

Processo n.º 64/2006

Data: 23/Março/2006

Assuntos:

- Audição do arguido na aplicação das medidas de coacção

SUMÁRIO:

A aplicação das medidas de coacção é precedida, sempre que possível e conveniente, da audição do arguido e pode ter lugar no acto do primeiro interrogatório judicial, sendo uma exigência do princípio do contraditório, devendo a dispensa ser tida como excepcional.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 64/2006

(Recurso Penal)

Data: 23/Março/2006

Recorrente: A

Objecto do Recurso: Despacho que decidiu sobre medida de coacção

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

I – RELATÓRIO

A, não se conformando com o despacho de 23 de Dezembro de 2005, que aplicou ao mesmo diversas medidas de coacção,

- Proibição de se ausentar da RAEM;
- Apresentação mensal na P.J.;
- Prestação de caução no valor de MOP\$15,000.00; e
- Proibição de contactar com os ofendidos,

vem dele interpor recurso, concluindo as suas alegações da seguinte forma:

1ª O Mmo JIC aplicou ao ora recorrente as mediadas de coacção de proibição de ausência da RAEM, apresentação mensal à PJ, pagamento de caução de MOP\$15,000.00 e proibição de contactos com os ofendidos, pelo mesmo estar indiciado da prática dos crimes p. e p. nos artigos 152º, n.º 1, do Cód. Penal e nos artigos 1º, n.º 1, e 5º da Lei 8/96/M.

2ª Tendo em conta a natureza cautelar das medidas de coacção resulta de imediato que só possam aplicar-se ao caso concreto se se mostrarem necessárias.

3ª O princípio da adequação tem carácter empírico, apoia-se no esquema meio-fim, segundo o qual a adequação há-de ser analisada em relação com a sua finalidade.

4ª Uma medida é adequada se com a sua aplicação se realiza ou facilita a realização do pretendido e não o é se o dificulta ou não tem absolutamente nenhuma eficácia para a realização das exigências cautelares.

5ª A execução das medidas de coacção e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício dos direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer.

6ª As medidas aplicadas pelo Mº JIC, nomeadamente, a proibição de ausência da RAEM e a apresentação mensal à PJ, violam o exercício dos direitos fundamentais do recorrente.

7ª Violam o direito de se movimentar e circular livremente e o direito fundamental ao trabalho que assiste ao recorrente, na medida em que os seus rendimentos que o sustentam a si e à sua família têm por fonte o emprego que tem em Hong Kong, uma vez que o mesmo é residente dessa Região Administrativa Especial.

8ª Foi vedado ao recorrente pelo Mmo JIC o seu direito de exercer o contraditório.

9ª O recorrente, após ter sido detido pela PSP no dia 19/12/05, foi presente ao M. P., no 21/12/05, que não procedeu a qualquer interrogatório, tendo aplicado o TIR e promovido as medidas de coacção de pagamento de caução de MOP\$5,000.00 e de proibição de contactos com os ofendidos, por considerar que havia indícios da prática do crime de p e p. pelo artigo 1º, n.º 1, da Lei 8/96/M.

10ª No dia 23 de Dezembro de 2005, o recorrente compareceu - por sua livre iniciativa, porque podia, entretanto, ter ido para Hong Kong, onde reside - no Juízo de Instrução Criminal.

11ª Nesse mesmo dia o recorrente é notificado do despacho do Mmo JIC, pela secretaria, informando-o dos crimes por que está indiciado e das medidas de coacção que lhe foram aplicadas, sem se ter procedido a primeiro interrogatório judicial.

12ª O Mo JIC quando decidiu não teve em conta as declarações que perante si deveriam ter sido prestadas pelo recorrente.

13ª A indicação de crimes, a aplicação de medidas de coacção e ausência do primeiro interrogatório judicial é uma situação extremamente grave, porque viola direitos fundamentais como os princípios do contraditório e da inocência do arguido.

14ª Assiste ao arguido o direito a estar presente, a ser ouvido e a intervir em todos actos que lhe disserem respeito ou que o afectem.

15ª O artigo 50º, n.º 1, do CPP estabelece os fundamentos gerais do direito de defesa do arguido em processo penal: em concreto, o direito de estar

presente, o direito a ser ouvido e o direito de intervenção activa – als. a), b) e f).

16ª Para haver aplicação de medidas de coacção que limitem a liberdade das pessoas, total ou parcialmente, o JIC deve, obrigatoriamente, proceder ao primeiro interrogatório judicial, sob pena de nulidade insanável.

17ª Tais medidas limitativas da liberdade das pessoas contendem directamente com o direito que elas têm de livremente decidir sobre as suas vidas, com a capacidade de escolha e decisão.

18ª Logo, a eventual necessidade de aplicação de tais medidas não pode proceder sem uma prévia presença e audição do arguido perante um magistrado judicial.

19ª Verifica-se que o recorrente, após a sua detenção pela PSP e apresentação ao M.P., nunca compareceu perante o Mmo JIC, nem nunca foi interrogado pelo mesmo.

20ª O despacho ora recorrido violou os direitos, liberdades e garantias do recorrente - direitos fundamentais -, o princípio da adequação e da proporcionalidade, os artigos 188º e 178º, n.º 2, do CCP.

21ª Violou, ainda, o princípio da legalidade, o princípio do contraditório, o princípio da inocência do arguido, os artigos 50º, n.º 1, als. a), b), e f), 250º, n.º 1, al. a) e al. b), 251º, 128º, n.º 1, e 179, n.º 2, todos do CPP.

Nesta conformidade, requer:

A) A declaração de nulidade do despacho ora recorrido, nos termos da al. c) do artigo 106º do CPP, com todas as consequências legais daí decorrentes;

caso assim não se entenda,

C) A declaração de nulidade do despacho ora recorrido, nos termos da al. d) do artigo 107º do CPP, com todas as consequências legais daí decorrentes;

Mas mesmo que ainda assim não se entenda,

C) A revogação do despacho do Mmo JIC, aqui impugnado, que aplicou ao recorrente as medidas de coacção supra referidas, substituindo-o por outro de conteúdo idêntico à promoção do digno Magistrado do Ministério Público.

A Digna Magistrada do MP ofereceu douta **resposta**, dizendo em síntese:

Face ao exposto, desde logo, não concordamos com o enquadramento jurídico-penal do despacho recorrido, ao serem aplicadas ao arguido a medida de coacção de proibição de se ausentar da RAEM, e, a medida de coacção de obrigação de apresentação mensal na P.J., uma vez que não foi equacionado devidamente as exigências cautelares do processo e a necessidade se salvaguarda dos direitos, liberdade e garantias individual, tendo atenção o facto o local em que o arguido habita, as suas exigências profissionais, e, ainda, atento o principio da presunção e inocência, deverá ser aplicada a menos gravosa.

Pelo que, ao aplicar-se ao recorrente, as medidas de coacção por nós promovidas, ou, seja, prestação de caução não inferior a MOP5,000.00 e proibição de contactos com as testemunhas, se fará JUSTIÇA.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu o seguinte douto parecer:

Impugna o recorrente o douto despacho que lhe aplicou “diversas medidas de coacção”.

Vejamos se lhe assiste razão.

E impõe-se, liminarmente, uma explicitação.

O arguido não põe em causa, de qualquer forma, e existência de “fortes indícios” ou “indícios” dos factos imputados no despacho recorrido.

Insurge-se, tão só, contra duas das medidas que lhe foram impostas, bem como contra o facto de essa imposição não haver sido precedida da sua audição.

No que tange às medidas em apreço, o recorrente fala em violação dos princípios da “adequação”, “proporcionalidade” e “inocência”, para além de violação dos seus “direitos, liberdades e garantias”.

E não temos dúvidas, de facto, em subscrever, em tese, as suas judiciosas considerações.

Mas o que importa, realmente, é apreciar o caso “sub judice”.

O arguido contesta, com maior ênfase, a proibição de se ausentar da R.A.E.M..

E, nessa parte, sufragamos, em termos essenciais, as explanações aduzidas na motivação.

Tal medida, na verdade, deve ter-se como inadequada e desproporcionada,

tendo em conta, em especial, a circunstância de ser residente de Hong Kong.

A apresentação mensal na Polícia Judiciária, entretanto, já suscita outra abordagem.

Há que ponderar, a propósito, especificamente, as “exigências profissionais do arguido e o local em que habita” (art. 183º, parte final, do C. P. Penal).

E cremos que a comparência mensal, na entidade mencionada, assegura o necessário equilíbrio entre o direito ao trabalho e o dever de colaboração com a justiça.

É certo, aliás, atentos os elementos constantes dos autos, que o recorrente tem, também, morada em Macau (cfr. fls. 140vº).

As demais medidas de coacção não foram, propriamente, objecto de discordância.

E afigura-se-nos incontroversa, na realidade, a bondade das mesmas.

Relativamente à sua não audição, o arguido põe o acento tónico na violação do princípio do “contraditório”.

E invoca, a esse respeito, entre outros, os artigos 50º e 179º do citado C. P. Penal.

O primeiro dispositivo assume um carácter geral, prescrevendo um direito de audiência – na al. b) do n.º 1 – conxionado com o referido princípio.

Já o segundo, revestindo uma natureza especial, tem a ver, expressamente, com a aplicação das medidas da coacção.

De acordo com o correspondente n.º 2, nessa aplicação “é precedida, sempre que possível e conveniente, da audição do arguido ...”.

O que equivale a afirmar que a audição do arguido só tem lugar quando for “possível e conveniente”.

E a conclusão a tirar, “in casu”, só pode ser a de que o Mmº Juiz não vislumbrou, efectivamente, tal “conveniência”.

No sentido propugnado decidiu, já, de resto, este Tribunal (cfr. ac. de 12-2-2004, proc. n.º 11/2004).

Deve, pelo exposto, nos termos apontados, ser concedido parcial provimento ao recurso.

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

É do seguinte teor o despacho ora posto em crise:

Nos autos há fortes indícios de que o arguido A cometeu um crime de sequestro (cfr. o artigo 152, n.º 1 do Código Penal), punível com a pena de prisão até 5 anos; um crime de exploração ilícita de jogo (cfr. o artigo 1, n.º 1 da Lei n.º 8/96/M), punível com a pena de prisão de até 3 anos; e também há indícios de que o arguido cometeu um crime de coacção à prática de jogo (cfr. o artigo 5 da Lei n.º 8/96/M), punível com a pena de prisão de até 8 anos.

Devido ao crime que o arguido A teria cometido, tendo em conta todas as circunstâncias do crime na presente causa, nomeadamente a gravidade do crime

cometido, a ilicitude do facto e o grau do dolo, a personalidade do arguido, o modo como cometeu o crime, o motivo e o grau da participação, assim como a situação económica do arguido e o facto de que o arguido não é residente de Macau, etc; e, para além destes, ponderando que envolveram-se na presente causa pelo menos 19 ofendidos, dos quais a maior parte são menores, e que o respectivo valor de dinheiro apostado em jogo ou do empréstimo ilícitos já atingiu MOP \$160.000, pode-se ver que as condutas do arguido teriam exercido uma influência muito negativa na sociedade de Macau.

Este juízo entende que, existe, pela parte do arguido, o perigo de fuga, o de perturbar o procedimento do processo judicial, e o de voltar acometer crimes (sendo muito alta a possibilidade de sucessão de crimes).

Nestes termos, aplicando o princípio da legalidade, e o princípio de adequação e de proporcionalidade, previstos pelos artigos 176 e 178 do CPP, em conjugação com os requisitos gerais e especiais da aplicação de medidas de coacção, previstos pelos artigos 182, 183, 184 e 188 do mesmo código, promove o nosso tribunal que o arguido A aguarde a audiência de julgamento mediante a aplicação das medidas de coacção a seguir expostas:

1. Apresentação periódica do arguido (mensalmente) na PJ, sendo a data da primeira apresentação marcada no dia 3 de Janeiro de 2006;
2. Proibição da saída do território de Macau;
3. O pagamento da caução, no valor de MOP \$15.000, no prazo de 5 dias;
4. Inibição de contactos com todas as testemunhas da presente causa (nomeadamente: Chan Kin Hoi, Kuok Hou, Lei Man Fong, Wong Kuok Kit, Lei Sio Hang, Ieong Wai Chong, Lau Meng Ho, Wan Tak Lei, Chan Chi Kit, Kuan Man Hou,

Chan Man Pau, U Oi Hong, U Peng Ho, Virrey Brito da Rosa, Vitalino de Jesus Pinto, Reinaldo do Espírito Santo, José Ramos da Cruz Fernandes, assim como os menores: Choi Chon Jeong, Ao Ka Kei e Lam Kei Fong) e os seus familiares.

Notifique o arguido que, caso houver qualquer infracção das medidas de coacção acima referidas, o tribunal não exclui a aplicação de outras mais graves.

Notifique e tome providências adequadas.

A seguir, reenvie os autos do presente processo ao Ministério Público.

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise da adequação da medidas de coacção concretamente aplicadas.

2. Sustenta o recorrente que as medidas aplicadas pelo Mmo JIC, nomeadamente, a proibição de ausência e apresentação mensal, violam o exercício dos direitos fundamentais do recorrente, que as medidas aplicadas violam os requisitos da sua aplicação, para além de que o arguido não foi ouvido sobre a aplicação dessas medidas.

3. A aplicação de uma medida de coacção tem de se revestir dos requisitos de proporcionalidade, necessidade, subsidiariedade e adequação (cfr. artigo 188º e 178º do C. P. Penal).

Verificada a necessidade de aplicação de uma medida de coacção, segue-se um segundo momento que é o da escolha da medida de coacção adequada, sendo que essa adequação realiza-se no momento em

que a medida a escolher seja capaz e suficiente de afastar o perigo que *in casu* determinou a necessidade de aplicação da medida.

«O princípio da adequação tem carácter empírico, apoia-se no esquema meio-fim, segundo o qual a adequação há-de ser analisada em relação com a sua finalidade. Uma medida é adequada se com a sua aplicação se realiza ou facilita a realização do pretendido e não o é se o dificulta ou não tem absolutamente nenhuma eficácia para a realização das exigências cautelares».

«O princípio da adequação manifesta-se não só na escolha da medida mais adequada aos fins cautelares prosseguidos com a sua aplicação, mas também na escolha da modalidade da sua execução».¹

Com efeito, o n.º 2 do artigo 178º do CPPM que “*A execução das medidas de coacção e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício dos direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer*”.

É igualmente verdade que as medidas aplicadas pelo Mmo JIC, nomeadamente, a proibição de ausência e apresentação mensal, contendem com o exercício dos direitos fundamentais do recorrente, limitando o direito de se movimentar e circular livremente.

E a proibição de ausência da RAEM, em especial, afecta o direito ao trabalho, na medida em que os seus rendimentos que o

¹ - Germano Marques da Silva, Curso de Processo II, 1999, pág. 248

sustentam a si e à sua família têm por fonte o emprego que tem em Hong Kong, uma vez que o mesmo é residente dessa Região Administrativa Especial.

Daí que importa proceder à integração daqueles requisitos, nomeadamente à luz dos princípios já proclamados por este Tribunal no sentido de que a aplicação das medidas de coacção implica uma restrição dos direitos e liberdade do arguido, que é de natureza excepcional e condicionada por lei à verificação de certos pressupostos e à observância de determinados requisitos, devendo respeitar os princípios da adequação e proporcionalidade, devendo ainda ser idónea para satisfazer as necessidades cautelares do caso.²

4. Ora acontece que, no momento, da apresentação do arguido A, no Ministério Público, este só promoveu a medida de coacção de prestação de caução de montante não inferior a MOP\$5,000.00 e proibição de contactos com as testemunhas, por entender, ficar assim, acautelada a eficácia do procedimento.

Tem-se entendido, ainda que não pacificamente, que o juiz de instrução não está limitado pela promoção do MP na aplicação das medidas de coacção, mas tal poder deve ser usado com a necessária parcimónia, na certeza de que é ao Ministério Público que cabe dirigir o inquérito e é a entidade melhor colocada para saber quais as medidas a aplicar em função da investigação e das medidas que deve desenvolver,

² - Ac. do TSI, n.º 39/2001, de 15/03/2001

tendo em vista a perseguição do crime, a descoberta e o julgamento dos seus autores.

Mas a aplicação das medidas de coacção não se esgota nesse espaço estrito da competência do MP, donde o poder ir mais além na aplicação das medidas, subordinado sempre ao primado das regras legais e dos apontados princípios.

Para além das regras substantivas que são pressuposto da aplicação das medidas de coacção, há ainda normas processuais que visam exactamente o apuramento dos pressupostos de aplicação das medidas, visando a salvaguarda dos direitos do arguido. E não estivesse o CPP impregnado de normas de autêntica força garantística e constitucional!

Entre elas avulta o direito de audiência do arguido para satisfação do contraditório, plasmado em todo o desenvolvimento da procedimento penal.

Com proclamação máxima no artigo 50º, n.º 1, do CPP, ao prever que *“O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de:*

a) Estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito;

b) Ser ouvido pelo juiz sempre que ele deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte;

(...)

f) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e

requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias;

(...”

Princípio este ainda desenvolvido, na parte que nos interessa, no n.º 1 do artigo 128º, “*O arguido detido que não deva ser de imediato julgado é interrogado pelo juiz de instrução, no prazo máximo de 48 horas após a detenção, logo que lhe for presente com a indicação dos motivos da detenção e das provas que a fundamentam*”.

E no n.º 1, al. a), do artigo 250º refere que compete ao JIC, durante o inquérito, “*Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido*» e a al. b) “*Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial*”

5. Enunciados os princípios, cabe fazer luz sobre o caso concreto.

Há duas questões que se colocam: uma, a da justeza das medidas; outra, a omissão de uma formalidade essencial, qual seja a falta da audição do arguido que fulmina o acto praticado de nulidade nos termos do artigo 106º, c) do CPP.

Sobre esta última questão diz o Exmo Senhor Procurador Adjunto que a audição do arguido só tem lugar quando for “possível e conveniente”.

E a conclusão a tirar, “in casu”, só pode ser a de que o Mmº Juíz não vislumbrou, efectivamente, tal “conveniência”.

Ainda que, no sentido propugnado decidiu, já, de resto, este

Tribunal (cfr. ac. de 12-2-2004, proc. n.º 11/2004), aí se lavrando um voto de vencido, em discordância, não deste enunciado, mas sim da sua concretização e da referida conveniência.

E poderíamos acrescentar o caso recentemente decidido neste Tribunal, no processo 62/2005, de 2/3/2006, onde se estabeleceu que a aplicação das medidas de coacção é precedida, sempre que possível e conveniente, da audição do arguido e pode ter lugar no acto do primeiro interrogatório judicial, sendo uma exigência do princípio do contraditório, devendo a dispensa ser tida como excepcional.

Donde se retira que o enunciado dos princípios não basta e não sendo o nosso sistema baseado na casuística de índole anglo-saxónica, importa sempre a análise do caso concreto de modo a proceder à sua integração normativa. Não há, na verdade, dois casos que sejam iguais.

6. Com o que se entra na análise da necessidade e conveniência da audição do arguido no caso concreto.

E sobre isto parece que de facto se impunha essa conveniência, não bastando presumir que o Mmo juiz no seu alto critério terá entendido da não conveniência.

Estamos num domínio, como se viu, em que os poderes do juiz, embora não se limitem ao proposto por quem dirige o inquérito, deverá dotar-se de todos os elementos que possam justificar a aplicação de uma medida mais gravosa. Para além de que no casos o MP até entendia haver apenas indícios fortes da prática de um crime de exploração ilícita de jogo, p.p. pelo art. 1º da Lei n.º 8/96/M, punido com a pena de prisão

até 3 anos ou pena de multa e não já daqueles que o Mmo juiz em causa entendeu existirem.

Para além de que, sendo o arguido residente em Hong Kong e aí trabalhando, com casa ainda em Macau, sempre importaria ouvir o arguido da compatibilização ou não das medidas aplicadas com a própria manutenção do seu emprego.

Não resulta como uma evidência aquilo que, embora não custe presumir, não foi dito e que respeita à inconveniência da sua audição, não deixando de se frisar que uma coisa é a inconveniência e outra é a desnecessidade.

Nesta conformidade, entende-se ser de julgar procedente o recurso na parte relativa à questão da não audição do arguido, o que determina a nulidade do despacho, nos termos vistos, e não deixa de condicionar a apreciação da questão da adequação e demais requisitos da aplicação das medidas de coacção.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao recurso, determinando a nulidade do despacho recorrido, devendo ser proferido um outro despacho sem preterição da apontada formalidade que se reputa, no caso, de essencial.

Sem custas.

Macau, 23 de Março de 2006,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong