

Processo n.º 225/2003

Data do acórdão: 2003-11-20

(Recurso penal)

Assuntos:

- actos exhibicionistas
- art.º 165.º do Código Penal
- medida da pena

S U M Á R I O

Como a punição prevista para o crime de actos exhibicionistas tipificado no art.º 165.º do Código Penal tem de ter-se, de facto, como extremamente leve, pode ser imposta a pena de nove meses de prisão efectiva ao arguido que já com antecedentes criminais o cometeu de propósito e activamente, em pleno dia, numa sala de aula do ensino primário de uma escola sita na cidade de Macau na qual previamente entrou sem devido consentimento de quem de direito, perante três alunas ofendidas aí encontradas, ao que acresce a circunstância de o acto exhibicionista dele não se traduzir numa mera exibição do seu órgão genital, mas sim no “divertir” com o dito órgão causando medo àquelas ofendidas, evidenciando todo esse modo de execução da sua conduta exhibicionista uma culpa dolosa muito intensa ou de elevado grau, e atentas, por outro lado, as elevadas necessidades de prevenção *maxime* geral do crime em

causa em função dos padrões de uma sociedade como a de Macau em que a maioria esmagadora da sua população comunga da Cultura Chinesa, notoriamente conhecida como mais conservadora em relação a actos exibicionistas de carácter sexual sobretudo praticados em locais por natureza destinados à ministração de ensino a alunas de instrução primária.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 225/2003

(Recurso penal)

Recorrente: A

Tribunal recorrido: Tribunal Colectivo do 4.º Juízo do Tribunal Judicial de Base

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU**

1. A, com os sinais dos autos, foi julgado no processo comum colectivo n.º PCS-011-03-4 do 4.º Juízo do Tribunal Judicial de Base, e a final condenado na pena de 9 (nove) meses de prisão efectiva, pela autoria, na forma consumada, de um crime de actos exhibicionistas, p. e p. pelo art.º 165.º, conjugado com os art.ºs 69.º e 70.º, todos do Código Penal (CP), por acórdão aí proferido em 25 de Julho de 2003, nos seguintes termos fáctico-jurídicos daí constantes:

<<[...]

II- FACTOS

1. Discutida a causa, resultaram provados os seguintes factos:

1º

Em 09/07/2001, cerca das 17H00, sem o consentimento da escola, o arguido entrou à escola Yuet Wah, localizada na Estrada da Vitória, e, posto o qual, o mesmo deslocou-se à casa de banho de senhores do 3º andar desta unidade escolar.

2º

A ofendida B correu para fora da casa de banho, chorando, e foi atendida pelos professores e encarregados de educação.

3º

Em 19/03/2002, sem o devido consentimento e aproveitando-se da hora de saída da escola, o arguido entrou à Escola Secundária Pui Cheng, sita na Avenida Horta e Costa nº 7, tendo, de seguida, o mesmo deslocado à casa de banho de senhoras para espreitar terceiros a fazer as necessidades.

4º

Em 08/04/2002, cerca das 13H40, o arguido entrou, de idêntica forma, a esta escola e deslocou-se até à sala de aula da turma B da 3ª classe do ensino primário, onde, na altura, se encontravam 3 alunas, inclusive C e D.

5º

O arguido sentou-se imediatamente defronte das 3 alunas, o qual, depois de despido as suas calças, exibiu e divertiu com o seu órgão de reprodução perante as referidas 3 alunas, influenciando gravemente a normal aprendizagem destas e causando-as medo.

6º

Em 02/05/2002, cerca das 15H50, do seu livre arbítrio, o arguido entrou novamente à Escola Pui Cheng, onde, na casa de banho de senhoras, voltou a espreitar terceiros a fazer nela as necessidades.

7º

Em 07/05/2002, cerca das 16H00, o arguido voltou a entrar, do seu livre arbítrio, à Escola Pui Cheng, onde tomou a entrar na casa de banho desta escola para espreitar terceiros a fazer as necessidades.

8º

Sem o consentimento ou autorização de quem de direito, o arguido, por cinco vezes, entrou e permaneceu nas escolas Yuet Wah e Pui Cheng, os quais tratam-se de lugares vedados e não livremente acessíveis ao público.

9º

Ainda, o arguido, perante terceiros, praticou actos exibicionistas de carácter sexual.

10º

O arguido agiu livre, conscientemente e com dolo, ao praticar as condutas acima descritas, bem sabendo que eram proibidas e punidas por lei.

*

A Escola Yuet Wah nunca apresentou queixa contra o arguido.

E, mãe da menor B e em sua representação, disse que não desejava procedimento criminal do arguido.

A menor C, representada pela sua mãe, manifestou desejo de procedimento criminal do arguido.

O arguido optou pelo silêncio.

Consta em seu desabono do seu CRC junto aos autos o seguinte:

- por sentença de 27/11/1998 do Processo de Comum Singular n° 3234/98 do 6° Juízo, foi condenado na pena de oito meses de prisão e suspensa na sua execução durante dois anos, pela prática de crime p. e p. pelo art° 137° n° 1 do C. Penal, entretanto, revogada a suspensão por despacho de 26/7/2001; e

- por acórdão de 22/02/2001 do Processo de Comum Colectivo, n° PCC-084-00-5 do 5° Juízo, em cúmulo foi condenado na pena de única, global de dois anos de prisão e a execução da pena, acima transcrita foi suspensas por um período de três anos, pela prática de quatro crimes de dano p. e p. pelo art° 206° n° 1 do C.P.;

-

2. Não se provaram os seguintes factos da douda acusação do Ministério Público:

- Na supracitada casa de banho de senhores, o arguido viu uma criança do sexo feminino de 5 anos de idade (ou seja, a ofendida B) a fazer nela as necessidades, a qual, na altura, por lapso tratou desta casa de banho de como se fosse para senhoras; e

- Depois de a criança em causa haver terminado as suas necessidades, mas sem que tivesse ainda vestido novamente as suas calças, o arguido aproveitou-se dessa oportunidade para entrar imediatamente à divisória em que tal criança se encontrava, onde se ajoelhou sobre o chão e passou com a sua língua sobre a vagina da criança, separado das cuecas.

E não se provaram quaisquer outros factos da acusação e que não estejam em conformidade com a factualidade acima assente.

3. A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos e no depoimento das testemunhas inquiridas.

Releva aqui o depoimento da menor C que descreveu, detalhadamente, o que tinha acontecido à data dos factos, mormente os actos exhibicionistas do arguido.

Por outro lado, e quanto ao caso do crime de abuso sexual, destaca-se a ausência na audiência de julgamento da única testemunha ocular dos factos, a vítima B.

Mais ainda, as declarações contraditórias entre as testemunhas F e G, onde aquela afirmava que tinha sido a primeira a chegar ao local e constatava apenas a presença do arguido e da menor no interior da casa de banho, no entanto, esta asserção veio a ser contrariada pelo G, onde afirmava, peremptoriamente, que, na altura, estava dentro da casa de banho, mas numa outra divisória, contudo nenhum deles viu os actos lascivos praticados pelo arguido na menor e descritos na acusação.

III- ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL

Cumpre analisar os factos e aplicar o direito.

Antes de mais e face à matéria de facto provada, o Tribunal entende que deve absolver o arguido do crime de abuso sexual de crianças, por insuficiência de prova.

*

Quanto ao crime de introdução em lugar vedado ao público referente à escola Yuet Wah, este tipo de crime é de natureza semi-pública, portanto, o seu procedimento criminal depende da queixa (cf. artºs 185º e 193º do CPM).

E não tendo a Escola Yuet Wah apresentado queixa, por conseguinte, terá o Tribunal de absolver o arguido desse crime.

*

E em relação ao crime de actos exhibicionistas, diz o artº 165º do CPM: “*Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos exhibicionistas de carácter sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.*”

Ora, da factualidade apurada, dúvidas não restam de que o arguido, ao exhibir, intencionalmente, o seu órgão sexual perante as 3 menores, incorreu na prática do aludido crime, mostrando-se preenchidos os elementos objectivos e subjectivos do respectivo tipo previsto na supracitadas normas e tal como lhe vem imputado.

Encontrado o tipo e vista a moldura abstracta da pena, há agora que apurar a medida concreta da pena.

Entre a pena privativa e a pena não privativa de liberdade, o Tribunal dá preferência à primeira (artº 64º do CPM), já que a multa não assegura, neste caso, de forma adequada e suficiente, as finalidades de punição, ou seja a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade (artº 40º do CPM).

E na determinação da pena concreta, ao abrigo do disposto no artº 65º do CPM, atender-se-á à culpa do agente e às exigências da prevenção criminal, tendo em conta o grau de ilicitude, o modo de execução, gravidade das consequências, o grau da violação dos deveres impostos, intensidade do dolo, os sentimentos manifestados, a sua motivação, as suas condições pessoais e económicas, comportamento anterior e posterior e demais circunstancialismo apurado.

O arguido já não é delinquente primário, na verdade, os seus antecedentes criminais transmitem a ideia de que as sanções anteriores não surtiram efeitos e que o mesmo persiste no caminho do crime.

E para aquilatar o desvalor da conduta do arguido, não seria fútil apontar, em conformidade com o acima provado, que o arguido detinha um comportamento particularmente repugnante, que é o de persistir, com obsessão, em entrar nas escolas da RAEM para praticar actos lascivos para satisfazer o seu libido pessoal em detrimento de terceiros, designadamente, de menores.

Com efeito, esses actos não só demonstram um primarismo sexual e uma insensibilidade anormal do arguido, mas ainda constitui uma ameaça séria para a ordem e a tranquilidade pública, mormente, nas escolas.

Pelo que, se tem por ajustada uma pena de nove meses de prisão para o crime de actos exibicionistas.

Tudo visto e ponderado, resta decidir.

IV- DECISÃO

Nos termos e fundamentos expostos, na procedência parcial da acusação, o Tribunal absolve o arguido A dos crimes de introdução em lugar vedado ao público (Escola Yuet Wah) e de abuso sexual de crianças e condena-o na pena de nove (9) meses de prisão pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de actos exibicionistas p. e p. pelo artº 165º, conjugado com os artºs 69º e 70º, todos do CPM.

Oportunamente, devolva as quatro cassetes vídeos aos seus legítimos proprietários.

Vai ainda o arguido condenado em três Ucs de taxa de justiça e nas custas do processo, bem como a quantia de quinhentas patacas nos termos do artº 24º da Lei nº 6/98/M, de 17 de Agosto.

[...]>> (Cfr. o teor de fls. 175 a 178v dos autos, e *sic*).

2. Inconformado com esse acórdão na parte respeitante à sua condenação em prisão efectiva, veio o arguido dele recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), finalizando a sua motivação apresentada a fls. 192 a 206 de forma seguinte:

<<[...]

1. Imputa o ora recorrente ao douto Acórdão recorrido erro de direito na dosimetria da pena aplicada ao recorrente, que se considera desproporcional e baseada em erro de julgamento na apreciação dos factos.
2. Trata-se, pois, de questão de direito de que podia conhecer a decisão recorrida (**artº. 400º., nº. 1, do Código de Processo Penal**), delimitando-se desde já o âmbito do presente recurso, nos termos do disposto no art. 393.º, n.º 1 e n.º 2, al. d) do CP, à questão da determinação da sanção e à sua dosimetria.
3. O acórdão recorrido incorreu em erro de direito ao dar por provados e demonstrados factos irrelevantes que não deveriam sequer ter sido submetidos a julgamento, fazendo uso dos mesmos para aquilatar do desvalor da conduta do recorrente relativamente a crime que lhes é alheio.

4. Tal aconteceu com os factos acima vertidos sob os n.ºs 1 e 8 da matéria de facto provada já que a Escola Yuet Wa nunca apresentou queixa pela prática do crime de introdução em lugar vedado ao público e este crime tem natureza semi-pública – vd. arts. 185.º e 193.º do CP..
5. Igualmente aconteceu com os factos constantes dos artigos acima descritos sob os n.ºs 3, 6, e 7, já que os mesmos poderiam consubstanciar a prática do crime de devassa da vida privada p. e p. pelo art. 186.º, n.º 1 do CP, o qual tem natureza semi-pública nos termos do disposto no art. 193.º do CP, tendo o Ministério Público mui doutamente arquivado os autos nesta parte por despacho junto à acusação, já que não foi apresentada queixa.
6. Finalmente, o mesmo sucede com os factos descritos supra com os n.ºs 3, 6, 7 e 8 da matéria de facto provada pois a Escola Pui Cheng desistiu da queixa apresentada pelo crime de introdução em lugar vedado ao público, tendo sido a mesma homologada por despacho de 09 de Julho de 2003, portanto em momento anterior à data do julgamento.
7. Apesar do exposto, e não obstante tais factos estarem impossibilitados de serem submetidos a julgamento porque houve desistência de queixa ou porque a queixa não foi oportunamente apresentada no que se refere aos crimes que aqueles tipificam, o Tribunal *a quo* insistiu em conhecê-los e dá-los como provados quando o procedimento criminal, quanto a eles, havia sido extinto.
8. Nos termos do art. 40.º do CPP, com a homologação da desistência de queixa o Ministério Público deixa de poder intervir no processo e,

simultaneamente, não tendo sido apresentada queixa nos crimes semi-públicos, o Ministério Público fica impedido de promover o processo, como resulta do disposto no art. 38.º do CPP e, *a contrario sensu*, da leitura do art. 37.º.

9. Não podendo o Ministério Público, na qualidade de detentor da promoção no processo penal, exercê-la porque não tem legitimidade para tal, igualmente e da mesma forma, o Tribunal de Julgamento não pode conhecer de factos que aquele não pode promover porque os mesmos ficam igualmente subtraídos ao conhecimento do julgador já que o ofendido, parte legítima para promover o procedimento criminal, não o pretende fazer.
10. Poder-se-á dizer que, *in casu*, tal não resultou em desfavor do arguido ora recorrente uma vez que ele não foi condenado pelos crimes acima referidos mas tão só pelo crime de actos exibicionistas.
11. Contudo, acontece que o Tribunal *a quo* vai posteriormente, em sede de fundamentação da pena aplicável ao crime de actos exibicionistas, fazer incidir tais factos na justificação apresentada para “aquilatar o desvalor da conduta do arguido” dizendo que “...em conformidade com o acima provado, que o arguido detinha um comportamento particularmente repugnante, que é o de persistir, com obsessão, em entrar nas escolas da RAEM para praticar actos lascivos para satisfazer o seu libido pessoal em detrimento de terceiros, designadamente de menores”.
12. É evidente e patente que o Tribunal *a quo* está a reportar-se ao facto do recorrente ter entrado por várias vezes em escolas de Macau, sem

autorização, factos que consubstanciam o crime de introdução em lugar vedado ao público, relativamente ao qual a Escola Pui Cheng havia desistido da queixa e a Escola Yuet Wah nunca havia apresentado queixa.

13. Seria, por si, irrelevante esta questão, se a mesma não estivesse intimamente ligado à questão fundamental que nos leva a recorrer, qual seja a **da pena desproporcionada aplicada ao recorrente**.
14. Pois, o Tribunal *a quo*, ao ponderar factos circunstanciais e irrelevantes para o crime de actos exibicionistas, que não deveriam ter sido ponderados, acabou por fazer decorrer dos mesmos uma imagem negativa da personalidade e estrutura mental do arguido, que o levou a desvalorizar indevidamente a conduta deste.
15. Isto é, ao considerar as circunstâncias da prática do crime de actos exibicionistas para efeitos de apurar a medida concreta da pena aplicável, veio a ponderar circunstâncias que são completamente alheias à verificação do tipo desse crime, fazendo-as repercutir na elevada medida da pena aplicável, e violando desta forma os arts. 65.º e 40.º, n.º 2 do CP.
16. O Tribunal *a quo* não fundamentou devidamente porque, perante um crime cuja pena abstracta se situa entre um mês de prisão e um ano ou pena de multa até 120 dias, escolheu a pena efectiva de prisão em detrimento da pena de multa.
17. Ao apurar a medida concreta da pena aplicável, o Tribunal deu imediatamente preferência à pena privativa da liberdade sem devidamente ponderar as razões justificativas que o levaram a afastar a pena de multa,

também aplicável ao caso, quando a isso estava obrigado pelo art. 64.º do CP, por ele violado, remetendo-se para termos gerais como a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, não concretizando em que medida tais conceitos se verificam *in casu*.

18. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância fez ainda operar indevidamente o instituto da reincidência já que na parte decisória do acórdão refere que o arguido é punido com a pena de 9 meses de prisão, pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de actos exhibicionistas p. e p. pelo art. 165.º, conjugado com os arts. 69.º e 70.º do CP.
19. Ora, não estão verificados os respectivos pressupostos, pelo que tais dispositivos legais foram violados porque indevidamente aplicados ao caso, porquanto o ora recorrente foi condenado, por duas vezes, nesta RAEM, uma pelo crime de ofensas à integridade física e outra pelo crime de dano, mas sempre em pena suspensa na sua execução.
20. Haveria que ter sido dado como provado, em sede de matéria de facto se, de acordo com as circunstâncias do presente caso, o agente for de censurar por as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime pois “para a verificação da reincidência é essencial a existência de averiguação, em matéria de facto, com respeito pelo princípio contraditório, que demonstre que as condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção para não continuar a delinquir” (Ac. do STJ português de 04 de Outubro de 1989 in “Código Penal Anotado, Manuel Lopes Maia Gonçalves, p. 263; e também Acórdãos do mesmo

Tribunal de 19 de Dezembro de 1990 e de 24 de Maio de 1995 e de 28 de Setembro de 2000).

21. Não constando tais factos da matéria de facto provada, e, por outro lado, tratando-se as condenações anteriores de crimes de natureza diferente entre si e diferentes também do crime ora em causa, parece-nos daqui resultar ter sido o ora recorrente condenado indevidamente como reincidente.
22. Não podendo funcionar tal instituto, os limites da pena aplicável voltam à regra geral de pena de prisão de um mês até um ano ou pena de multa de 10 até 120 dias, conforme dispõe o art. 165.º do CP.
23. Sendo de considerar adequada ao caso concreto a aplicação da pena de multa, tantas vezes esquecida pelos Tribunais de Primeira Instância, já que a mesma, e ao contrário do que referiu o Tribunal *a quo*, assegura suficientemente a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade, devendo ser-lhe dada primazia nos termos do disposto no art. 64.º do CP, norma violada pelo Tribunal Colectivo.
24. Em primeiro lugar, dada a curta pena de prisão em causa, cerca de um mês a um ano de pena máxima (tendo o recorrente sido sujeito a prisão preventiva durante 3 meses), é de prever que a pena de prisão a aplicar não vai com certeza evitar que sejam ofendidos os bens jurídicos protegidos pela norma em causa, qual seja a intimidade de terceiros, caso o recorrente não tivesse já assimilado e apreendido tal norma de conduta, como é possível verificar pelo tempo que mediou entre a prática dos

factos até à prisão preventiva do arguido, em que o arguido manteve boa conduta.

25. Em segundo lugar dificilmente uma pena desta duração, e tendo em conta as circunstâncias deste caso, irá permitir a reintegração do agente na sociedade, até porque, e disso não nos podemos esquecer, o recorrente já esteve preso preventivamente à ordem dos presentes autos durante três meses.
26. Além disso, poderia o recorrente ser também condenado nas penas acessórias de obrigação de tratamento e aconselhamento médico, bem como proibição de entrar nas escolas, o que sempre protegeria de forma mais eficaz os bens jurídicos em causa e a reintegração do agente na sociedade.
27. Como refere o Professor Germano Marques da Silva, referindo-se ao art. 70.º do CP português, que tem o mesmo conteúdo que o art. 64.º do CPM, «Quanto a nós a valia do preceito está na afirmação de que a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade se faz também ou pode fazer primacialmente através de penas não privativas da liberdade, sobretudo quando a alternativa se põe entre penas de prisão de curta duração e outras penas não detentivas.
28. É que, segundo o entendimento dominante, as penas privativas da liberdade de curta duração são desaconselháveis na reintegração social do criminoso e, por isso, sempre que possível, deverão ser aplicadas penas não privativas da liberdade.» (in Direito Penal Português, vol. II, pag. 124).

- 29.** Sem condescender, se assim não se considerar e entender o Tribunal *a quem* que deve ser aplicada ao recorrente pena de prisão, entendemos estarem verificados os pressupostos para que a mesma seja suspensa na sua execução, pelo período que se entender conveniente, conforme dispõe o art. 48.º, n.º 1 do CP, norma que foi violada pelo Tribunal *a quo*.
- 30.** Atendendo, à personalidade do agente, suas condições de vida, sua conduta anterior (homem relativamente jovem, que, apesar de ter sofrido duas punições anteriormente em penas suspensas na sua execução –relativamente a crimes que se podem considerar pouco graves-, é esta a primeira vez que comete um crime desta natureza), e posterior ao crime (o recorrente não voltou a cometer qualquer ilegalidade, respeitou as medidas de coacção e apresentou-se voluntariamente para se sujeitar à medida de prisão preventiva) e às circunstâncias deste (apesar da natureza sexual do crime pelo qual foi condenado, a verdade é que não houve violência nem uso de agressividade, parecendo necessário mais o acompanhamento psicológico do que a reclusão, como se pode verificar pelos pedidos de realização de testes psicológicos ao arguido sucessivamente feitos ao Tribunal antes da data do julgamento), sendo de concluir, assim, que a simples censura do facto e a ameaça de prisão (que já se tornou realidade em virtude do cumprimento de 3 meses em prisão preventiva) realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.
- 31.** Se ainda assim se requear pela conduta do recorrente durante o período de execução poderá sempre lançar-se mão dos deveres e regras de conduta

previstos pelos arts. 49.º e 50.º do CP, proibindo-se o recorrente de entrar nas escolas da RAEM e que se apresente periodicamente junto do técnico de reinserção social, ou ainda, sujeitando-o à suspensão com regime de prova (art. 51.º do CP) por meio do cumprimento dum plano individual de readaptação social.

32. Por cautela e sem prescindir, e caso o Tribunal *ad quem* continue a entender aplicar pena de prisão efectiva, fazemos valer os mesmos argumentos acima invocados para que lhe seja aplicada pena mais próxima dos mínimos legais previstos pelo art. 165.º, n.º 1 do CP, pela verificação de circunstâncias que depõem a favor do agente.

Nestes termos e nos mais de direito, [...] deverá:

– Revogar-se o acórdão recorrido no que respeita à pena aplicada ao recorrente, condenando-o, em sua substituição, pela pena de multa que se entender aplicável, ou pena suspensa na sua execução, conjuntamente com as penas acessórias que se entender aplicáveis, ou subsidiariamente, proceder-se à aplicação de pena de prisão mais próxima dos mínimos legais.

[...]>> (Cfr. o teor de fls. 200 a 206 dos autos, e *sic*).

3. Respondeu o Digno Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal *a quo*, pronunciando-se no sentido de provimento parcial do

recurso nos termos constantes da sua resposta apresentada a fls. 208 a 217 dos autos.

4. Subido depois o recurso para este TSI, o Digno Procurador-Adjunto, em sede de vista, emitiu o competente Parecer constante de fls. 225 a 229 dos autos.

5. Feito subsequentemente o exame preliminar pelo relator, e corridos, depois, os vistos legais, realizou-se nesta Instância *ad quem* a audiência de julgamento nos termos do art.º 414.º do Código de Processo Penal (CPP).

6. Cumpre agora decidir nos termos a expor *infra*, sendo de notar, de antemão, que este TSI, como tribunal de recurso, ao tratar do presente recurso, só tem obrigação de decidir das questões concreta e materialmente postas pelo recorrente nas conclusões da sua motivação de recurso, e já não de apreciar todos os argumentos ou motivos pelo mesmo alegados para sustentar a procedência da sua pretensão (cfr. neste sentido, nomeadamente os arestos deste TSI nos seguintes processos penais: de 6/11/2003 no processo n.º 215/2003, de 30/10/2003 no processo n.º 226/2003, de 23/10/2003 no processo n.º 201/2003, de 25/9/2003 no

processo n.º 186/2003, de 18/7/2002 no processo n.º 125/2002, de 20/6/2002 no processo n.º 242/2001, de 30/5/2002 no processo n.º 84/2002, de 17/5/2001 no processo n.º 63/2001, e de 7/12/2000 no processo n.º 130/2000).

7. Ora, após analisados, com pertinência, todo o teor do acórdão ora recorrido e das actas da audiência de julgamento realizada na Primeira Instância, entendemos ser desde logo de aqui assimilar materialmente, como solução concreta ao recurso vertente, a douta análise já judiciosa e conceituadamente empreendida pelo Digno Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal recorrido na sua competente resposta, na seguinte parte:

Três são os aspectos e os níveis da discordância do recorrente: a espécie da pena escolhida; o *quantum* da pena concreta aplicada; e o facto de a respectiva execução não ter sido suspensa.

Assim, importa analisar os fundamentos que ele avança para suporte da tripla discordância e apurar se o acórdão, nas partes atingidas, merece censura.

Vamos, assim, começar pela “**espécie da pena**”.

Pois bem, para a escolha desta, não ignoramos que não oferece a mínima dúvida estabelecer o art.º 64.º do CP que, no caso de a determinado crime se aplicar pena privativa ou pena não privativa de

liberdade – a hipótese dos autos é um ilícito deste tipo – o Tribunal deve escolher a não privativa. Todavia, como o preceito clarissimamente dispõe, tal não é condição necessária e suficiente para, sem mais, a dita ser escolhida. É que se impõe ainda a verificação de outro pressuposto: que esta realize “... de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Ora este pressuposto material, segundo consta do teor do próprio acórdão recorrido a fls. 177v dos autos, não se verificou, sendo que os Mm.^{os} Juizes *a quo* justificaram aí devida, adequada e suficientemente a escolha feita nos seguintes termos daí constantes: “Entre a pena privativa e a não privativa de liberdade, o Tribunal dá preferência à primeira (artº 64º do CPM), já que a multa não assegura, neste caso, de forma adequada e suficiente, as finalidades de punição, ou seja a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade (artº 40º do CPM)”. Nesta conformidade, a justificação da pena foi já aí feita pelo Tribunal recorrido com observância da lei.

Saltemos, pois, para o “*quantum da pena*”.

Este, numa moldura abstracta da pena de prisão até um ano, porque fixado em nove meses, aproxima-se efectivamente do seu limite máximo.

Diz o recorrente que tal sucedeu por duas ordens de razões: ter o Tribunal dado como provados (e, conseqüentemente, valorado em seu desfavor) factos que integravam ilícitos de introdução em lugar vedado ao público relativamente aos quais não havia queixa ou dela havia sido apresentada desistência; e ter ele sido condenado como reincidente sem, para tanto, estarem preenchidos os requisitos legais.

Quanto à primeira – pretensa valoração indevida de factos – é manifesta a nossa discordância relativamente às considerações que o recorrente produz e à sua perspectiva. Isto porque os factos a que alude, sendo embora elementos dos referidos crimes de introdução em lugar vedado ao público – delitos estes já “mortos”, por extinção, *in casu*, do respectivo procedimento criminal – não deixam de ser, também, elementos, a provarem-se, úteis para a melhor compreensão da própria personalidade do arguido ora recorrente e sobretudo da sua conduta anterior e posterior, eventualmente com relevância em sede do art.º 65.º do CP, apesar de não serem constitutivos do tipo legal de “actos exhibicionistas”. Por isso, constando da acusação, sempre o Tribunal *a quo* poderia de os julgar provados ou não.

E no que respeita à segunda – condenação como reincidente – já merece adesão a tese que o recorrente desenvolve. Com efeito, mesmo que se entenda que estavam, para tanto, verificados os pressupostos formais face à revogação da suspensão da pena numa das condenações anteriores, o certo é que não deixou o ora recorrente de ser condenado como reincidente, sem que ao abrigo do princípio do contraditório tivesse tido oportunidade de tomar posição sobre a questão, sendo que a mesma não resulta da acusação nem foi suscitada em sede de audiência.

Outrossim, e ademais, havemos ainda de secundar, também como solução concreta ao caso *sub judice*, a mui perspicaz análise empreendida pelo Digno Procurador-Adjunto no seu douto Parecer nomeadamente

também a propósito da “**espécie da pena**” e do “*quantum da pena*”, no sentido de que:

Não se vislumbra, desde logo, a alegada violação do art.º 64.º do CP.

É este comando, conforme se sabe, que estabelece o critério geral orientador da escolha das penas.

E a opção pela sanção não privativa da liberdade pressupõe que, no caso concreto, a mesma se mostre suficiente para se alcançarem os fins visados com as reacções criminais.

Ora, isso não acontece, realmente, na hipótese vertente.

E há que atentar, antes do mais, em razões de prevenção geral.

Os crimes contra crianças, estão hoje na ordem do dia.

E suscitam, em todo o mundo, grande preocupação e, até, justificado alarme.

Tendo isso presente, impõe-se, naturalmente, prevenir a prática de tais crimes.

Em sede de prevenção positiva, há que salvaguardar a confiança e as expectativas da comunidade relativamente à validade da norma em causa, através do “restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime” cometido pelo arguido ora recorrente (cfr. **FIGUEIREDO DIAS**, Temas Básicos da Doutrina Penal, 106).

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

Os fins de prevenção especial, por outro lado, contrariam, igualmente, a aplicação da pena pecuniária.

Antolham-se, na verdade, *in casu*, incontornáveis razões de socialização, para além da advertência.

E há que relevar, a propósito, em especial, o passado criminal do recorrente. Esse passado traduz-se em duas condenações em penas de prisão. Tendo beneficiado, em ambas, da suspensão da respectiva execução, o arguido viu, já, no que tange à primeira condenação, ser revogada essa suspensão. O crime dos autos, por sua vez, foi praticado no período de suspensão da segunda. É patente, assim, a sua “desatenção ao aviso de conformação jurídica da vida” ínsito nas condenações em questão (cfr. **FIGUEIREDO DIAS**, Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime, 253).

O comportamento processual do recorrente, por seu turno, em nada o pode beneficiar. É que, conforme da acta consta, o mesmo “optou pelo silêncio”.

Quanto à questão da medida concreta da pena, impõe-se, desde logo, afastar, na esteira das considerações aduzidas pelo Ministério Público junto da Primeira Instância, a punição do arguido como reincidente. Entretanto, os antecedentes criminais do arguido não podem deixar de ser chamados à colação. Acrescem, ainda, as circunstâncias do crime

(sublinhadas, com pertinência, no douto acórdão). E a conduta do recorrente representa, sem dúvida, uma das mais graves violações do interesse protegido pelo tipo-de-ilícito do art.º 165.º do CP, sendo certo que a punição prevista – prisão até 1 ano – tem de ter-se, de facto, como “extremamente leve” (cfr. ANABELA RODRIGUES, Comentário Conimbricense do Código Penal, I, 540).

De facto, no que tange à **medida concreta da pena de prisão**, este TSI, depois de consideradas todas as circunstâncias fácticas dadas por assentes no acórdão recorrido e relevantes para os efeitos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 65.º do CP, de entre as quais se destacam as circunstâncias de a conduta exibicionista de carácter sexual do arguido ora recorrente, já com antecedentes criminais, ter sido praticada de propósito e activamente, em pleno dia, numa sala de aula do ensino primário de uma escola na qual previamente entrou sem devido consentimento de quem de direito, perante três (e não apenas uma) alunas ofendidas aí encontradas, ao que acresce a circunstância de o acto exibicionista dele não se traduzir numa mera exibição do seu órgão genital, mas sim no “divertir” com o dito órgão causando medo àquelas mesmas ofendidas, evidenciando todo este modo de execução da sua conduta exibicionista uma culpa dolosa muito intensa ou de elevado grau, com a agravante de que a sua conduta anterior (i.e., a descrita no facto provado 3.º do acórdão recorrido) e posterior (ou seja, a referida nos factos provados 6.º e 7.º do mesmo aresto) só lhe faz com que a pena concreta a aplicar ao correspondente crime do art.º 165.º do CP seja graduada para mais dentro da respectiva moldura penal, e ponderadas, por

outra banda, as elevadas necessidades de prevenção *maxime* geral do crime em causa em função dos padrões de uma sociedade como a nossa em que a maioria esmagadora da sua população comunga da Cultura Chinesa, notoriamente conhecida como mais conservadora em relação a actos exhibicionistas de carácter sexual sobretudo praticados em locais por natureza destinados a ministração de ensino a alunas de instrução primária, realiza que ao caso deve caber, por justa e equilibrada, e já sem o efeito da consideração do arguido como reincidente na esteira da análise acima feita, a pena de 9 (nove) meses de prisão, pelo que a pena de prisão já aplicada na mesma dose pela Primeira Instância terá que ser mantida, ainda que com fundamentação nossa algo diversa da aí tecida (precisamente porque o arguido não é por nós tido como reincidente).

Por fim, no que concerne à pretendida **suspensão da execução da prisão**, é de louvar outra vez a posição mui razoavelmente assumida pelo Digno Procurador-Adjunto no seu douto Parecer, no sentido de que não se pode concluir, na realidade, que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, o que equivale a afirmar que não se verifica o pressuposto material exigido pelo art.º 48.º, n.º 1, do CP, sendo certo que a esse respeito, não podemos deixar de remeter-mos para as considerações anteriormente aduzidas no âmbito dos fins das penas.

Tudo visto e ponderado, resta decidir formalmente.

8. Em sintonia com todo o exposto, acordam em negar provimento ao pedido do recurso, mantendo, pois, e não obstante com fundamentação algo diversa, a decisão recorrida, com o que o arguido ora recorrente tem que cumprir a pena de 9 (nove) meses de prisão efectiva já aplicada pela Primeira Instância.

Custas pelo arguido, com quatro UC de taxa de justiça (duas mil patacas), fixada nos termos conjugados dos art.ºs 69.º, n.º 1, e 72.º, n.º 1, do Regime das Custas nos Tribunais.

Passe mandados de notificação pessoal do presente acórdão ao arguido recorrente e da sua condução ao Estabelecimento Prisional de Macau para efeitos de cumprimento da pena de prisão referida.

Macau, 20 de Novembro de 2003.

Chan Kuong Seng (relator)

José Maria Dias Azedo

Lai Kin Hong