

Processo nº460/2009

Data: 23 de Julho de 2009

- Assuntos:**
- Erro na aplicação da lei
 - Incapacidade
 - Medida da pena

Sumário

1. A incapacidade de opor resistência constitui o denominador de todas as situações típicas que ocorrem com a vítima, sendo a inconsciência apenas uma delas; a qual todavia não ganha a nível do tipo objectivo de ilícito qualquer especificidade jurídico-penalmente relevante. O que importa considerar é antes que são típicas tanto a situação de a vítima se encontrar incapaz a sua vontade; sendo indiferente que a incapacidade fique a dever-se a motivos psíquicos ou antes a motivos físicos.
2. Encontra-se a ofendida em situação de incapaz na resistência, são indiferentes os actos concretos que podem eventualmente ter contornos de “resistência”, por qualquer motivos, psíquicos ou físicos.
3. A pena concreta está dentro dos limites legais em que se está sujeita à liberdade do Tribunal na medida da pena.

O Relator,

Recurso nº 460/2009

Recorrente: A (XXX)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R . A . E . M . :

O arguido **A** (XXX) respondeu nos autos do Processo Comum Colectivo nº CR3-08-0270-PCC perante o Tribunal Judicial de Base, pela prática de um crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, p. e p. pelo artigo 159.º n.º 1 do Código Penal.

Realizada a audiência do julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu acórdão decidindo:

- Condenar o arguido **A**, pela prática, em autoria material e na forma consumada de um crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, p. e p. pelo artigo 159.º n.º 1 do Código Penal, na pena de 3 anos e 6 meses de prisão efectiva.

- Condenar o arguido no pagamento à ofendida **B**, a título de indemnização do dano moral, no montante de MOP\$80.000,00, acrescido do

juro à taxa legal, a contar desde a data do trânsito em julgado do presente acórdão até efectivo e integral pagamento.

Inconformado com a decisão, recorreu o arguido **A**, que motivou cujo teor se dá por integralmente reproduzido.¹

Ao recurso respondeu o Ministério Público pugnando pela improcedência do recurso.

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

“O nosso Exmo. Colega evidencia, muito claramente, a insubsistência da motivação do recorrente.

E nada se impõe acrescentar, de relevante, às suas criteriosas explicações.

¹ As motivações têm o seguinte teor em chinês:

1. 上訴人被初級法院裁定以直接正犯及既遂形式觸犯了1項無能力抗拒之人之性侵犯罪。
2. 原審法院合議庭判斷本案被害人 **B** 為無能力抗拒之人，而判定上訴人的行為觸犯對無能力抗拒之人之性侵犯罪。
3. 依據已經證明事實，雖然，被害人有特殊教育需要，整體能力屬輕度障礙。
4. 在事實發生時，被害人向上訴人表示不願意，並作出反抗。
5. 由此，可以清楚顯示被害人具有與正常人相同的能力去理解性行為或作出性行為的性質。
6. 並具有能力控制自己的思想及行動，表示自己的願意及作出反抗行為。
7. 因此，認為所針對之裁判在法律適用方面明顯有錯誤。請求裁定上訴人罪名不成立，宣告上訴人無罪。
8. 即使不同意上述上訴理據，考慮到上訴人之各種犯罪情節，如不法程度、故意程度、犯罪預防及犯罪後之態度等方面，其並不應被處三年六個月之實際徒刑。
9. 因此，上訴人認為原審法院合議庭無充份考慮上訴人的個人情況，而確定刑罰份量方面偏重，違反《刑法典》第40條及65條的規定。

O arguido, ao impugnar a sua condenação, mais não faz, realmente, do que discordar do julgamento da matéria de facto feito na decisão recorrida, afrontando flagrantemente a regra da livre apreciação da prova consagrada no art. 114º do citado C. P. Penal.

E isso, como é sabido, não pode fazê-lo.

Em sede de tipo subjectiva de ilícita, nomeadamente, deu-se como provado o dolo, com a abrangência que o crime em apreço pressupõe e exige (cfr. Figueiredo Dias, Comentário, I, 480).

A pena aplicada, por outro lado, deve ter-se como justa e equilibrada.

Em benefício do recorrente, desde logo, nada se apurou.

Contra o mesmo, por seu turno, há a registar o facto de ter agido com dolo directo (sendo certo que bastaria, “in casu”, o dolo eventual).

E, quanto aos fins das penas, são elevadas, na hipótese vertente, as exigências de prevenção geral.

Em termos de prevenção positiva, há que salvaguardar a confiança e as expectativas da comunidade no que toca à validade da norma violada, através do “restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada...” (cfr. Figueiredo Dias, Temas Básicos da Doutrina Penal, pg. 106).

E, a nível de prevenção geral negativa, não pode perder-se de vista o efeito intimidatório subjacente a esta finalidade da punição.

Deve, pelo exposto, o recurso ser julgado improcedente.”

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juízes-Adjuntos.

Cumpre-se decidir.

À matéria de facto, foi dada assente a Seguinte factualidade:²

- Em Fevereiro de 2007, após uma avaliação global da ofendida **B** (XXX) feita pela Direcção dos Serviços de Educação e Juventude da RAEM, verificou-se que a ofendida tem necessidade de educação especial, sendo a sua capacidade global classificada como deficiência mental leve.

² 已經證明之事實：

- 於 2007 年 2 月，經澳門特別行政區教育暨青年局對被害人 **B** 作出綜合評估後，證實被害人有特殊教育需要，整體能力屬輕度障礙。
- 被害人 **B** 的父親 **C** 在位於 **XXX** 大馬路 **XXX** 號地下經營一間名為“**D**”的押店，由於被害人為智障兒童，日常生活需要家人照顧，故 **C** 經常帶同被害人回押店上班，及讓被害人在押店附近玩耍。於 2008 年 7 月 31 日，嫌犯 **A** 持編號為 **WXXXXXXXX** 的中華人民共和國往來港澳通行證從香港進入澳門，並租住位於黑沙環 **XX** 大廈第 12 座 7 樓 F 座的其中一個房間。
- 於翌日（2008 年 8 月 1 日），晚上約 20 時許，當嫌犯在金沙娛樂場賭博完畢後，準備離開之際在娛樂場門外遇見被害人（案發時 14 歲），與被害人稍作交談後，嫌犯便帶同被害人乘坐公共汽車返回其上述住所。
- 當時，嫌犯將被害人帶進其睡房內，然後嫌犯到洗手間洗澡。
- 洗澡後，嫌犯返回睡房中，關掉房內的電燈，接著，把被害人穿著的長褲整條脫掉，及將被害人的內褲脫下至大腿的位置，當時被害人表示不願意，但嫌犯沒有理會，並開始撫摸被害人的陰部及臀部，之後，嫌犯欲繼續脫去被害人的內褲及與被害人發生性行為，但被害人作出反抗，這時，嫌犯才停止及與被害人一起離開其住所。
- 於同日（2008 年 8 月 1 日），晚上約 22 時許，**C** 在金沙娛樂場附近看見被害人，當時發現被害人神情異常，於是向被害人作出詢問，但被害人沒有回答，故 **C** 立即帶被害人回家，及要求被害人洗澡，當 **C** 與妻子檢查被害人換下來的衣物時，發現被害人的內褲已濕掉及有異味。
- 經辨認人手續，被害人認出嫌犯便是當日強行撫摸其陰部及臀部的人。
- 嫌犯明知被害人是一名智障兒童，但為求滿足個人私慾，乘被害人無能力抗拒的情況下，對其進行重要性慾行為，意圖侵犯其性自由及性自決權，並對被害人的身心造成極大的傷害。
- 嫌犯自由、自願及有意識地實施上述行為，且深知其被法律所不容及制裁。

另外證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。
- 嫌犯聲稱被羈押前在珠海的手袋廠任職業務員，月薪人民幣 1,500 圓，嫌犯的父親在內地監獄服刑，嫌犯的母親為祿姆，嫌犯尚有一名在雲南工作的弟弟。嫌犯學歷為初中畢業。

未經證明之事實：

- 沒有重要之事實有待證明。

- O pai da ofendida, C (XXX), explora a loja de penhores “D”, situada na Avenida XXX, n.º XXX, R/C. Como a ofendida é criança com deficiência mental e depende do cuidado dos familiares na sua vida quotidiana, C leva sempre a ofendida para a loja que explora e deixa-a brincar nas proximidades da loja.
- Em 31 de Julho de 2008, o arguido A veio de Hong Kong a Macau, munido do salvo-conduto para deslocações a Hong Kong e Macau n.º WXXXXXXXXX, e arrendou um dos quartos da fracção situada no Edifício XXX, Bloco 12, 7.º andar F, Bairro Areia Preta.
- No dia seguinte (1 de Agosto de 2008), cerca das 20h00, ao preparar-se para sair do Casino Sands depois de jogos de apostas, o arguido encontrou a ofendida (na altura tinha 14 anos de idade) à porta do referido casino. Após uma breve conversa com a ofendida, o arguido levou-a para apanhar um autocarro para voltar ao seu domicílio acima referido.
- Na altura, o arguido levou a ofendida para o seu quarto e depois foi à casa de banho para tomar banho.
- Depois de tomar banho, o arguido voltou ao seu quarto e desligou as luzes, e em seguida, despiu as calças longas que a ofendida vestia e baixou as cuecas da mesma até as coxas. Na altura, a ofendida manifestou não estar disposta a isso mas o arguido não lhe ligou e começou a apalpar a vulva e as nádegas da ofendida, seguidamente, o arguido tentou continuar a despir as cuecas da ofendida para ter relação sexual com essa, porém, a ofendida opôs-lhe resistência e só naquele momento o arguido

parou o seu acto e saiu do seu domicílio em conjunto com a ofendida.

- No mesmo dia (1 de Agosto de 2008), cerca das 22h00, C viu a ofendida nas proximidades do Casino Sands e verificou uma expressão anormal da ofendida, por isso, perguntou à mesma o que acontecera mas a ofendida nada lhe respondeu, assim sendo, C levou imediatamente a ofendida para casa e pediu-lhe a tomar banho. Quando C e a sua mulher examinaram a roupa tirada da ofendida, verificaram que as cuecas da ofendida estavam molhadas e tinham um cheiro anormal.
- Realizado o procedimento de reconhecimento de arguido, a ofendida reconheceu que o arguido foi aquele que lhe apalpou a vulva e as nádegas contra a sua vontade naquele dia.
- Sabendo perfeitamente que a ofendida era criança com deficiência mental, porém, para satisfazer o seu próprio libido, o arguido, aproveitando-se da incapacidade de resistir da ofendida, praticou acto sexual de relevo com essa, com a intenção de violar a liberdade sexual e a autodeterminação sexual dessa e causou-lhe enormes lesões física e mental.
- O arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente, ao praticar as condutas acima referidas, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Mais se provou:

- Segundo o CRC, o arguido é primário.
- O arguido declarou que trabalhava como funcionário numa fábrica de malas em Zhuhai antes de ser preso preventivamente,

auferindo mensalmente RMB\$1.500,00. O pai do arguido está a cumprir a pena de prisão no interior da China e a mãe dele é ama-seca. O arguido tem um irmão mais novo que está a trabalhar em Yun Nam. O arguido tem como académica literária o 9.º ano de escolaridade.

Factos não provados: Nada a assinalar.

Conhecendo.

No seu recurso, o recorrente levantou dois questões:

Uma é o erro na aplicação da lei, entendendo que o arguido não cometeu o crime condenado, pois a ofendida não se afigura ser incapaz, por durante o acto saber resistir manifestando a sua vontade real;

Outra subsidiária, impugnou a medida concreta da pena.

Vejamos.

Em primeiro lugar não podemos deixar de referir é que, o recorrente, ao sindicar da decisão pelo erro não aplicação da lei, não indicou as normas violadas na sua conclusão, tal como é imposto pelo artigo 402º nº 2 al. a) do Código de Processo Penal.

Mesmo assim não se entende, também manifestamente não tem razão. Pois, está provado que, conforme a avaliação global da ofendida **B** (XXX) feita pela Direcção dos Serviços de Educação e Juventude da RAEM, se verificou que a ofendida tem necessidade de educação especial, sendo a sua capacidade global classificada como deficiência mental leve, carecendo “o cuidado dos familiares na sua vida quotidiana”.

Como anotou o Prof. Figueiredo Dias, “a incapacidade de opor resistência constitui o denominador de todas as situações típicas que ocorrem com a vítima, sendo a inconsciência apenas uma delas; a qual todavia não ganha a nível do tipo objectivo de ilícito qualquer especificidade jurídico-penalmente relevante. O que importa considerar é antes que são típicas tanto a situação de a vítima se encontrar incapaz a sua vontade; sendo indiferente que a incapacidade fique a dever-se a motivos psíquicos ou antes a motivos físicos.”³

Encontra-se a ofendida em situação de incapaz na resistência, são indiferentes os actos concretos que podem eventualmente ter contornos de “resistência”, por qualquer motivos, psíquicos ou físicos.

É mais do que correcto o enquadramento jurídico dos factos feito pelo Tribunal *a quo*, sendo manifestamente improcedente o recurso nesta parte.

Quanto à segunda questão acerca da medida da pena, também manifestamente não tem razão o recorrente, pois, o crime por que o arguido foi condenado tem a moldura legal de 1 a 8 anos, enquanto o recorrente sofreu apenas a 3 anos e 6 meses, por um lado, a pena concreta está dentro dos limites legais em que se está sujeita à liberdade do Tribunal na medida da pena; por outro lado a mesma pena não se afigura ser manifestamente desproporcional. Enquanto tal, fica fora a intervenção e censura do Tribunal do recurso.

É de rejeitar o recurso.

³ *In* Comentário Coimbricense Tomo I, p. 477.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em rejeitar o recurso interposto pelo arguido A.

Custas pelo recorrente com a taxa de justiça de 3 UC's e igual montante punitivo previsto no artigo 410º nº 4 do Código de Processo Penal.

Atribui-se ao Ilustre defensor do arguido a remuneração de 800 patacas, a cargo do recorrente.

Macau, RAE, aos 23 de Julho de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong