Processo nº 366/2008

(Autos de recurso penal)

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

Relatório

1. Por Acórdão proferido pelo Colectivo do T.J.B. decidiu-se condenar **A** (XXX) pela prática, em autoria material e na forma consumada, de 3 crimes de "auxilio (à imigração clandestina)", p. p. pelo art° 14°, n° 1 da Lei n° 6/2004, de 2 de Agosto, na pena de 2 anos e 6 meses de prisão cada, e, em cúmulo jurídico, na pena única de 3 anos e 3 meses de prisão; (cfr., fls. 130 a 130-v).

*

Inconformado, o arguido recorreu.

Motivou para concluir que:

"*I. O Recorrente foi condenado pela prática, em autoria material e na forma consumada de três crimes de Auxilio à Imigração Ilegal p. p. pelo n.° I do art. 14° da Lei 6/2004, na pena de prisão efectiva de 3 anos e 3 meses.*

II. O Recorrente devia ser punido por um único crime de Auxilio à Imigração Ilegal na forma continuada p. p. pelo n.° 1 do art. 14° da Lei 6/2004, ao invés de ser punido pela prática de três crimes.

III. A conduta do Recorrente é susceptível de se enquadrar na noção dos chamados crime continuado.

IV. O conceito de crime continuado encontra-se definido no n.° 2 do artigo 29° do Código Penal de Macau, como a realização plúrima do mesmo tipo ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

V. Atendendo os factos que o Tribunal a quo deu como provados, e cujos fez constar do douto acórdão de que ora se recorre, como sendo o fundamento da condenação do Recorrido pela pratica dos três crimes de Auxilio à Imigração Ilegal, indubitavelmente, que os mesmos preenchem os requisitos supra referidos do crime continuado por existir i) realização plúrima do mesmo tipo de crime (Auxilio à Imigração Ilegal de 3 jovens), ii) homogeneidade da forma de execução (Auxilio à Imigração Ilegal de 3 jovens todas transportadas numa mesma sampana, no mesmo dia, á mesma hora e via marítima), iii) dolo global (Auxilio à Imigração Ilegal de 3 jovens todas transportadas numa mesma sampana via marítima cuja entrada na RAEM, de todas elas, se deu fora dos postos de migração e sem que as mesmas estivessem autorizadas a permanecer na RAEM), e iv) persistência de uma "situação exterior" que facilite a execução e que diminua consideravelmente a culpa do agente (já que se auxilia uma jovem na entrada da RAEM fora dos postos de migração e sem a autorização a lá permanecer, auxilia-se três).

VI. Ao dar como provadas as condutas criminosas do Recorrente, o Tribunal a quo viola o artigo 29.° n.° 2 do Código Penal, no

sentido que, tendo sido praticados os factos pelo arguido na forma continuada, o crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação, nos termos do artigo 73.° do Código Penal, não se devendo aplicar as regras da punição do concurso previstas no artigo 71.° do Código Penal para determinar a pena do Arguido.

VII. O Recorrente, foi condenado pelos 3 crimes de Auxilio à Imigração Ilegal p. e p. pelo n.° do art. 14° da Lei 6/2004, com base numa a moldura penal abstracta de 2 a 8 anos de prisão,

VIII. Ao Recorrente foi-lhe aplicada uma pena de 2 anos e 6 meses de prisão por cada crime, sendo que, em cúmulo jurídico dos 3 crimes, foi condenado na pena única de 3 anos e 3 meses de prisão efectiva.

IX. Na graduação judicial das penas de prisão em consequência do julgamento, o Tribunal não ponderou todas as circunstâncias constantes dos autos conforme as regras da medida da pena previstas nos artigos 40°, 45° e 65° do Código Penal de Macau.

X. O Tribunal não ponderou os elementos disponíveis para a determinação da pena conforme a regra referida no artigo 65° do CPM.

XI. Caso a pena de prisão aplicada ao Recorrente fosse fixada dentro da moldura legal, a intercepção do Tribunal de recurso nesta área limitar-se-ia a censurar ao critério de aceitabilidade nos termos do princípio de proporcionalidade e de adequação, tendo em conta todos os factos assentes e ponderando todos os factores previstos no artigo 65° do CPM.

XII. Ao determinar a pena de prisão efectiva acima referida, o Tribunal Colectivo não considerou suficiente e exactamente algumas circunstâncias já provadas que a lei exige.

XIII. In casu, a pena de prisão aplicável à conduta mais grave do réu não deveria ser superior a 2 anos e 6 meses.

XIV. Atendendo a que a actividade delitual do Recorrente se circunscreveu a um período curto de tempo e que é delinquente primário, a sua culpa não parece compaginável com uma pena que vá além do seu limite mínimo, o acórdão recorrido violou os ns. 1 e 2 dos arts. 40.°, 65° e 71.°, todos do Código Penal.

XV. Pelos fundamentos supra expostos no que concerne à medida da penal, sendo fixada uma pena de prisão em 2 anos e 6 meses de prisão, deveria o Tribunal suspender a execução da pena concretamente aplicada, alegando que, estarem preenchidos todos

os requisitos da aplicação do artigo 48° do Código Penal,

XVI. Como é sabido, o artigo 48° do CPM confere ao julgador o poder-dever de suspender a execução da pena de prisão quando a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três anos e conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.

XVII. Cremos que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realiza na íntegra as finalidades da punição com base nos pressupostos para a suspensão da pena.

XVIII. Sendo coerentes com a fundamentação aduzida e a própria moldura concreta da pena aplicada, afigura-se desadequado e desproporcional a pena de prisão efectiva aplicada ao Recorrente, que vai ao arrepio das já citadas normas, cometendo-se um claro excesso ao não suspender a execução da pena a que alude o artigo 48° do Código Penal.

XIX. Donde se concluiu, que o recurso à suspensão da pena, significa que por um juízo de prognose, o julgador deve aferir que a simples

censura do facto e a ameaça da pena bastará para afastar o delinquente da criminalidade.

XX. Para além, naturalmente, das repercussões negativas e do efeito nefastos das penas privativas de liberdade de curta duração. É consabido que os estabelecimentos prisionais, não obstante o enorme esforço em contrário por parte das entidades competentes, representam uma "escola de crime".

XXI. Por outro lado, dispõe o artigo 48° do Código Penal vigente que a pena podem ser suspensa se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, a simples censura do facto e a ameaça de prisão cumpram adequada e suficientemente as finalidades da punição.

XXII. Considerando o quadro concreto descrito e o normativo legal citado, é de concluir que estão preenchidos todas as condições para que o Tribunal decida por um juízo de prognose social favorável ao Recorrente e defira a tão almejada pretensão da suspensão da pena.

XXIII. Não existe indícios que desfavoreçam a conclusão de que a simples censura do facto e a ameaça de prisão não realizem de forma

adequada e suficiente as finalidades punitivas."; (cfr., fls. 167 a 176).

*

Em Resposta, considera o Exm° Magistrado do Ministério Público que:

"*1- Os factos imputados ao arguido integram apenas a prática de um único crime de auxílio à imigração clandestina.*

2- A pena concreta aplicada – 2 anos e 6 meses de prisão mostra-se justa, adequada e equilibrada.

3- Face à não confissão do arguido e às fortes exigências de prevenção geral, neste tipo de crimes não se mostra adequada a suspensão da execução da pena.

4- Deve, pois, ser dado provimento parcial ao recurso – mas por razões diversas das invocadas pelo arguido – e confirmar-se, no resto, o douto acórdão recorrido."; (cfr., fls. 179 a 185).

*

Admitido o recurso, decidiu o Tribunal que deveria o arguido aguardar os ulteriores termos do processo em prisão preventiva; (cfr., fls. 131 a 131-v).

*

Igualmente inconformado com o assim decidido, o arguido recorreu, e na motivação que apresentou formulou as conclusões seguintes:

"*I. Em todas as diferentes fases do processo, foram mantidas as três medidas de coacção, (i) prestação de Termo de Identidade e Residência; (ii) obrigação de apresentação periódica quinzenal à Polícia Alfandegária e (iii) proibição de se ausentar da RAEM tendo sempre presente o princípio de adequação e proporcionalidade foram, cumulativamente, aplicadas pelo Meritíssimo Juiz de Instrução Criminal.*

II. Submetido a julgamento, veio o ora recorrente a ser condenado, em cúmulo jurídico por 3 crimes de Auxilio à Imigração Ilegal p. p. pelo n.° 1 do art. 14° da Lei 6/2004, numa pena de prisão efectiva de 3 anos e 3 meses tomando-se em consideração a moldura penal

abstracta aplicável que é a de "2 a 8 anos";

III. O recorrente interpôs, por requerimento ditado para a acta, recurso do douto acórdão pelo que não transitou em julgado a respectiva decisão, tendo requerido que se mantivessem as medidas de coacção aplicadas;

IV. O recurso das sentenças condenatórias tem efeito suspensivo (alínea a) do n. 1 do art. 398° do CPP).

V. Ao recorrente não poderia ser aplicada a prisão preventiva, em substituição das medidas aplicadas pelo Meritíssimo Juiz de Instrução Criminal a não ser que tivessem sido invocados factos que consubstanciassem alteração dos pressupostos que justificaram tais medidas não privativas da liberdade;

VI. O douto Tribunal recorrido apenas se baseou na verificação do requisito geral previsto na alínea a) do art.° 188° do CPP - "fuga ou perigo de fuga", em virtude do Arguido não ser titular de Bilhete de Identidade de Residente de Macau, para fundamentar a alteração da medida de coacção.

VII. O douto Tribunal recorrido, não indicou qualquer elemento de facto que indiciasse concretamente a "fuga" ou a "preparação da fuga";

VIII. Mesmo que se verificasse a circunstância da alinea a) do art. 188.° do CPP - o que se diz sem conceder - só a "incapacidade das demais medidas para assegurar no caso em apreço a realização dos fins do processo penal" poderia legitimar a aplicação de tal medida privativa da liberdade, requisito que não foi invocado pelo douto Tribunal recorrido e, consequentemente, não foi fundamentado;

IX. O douto Tribunal Recorrido, ao aplicar a medida de prisão preventiva após a interposição do recurso da decisão condenatória, violou o n° 1 do art. 449° do CPP.

X. Embora possa o arguido ser sujeito a medidas de coacção enquanto a sentença condenatória não transitar em julgado, sempre terão que ser aplicadas as admissíveis no caso (n.° 3 do art. 198° do mesmo diploma);

XI. O douto Tribunal Recorrido violou os princípios da presunção da inocência do arguido aflorado nas disposições acabadas do art.° 29.° da Lei Básica da RAEM, da proporcionalidade, pois não podia deixar de tomar em consideração a norma do n.° 2 do art. 67° do Código Penal, que permite que a pena especialmente atenuada que tiver sido em concreto fixada seja passível de

substituição e suspensão, nos termos gerais e da necessidade, uma vez que não invocou qualquer circunstância indicativa de que as medidas de coacção que lhe haviam sido aplicadas na fase do Inquérito tivessem sido consideradas inadequadas ou insuficientes para a situação concreta;

XII. O recorrente cumpriu escrupulosamente as medidas de liberdade provisória que lhe foram aplicadas até à data da leitura do acórdão, compareceu a todas convocatórias das notificações por ele conhecidas, não está na posse dos seus documentos de viagem indispensáveis para que se possa ausentar da RAEM e inexistem elementos fácticos que representem perigo de fuga, por forma a ter que se lhe aplicar a medida de coacção mais gravosa.

XIII. Não basta que se mostrem preenchidos os princípios da legalidade ou da tipicidade, para que se apliquem medidas desta natureza.

XIV. A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar manifesta imprescindibilidade a justificação da sua necessidade.”; (cfr., fls 146 a 154).

*

Em Resposta, pugna o Exm° Magistrado do Ministério Público no sentido da improcedência do recurso, afirmando, nomeadamente que:

"*1- O despacho recorrido não enferma de qualquer nulidade, estando devidamente fundamentado.*

2- A prisão preventiva impõe-se face à não confissão do arguido e à sua condenação em pena de prisão efectiva, o que reforça o fundado receio de fuga que esteve na base da aplicação das anteriores medidas de coacção.

3- Deve, pois, ser negado provimento ao recurso e confirmar-se o douto despacho recorrido."; (cfr., fls. 186 a 188).

*

Remetidos os autos a esta Instância, e em sede de vista, juntou o Ilustre Procurador-Adjunto douto Parecer considerando que se devia julgar parcialmente procedente o recurso do Acordão e improcedente o recurso da decisão que decretou a medida de coacção de prisão preventiva; (cfr., fls. 215 a 217).

*

Nada obstando, passa-se a decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Estão dados como provados os seguintes factos:

"*Em Março de 2007, **B**, **C** e **D** preparavam-se a imigrar clandestinamente a Macau sob a planeamento de **E**, **F**, e um homem de nome desconhecido, respectivamente.*

Em 1 de Abril do mesmo ano, ao meio dia, um homem de nome desconhecido exigiu que o arguido transportasse, em sampana motorizada, uns residentes chineses de Zhu Hai para Macau, prometendo pagar-lhe RMB ¥100 por cada indivíduo transportado a título de remuneração, no qual o arguido consentiu.

A cerca das 9h00 da noite do mesmo dia, as três pessoas de sexo feminino acima referidos foram colocadas numa sampana motorizada num sítio à beira mar de Heng Qin de Zhu Hai, e transportadas mais

tarde para Macau, pilotada pelo arguido.

No dia seguinte, cerca das 00h07 de madrugada, o arguido deixou os três indivíduos desembarcarem perto da figura da Deusa Kun Iam na Avenida Dr. Sun Yat-Sen, não passando por qualquer posto de migração.

As três pessoas referidas não são possuidoras de qualquer documento identificativo permissivo de entrada e permanência em Macau.

O arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente, transportando dolosamente os residentes chinesas para elas entrarem ilicitamente em Macau.

O arguido bem sabia que as condutas são ilícitas, proibidas e punidas por lei.

*

Mais se provou:

Segundo o CRC, o arguido é delinquente primário.

O arguido declarou ser camponês e pescador, auferindo cerca de RMB ¥40-50 diários, e que mora separadamente com a sua mulher. Tem dois filhos a seu cargo, de 18 e 16 anos de idade, respectivamente, possuindo o 6.º ano de ensino primário como a sua habilitação literária.”; (cfr., fls. 128-v a 129).

Do direito

3. Dois são os recursos pelo arguido trazidos à apreciação deste T.S.I..

O primeiro, interposto do Acórdão condenatório, e, o segundo, tendo como objecto a decisão que lhe aplicou a medida de coacção de prisão preventiva.

Tendo presente os objectos dos ditos recursos, mostra-se de se começar por apreciar o recurso do Acórdão.

— Do "recurso do Acordão".

No âmbito do presente recurso, coloca o arguido as seguintes questões:

– erro na qualificação da matéria de facto;
– medida da pena; e
– suspensão da sua execução.

Vejamos.

Inconformado com a qualificação jurídico-penal efectuada pelo Colectivo a quo, que considerou que com a sua conduta, tinha o arguido ora recorrente cometido (não um) mas três crimes de "auxílio (à imigração clandestina)", p. e p. pelo art. 14°, n° 1 da Lei n° 6/2004, afirma o mesmo recorrente que adequada não é tal decisão, pois que entende que a sua conduta devia antes ser qualificada como a prática de um só crime (de "auxílio à imigração clandestina") na forma continuada.

Pois bem, tal como se observa na Resposta e Parecer dos Exm°s Magistrados do Ministério Público, cremos que a conduta do arguido integra a prática de um só crime de "auxílio à imigração clandestina", pois que, como já se decidiu no Acordão deste T.S.I. de 06.07.2006, Proc. n° 195/2006, "*No auxílio à imigração, se houve um único desígnio criminoso que não passou pelo número de pessoas transportadas, relevando o facto de as duas imigrantes terem sido transportadas nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, numa mesma embarcação, os valores em jogo não terem sido acordados directamente com o arguido, sendo que o que cada uma das imigrantes pagou não foi*

ao arguido, mas sim a uma outra pessoa que, por sua vez, fez um acordo de transporte com o arguido, há um único crime e não dois crimes de auxílio à imigração", (no mesmo sentido se tendo também decidido no Acordão deste T.S.I. de 07.02.2002, Proc. n° 236/2001).

Nesta conformidade, atenta a factualidade dada como provada, dúvidas não há que cometeu o arguido um só crime de "auxílio à imigração clandestina", p. e p. pelo art. 14°, n° 1 da Lei n° 6/2004.

Aqui chegados, vejamos da "medida da pena".

Nos termos do referido art. 14° n° 1 da Lei n° 6/2004:

"1. Quem dolosamente transportar ou promover o transporte, fornecer auxílio material ou por outra forma concorrer para a entrada na RAEM de outrem nas situações previstas no artigo 2.º, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos."

Tendo-se presente o assim estatuído, e atenta a factualidade dada como provada, cremos que censura não merece a pena de 2 anos e 6 meses de prisão fixada pelo Tribunal a quo pois que se situa tão só em 6

meses acima do seu limite mínimo, outros considerandos não se justificando, porque ociosos.

Nesta conformidade, detenham-nos na peticionada suspensão da execução da pena.

Pois bem, preceitua o art. 48° do C.P.M. que:

"1. O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2. O tribunal, se o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina a suspensão da execução da pena de prisão, nos termos dos artigos seguintes, ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova.

3. Os deveres, as regras de conduta e o regime de prova podem ser impostos cumulativamente.

4. A decisão condenatória especifica sempre os fundamentos da suspensão e das suas condições.

5. O período de suspensão é fixado entre 1 e 5 anos a contar do trânsito em julgado da decisão."

E abordando a mesma questão que ora se aprecia, já teve este T.S.I. oportunidade de afirmar que:

"*O artigo 48º do Código Penal de Macau faculta ao juiz julgador a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao arguido quando:*

- *a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três (3) anos; e,*
- *conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (cfr. Art.º 40.º), isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.*

E, mesmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delinquente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução da prisão não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuseram as necessidades de reprovação e prevenção do crime."; (cfr., v.g., Ac. de 13.04.2000, Proc. n° 61/2000 e Ac. 31.01.2002, Proc. n° 10/2002, do ora relator).

In casu, atenta a natureza do crime em questão, não nos parece de concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de

forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

De facto, para além de perante a falta de confissão difícil ser o necessário juízo de prognose favorável ao ora recorrente, há que atentar, também, em razões de prevenção geral, sendo pois de salvaguardar a confiança e as expectativas da comunidade relativamente à validade da norma violada, através do "restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime"; (cfr. Figueiredo Dias, in "Temas Básicos da Doutrina Penal", 106).

Assim, apenas parcialmente procede o recurso em questão.

— Do "recurso da decisão que aplicou ao ora recorrente a medida de coacção de prisão preventiva".

Reflectindo-se sobre a decisão recorrida, é de se dizer que se nos afigura de manter, pois que há que ter em conta que o ora recorrente passou de "acusado" a "condenado", sendo igualmente de consignar que os termos da condenação em causa não podem deixar de se reflectir na sua situação processual, visto que a actual situação do mesmo, não sendo

residente desta R.A.E.M., gera, efectivamente, fundado receio de fuga, pelo que, não se vislumbrando outrossim que os fins da prisão preventiva possam ficar satisfeitos com a aplicação de quaisquer outras medidas de coacção, impõe-se confirmar a decisão em causa.

Decisão

4. Nos termos que se deixam expostos, acordam julgar parcialmente procedente o recurso interposto do acórdão proferido pelo Colectivo do T.J.B., confirmando-se a decisão que impôs ao recorrente a medida de coacção de prisão preventiva.

Custas pelo recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 5 UCs.

Honorários à Ilustre Defensora no montante de MOP$ 1.500,00.

Macau, aos 10 de Julho de 2008

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong