacho que não recebeu a acusação do MºPº

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

I – RELATÓRIO

O **Digno Magistrado do Ministério Público** apresenta recurso do despacho proferido em 27 de Junho de 2006, que não recebeu a acusação do MP, exarado no Processo Comum Singular n.º CR2-06-0107-PCS (vide a fls. 35 dos autos), alegando em síntese:

1. Após o MºPº ter deduzida a acusação e remetidos legalmente os autos ao Tribunal para serem julgados, o Juiz deve apreciar se existem neles questões prévias ou incidentais.

2. Caso não existam questões prévias ou incidentais, o Juiz deve proferir legalmente o despacho, marcando o dia, hora e local para a audiência de julgamento.

3. Não se verifica a existência de questões prévias ou incidentais neste processo,

por isso o Juiz deve proferir legalmente o despacho, marcando o dia, hora e local para a audiência de julgamento.

4. Não deve confundir o mérito da causa com as questões prévias e incidentais.

5. O Juiz rejeitou a admissão da acusação, é considerada a infracção do disposto no art. 293º, n.º 1 e art. 294º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

6. A razão que levou o Juiz a não admitir a acusação deduzida com base nos factos e condutas encontrados no presente processo, é considerada a infracção do disposto no art. 212º, n.º 4, al. b), do Código Penal.

7. O Juiz não marcou o dia, hora e local para a audiência de julgamento, é considerada a infracção do princípio processual "presunção de inocência".

Assim sendo, o Tribunal de Segunda Instância deve revogar o referido despacho recorrido e ordenar para que seja admitida a acusação deduzida pelo Ministério Público, com base nos factos e condutas encontrados no presente processo, marcando imediatamente o dia, hora e local para a audiência de julgamento.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu o seguinte douto parecer:

Acompanhamos, em termos essenciais, as judiciosas considerações do nosso Exm.º Colega.

A douta decisão recorrida não pode, efectivamente, manter-se.

Vejamos.

É certo que este Tribunal tem decidido que “há que, em regra geral, reconhecer ao Tribunal o poder e a possibilidade de devolver ou rejeitar uma acusação quando a considerar manifestamente improcedente” (cfr., nomeadamente, Ac. de 30-52002, proc. n.º 184/2001).

Tal Jurisprudência, todavia - salvo o devido respeito - não pode merecer a nossa concordância.

O C. P. Penal de Macau, como é sabido, seguiu de muito perto o C. P. Penal de Portugal (na sua versão originária).

Não acolheu, porém, a possibilidade - contemplada no Diploma português - de o Tribunal rejeitar a acusação com o fundamento de ela ser manifestamente infundada (cfr. art. 311º, n.º 2 - a).

Tratou-se, como é óbvio, de uma opção deliberada do legislador, que pretendeu, dessa forma, reforçar a estrutura acusatória do processo penal ou realizar a máxima acusatoriedade possível.

Considerou-se, assim, suficiente, nessa matéria, o controlo judicial assegurado ao arguido, através do direito de requerer a abertura da instrução.

Conforme se sabe, na verdade, o tipo descrito no n.º 4 do art. 212º do C. Penal é um crime privilegiado, enquanto o 'referido no n.º 1 do antecedente art. 211º se assume como delito fundamental (cfr., a propósito, A.M. Almeida Costa, Comentário Conimbricense do Código Penal, II, 322 e segs.).

Daí que a acusação sempre devesse ser recebida havendo apenas, no caso de a

qualificação ser feita no âmbito do citado art. 211º, que lançar mão, oportunamente, do expediente previsto no art. 339º do C. P. Penal (aplicável por analogia, nos termos do art. 4º do mesmo Diploma).

Deve, pelo exposto, ser concedido provimento ao recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

II – Despacho recorrido

É do seguinte teor:

“Autue como processo comum com intervenção de Tribunal Singular.

O Tribunal é competente.

Questão prévia susceptível de obstar à apreciação do mérito da causa.

Não se recebe a acusação pública deduzida a fls. 23 por não configurar crime a factualidade ali descrita e imputada ao arguido.

Vejamos.

Nos termos do art. 293º, n.º 1 do C.P.P., "recebidos os autos no tribunal competente para o julgamento, o juiz pronuncia-se sobre as questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa de que possa, desde logo, conhecer".

Ora, não pode deixar de considerar-se abrangida por tal normativo a situação em que os factos da acusação não integrem qualquer crime e, por isso, não determinem responsabilidade penal para o arguido. Com efeito, se os factos da acusação não constituírem crime, desnecessário se torna submetê-los a julgamento, pois que daí não resulta responsabilidade criminal para o acusado, o que configura uma questão de que se pode conhecer no momento processual de "recebimento da acusação" e que deve obstar à apreciação do mérito da causa criminal, que já se sabe iria ser de absolvição.

Creemos, depois de observado todo o respeito devido, que é muito e merecido, pela opinião plasmada na acusação, que os factos a submeter a julgamento não constituem crime.

Vejamos.

O arguido encontra-se acusado de, consciente e voluntariamente, sem ser portador de qualquer quantia monetária, ter entrado nas instalações de determinado estabelecimento comercial e aí ter consumido serviços de massagem e de beleza, cujo preço não pôde pagar.

A conduta imputada ao arguido é depois subsumida na douda acusação ao crime de burla relativa a seguros e para obtenção de alimentos, p. e p. pelo art. 212º, nº 4, al. b) do Código Penal.

Dispõe o referido artigo que "quem, com intenção de não pagar, utilizar quarto ou serviço de hotel ou estabelecimento análogo ... e se negar a solver a dívida contraída, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias."

Se bem se analisam os elementos típicos do crime em causa, dir-se-á que nem todos se encontram preenchidos.

E é ao nível da parte objectiva do tipo que se discorda da acusação pública.

No que ao caso presente interessa, o elemento objectivo típico consiste em:

- Utilizar estabelecimento análogo a hotel;
- Negar solver a dívida resultante de tal utilização.

A acção típica é pois a utilização de estabelecimento análogo a hotel e a recusa do respectivo pagamento. Fica pois de fora da norma incriminadora, a utilização de estabelecimentos não análogos a hotel.

Já se vê que a questão de saber se a conduta imputada ao arguido na acusação preenche a tipicidade do crime que lhe é imputado passa por saber se o estabelecimento que terá utilizado é análogo a hotel.

Apreciando.

A acusação não esclarece o tipo de estabelecimento em causa, uma vez que diz apenas que se chama "Sauna XXX" e que aí o arguido consumiu "serviços de massagem e de beleza", sem que sejam concretizados tais serviços.

Já recebeu críticas de má técnica legislativa o facto de a norma incriminadora recorrer a conceitos abstractos para recortar os elementos típicos. A norma penal incriminadora deve ser completa e precisa, não devendo deixar o tipo aberto ou "em branco" e, muito menos "entregá-lo" para completar à lei não penal, com outras

normas interpretativas.

Por outro lado o recurso à analogia em desfavor do arguido é proibido pelo art. 1º, nº 3 do Código Penal (*cf.* Prof. Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, ps. 174, 175, 180 e 181*).

Entende-se que o nome de um estabelecimento, seja ele qual for, e o facto de prestar "serviços de massagem e de beleza" são dados manifestamente insuficientes para poder qualificá-lo como análogo a hotel, pois poderá tratar-se de muitos outros tipos de estabelecimento completamente diferentes de hotel.

Ora, como o elemento típico em análise se decompõe na utilização de estabelecimento análogo a hotel, já se vê que a afirmação da acusação de que o arguido utilizou serviços de massagem e de beleza num estabelecimento chamado "Sauna XXX", não preenche o elemento típico em análise, pelo que, mesmo que toda a acusação se prove, maxime por confissão do arguido, terá este de ser absolvido por falta de verificação de um elemento típico.

Os factos a apreciar em julgamento e plasmados na acusação não são subsumíveis integralmente à norma jurídico-penal que pune o crime em causa.

Assim, a acusação não pode ser recebida, pois é evidente que não poderá proceder.

Conclui-se pois que não pode ser recebida a acusação nos termos do nº 1 do art. 293º do Código de Processo Penal.

*

Pelo exposto, não se recebe a acusação deduzida pelo Ministério Público.

Sem custas.

Notifique.”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa fundamentalmente por saber se a Mma Juiz podia ter ou não rejeitado a acusação.

Trata-se de uma questão delicada e parece que terá sido uma opção do legislador limitar as situações de não recebimento da acusação por parte do Juiz.

2. Quanto ao conhecimento das questões prévias e incidentais que obstem à apreciação do mérito parece não haver dúvidas quanto à necessidade desse conhecimento e a lei é expressa quanto a isso - art. 293º, n.º 1 do CPP.

Quanto ao mais, quanto ao fundo, salvas as situações de alteração substancial de factos do n.º2 do artigo 293º do CPP, parece, à primeira vista, que o legislador quis limitar o conhecimento por parte do juiz nessa fase, afigurando-se excluir dessa apreciação uma sindicância dos incidentes que possam suportar a acusação e tanto assim que nem sequer

contemplou uma expressão tal como a encontrada pelo legislador no Código congénere em Portugal ao prever uma situação de rejeição da acusação em casos em que *seja manifestamente infundada*.

Estamos em crer, no entanto, que este entendimento deve ser enquadrado com alguma cautela, pois que não obstante a falta de uma norma expressa de daquele teor, tal não deve ser impeditivo, sob pena de violação dos princípios mais elementares, de se prosseguir, até porventura em erro, com uma acusação liminarmente votada ao fracasso.

Não se acompanha, pois, sem qualquer filtragem, a proposição de que os Tribunais têm que receber e calendarizar toda e qualquer acusação, limitando-se a um mero papel chancelar, mesmo das maiores barbaridades jurídicas.

Nesse sentido tem decidido já este Tribunal.¹

Mas que tem que haver algum tento e contenção não parece haver dúvidas, quer face à redacção da norma que regula o despacho de recebimento, quer às competências dos diferentes órgãos no âmbito do processo.

3. E as dificuldades adensam-se quando se torna difícil distinguir certas questões prévias do próprio mérito. A este propósito e

¹ - Ac. TSI, de 30/5/2002, proc. 184/2001

reconhecendo que a recuperação de causas de nulidade com as causas conducentes a uma acusação manifestamente infundada, tais como previstas no n.º 3 do art. 311º do CPP, com a redacção da Lei 59/98, de 25 de Agosto, em Portugal, disso mesmo nos dá conta Germano Marques da Silva no seu Curso de Processo Penal.²

4. Analisando o caso *sub judice* a objecção levantada foi situada ao nível de uma questão prévia.

Diz-se no despacho recorrido que " ... *Questão prévia susceptível de obstar à apreciação do mérito da causa. Não se recebe a acusação pública deduzida a fls. 23 por não configurar crime a factualidade ali descrita e imputada ao arguido ...*", "... e bem se analisam os elementos típicos do crime em causa, dir-se-á que nem todos se encontram preenchidos Pelo exposto, não pode ser recebida a acusação nos termos do n.º 1 do art. 293º do Código de Processo Penal"

De que questão se tratava?

Na acusação apenas estava descrito que o arguido fruiu o serviço prestado pela *XXX Sauna*, mas não se indicou o teor concreto daquele serviço, por isso não se conseguiria apurar se a *XXX Sauna* era considerada estabelecimento similar a hotel, assim classificado por lei.

² - Curso De Proc. Penal, III, 2000, 207

Convém precisar que o crime imputado era o do artigo 212º, n.º 4, al. b) que prevê que comete crime quem *utilizar quarto ou serviço de hotel ou estabelecimento análogo com intenção de não pagar*.

5. O Digno Magistrado do MP entende que o despacho do Tribunal não distingue bem as "questões prévias" das "questões incidentais" e do "mérito da causa".

Afirma que as questões prévias consistem em questões feitas para verificar se as relações processuais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa são válidas e se estas são consideradas regras (por exemplo: se o facto criminoso já passou o prazo de prescrição, se o autor do crime foi amnistiado e se este ainda está vivo). As questões incidentais são também relacionadas com questões ligadas a relações processuais, as quais foram surgindo ao longo da audiência de julgamento susceptível de obstar à apreciação do mérito da causa.

Para concluir que importa apurar se os factos e as condutas imputados na acusação integram os elementos constitutivos do crime estipulado na lei e qual o tipo de crime cometido. Se constituintes do mérito da causa, a ser tratado em sede do julgamento, se questão relativa à culpabilidade do arguido (art. 349º, n.º 2, al. a) do Código de Processo Penal), essa questão deve e tem que ser determinada e tratada na audiência de julgamento.

Sustenta ainda que em conformidade com as sentenças judiciais proferidas pelos Tribunais da R.A.E.M. e com a tradição da sociedade de Macau, as saunas são consideradas como estabelecimentos similares a hotel.

6. Posto isto, somos a considerar que se os factos descritos não são os da previsão típica, essa questão reconduz-se como que a uma verdadeira questão prévia como seja a da inexistência de crime e o Juiz não está impedido de não receber a acusação.³

Já não assim quando o juiz entende que não há indícios bastantes, pois aí havia a fase da instrução para evitar um julgamento e o juiz não deverá antecipar o momento próprio, o do julgamento, para proceder a essa apreciação das provas.

No caso vertente, trata-se de eventual incompleição da acusação que pode comprometer o julgamento com base na falta de dois pressupostos: Que serviços foram dispensados ao cliente? Qual a natureza de um estabelecimento de sauna e quais os serviços dispensados por aquele em concreto?

Apenas com os elementos descritos entendeu a Mma Juiz que não seria possível proceder ao enquadramento típico e se o juiz entende, desde logo que não há crime não se vê razão para prosseguir para

³ - Germano Marques da Silva, ob. cit., 208

juízo com uma acusação à partida votada ao fracasso.

Tanto mais que a factualidade em falta não pode ser integrada *ex officio*, não se tratando já de uma mera qualificação jurídica.

Pensa-se, assim, nesta conformidade, que se se entender que não existem na acusação elementos suficientes para a integração do crime imputado ao arguido, a mesma, em princípio, não deve ser recebida, já o devendo ser se os factos descritos puderem eventualmente comportar uma outra qualificação jurídica, qual seja o eventual crime de burla.

Na verdade, quem entra em estabelecimento comercial, sabendo que não tem dinheiro consigo, aí faz consumo de bens e serviços e depois diz que não tem dinheiro para pagar, descrito o elemento subjectivo da actuação do agente, é passível de uma outra configuração criminosa e eventual cometimento de um crime de burla, p. e p. no art. 211º do CP, pelo que, por essa razão, entende este Tribunal que a acusação devia ter sido recebida.⁴

Tudo visto e ponderado, resta decidir.

⁴ - No mesmo sentido, cfr. Ac. TSI, de 19/9/2002, proc. 549/2002

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao recurso e, revogando o despacho proferido, determina-se seja recebida a acusação e designado dia para julgamento se não houver questões prévias, incidentais ou outras que a tal obstem.

Sem custas.

Macau, 13 de Março de 2008,

João A. G. Gil de Oliveira

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong

(Subcrevo a decisão que ordena o recebimento da acusação pura e simplesmente pela eventualidade de os factos constantes da acusação poderem vir a ser integráveis na previsão do tipo do crime de burla).