Processo nº 12/2004 **Data: 04.03.2004**

Assuntos : Crime de "acolhimento"; (artº 8º da Lei nº 2/90/M).
Reincidência; (artº 69º do C.P.M.).

SUMÁRIO

A punição como reincidente, pressupõe – como requisito formal – uma condenação já transitada em julgado, por crime doloso e em pena de prisão efectiva superior a 6 meses.

Assim, se o arguido foi condenado em pena de prisão – ainda que superior a 6 meses mas – suspensa na sua execução, e (para além disso), se tal decisão apenas transitou em julgado após a ocorrência dos factos pelos quais foi submetido a julgamento, nada justifica que aí se considere o mesmo como reincidente.

O relator,

José Maria Dias Azedo

Processo nº 12/2004

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

Relatório

1. (A), arguida com os restantes sinais do autor, respondeu perante o Colectivo do T.J.B., vindo, a final, a ser condenada como, autora material da prática na forma consumada de um crime de "acolhimento (qualificado)", p. e p. pelo artº 8º, nº 2 da Lei nº 2/90/M, na pena de dois (2) anos e três (3) meses de prisão; (cfr. fls. 201 a 203-v).

Inconformada, a arguida recorreu, motivando para concluir que:

"*1ª) Os vícios consagrados nas diversas alíneas constitutivas do nº 2 do artigo 400º do Código de Processo Penal de Macau em vigor são do conhecimento oficioso, cabendo ao Tribunal de recurso "ad quem" deles conhecer "ex officio", ainda que o recurso se encontre limitado à matéria de direito.*

2ª) O acórdão recorrido, na parte da materialidade fáctica tida por

provada pelo Tribunal "a quo", refere que a ora recorrente é reincidente, pois que, na perspectiva desse mesmo douto Tribunal, em 22 de Outubro de 2001 ela terá cometido o tipo legal de crime previsto e punido pelo artigo 8º, nº 2 da Lei Nº 6/97/M, de 30 de Julho, e condenada, no âmbito dos autos de Processo Comum Singular Nº PCS-078-01-2, na pena de 7 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de 1 ano.

3ª) Confrontando a data a que se reportam os factos nestes presentes autos, e aquela outra data a que se reportam os autos de PCS-078-01-2, verifica-se que, neste último, os factos com relevância jurídico-penal ocorreram no dia 22 de Outubro de 2001,

4ª) Nos presentes autos, os factos ocorreram no dia 13 de Agosto de 2001, ou seja, nestes autos, embora o acórdão recorrido tenha sido proferido em data posterior àquele outro do PCS-078-01-2, o certo é que nestes autos se reportam a factos cometidos anteriores a 22 de Outubro de 2001.

5ª) Razão pela qual, crê, não estarem reunidos os pressupostos de facto para a conclusão de direito a que o Tribunal "a quo" chegou ao considerar verificada a situação de reincidência na pessoa da recorrente,

6ª) Assim, que o acórdão recorrido, nesta parte, encontra-se eivado do vício de erro notório na apreciação da prova, previsto no artigo 400º, nº 2, alínea c) do CPPM.

7 ª) Ainda relativamente à questão de direito de reincidência, o acórdão ora em crise encontra-se viciado de insuficiência para a decisão da

matéria de facto provada ,

8ª) Com efeito, e, tendo em conta o disposto no artigo 69º do CP em vigor, para a verificação da reincidência, não basta a existência de condenação anterior por crime punido com pena superior a 6 meses de prisão transitada em julgado,

9ª) A reincidência não opera "ope legis", não podendo bastar para tal que conste no registo criminal do agente criminoso uma condenação anterior nos termos definidos.

10ª) É imperioso que o Tribunal "a quo" indague, aprecie e conclua com suporte fáctico que "... de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime".

11ª) Para a verificação da reincidência é essencial a existência de averiguação de matéria de facto, com respeito pelo princípio do contraditório, demonstrativa de que as condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção para o arguido não continuar a delinquir. Não é suficiente o juízo baseado unicamente no que consta do certificado do registo criminal do arguido.

12ª) Da leitura atenta ao texto do acórdão recorrido, quer na parte da matéria de facto tida por provada, quer na parte enunciadora dos fundamentos que servem de base para a convicção a que se chegou o Tribunal "a quo", é irrefutável a conclusão pela total ausência deste esforço averiguatório, o apuramento das circunstâncias de facto

consubstanciadoras da conclusão da censurabilidade do acto e da insuficiência da advertência da condenação anterior .

13ª) Razão pela qual se entende que nesta parte, o acórdão recorrido encontra-se eivada do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, consagrado na alínea a) do nº 2 do artigo 400º da lei processual penal em vigor.

14ª) Não foi respeitado o princípio do contraditório no tratamento da questão da reincidência, originando, como consequência, a violação dos direitos fundamentais de defesa do arguido em processo penal.

15ª) Pois, ou na fase de acusação, ou formal e solenemente até ao início da audiência de discussão e julgamento realizada, deveria ter sido advertida e notificada à ora recorrente de que o crime imputado de acolhimento não é crimes simples, mas sim um crime a punir pela regra da reincidência, ou seja, com pena potencialmente agravada nos termos da lei, por forma a permitir-se a preparação da defesa em face da agravante que existe mas que se encontrava "encapotada".

16ª) Não agindo da forma devida, o Tribunal "a quo" inobservou uma formalidade essencial e fez gerar sobre o acórdão recorrido a violação do princípio do contraditório tão caro em processo penal, com o que violou a lei, nomeadamente o disposto no artigo 308º do Código de Processo Penal em vigor.

17ª) Há, assim, em nossa modesta opinião, vício de violação de lei, e do princípio do contraditório em processo penal.

18ª) O que implica a nulidade do julgamento assim realizado, ou, no mínimo, a nulidade dos actos processuais praticados em momento posterior àquele que devia ter sido, isto é, a advertência e notificação à arguida da possibilidade legal de verificação da circunstância modificativa agravante resultante da reincidência.

19ª) A pena concretamente aplicada à ora recorrente peca por severidade em demasia .

20ª) Nos termos do disposto no artigo 65º do Código Penal em vigor, a determinação da medida concreta da pena a aplicar, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal. A alínea b) do nº 2 desse mesmo normativo legal refere a circunstância da intensidade do dolo ou da negligência no cometimento do crime, e, ainda, na sua alínea d), às condições pessoais e a situação económica do agente do crime.

21ª) O Tribunal "a quo" não foi suficientemente longe tal como seria necessário com vista ao apuramento do quadro de circunstâncialismo fáctico que, embora alheio à factualidade essencial constitutiva dos elementos do tipo legal do crime imputado, sempre seria útil e necessário para a boa decisão da causa.

22ª) Com efeito, não se refere a factualidade apurada o grau de intensidade do dolo no cometimento do crime pelas bandas da recorrente.

23ª) No que tange às condições pessoais da recorrente e à sua situação económica, entendemos que o tribunal "a quo" na busca da

verdade material sobre as razões por detrás das quais a arguida ora recorrente se enveredou-se pela via criminosa, o tribunal limitou-se às perguntas do estilo, ou seja, "pessoas a seu cargo?" E, "rendimentos profissionais?" Isto não basta, para o cumprimento zeloso do estatuído nas aludidas alíneas b) e d) do nº 2 do artigo 65º do CP, termos em que, nesta parte, o acórdão condenatório violou a lei, as normas referidas nestas últimas alíneas.

24ª) Não teve ainda em conta, ou na devida conta, a idade avançada da ora recorrente, e, dai, a atenuação das necessidades de prevenção especial da pena a aplicar à mesma.

25ª) Por sua vez, não se verificando a situação de reincidência, é-nos óbvio que a pena concretamente aplicada é severa em demasia, devendo, antes, ter a recorrente sido condenada na pena de 2 anos de prisão, abeirando-se ao limite mínimo da moldura penal, e com a sua execução suspensa pelo período não inferior a 1 ano.

Nos termos, nos melhores de Direito, com o sempre douto suprimento de V. Excias, deve o presente recurso ser admitido e, a final, ser julgado procedente, e, em consequência:

a) Anular o julgamento realizado e, bem assim, o acórdão condenatório proferido, com fundamento em violação do princípio do contraditório no tratamento da questão da reincidência, por falta de advertência e notificação à recorrente da possibilidade legal de agravamento da pena;

b) *Ou, se assim não fôr entendido, ser ordenado o reenvio do processo para novo julgamento da matéria de facto em primeira instância, por verificação dos vícios de erro notório na apreciação da prova e insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, uma vez que tais vícios, conforme invocados e expendidos nesta peça de recurso, não podem ser supridos de outra forma pelo Tribunal de Recurso;*

c) *Ou, se assim não fôr entendido, ser dado provimento ao recurso, e, em consequência, ser a pena concretamente aplicada ao recorrente ser reduzida em 2 anos de prisão, suspensa a sua execução pelo período não inferior a 1 ano*"; (cfr. fls. 240 a 259).

Respondeu o Digno Magistrado do Ministério Público, pugnando no sentido da revogação do aresto em crise, substituindo-o por outro em que se não dê por verificada a ocorrência da reincidência; (cfr. fls. 263 a 266).

Admitido o recurso nos termos adequados, vieram os autos a este T.S.I..

Em sede de vista, opina a Exmª Procuradora-Adjunta no sentido de ter razão a recorrente quanto à questão da reincidência, sendo porém de se manter a pena imposta; (cfr. fls. 274 a 276).

Lavrado despacho preliminar e colhidos os vistos dos Mmºs

Juízes-Adjuntos, cumpre decidir.

Fundamentação

2. Resulta das conclusões extraídas da motivação de recurso apresentadas, que dois são os motivos do inconformismo da recorrente.

De facto, não impugnando a qualificação jurídico-penal da sua conduta como a prática de um crime de "acolhimento" p. e p. pelo artº 8º nº 2 da Lei nº 2/90/M, é apenas de opinião (1) que não deveria ser considerada "reincidente", e (2) que devia ser condenada em pena de prisão de 2 anos, suspendendo-se-lhe a execução pelo período de um ano.

Assim, identificadas que estão as questões a conhecer, vejamos.

(1) Da "reincidência".

Como se disse, entende a recorrente que não devia ser considerada "reincidente", e, perante tal, é de opinião que com tal decisão incorreu o Colectivo "a quo" em "erro notório na apreciação da prova", "insuficiência para a decisão da matéria de facto provada" e em "violação do princípio do contraditório".

Todavia, analisando-se o Acórdão recorrido, afigura-se-nos que, aí, ao se considerar a recorrente "reincidente" – e não obstante ter-se empregue a expressão "累犯" que significa "reincidência" – se queria apenas consignar que não era a mesma "primária".

De facto, basta ver que a pena aplicada, (2 anos e 3 meses de prisão) – que não foi especialmente atenuada – nem sequer se equipara ao mínimo legal que ao crime cabia se agravada pela circunstância da reincidência nos termos do artº 70º do C.P.M. (2 anos e 8 meses de prisão).

Contudo, admitindo-se que assim não sucedeu – e, assim, que se incorreu em lapso na determinação da media concreta da pena, sempre se dirá que, independentemente do alegado pela ora recorrente, não é de se considerar a mesma como "reincidente".

Não se nega que no âmbito do PCS-078-01-2, foi a ora recorrente condenada como autora da prática de um crime de "exploração de prostituição" p. e p. pelo artº 8º nº 2 da Lei nº 6/97/M, na pena de 7 meses de prisão suspensa na sua execução por um período de um ano; (cfr. C.R.C. a fls. 186).

Porém, importa ponderar que para além de não ser de se considerar tal condenação como relevante para efeitos de reincidência por não se tratar de condenação em pena de prisão efectiva, impõe-se ainda ter em conta que tal condenação apenas ocorreu em 22.10.2001 (cfr. fls. 186), e que nos presentes autos, os factos pelos quais foi a recorrente condenada reportam-se a 13.08.2001, portanto, ocorridos em data anterior àquela.

Assim, atento o preceituado no artº 69º do C.P.M., onde se fixam os pressupostos da "reincidência", bem se vê que a mesma não se verifica,

nesta parte, assistindo razão à ora recorrente.

Avancemos então para a outra questão suscitada no âmbito do presente recurso.

(2) Da pena.

Entende a recorrente que excessiva é a pena aplicada – pedindo uma pena de 2 anos de prisão – e que a mesma lhe devia ser suspensa na sua execução por um período de 1 ano.

Como se deixou exposto, foi a recorrente condenada em 2 anos e 3 meses de prisão (efectiva).

Atentos os factos provados – dos quais se destaca a sua não confissão e falta de arrependimento, não obstante surpreendida em "flagrante delito" – e ponderando-se na moldura penal para o crime em causa, (punido com pena de 2 a 8 anos de prisão), mostra-se-nos de todo incensurável a dita pena de 2 anos e 3 meses, inexistindo pois motivos para se alterar.

Por sua vez, quanto à pretendida suspensão, da mesma forma não se descortinam motivos para ser a mesma decretada.

De facto, não obstante em causa estar uma pena em medida não superior a 3 anos de prisão, e assim, preenchido estar o pressuposto formal

previsto no artº 48º do C.P.M. para a dita suspensão, cremos que à mesma obstam as necessidade de prevenção, isto tendo-se em conta o bem jurídico tutelado pela norma incriminatória do artº 8º da Lei nº 2/90/M (que, como é sabido, consiste, nomeadamente, na estabilidade sócio-económica da R.A.E.M.).

Nesta conformidade – e considerando ainda que nem a própria recorrente apresenta razões de facto ou de direito com base nas quais, em seu entender, se deveria decretar tal suspensão – nesta parte, improcede o recurso.

Decisão

3. Nos termos e fundamentos expostos, desconsiderando-se a referência quanto à circunstância da "reincidência", mantém-se a pena à arguida imposta no Acórdão recorrido.

Pagará a recorrente a taxa de justiça que se fixa em 3 UCs.

Macau, aos 4 de Março de 2004

José Maria Dias Azedo (Relator) – Chan Kuong Seng – Lai Kin Hong