Processo nº 772/2015

(Autos de recurso penal)

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

Relatório

1. Por Acórdão do T.J.B. decidiu-se:

- absolver B, (2^a) arguida com os sinais dos autos, da imputada prática de 1 crime de “difamação”, p. e p. pelo art. 174º, n.º 1 e 177º, n.º 2 do C.P.M. e art. 12º, n.º 2 da Lei n.º 11/2009;

- condenar A e C, (1^a e 3º) arguidos com os sinais dos autos, pela

prática, como autores do dito crime de “difamação”, na pena individual de 180 dias de multa, à taxa diária de MOP\$100,00, perfazendo a multa global de MOP\$18.000,00 ou 120 dias de prisão subsidiária; e,

- condenar os mesmos (1^a e 3^o) arguidos A e C no pagamento de uma indemnização total de MOP\$50.000,00 à ofendida e assistente dos autos; (cfr., fls. 606 a 613-v que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Inconformada, a assistente recorreu.

Pede, em síntese, a condenação da (2^a) arguida B, considerando também que a pena a aplicar a esta como aos restantes 2 arguidos seja de 18 meses de prisão, e que sejam os 3 arguidos solidariamente condenados no pagamento a seu favor de um total de MOP\$1.000.001,00, a título de indemnização pelos danos que sofreu; (cfr., fls. 625 a 644).

*

Pronunciando-se sobre o segmento crime da decisão recorrida diz o

Ministério Público que o recurso não merece provimento; (cfr., fls. 649 a 651-v).

*

Neste T.S.I., e em douto Parecer, entende o Ilustre Procurador Adjunto que a decisão (crime) proferida, (na parte que absolveu a 2^a arguida B), padece de “erro notório”, motivos não havendo para se agravar as penas aplicadas.

Tem o Parecer o teor seguinte:

“在充分尊重任何不同見解的前提下，遵中級法院與終審法院一以貫之的司法見解（於此不予贅引），我們認為：卷宗第604-613v頁之被上訴裁判存在《刑事訴訟法典》第400條第2款c)項訂立之“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，表現為若干未證事實明顯不符合正常理性與經驗規則。

1. 在被上訴裁判中，原審法院認定的第7點事實是：於2011年7月28日，第二嫌犯B在同事D同意下借用了其“...”用戶及密碼，在...。依據正常理性作判斷和分析，第二嫌犯“借用”他人用戶及密碼

之目的在於隱瞞自己的真實身份，這充分顯示她是故意作出第7點獲證事實提及的回覆（跟帖）。鑑於此，第7點獲證事實與第18點未證事實明顯不兼容（*notoriamente incompatível*），進而，第18點未證事實明顯抵觸經驗規則，存在審查證據方面之明顯錯誤。

2. 按諸經驗規則，第7點獲證事實足以揭示：第二嫌犯明知自己所說“哦~係唔係叫X？佢成日都放生電GA LA！！我之前夜晚去交工夫，佢都主動聊我LA~我都差D比佢電到”是不實之詞並且膽怯心虛，從而她知道至少應當知道該不實之詞受法律禁止及處罰。由此，其與第19點未證事實顯然相互抵觸（*manifesta contradição*），第19點未證事實亦明顯抵觸經驗規則，存在審查證據方面之明顯錯誤。

3. 第二嫌犯之回覆（跟帖）不是孤立的，而是與第一嫌犯的兩個帖文出現於同一討論區和同一標題，是回應第一嫌犯之兩個帖文的跟帖。在第12點獲證事實中，原審法院認定第一嫌犯之兩個帖文“已被廣泛瀏覽、回應和討論，有關內容在警察部門曾被同事討論”獲得證實。同時，原審法院認為第二嫌犯之回覆（跟帖）“已被廣泛瀏覽、回應和討論”屬未證事實，第12點未證事實同樣明顯抵觸經驗規則，存在審查證據方面之明顯錯誤。

4. 針的第12點至第19點未證事實，原審法院在“事實之判斷”部分所做的解釋是：然而，關於指被害人“成日都放生電”這字句，雖然屬負面的評語，但經整體分析，合議庭認為該負面評語的嚴重性

還未足以符合《刑法典》需保障的法益。事實上，單憑該字句又或透過該字句所帶出的意思均未能達致影射被害人是一名在男女關係及私生活上極不檢點的人。

無疑我們充分尊重原審法院的上述解釋，但冒昧認為：原審法院混淆了法律定性（此為價值判斷）與事實認定（此為事實判斷），理由在於——即使第二嫌犯之回覆（跟帖）的嚴重性未足以侵犯《刑法典》需保障的法益，其結果也只能是不構成犯罪，它不可以成為第12點、第15點、第17點、第18點及第19點未證事實的基礎和依據。

5. 以第7點獲證事實為基石，遵循中級法院與終審法院穩固確立的精闢司法見解，我們認為：原審法院對被上訴裁判中第12點、第15點、第17點、第18點及第19點未證事實的審理有違經驗法則，故此，存在《刑事訴訟法典》第400條第2款c)項訂立之“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

*

關於上訴人（輔助人E）提出的第二個理由，本人認同駐原審法院檢察官在卷宗第649-651v頁之『答覆』中所做的深刻分析。的確，毋庸置疑本案適用《刑法典》第177條第2款之規定、以及第11/2009號法律第11條第2款確立之加重情節。儘管如此，在我們看來，原審法院對第一嫌犯和第三嫌犯的量刑持平、公允，無懈可擊”；(cfr., fls.

665 a 666).

*

Nada parecendo obstar, cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Estão provados e não provados os factos como tal elencados no Acórdão recorrido, a fls. 608-v a 612, e que aqui se dão como integralmente reproduzidos.

Do direito

3. Vem a assistente recorrer do Acórdão proferido pelo Colectivo do T.J.B..

Com o seu recurso, impugna tanto a “decisão crime” como a “decisão civil” ínsita no referido veredicto.

3.1 Nesta conformidade, comecemos pela “decisão crime”.

Aqui, pretende a recorrente a condenação da (2ª) arguida B pelo imputado crime de “difamação”, e que a todos os arguidos seja aplicada uma pena de 18 meses de prisão.

— Afigura-se-nos assim de se começar pela peticionada “condenação da (2ª) arguida B”.

Pois bem, como fundamento do seu pedido, (e discordando da decretada absolvição), diz a recorrente que o Colectivo a quo errou na decisão da matéria de facto, considerando estar a mesma inquinada com o vício de “erro notório na apreciação da prova”.

Ora, repetidamente tem este T.S.I. afirmado que *“O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão*

logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada, as regras de experiência ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores”.

De facto, “É na audiência de julgamento que se produzem e avaliam todas as provas (cfr. artº 336º do C.P.P.M.), e é do seu conjunto, no uso dos seus poderes de livre apreciação da prova conjugados com as regras da experiência (cfr. artº 114º do mesmo código), que os julgadores adquirem a convicção sobre os factos objecto do processo.

Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal”; (cfr., v.g., Ac. de 12.05.2011, Proc. n.º 165/2011, e mais recentemente de 23.04.2015, Proc. n.º 216/2015 do ora relator).

Como também já tivemos oportunidade de afirmar:

“Erro” é toda a ignorância ou falsa representação de uma realidade. Daí que já não seja “erro” aquele que possa traduzir-se numa “leitura possível, aceitável ou razoável, da prova produzida”.

Sempre que a convicção do Tribunal recorrido se mostre ser uma convicção razoavelmente possível e explicável pelas regras da experiência comum, deve a mesma ser acolhida e respeitada pelo Tribunal de recurso.

O princípio da livre apreciação da prova, significa, basicamente, uma ausência de critérios legais que pré-determinam ou hierarquizam o valor dos diversos meios de apreciação da prova, pressupondo o apelo às “regras de experiência” que funcionam como argumentos que ajudam a explicar o caso particular com base no que é “normal” acontecer.

Não basta uma “dúvida pessoal” ou uma mera “possibilidade ou probabilidade” para se poder dizer que incorreu o Tribunal no vício de erro notório na apreciação da prova; (cfr., v.g., Ac. de 22.05.2014, Proc. n.º 284/2014 e de 23.04.2015, Proc. n.º 216/2015).

Aqui chegados, “quid iuris”?

Pois bem, vejamos.

A assistente, (agente da P.S.P.), apresentou queixa e, oportunamente, deduziu acusação particular contra os 3 arguidos dos autos, (também agentes da P.S.P.), imputando a cada um deles a prática de 1 crime de “difamação”; (cfr., fls. 198 a 204).

Em síntese, aos arguidos era imputada a sua intervenção (individual) numa página da internet, (nomeadamente) visualizada por colegas de profissão, onde, referindo-se à assistente, e ainda que de forma não totalmente explícita, mas fornecendo referências claras que (facilmente) levavam a sua identificação, teciam considerações (jocosas) sobre a sua pessoa.

Em concreto, à (1^a) arguida A era imputada a autoria de um comentário sobre a não transferência de departamento da assistente, insinuando que a mesma se devia a “outros motivos”, “não relacionados com o seu desempenho profissional ou com a conveniência para o serviço”, o que acabou por ser visualizado por muitos colegas que responderam apresentando os seus comentários.

À (2ª) arguida B era imputada a autoria de um comentário, onde, referindo-se ao anterior comentário da 1ª arguida afirmou que a assistente “tinha por costume assediar colegas”, e que, numa noite, durante o trabalho, tinha também sido vítima de tal conduta.

Ao (3º) arguido C, era imputada a autoria de um comentário onde, de forma algo dissimulada, (utilizando expressões com sentido figurado, mas cujo significado real é vulgarmente conhecido), afirmava que a assistente era “leviana” e que “entregava-se para relações sexuais com um grande número de pessoas”.

Certo sendo que foi tal “matéria” – levada ao despacho de pronúncia, e após julgamento – considerada “provada”, entende a assistente que, em relação à (2ª) arguida B incorreu o Tribunal a quo em “erro”, dado que deu simultaneamente como “não provado” outros factos à mesma arguida imputados, (nomeadamente) os referentes ao resultado e efeitos da sua conduta, “dolo” e “consciência da ilicitude”; (cfr., os factos referenciados com os n.ºs 15 a 19 do despacho de pronúncia, a fls. 296 a 301).

E, em nossa opinião, cremos que tem a assistente razão, passando-se a (tentar) expor os motivos deste nosso entendimento.

Ora, o crime de “difamação” vem previsto no art. 174º do C.P.M. onde se prescreve que:

“1. Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias.

2. A conduta não é punível quando:

- a) A imputação for feita para realizar interesses legítimos; e
- b) O agente provar a verdade da imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira.

3. O disposto no número anterior não se aplica tratando-se da imputação de facto relativo à intimidade da vida privada ou familiar.

4. A boa-fé referida na alínea b) do n.º 2 exclui-se quando o agente não tiver cumprido o dever de informação, que as circunstâncias do caso impunham, sobre a verdade da imputação”.

E, face ao que se provou, afigura-se inquestionável que com as “afirmações” produzidas, a (2^a) arguida B “imputou” à assistente “*facto ofensivo da sua honra e consideração*”, insinuando, igualmente, um juízo sobre a razão da sua não transferência para outro departamento, verificado estando assim o “elemento objectivo” do crime de “difamação” em questão.

Porém, como se viu, entendeu o Colectivo a quo que provado não estava o “elemento subjectivo”, o que, sem prejuízo do muito respeito por opinião em sentido diverso, apresenta-se-nos, no caso dos autos, como uma conclusão em desconformidade com as regras de experiência e normalidade das coisas.

Com efeito, (e como provado está), a (2^a) arguida é agente da P.S.P., sendo nascida em 1984 e possuindo formação de nível universitário.

E, atenta a factualidade dada como provada quanto à sua conduta, intervindo na página onde se comentava a “não transferência” da assistente e onde havia muitas visualizações, referindo-se à mesma com um “*Oh! Chama-se ‘...’*” – escrevendo o primeiro e último carácter e

apondo um “X” no lugar do 2º – afirmando de seguida que a dita assistente assediava a todos e que também tinha sido vítima de uma sua tentativa; (cfr., facto n.º 7), como considerar que, com a idade, nível académico (e, especialmente), profissão que detem, não soubesse que tal “comentário”, (que certamente, iria também ser visto por um grande número de pessoas), e até, pela “forma” como que era feito, atingiria a honra e consideração (profissional e pessoal) da assistente?

E, então, como considerar que agiu sem “dolo” – ainda que eventual – e sem “consciência da ilicitude”: isto é, sem saber que a sua conduta era “proibida e punida pela Lei”?

Verifica-se, assim, um evidente “erro notório na apreciação da prova” que, porque por este T.S.I. insanável, não pode deixar de impor o reenvio para, nos termos do art. 418º do C.P.P.M. se proceder a novo julgamento da matéria em questão, (factos da pronúncia referenciados com os números 15º a 19º), devendo-se, seguidamente, proferir nova decisão, (“crime” e “civil” em relação a mesma arguida).

— Procedendo assim o recurso na parte que se deixou apreciada – referente à “absolvição da 2ª arguida” – continuemos, passando para as “penas”, (agora, e face ao atrás decidido, tão só em relação aos arguidos A e C, questão que não nos parece prejudicada pelo decretado reenvio).

Vejamos.

Nos termos do art. 177º do C.P.M.:

“1. Se, no caso dos crimes previstos nos artigos 174.º, 175.º e 176.º,

a) a ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação, ou,

b) tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação, as penas da difamação ou injúria são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

2. Se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa não inferior a 120 dias”.

E, por sua vez, prescreve o art. 12º, n.º 2 da Lei n.º 11/2009 (há de combate à criminalidade informática) que:

“1. Se os crimes previstos na presente lei envolverem dados ou sistemas informáticos dos órgãos executivo, legislativo ou judicial ou de outras entidades públicas da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), as penas previstas nos artigos 4.º a 11.º são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

2. O disposto no n.º 2 do artigo 177.º e na alínea b) do artigo 192.º do Código Penal é aplicável aos crimes neles indicados, cometidos através da Internet quando esta seja utilizada como meio de ampla difusão”.

Dest’arte, e em causa estando uma pena de prisão até 2 anos ou pena de multa não inferior a 120 dias (e com limite máximo de 360 dias; cfr., art. 45º, n.º 1 do C.P.M.), que dizer da “pena” de 180 dias de multa aos arguidos fixadas?

Pois bem, nos termos do art. 64º do C.P.M.:

“Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda

sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Ponderando no assim estatuído, mostra-se de acompanhar o Colectivo a quo na opção que fez pela pena não privativa de liberdade, já que, tendo presente a factualidade provada, crê-se que esta “realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Porém, atento o estatuído nos art^{os} 40^o e 65^o do C.P.M., não sendo de esquecer que os arguidos são “agentes de autoridade”, (cujas missão principal é prevenir a prática de crimes), considerando igualmente os “danos” causados à ofendida assistente (e reflexamente, à própria corporação policial a que pertencem), e atento o vencimento mensal que auferem, afigura-se-nos algo reduzida a pena fixada, que em nossa opinião se situa algo excessivamente junta do seu limite mínimo, (tanto no que diz respeito ao número de dias como montante diário).

Dest’arte, considerando a moldura penal em questão (120 a 360 dias de multa), o preceituado no art. 45^o, n.º 2 do C.P.M. e a capacidade económico – financeira dos arguidos, mostra-se-nos justa e adequada a

pena de 240 dias de multa à taxa diária de MOP\$200,00, perfazendo a multa global de MOP\$48.000,00 ou 160 dias de prisão subsidiária.

3.2 No que toca ao “montante indemnizatório”, a mesma se nos apresenta a solução, já que o quantum total fixado – de MOP\$50.000,00 – se nos afigura “curto”.

Pretende a recorrente MOP\$500.000,00 como compensação pela “violação do seu direito à honra e consideração”, e MOP\$500.000,01, pelos “danos não patrimoniais” que sofreu.

Embora se compreendam as razões que levam a recorrente a apresentar o pedido nos termos em que o faz, afigura-se-nos que a indemnização a fixar não pode deixar de ser “uma indemnização” por “danos não patrimoniais”.

Pois bem, no que toca à “indemnização por danos não patrimoniais” temos entendido que:

“A indemnização por danos não patrimoniais tem como objectivo proporcionar um conforto ao ofendido a fim de lhe aliviar os sofrimentos

que a lesão lhe provocou ou, se possível, lhos fazer esquecer.

Visa, pois, proporcionar ao lesado momentos de prazer ou de alegria, em termos de neutralizar, na medida do possível, o sofrimento moral de que padeceu”, (cfr., v.g., o Ac. de 15.05.2015, Proc. n.º 26/2014), sendo também de considerar que em matérias como as em questão, inadequados são “montantes simbólicos ou miserabilistas”, (vd., M. Cordeiro, in “Tratado de Direito Civil Português”, II, Direito das Obrigações, III, pág. 755, onde se afirma que “há que perder a timidez quanto às cifras...”), não sendo igualmente, e obviamente, de se proporcionar “enriquecimentos ilegítimos ou injustificados”, (cfr., v.g., o Ac. de 09.10.2014, Proc. n.º 607/2014, e mais recentemente de 21.05.2015, Proc. n.º 405/2015).

Afigurando-se-nos de manter o assim entendido, ponderando na conduta pelos arguidos desenvolvida, (na sua “carga ofensiva”), e tendo presente os danos pela ofendida assistente sofridos, considera-se adequado condenar os arguidos A e C no pagamento de MOP\$70.000,00 e MOP\$100.000,00, (respectivamente), a título de indemnização por danos não patrimoniais.

Assim, nesta parte, procede, parcialmente, o recurso.

Decisão

4. Nos termos que se deixam expostos, e em conferência, acordam conceder parcial provimento ao recurso pela assistente apresentado, decretando-se o reenvio dos autos nos termos consignados, (em relação ao decidido a respeito da 2ª arguida B), alterando-se, no restante, a decisão proferida, e ficando os (1ª e 3º) arguidos A e C condenados na pena de 240 dias de multa à taxa diária de MOP\$200,00, perfazendo a multa global de MOP\$48.000,00 ou 160 dias de prisão subsidiária, e respectivamente, no pagamento do montante de MOP\$70.000,00 e MOP\$100.000,00, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais pela assistente sofridos.

Custas pelos arguidos, com taxa de justiça individual de 6 UCs.

Pelo seu decaimento em sede do pedido de indemnização civil, pagarão também os (1ª e 3º) arguidos e assistente as correspondentes e proporcionais custas.

Macau, aos 15 de Outubro de 2015

José Maria Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa