

Recurso nº 108/2005

Data: 29 de Setembro de 2005

- Assuntos:**
- Contradição insanável da fundamentação;
 - Erro notório na apreciação de prova;
 - Insuficiência da matéria de facto provada para a decisão;
 - Suspensão da execução da prisão

Sumário

1. Só existe a contradição insanável da fundamentação quando verifica a incompatibilidade entre os factos dados como provados, bem como entre os factos dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto, ou seja, o vício de contradição da fundamentação, nos termos do artigo 400º nº 2 do Código de Processo Penal, deve resultar patente e exuberante na ponderação da incompatibilidade entre um facto assente e um improvado.
2. O erro notório na apreciação da prova existe quando for evidente, perceptível, para um cidadão comum, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável.

3. Só existe a insuficiência da matéria de facto para decisão do direito quando os factos provados forem insuficientes para justificar a decisão de direito assumida e não também quando há insuficiência da prova para decidir, ou seja, tão só quando se verifique uma lacuna no apuramento da matéria de facto indispensável para a decisão de direito.
4. A insuficiência de facto não se confunde com a insuficiência de prova, esta é que não é sindicável.
5. O artigo 48º do CPM confere ao julgador o poder-dever de suspender a execução da pena de prisão quando a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três anos e conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso nº 108/2005

Recorrente: (A)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

O Ministério Público acusou, em processo sumário nº CR1-05-0065-PSM, os arguidos **(A) e (B)**, junto do Tribunal Judicial de Base pela prática de um crime de exploração ilícita de jogo de “mah-jong” p. e p. pelo artigo 12º da Lei nº 8/96/M.

Após o julgamento, o Tribunal proferiu a seguinte sentença condenatória que:

Condenou o 1º arguido (A) pela prática em autoria material e na forma consumada de um crime de exploração ilícita de jogo de “mah-jong” p. e p. pelo artigo 12º da Lei nº 8/96/M, na pena de dois meses em prisão, e

Condenou a 2ª arguida (B) pela prática em autoria material e na forma consumada de um crime de exploração ilícita de jogo de “mah-jong” p. e p. pelo artigo 12º da Lei nº 8/96/M, na pena um mês e meio em prisão.

Também condenou os arguidos no pagamento de taxas de justiça mínimas e outras remunerações.

Sejam confiscados e destruídos as pedras de “mah-jong”, as mesas de “mah-jong”, as cadeiras, a caixa postal e a fechadura com chaves apreendidos, e as comissões tiradas e o dinheiro para o jogo apreendidos nos presentes autos que se totalizam os 690 patacas sejam declarados perdidos à favor do território.

Inconformado com a decisão recorreu apenas o arguido (A) alegando para concluir que:

- “- Por um lado, a sentença recorrida deu como provado que o recorrente explorava ilicitamente o jogo de mah-jong na loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un, situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, com a finalidade de obter lucro pessoal. Contudo, por outro lado, também deu como provado que o recorrente colocava todo o dinheiro tirado dos seus jogadores numa caixa onde se escrevia “Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau”.
- Na sentença recorrida, não se provou que a loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un, situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa era a sede da pessoa colectiva da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau/sede da referida Associação, nem se provou a relação entre o recorrente e a Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau, a relação entre o recorrente e o referido estabelecimento e a relação entre a Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau e o referido estabelecimento.

- A contradição insanável da fundamentação consiste na contradição entre a fundamentação probatória da matéria de facto, bem como entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada. A contradição tem de se apresentar insanável ou irreduzível, ou seja, que não possa ser ultrapassada com o recurso à decisão recorrida no seu todo e às regras da experiência comum (cfr. Sumário do Recurso de Processo Penal do Tribunal de Última Instância n.º 17/2000, de 22 de Novembro de 2000).
- Por um lado, a sentença recorrida provou que o recorrente tinha finalidade de obter lucro pessoal, mas, por outro lado, também provou que o recorrente tinha colocado o dinheiro tirado numa caixa de dinheiro da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau. Aqui existe manifesta contradição na matéria de facto dada como provada.
- Na sentença recorrida, provou-se que o recorrente tinha explorado ilicitamente o jogo de “mah-jong” na loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, porém, não se provou que o estabelecimento onde ocorreu o crime era a sede da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau. Aqui existe contradição entre a matéria de facto dada como provada e não provada.
- As contradições supra mencionadas conduzem a uma dúvida: quem tinha finalidade de obter lucro, era o recorrente ou a Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de

Macau e também conduzem a outra dúvida: quem controlava a loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, era o recorrente ou a Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau.

- Tais contradições também estão directamente relacionadas com que só se pode indagar a responsabilidade criminal do agente quando estiver determinado a quem pertenciam os referidos lucros (requisito constitutivo do crime).
- As referidas contradições não podem ser sanáveis e consequentemente, levam a sentença recorrida a enfermar de vício da contradição insanável da fundamentação acima referida.
- Na sentença recorrida, referiu-se que o recorrente explorava ilicitamente o jogo de “mah-jong” na loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, a fim de obter lucro pessoal, mas o facto é que as respectivas quantias não pertenciam ao recorrente mas sim foram colocadas na caixa de dinheiro da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau, à disposição desta.
- Os factos acima referidos são incompatíveis porque ou o recorrente ou a referida Associação tinha finalidade de obter lucro pessoal.
- A loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa é a sede da pessoa

colectiva da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau/sede da referida Associação. O recorrente explorava ilicitamente o jogo de “mah-jong” na sede da pessoa colectiva da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau/sede da referida Associação. Os factos acima referidos são incompatíveis porque ou o recorrente controlava o referido estabelecimento ou o referido estabelecimento era usado pela referida Associação para suas actividades.

- 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 não 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 ou as *legis artis*. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores, ou seja, quando o homem de formação média facilmente dele se dá conta (cfr. Sumário do Recurso de Processo Penal do Tribunal de Última Instância n.º 17/2000, de 22 de Novembro de 2000).
- Os factos incompatíveis acima referidos são inaceitáveis porque podem ser percebidos facilmente pelo homem de formação média, por isso, a sentença recorrida enferma de vício do erro notório na apreciação da prova.

- Um dos requisitos para que a sentença recorrida julgue procedente a acusação do crime de exploração do jogo de “mah-jong” é que deve comprovar que existem instrumentos de aposta no referido estabelecimento e tais instrumentos podem ser usados pelos jogadores na aposta.
- A sentença recorrida referiu que foram apreendidos nos autos alguns objectos, como mesas, cadeiras e mah-jong. Superficialmente, parece que já preenche o requisito acima referido. Contudo.
- De facto, na situação normal, um conjunto do jogo de mah-jong só pode ser jogado quando tem 144 pedras de mah-jong e pelo menos um dado, não podendo ser jogado quando falta um destes.
- O Tribunal *a quo* não provou ser completo o número das pedras dos mah-jong apreendidos, por isso, é impossível comprovar que os jogadores puderam jogar com tais mah-jong.
- O Tribunal *a quo* também não provou que os jogadores fizeram o jogo de mah-jong com mah-jong incompletos.
- Para se verificar a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada é necessário que a matéria de facto provada se apresenta insuficiente, incompleta para a decisão proferida por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessário para uma decisão de direito adequada. Aparece o vício quando os factos dados como provados pelo tribunal sejam incompletos para chegar correctamente à solução de

direito constante da decisão recorrida (cfr. Sumário do Recurso de Processo Penal do Tribunal de Última Instância n.º 17/2000, de 22 de Novembro de 2000).

- O Tribunal *a quo* omitiu fazer averiguação de um facto necessário, isto é, o número completo das pedras dos mah-jong apreendidos, de forma que a matéria de facto provada apresenta-se insuficiente e incompleta para a decisão que julga procedente a acusação da exploração ilícita do jogo de mah-jong por parte do recorrente, existindo assim o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.
- No âmbito da pena privativa de liberdade, a de curta duração tem sido mais criticada, mesmo alguns académicos chegam a sustentar a sua abolição total.
- A discussão em torno do conceito “curta duração” já levou mais de um século desde a 1ª conferência internacional do estabelecimento prisional em 1872. As opiniões mais fortes compreendem as teorias de três meses, de seis meses e de um ano, além disso, há ainda as teorias de uma semana, de duas semanas, de seis semanas (Liszt), de quatro meses (Carofalo) e de nove meses, etc., a opinião mais extrema sobre a mínima curta duração da pena privativa da liberdade deve ser de 6 horas ou 12 horas.
- A pena privativa da liberdade de curta duração tem os seus defeitos e este ponto de vista pode ser confirmado pela teoria de defeitos de Baumann e Quensel, que invoca os seguintes fundamentos para sustentar a anulação da pena privativa da

liberdade de curta duração: (1) não é suficiente para realizar a educação e a correcção, ou seja, não há tempo suficiente para educar e corrigir os presos e, como a pena é curta e a sua severidade é pouca, a pena privativa da liberdade de curta duração não tem força intimidadora; (2) a prisão de curta duração só leva à pobreza material e moral dos familiares dos presos, sendo difícil a reintegração dos presos na sociedade após a sua libertação; (3) Como a maioria dos estabelecimentos da execução da pena de prisão não é devidamente equipada e é impossível que os presos são orientados pelo pessoal prisional de qualidade, os presos podem pegar vícios, o que eleva a sua perigosidade pessoal; (4) Como a maioria dos presos condenados na pena privativa da liberdade de curta duração é primária, a aplicação desta pena pode levá-los a perder o senso de temor da prisão e o amor próprio, o que desfavorece a prevenção de futuros crimes pelos presos; (5) A maioria dos presos da pena privativa da liberdade de curta duração é de classe baixa; os criminosos de classe alta são sempre condenados na pena de multa, isto parece aprofundar o sentido de injustiça; (6) Os presos da pena privativa da liberdade de curta duração ocupam demasiadamente as instalações do estabelecimento prisional, isto causa um enorme encargo para a execução da pena.

- Devido aos defeitos acima referidos, as leis penais de alguns países estipulam expressamente que só se pode declarar a pena privativa de liberdade de curta duração nos casos

especialmente indispensáveis, como por exemplo, o artigo 47.º alínea 1) da Lei Penal da Alemanha prevê: O tribunal só pode aplicar a pena privativa da liberdade não superior a 6 meses nas situações do crime e da personalidade de criminoso tão especiais que a aplicação da pena privativa é realmente indispensável para influenciar o criminoso e defender a ordem jurídica.

- Em algumas situações especiais, pode-se aplicar excepcionalmente a pena privativa da liberdade de curta duração caso a mesma seja efectivamente necessária, isto quer dizer que, só se pode aplicar a pena privativa da liberdade de curta duração caso não haja outra medida de punição que preencha o princípio de proporcionalidade e adequação para concretizar a finalidade da prevenção da punição, uma vez que só “a influência sobre o agente” e “a defesa da ordem jurídica” podem ser consideradas como finalidades de punição, pelo que, não se pode aplicar a pena privativa da liberdade só com fundamento de “culpa especialmente grave” ou mesmo com fundamento de pedido de asilo do agente.
- A “situação especial” provavelmente existe no próprio acto, como por exemplo, na intensidade do prejuízo ou na violação do dever. A situação especial da personalidade do agente que origina a necessidade da aplicação de pena privativa da liberdade de curta duração compreende principalmente a reincidência ou a tendência manifesta da prática do crime determinado. Contudo, alguns acórdãos proferidos pelos

tribunais superiores de justiça da Alemanha não deixam de ter razão ao salientar que o mero facto das várias repetições de novos crimes não deve ser o fundamento da aplicação da pena privativa da liberdade de curta duração e, se a vida do agente tem mudança favorável naquele período, é mais impossível aplicar a pena de curta duração.

- São outras condições prévias que têm a função decisiva, isto é, a aplicação da pena privativa da liberdade de curta duração é indispensável para influenciar o agente. Para a sua confirmação, deve fazer comparação entre o efeito previsto desta pena e o da aplicação da multa. Só se pode aplicar a pena privativa da liberdade de curta duração caso a pena de multa não possa efectivamente impedir o agente de continuar a praticar futuros crime.
- A pena privativa da liberdade de curta duração não pode ser aplicada por motivo de prevenção especial, só pode recorrer ao fundamento de “defesa da ordem jurídica”. Isto porque a aplicação da pena privativa da liberdade de curta duração é necessária para manter a fidelidade dos residentes à lei; quando os residentes vacilam na “inviolabilidade da lei”, pode-se aplicar, numa situação especialmente excepcional, a pena severa que não produz nenhum efeito de prevenção especial, mas, tal aplicação só é permitida em situação muito rara.
- Os defeitos da pena privativa da liberdade de curta duração são reconhecidos pelas doutrinas e prática jurídica. Trata-se de um dos conteúdos muito importantes da política criminal

que a teoria de defesa social sustenta. Cada país tem a sua própria maneira de pensar e de fazer sobre a pena privativa da liberdade de curta duração e a sua aplicação, contudo, há um ponto que pode ser afirmado: é necessário tomar medidas eficientes para impedir os defeitos da pena privativa da liberdade de curta duração.

- A avaliação da política criminal da pena privativa da liberdade de curta duração depende na comparação. Em comparação com as medidas não privativas (como a pena de multa ou a suspensão da execução da pena de prisão), a curta permanência nos órgãos de execução da punição não produz avaliáveis efeitos de prevenção especial, pelo contrário, como o agente sofre perturbações na profissão, família ou relação social, é possivelmente reduzir a sua oportunidade da nova socialização.
- Como refere Eduardo Correia, “a ideia fundamental que domina o instituto da suspensão da pena é subtrair os criminosos às penas de curta duração, que envolvem um grande perigo de contágio com maus elementos e fazem sofrer a quem são infligidas uma degradação social irreparável, sem a compensação de uma possibilidade séria – justamente pela sua curta duração – de reeducação dos criminosos” (cfr. – Direito Criminal II, Almedina. A- 1998, a página 396). Aliás, “a constatação da ineficácia e dos efeitos perniciosos da prisão de curta duração é hoje uma opinião largamente partilhada, reunindo o consenso de escolas e correntes doutrinários bem distintas”. (Cfr. Instituto de

Reinserção Social – Trabalho a Favor da Comunidade – Almedina – 1998, a página 25). – cfr. Acórdão do ex Tribunal Superior de Justiça de 17 de Novembro de 1993, proferido no Processo n.º 059.

- A ideia original do artigo 44.º do Código Penal reside em evitar a consequência negativa da pena de curta duração.
- Quanto à pena efectiva de 2 meses de prisão aplicada ao recorrente pelo Tribunal *a quo*, existem mais desvantagens do que vantagens tanto para a sociedade como para o recorrente. Para concretizar as consequências da prevenção especial, a pena de 2 meses de prisão deve ser suspensa, e no período da suspensão, deverá o recorrente cumprir o plano pessoal a ser elaborado para ele, não podendo ir a certos lugares ou contactar com determinadas pessoas (artigo 50.º do Código Penal), apresentando-se periodicamente a técnico da acção social que vai acompanhar o caso do recorrente.
- O centro normativo do princípio da proporcionalidade é uma injunção de proibição do excesso e significa uma relação de adequação entre o meio e o fim. Essa ideia central projecta-se em três dimensões injuntivas de proporcionalidade: adequação, necessidade e equilíbrio. A adequação impõe que o meio utilizado seja idóneo à prossecução do objectivo da decisão. Entre todos os meios alternativos, deve ser escolhido aquele que implique uma lesão menos grave dos interesses sacrificados. O equilíbrio revela a justa medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na

relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa.

- O princípio da proporcionalidade é uma regra fundamental a observar o uso do mecanismo de livre decisão. Quando o princípio for manifestamente violado, deve ser anulado o acto administrativo (cfr. Recurso de Processo Penal do Tribunal de Última Instância n.º 6/2000, de 27 de Abril de 2000).
- Conforme as doutrinas supra mencionadas (em que situação é que se deve aplicar a pena de prisão de curta duração) e em conjugação com os factos do caso e as situações concretas do recorrente, o Tribunal *a quo*, para prevenir a repetição do crime por parte do recorrente, aplicou-lhe a pena curta de 2 meses de prisão, de forma que existe uma discordância entre o método e a finalidade, o que assim violou o princípio da adequação.

Pede a procedência dos fundamentos de recurso por existir na sentença recorrida contradição insanável da fundamentação; erro notório na apreciação da prova; insuficiência para a decisão da matéria de facto provado e violação do princípio da adequação, anulando a sentença recorrida.

E subsidiariamente, pede a alteração da pena de 2 meses de prisão por a aplicação, devendo suspender a execução da prisão.

Ao recurso respondeu o Ministério Público que concluiu que:

1. “Pôr em qualquer lugar” e “servir de lucro de qualquer pessoa”, os dois não têm conflito Observando nos termos do Código Civil, “pôr em qualquer lugar” trata-se de “Posse”, enquanto “servir de lucro de qualquer pessoa” trata-se de “Direito de Propriedade” Falando no aspecto de natureza, “pôr em qualquer lugar” é “método”, “servir de lucro” é “motivo”. Não se pode comparar as coisas de essência diferente, sem o pressuposto de contradição ou incompatibilidade;
2. Pelo que, não há a contradição insanável da motivação;
3. Igualmente, não existe erro notório na apreciação da prova, dado que colocar dinheiro na caixa em que tem escrito “Associação” não exclui imediata e necessariamente a posse do dinheiro à pessoa singular;
4. Os requisitos de crime de exploração ilegal do jogo de mah-jong constam do art.º12º do Lei Nº8/96/M, no qual não se inclui enumeração das pedras de mahjong, além do mais, o recorrente foi detido em flagrante delito, pelo que, não existe a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;
5. A ideia de evitar a pena privativa da liberdade de curta duração já é adoptada no CPM, manifesta-se em ser substituída a pena de prisão não superior a 6 meses por multa (art.º44º), o princípio da preferência da pena não privativa da liberdade (art.º64º) e sistema de suspensão da execução da pena (art.º 48º), entre outros.

6. O recorrente já tem três registo criminal, entre os quais a última vez foi crime de exploração ilegal do jogo de mah-jong, é difícil satisfazer os requisitos constantes dos referidos três artigos, particularmente suspensão da execução da pena, por não poder obter previsão positiva do seu comportamento futuro, pelo que, a pena efectiva de prisão inevitavelmente é *ultimo ratio*.

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

“Não se conformando com a decisão condenatória proferida pelo Tribunal Judicial de Base, o réu do presente processo, (A), interpôs recurso, entendendo que na referida decisão existem contradição insanável da fundamentação, erro notório na apreciação da prova, insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e violação do princípio da adequação na determinação da pena.

Face aos fundamentos do recurso acima referidos, o Digno Magistrado do Ministério Público já procedeu à análise na sua resposta à motivação de recurso, entendendo que todas as razões de recurso são improcedentes. Quanto a isso, estamos de acordo.

Como é sabido, os vícios consagrados no art. 400.º n.º 2 al. b) do Código de Processo Penal referem-se às contradições entre os factos do processo – entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada.

“A contradição tem de se apresentar insanável ou irreduzível, ou seja, que não possa ser ultrapassada com o recurso à decisão recorrida no seu todo e às regras da experiência comum” (cfr. Recurso de Processo Penal do Tribunal de Última Instância n.º 17/2000, de 22 de Novembro de 2000).

O recorrente alega que por um lado, a sentença recorrida deu como provado que o recorrente tinha finalidade de obter lucro pessoal, mas, por outro lado, provou que o recorrente colocou o dinheiro tirado na caixa de dinheiro da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau, existindo assim manifesta contradição entre os factos dados como provados.

Além disso, a sentença recorrida deu como provado que o recorrente explorava ilicitamente o jogo de mah-jong na Loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un, situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, mas não provou que o referido estabelecimento onde ocorreu o crime era a sede da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau, existindo assim contradição entre a matéria de facto dada como provada e não provada.

Não podemos concordar com tal ponto de vista.

Na realidade, não existe contradição necessária entre os factos dados como provados invocados pelo recorrente. A colocação das referidas quantias na caixa postal onde se escrevia “Caixa de Doação da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau” não implica que tais quantias fossem entregues à “Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau” e não pertencessem ao recorrente como lucro.

Pelo contrário, nos factos provados indica-se explicitamente: embora colocadas na caixa postal acima supracitada, as referidas quantias eram “lucros do 1.º arguido (A)”. A opinião de que as referidas quantias não pertencem ao recorrente mas sim estão à disposição da referida Associação por as mesmas terem sido colocadas na caixa da referida Associação, é meramente a opinião pessoal do recorrente e tal opinião não foi provada.

Por outro lado, também não percebemos porque é que o recorrente entende que existem contradições entre os factos dados como provados e não provados indicados por ele.

O recorrente alega que o Tribunal a quo não deu como provado que a Loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un, situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa era a sede da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau, porém, este facto não existe na matéria de facto dada como provada pelo tribunal.

Entendemos que não é tão importante para a condenação do recorrente o facto da referida loja ser ou não ser a sede da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau e, nos factos dados como provados pelo tribunal, indica-se que a referida loja foi “alugada pelo recorrente para dedicar-se à exploração do jogo de mah-jong”. Isto já demonstra claramente de quem estava à disposição concretamente a referida loja e qual era a finalidade.

Após a análise sintetizada dos factos do presente caso, entendemos que não existe, na sentença recorrida, contradição nem incompatibilidade invocada pelo recorrente.

O erro notório na apreciação da prova alegado pelo recorrente também se fundamenta na incompatibilidade entre os factos acima referidos, pelo que, este fundamento de recurso também não procede pelas razões supramencionadas.

O recorrente também alega a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, citando as seguintes razões: Um dos requisitos do crime de exploração do jogo de “mah-jong” é “deve comprovar que existem instrumentos de jogo no referido estabelecimento e tais instrumentos podem ser usados pelos jogadores no jogo”, porém, in casu, o Tribunal a quo não provou

ser completo o número das pedras dos mah-jong apreendidos, por isso, é impossível comprovar que os jogadores puderam jogar com tais mah-jong.

É notório que esta razão invocada pelo recorrente não tem nenhum fundamento.

Em primeiro lugar, não podemos concordar com o ponto de vista do recorrente sobre o requisito constitutivo do crime de exploração ilícita do jogo de mah-jong, uma vez que ao abrigo do art. 12.º da Lei n.º 8/96/M, “Quem, em estabelecimento comercial, residência ou outros recintos explorar o jogo de mah-jong com intuitos lucrativos”, comete o crime de exploração ilícita do jogo de mah-jong. Assim, podemos ver que, para o legislador, “com intuitos lucrativos” e “explorar o jogo de mah-jong” são os requisitos constitutivos necessários do referido crime.

Claramente, na exploração do jogo de mah-jong, tem de ter instrumentos (como mah-jong, etc.) para ser utilizados pelos jogadores no jogo, mas isto não é o requisito constitutivo do referido crime nem implica que o número das pedras de mah-jong afecta directamente se os factos dados como provados pelo tribunal são ou não suficientes.

Em segundo lugar, a questão suscitada pelo recorrente deve relacionar com a questão de suficiência ou insuficiência da prova, uma vez que o recorrente entende que o Tribunal a quo não averiguou se o número das pedras dos mah-jong apreendidos era completo, por isso, não conseguiu comprovar que os jogadores pudessem jogar com tais mah-jong, de forma que não se pode dar como provado o facto da exploração do jogo de mah-jong pelo recorrente.

Contudo, o número das pedras de mah-jong não é a única maneira para comprovar a exploração do jogo de mah-jong pelo recorrente.

In casu, o juízo do Tribunal *a quo* sobre os factos baseou-se nos depoimentos das seis testemunhas e nas provas documentais constantes dos autos, comprovando que em 12 de Abril de 2005, pelas 12H30, quando realizaram uma investigação na Loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un, os guardas policiais descobriram que haviam pessoas que estavam a jogar mah-jong e o recorrente explorava o jogo de mah-jong no referido local há já um mês.

A parte policial também apreendeu os referidos instrumentos de jogo no local de ocorrência, incluindo dois conjuntos do jogo de mah-jong e duas mesas de mah-jong. Embora não se indicassem os números concretos das pedras dos referidos mah-jong, isto não impede que o Tribunal *a quo*, após a análise sintetizada de todas as provas existentes, concluiu que o recorrente tinha explorado o jogo de mah-jong.

Por fim, o recorrente também entende que, ao condená-lo na curta pena de dois meses de prisão, o Tribunal *a quo* violou o princípio da adequação.

Em primeiro lugar, é de referir que não duvidamos dos defeitos causados pela aplicação da curta pena de prisão, também conhecemos claramente os esforços dedicados por numerosos países no sentido de reduzir a aplicação da curta pena de prisão e evitar os seus defeitos.

Nos termos dos dispostos no Código Penal de Macau, a aplicação da pena não privativa da liberdade deve ser preferencial à da pena privativa da liberdade; a pena de prisão não superior a 6 meses deve ser substituída por multa ou outra pena não privativa da liberdade aplicável; a pena de prisão não superior a 3 anos também pode ser suspensa (artigos 64.º, 44.º e 48.º do Código Penal de Macau).

Merece atenção que os princípios e regimes supramencionados têm um pressuposto comum, isto é, a pena não privativa da liberdade, a substituição da pena de prisão por outra pena e a suspensão da execução da pena de prisão podem realizar, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, incluindo as da prevenção geral e da prevenção especial.

No regime da substituição da pena de prisão por outra pena, não está sujeita a esta estipulação quando a execução da pena de prisão é necessária para prevenir o futuro cometimento dos crimes.

Na sua motivação de recurso, o recorrente salienta unilateralmente as finalidades da punição da prevenção especial, omitindo as exigências da prevenção geral.

Conforme os registos criminais do recorrente, podemos saber que o recorrente não é primário. Além da prática dos outros crimes, o recorrente tinha sido condenado na pena de multa pela prática de exploração ilícita do jogo de mah-jong em Julho de 2001.

Com isso, podemos saber que a pena de multa não consegue impedir a repetição do mesmo crime do recorrente.

O recorrente opina que deve suspender a pena de dois meses de prisão que lhe foi aplicada, a fim de concretizar a consequência da prevenção especial.

Contudo, atendendo aos antecedentes criminais do recorrente, duvidamos que a suspensão da execução da pena de prisão possa realizar de forma adequada e suficiente a referida finalidade.

Partindo do ponto de vista da prevenção geral do crime idêntico, entendemos também que a situação do recorrente não preenche as condições

previstas no artigo 48.º do Código Penal de Macau, de forma que não lhe deve ser aplicada a suspensão da execução da pena de prisão.

Quanto à pena condenada ao recorrente, o Tribunal *a quo* não violou o princípio da adequação.

Pelos expostos, deve-se negar o provimento do recurso interposto pelo recorrente, mantendo a decisão originalmente proferida.”

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais dos Mmºs Juizes-Adjuntos.

À matéria de facto, foi dada por assente a seguinte factualidade:

- No dia 12 de Abril de 2005 cerca das 12H30, quando guardas chegaram à edf. “XX Fa Un”, bloco 5, R/C loja AP situado na Avenida de Autur Tamagnini Barbosa para fazer investigações à ordem, verificaram que os respectivos indivíduos Leong XX, Lau XX, Wong XX, Wong X Keng, Tang X, Ng XX, Un XX e Leong X Hoi estavam a jogar “mah-jong”. Após investigações, foi verificado que para jogar “mah-jong” na referida loja, quando ganhar com pedra tirada por si, serão tiradas 10 patacas como comissão, e terminadas cada 4 voltas serão tiradas 40 patacas. A respectiva comissão tirada tem que ser colocada na caixa postal com letras “Caixa de Doação da Associação dos Funcionários de Administração de Imóveis de Macau” como lucro obtido pelo 1º arguido (A).

- Os guardas apreenderam comissão de 320 patacas encontrada na referida caixa postal e numerário de 370 patacas encontrado nas gavetas de mesas de “mah-jong” (vide a fls. 5 e 6 dos autos). Ao mesmo tempo, os guardas também apreenderam os utensílios de jogo indicados a fls. 4 dos autos do presente processo, e a caixa postal e a fechadura com chaves indicadas a fls. 6 e 7 dos autos.
- O 1º arguido explorou o jogo de “mah-jong” na referida loja há um mês, obtendo pela “tirada de comissão” lucro de cerca de 200 por dia.
- A referida loja foi arrendada pelo 1º arguido para efeitos de exploração do jogo de “mah-jong”, sendo a renda mensal de 1000 e tal patacas.
- A 2ª arguida ajudou o 1º arguido a gerir a referida loja e atender os indivíduos que foram jogar “mah-jong”.
- O 1º arguido praticou consciente, livre e voluntariamente a referida conduta, e sabia perfeitamente que não podia explorar o jogo de “mah-jong” sem licença, no entanto, ainda o explorou ilicitamente.
- A 2ª arguida praticou consciente, livre e voluntariamente a referida conduta, e sabia perfeitamente que o 1º arguido explorou ilicitamente o jogo de “mah-jong”, no entanto, ainda o auxiliou.
- Os dois arguidos sabiam bem que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

- Ao mesmo tempo também foram provados as condições pessoais dos arguidos:
 - O 1º arguido é administrador, tendo o salário mensal de cerca de 4500 patacas, e tem de sustentar a vida dos dois filhos menores e da mãe.
 - O arguido chegou a frequentar escola primária até o 4º ano.
 - De acordo com o Certificado de Registo Criminal, o arguido não é delinquente primário, chegando a ser condenado a pagar multa por cometimento de crime de exploração ilícita de jogo de “mah-jong”.
 - A 2ª arguida está desempregada, e mantém a vida com subsídio mensal de 1500 patacas prestado pelo Instituto de Acção Social, não tendo ninguém a seu cargo.

Factos não provados: nada.

Conhecendo.

Conforme as conclusões do recurso, são seguintes questões que se colocam:

1. Vício de contradição insanável da fundamentação;
2. Vício de erro notório na apreciação de prova;
3. Vício de insuficiência da matéria de facto provada para a decisão;

4. Violação do princípio de proporcionalidade e de adequação na medida de pena.

1. Vício de contradição insanável da fundamentação

Para tal, alega que, “por um lado, a sentença recorrida provou que o recorrente tinha finalidade de obter lucro pessoal, mas, por outro lado, também provou que o recorrente tinha colocado o dinheiro tirado numa caixa de dinheiro da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau. Aqui existe manifesta contradição na matéria de facto dada como provada”, e que “na sentença recorrida, provou-se que o recorrente tinha explorado ilicitamente o jogo de “mah-jong” na loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, porém, não se provou que o estabelecimento onde ocorreu o crime era a sede da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau. Aqui existe contradição entre a matéria de facto dada como provada e não provada”.

Como se entende, só existe a contradição insanável da fundamentação quando verifica a incompatibilidade entre os factos dados como provados, bem como entre os factos dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto.¹

Ou seja, o vício de contradição da fundamentação, nos termos do artigo 400º nº 2 do Código de Processo Penal, deve resultar patente e

¹ cfr. Prof. Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, vol. III, pág. 325

exuberante na ponderação da incompatibilidade entre um facto assente e um improvado.²

Como é óbvio, não tem razão o recorrente.

No primeiro grupo dos factos, o facto provado que “o recorrente tinha colocado o dinheiro tirado numa caixa de dinheiro da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau” não implica, por um lado, que a caixa pertence efectivamente àquela Associação, por outro, que o recorrente entregaria esta montante àquela Associação.

Ao contrário, está inequivocamente provado que “a respectiva comissão tirada tem que ser colocada na caixa postal com letras “Caixa de Doação da Associação dos Funcionários de Administração de Imóveis de Macau” como lucro obtido pelo 1º arguido (A)”, que se afigura ser manifestamente correspondente ao facto em comparação - o recorrente tinha finalidade de obter lucro pessoal.

Quanto ao segundo grupo dos factos, pondo em comparação o facto provado com o facto não provado, o recorrente esqueceu-se de que o Tribunal não fez incluir na parte dos “factos não provados” aquele facto indicado - o estabelecimento onde ocorreu o crime era a sede da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau.

Não se percebe como o recorrente pôs em comparação entre o facto dado como provado com um qualquer facto não constante da parte dos factos não provados. Não tendo aqui factos comparáveis, não haverá contradição dos factos.

² Acórdão deste TSI de 14 de Setembro de 2000 do processo nº 132/2000

Assim improcede o recurso nesta parte.

2. Vício de erro notório na apreciação de prova

Alega que “na sentença recorrida, referiu-se que o recorrente explorava ilicitamente o jogo de “mah-jong” na loja AP do Bloco V do Edifício XX Fa Un situada na Avenida de Artur Tamagnini Barbosa, a fim de obter lucro pessoal, mas o facto é que as respectivas quantias não pertenciam ao recorrente mas sim foram colocadas na caixa de dinheiro da Associação dos Empregados da Gestão de Propriedades de Macau, à disposição desta”.

Como se sabe e como se tem vindo a afirmar nos acórdãos deste Tribunal, o *erro notório na apreciação da prova* existe quando for evidente, perceptível, para um cidadão comum, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável.³

Contradizendo aos factos provados - O 1º arguido arrenda A referida loja A para efeitos de exploração do jogo de “mah-jong” com a renda de 1000 e tal patacas e explorou o jogo de “mah-jong” na referida loja há um mês, obtendo pela “tirada de comissão” lucro de cerca de 200 por dia que se colocava na caixa postal com letras “Caixa de Doação da Associação dos Funcionários de Administração de Imóveis de Macau” como lucro obtido pelo 1º arguido (A) – o recorrente veio apenas manifestar a sua discordância com a decisão da matéria de facto

³ Acs. do TSJ de 11.06.98, Proc. n.º 847; de 24.09.98, Proc. n.º 895 e de 29.09/99, proc. 1111/99, de 3/2/2000. Do proc. n.º 1263 e 1267 etc.

do Tribunal, pondo assim em causa a livre convicção do Tribunal, que não é sindicável nos termos do artigo 114º do Código de Processo Penal.

Pois, como é evidente, dos autos constam todos os elementos nomeadamente os depoimentos das testemunhas prestados em audiência, para provar os factos em causa.

Improcede também o recurso nesta parte.

3. Vício de insuficiência da matéria de facto provada para a decisão

Entende o recorrente que “o Tribunal *a quo* não provou ser completo o número das pedras dos mah-jong apreendidos, por isso, é impossível comprovar que os jogadores puderam jogar com tais mah-jong”, e que “o Tribunal *a quo* também não provou que os jogadores fizeram o jogo de mah-jong com mah-jong incompletos”.

Quanto à questão de insuficiência, já é de jurisprudência uniforme, quer do então Tribunal Superior de Justiça quer do Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M., que só existe a insuficiência da matéria de facto para decisão do direito quando os factos provados forem insuficientes para justificar a decisão de direito assumida e não também quando há insuficiência da prova para decidir, ou seja, tão só quando se verifique uma lacuna no apuramento da matéria de facto indispensável para a decisão de direito⁴.

⁴ Ac. do então TSJ de 11.06.98, Proc. n.º 847, de 24.09.98, Proc. n.º 895; de 3.2.99, Proc. n.º 973; de 21.04.99, Proc. n.º 1026; de 19.05.99, Proc. n.º 1052; de 2.06.99, Proc. n.º 1073; de 09.06.99, Proc. n.º 1078; de 23.06.99, Proc. n.º 1090 e de 06.10.99, Proc. n.º 1107, e os Ac. do TSI, de 3/2/2000, do proc.1263, do proc. n.º 1267 etc.

No fundo, o recorrente põe uma questão de insuficiência de prova, que não se confunde com a insuficiência de factos, pondo em causa mais uma vez à livre convicção do Tribunal.

Está provado que:

- “No dia 12 de Abril de 2005 cerca das 12H30, quando guardas chegaram à edf. “XX Fa Un”, bloco 5, R/C loja AP situado na Avenida de Autur Tamagnini Barbosa para fazer investigações à ordem, verificaram que os respectivos indivíduos Leong XX, Lau XX, Wong XX, Wong X Keng, Tang X, Ng XX, Un XX e Leong X Hoi estavam a jogar “mah-jong”. Após investigações, foi verificado que para jogar “mah-jong” na referida loja, quando ganhar com pedra tirada por si, serão tiradas 10 patacas como comissão, e terminadas cada 4 voltas serão tiradas 40 patacas.”

E por sua vez o Tribunal após a audiência de julgamento, ponderou nomeadamente os depoimentos de seis testemunhas, formou a sua convicção. Esta convicção não é impugnável.

E quanto a nós, dos autos não se verifica uma lacuna na matéria de facto, e com os factos dados como provados, é suficiente tomar uma decisão líquida de direito, pois, como diz o artigo 12º da Lei nº 8/96/M, quem, em estabelecimento comercial, residência ou outros recintos explorar o jogo de “Mah-Jong”, com intuito lucrativos, é punido ...”, a conduta do recorrente integrará este crime.

Assim sendo não se verificam os vícios que o recorrente invocou.

Passemos a questão de direito.

4. Violação do princípio de proporcionalidade e de adequação na medida de pena

Entende que no presente caso não há que aplicar a pena de privativa de liberdade de curta duração, porque só se pode aplicar a pena privativa da liberdade de curta duração caso não haja outra medida de punição que preencha o princípio de proporcionalidade e adequação para concretizar a finalidade da prevenção da punição, uma vez que só “a influência sobre o agente” e “a defesa da ordem jurídica” podem ser consideradas como finalidades de punição, pelo que a pena privativa da liberdade de curta duração não pode ser aplicada por motivo de prevenção especial, só pode recorrer ao fundamento de “defesa da ordem jurídica”. Deve, assim, a execução da pena de prisão ser suspensa.

In casu, operou a sentença duas fases de ponderação: na escolha de prisão e a não suspensão da execução da prisão.

Na escolha de prisão, o Tribunal *a quo* considera que o arguido infringiu mais uma vez o mesmo crime, de modo a demonstrar a alto grau de culpa e a pena de multa não é suficiente para alcançar a finalidade de punição.

Por outro lado, o Tribunal *a quo* ponderando a personalidade do arguido, o seu estado da vida, o comportamento anterior e posterior do crime, entendeu que a suspensão da execução de prisão não produziria os efeitos de evitar a continuação da prática do crime e de satisfazer a finalidade de punição.

Como se sabe, há três momentos na medida de pena em que o Tribunal confronta com a determinação da pena de não privativa de liberdade: 1) a prevalência da pena de multa na escolha entre a pena de prisão e pena de multa (artigo 64º do Código Penal); 2) Aplicando concretamente numa pena inferior a 6 meses de prisão, esta é substituída por pena de multa (artigo 44º do Código Penal); 3) A pena concreta não superior a três anos de prisão, pode ser suspensa a sua execução (artigo 48º do Código Penal).

E como o recorrente pede apenas a suspensão de execução da prisão aplicada, vejamos então esta questão.

É sabido que o artigo 48º do CPM confere ao julgador o poder-dever de suspender a execução da pena de prisão quando a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três anos e conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.

Ou seja, para que uma pena inferior a 3 anos de prisão possa ser suspensa é necessário que o julgador, reportando-se ao momento da decisão e não ao da prática do crime, possa fazer um juízo de prognose favorável relativamente ao comportamento do arguido, no sentido de que a ameaça da pena seja adequada e suficiente para realizar as finalidades da punição.⁵

⁵ In Maia Gonçalves , Código Penal Português, anotado e comentado, 10ª Edição-1996, p. 233 em que

Está provado que:

“- O 1º arguido é administrador, tendo o salário mensal de cerca de 4500 patacas, e tem de sustentar a vida dos dois filhos menores e da mãe.

- O arguido chegou a frequentar escola primária até o 4º ano.

- De acordo com o Certificado de Registo Criminal, o arguido não é delinquente primário, chegando a ser condenado a pagar multa por cometimento de crime de exploração ilícita de jogo de mah-jong.”

O mesmo crime pelo que o recorrente tinha sido condenado ocorreu em Julho de 2001, na pena de 50 dias de multa, a diário de 60 patacas, pena esta já se encontra extinta por ter sido paga a multa em 3 de Dezembro de 2001.

Tendo em conta o tempo que passou, o modesto grau de ilicitude, a consequência do crime que levou para a comunidade, afirmaremos que a finalidade da punição alcançar-se-ia adequada e suficientemente com a pena de suspensão nos termos do disposto no artº 48º do C.P.M..

Assim sendo, decide-se suspender a execução da pena de 2 meses de prisão por um período de três (3) anos, impondo-se, como regra de conduta a adoptar pelo arguido – em sintonia com o previsto nos artºs 48º nº 2 e 50º, nº 2, al. b), todos do mesmo C.P.M. – a proibição da sua comparência no “estabelecimento” onde ocorreram os factos, matéria do presente processo, durante o período de suspensão referido.

citou o Ac. do STJ de Portugal de 11 de Maio de 1995, do processo 47577/3ª.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em, dando parcial provimento ao recurso, revogar a decisão recorrida, na parte da medida de pena, condenando-se o arguido nos exactos termos ora consignados.

Custas pelo arguido na proporção de 3/4, com taxa de justiça que se fixa em 3 UCs.

Macau, aos 29 de Setembro de 2005

(Foi deliberado e assinado em 28/9/2005)

Choi Mou Pan (Relator) – João A. G. Gil de Oliveira – Lai Kin Hong