

Processo n.º 254/2005

(Recurso Penal)

Data: 15/Dezembro/2005

Assuntos:

- Violação
- Atenuação especial; tentação da vítima

SUMÁRIO:

O regresso da ofendida, altas horas da noite, à casa do amigo do arguido, ali tendo estado com eles anteriormente, por razões que se não explicam, ao contrário da amiga que ali não quis voltar, jogar cartas, beber cervejas com dois rapazes, ir com eles para um quarto, deitar-se na mesma cama com um deles, ainda aqui de acordo com as regras do senso comum, da experiência de vida e de uma certa normalidade, na ausência do esclarecimento cabal do que se terá passado no interior do quarto, não obstante a violência que vem provada e se não discute, integrante do crime de violação, faz pensar em não excluir a possibilidade de ter ocorrido uma tentação da vítima condicionante da conduta do arguido.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 254/2005

(Recurso Penal)

Data: 15/Dezembro/2005

Recorrente: A

Objecto do Recurso: Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

A, vem, nos termos dos artigos 389º e 391º, n.º 1, alínea b), ambos do C. P. Penal, interpor recurso para o Tribunal de Segunda Instância do acórdão de 2 de Agosto de 2005 do Tribunal Judicial de Base de Macau, que o condenou, pela prática de um crime do art. 157º, n.º 1 do C. Penal, na pena de cinco anos de prisão, concluindo as suas alegações de recurso da seguinte forma:

Imputa o recorrente à decisão recorrida erro de julgamento na apreciação da prova produzida em audiência, os vícios de erro de direito, de erro notório na apreciação da prova na vertente de violação das legis artis, de erro notório na apreciação da prova e de contradição insanável na fundamentação.

O tribunal recorrido valorou o depoimento da testemunha B, não devendo fazê-lo e deu uma importância reduzida ao depoimento da testemunha C, quando se impunha o contrário.

Deu o Distinto Colectivo por provado que «à meia noite, a ofendida e a C saíram da referida fracção e dirigiram-se para casa da C » mas omitiu incompreensivelmente os motivos por que as duas meninas saíram da casa onde se encontravam com os dois rapazes.

As duas raparigas saíram da casa do B por iniciativa da C, porque os dois rapazes estavam a entrara num relacionamento íntimo com elas, apalpando-as, e a C teve noção de que o que os dois rapazes pretendiam era uma relação íntima com elas.

O tribunal recorrido por provado que, um pouco mais tarde, a ofendida «voltou sózinha à casa do B » mas omitiu, incompreensivelmente, as circunstâncias e as motivações em que se deu esse regresso.

Ao chegarem a casa dela, a ofendida D manifestou o propósito de regressar à casa onde se encontravam os dois rapazes, no que foi por ela desaconselhada e sempre contra o conselho da amiga, telefonou ao ora recorrente, pedindo-lhe para ir buscar na sua moto, regressando ao local dos factos sem ignorar a ambiência que a esperava e as expectativas que o seu regresso causariam.

A testemunha C esclareceu claramente que «a ofendida teve vontade de se relacionar sexualmente com o arguido e semi-consentiu na prática da relação de cópula».

Ainda que se não valorassem tais factos em tal perspectiva, eles relevariam sempre por dever entender-se na decisão da ofendida em regressar à residência da testemunha B uma contribuição dela para o relacionamento sexual que veio a ter com

o arguido (devendo, mesmo, o seu comportamento integrar a circunstância atenuante especial da tentação da vítima, altamente mitigadora da culpa do arguido).

A ponderação crítica de tal quadro no texto da sentença recorrida era imposta, ressalvado o muito respeito devido, pelas regras da experiência comum, não escapando a falha que se observa no acórdão à observação mais comum por parte do homem médio.

Não pode perder-se de vista, por resultar concludentemente da prova produzida e documentada, o facto de a ofendida ter omitido deliberadamente um facto da maior importância que veio a ser dado por provado: o facto de, depois de ter estado com a sua amiga C e com o arguido em casa da testemunha B, ter saído da casa com a amiga e ali voltado um pouco mais tarde.

Ao fazê-lo teve o propósito manifesto de empurrar para o arguido ora recorrente toda a responsabilidade da relação de sexo para cuja concretização ela deu o primeiro passo, ao decidir regressar ao local.

Não retirou o tribunal recorrido, porém, devendo fazê-lo, quaisquer consequências desse facto ao nível das razões e da vontade da ofendida em permanecer ali, após a meia noite, na companhia de dois rapazes.

E só pode ser compreendido por ser a ofendida, apesar da sua pouca idade, uma rapariga com grande permissividade sexual.

A ser verdadeira a factualidade apurada pelo colectivo, estando a testemunha B de fora do quadro criminoso que resulta de tal factualidade, é absolutamente incompreensível o desenvolvimento dos factos sem se dar como assente a colaboração ou solicitação ou a tentação da ofendida.

O modo como o tribunal recorrido ponderou o facto de a ofendida apenas

ter denunciado o crime de violação de que se afirma vítima muitos meses após a sua ocorrência, mostra-se manifestamente insuficiente.

Não basta dizer que a ofendida teve medo de falar aos pais no caso, sete ou oito meses antes, pois o tempo decorrido deve ser entendido como claramente revelador da irrelevância que a ofendida atribuiu à relação de cópula com o arguido, quiçá pela vergonha que sentiu por ter contribuído para uma relação sexual de que resultou o seu desfloramento com a pessoa errada ou por não estar, ao tempo, preparada para dar esse passo na sua vida.

A irritação que demonstra ainda hoje contra o arguido pode ser resultado não de uma relação de sexo forçada, mas antes resultado do desinteresse que o arguido veio a revelar por ela após os factos, ausentando-se da casa do B, no dia dos factos, antes da própria ofendida o fazer, e ter-se recusado, nos meses que se seguiram, a corresponder à vontade da ofendida em que voltassem a encontrar-se.

Não teve o colectivo qualquer preocupação em proceder ao exame desse situação, integrá-la numa avaliação global da ponderação da prova e dela retirar as devidas ilações.

Tal facto assumia relevância em si mesmo, pois pode perguntar-se por que motivo não deu a ofendida conhecimento aos pais e era importante que se tivesse obtido uma explicação efectiva para esse facto.

Impunha-se, no modesto entendimento do ora recorrente, ter valorado essa circunstância em favor do arguido.

Se houve violação, esta não poderia ter ocorrido sem a colaboração da testemunha B, o que é suficientemente demonstrativo de que o depoimento desta testemunha deveria ter merecido as maiores reservas ao tribunal recorrido.

O referido indivíduo viu o seu depoimento condicionado, pelo que se deveriam ter rodeado de todas as cautelas as declarações por si prestadas e procurado interpretar com atenção redobrada as suas explicações sobre os factos que «testemunhou» e, de qualquer maneira, ponderado criticamente o seu depoimento.

Deu o tribunal recorrido simultaneamente por provadas a violência e o abuso da inexperiência da ofendida na base da relação sexual de cópula, quando tal sobreposição envolve visível erro de apreciação da prova e de aplicação do direito.

Se abusou da sua inexperiência, é compreensível a atitude da testemunha e dono da casa, B, de permissividade em relação aos factos que se desenrolaram no quarto ali ao lado da sala de estar onde se encontrava; se usou de violência, a posição da referida testemunha é insustentável.

Algumas das sábias apreciações críticas do precedente acórdão da 1.^a Instância mostra-se válidas para o Ac. recorrido.

Deu o tribunal recorrido como provado que «na altura todos os três estavam bêbados» , sem desse facto ter extraído as necessárias consequências jurídicas.

A anomalia psíquica pode gerar inimputabilidade se o agente, no momento da prática do facto, e em razão dela, estiver impedido (for incapaz) de avaliar a ilicitude da sua conduta ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

Na conjugação das duas disposições normativas dos art.ºs 19.º, n.º 1 e 284.º do C. Penal (sobretudo se trouxermos à colação a norma do n.º 4 do rt.º 19.º),constata-se que, nesta última disposição, o legislador pune o acto ilícito praticado sob a influência da anomalia psíquica (entendida esta amplamente como ultrapassando os casos de doença mental e abrangendo, a título exemplificativo, as perturbações de consciência) enquanto no art.º 284.º o que se censura não é o ilícito

cometido sob influência de uma estado de perturbação da consciência mas o acto da embriaguês em si, operando-se, assim, uma transferência do dolo ou da culpa do facto para o próprio acto da embriaguês (ou situação similar).

Na absoluta falta de ponderação dos reflexos jurídico-criminais dessa situação, há que, por força do princípio in dubio pro reo, dar como verificada a atenuante qualificativa.

O tribunal recorrido violou a norma do art.º 157, n.º 1 do C. Penal (ao fazer a sua aplicação) e a norma do art.º 168.º do mesmo diploma legal (pela sua não aplicação) ou, em alternativa, e sempre, a norma do art.º 66.º, n.º 2, alínea b) do mesmo Código (pela sua não aplicação em conjugação com a norma do art.º 157.º ou com a norma do art.º 168.º).

Violou, ainda, pela sua não aplicação, as normas dos art.ºs 19.º, n.º 1 e 284.º do C. Penal.

Violou, ainda, o princípio in dubio pro reo.

A final, pede que seja:

- absolvido o arguido na procedência das dúvidas suscitadas ou do estado de inimputabilidade decorrente da embriaguês; ou

- condenado o arguido, com recurso à atenuação especial da pena por força da tentação da vítima ou da situação de semi-inimputabilidade decorrente da embriaguês, numa pena não superior a 3 anos de prisão (ainda que mantida a sua condenação pelo crime de violação), suspensa na sua execução.

A fim de permitir ao Venerando Tribunal de Segunda Instância a cabal reapreciação da matéria de facto, requerer-se, ao abrigo da norma do art.º 91.º do C. P. Penal, a transcrição dos depoimentos em audiência prestados pelo arguido, pela ofendida e pelas testemunhas C e B ou esclarecimento quanto à necessidade de impender sobre o recorrente o ónus dessa transcrição.

O Digno Magistrado do MP junto da 1º Instância e a Exma Senhora Procuradora Adjunta junto deste Tribunal, em doudas peças da análise factual e jurídica, são a pronunciar-se pelo não provimento do recurso.

*

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Com pertinência, transcreve-se o teor do acórdão recorrido:

“Acórdão

Nota Explicativa:

De acordo com o acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância em 23 de Junho de 2005, na medida em que há contradição insanável no acórdão elaborado pelo Tribunal Colectivo em 18 de Março de 2005, foram declarados nulos o respectivo julgamento e a decisão, a foi reenviado o processo para este Tribunal para a nova audiência de julgamento.

1. Relatório

Arguido:

A, de sexo masculino, nascido a 2 de Maio de 1982, natural de Hong Kong, filho de XX e de XXX, solteiro, desempregado, titular do BIRM n.º XXX, residente em Macau, na Avenida XXX, com o n.º de tel. XXX, tendo-lhe sido aplicada a prisão preventiva no Estabelecimento Prisional de Macau.

Factos acusados:

A partir do ano de 1999, o arguido A começou a conhecer pessoas do sexo oposto através da internet (ICQ) e, ao mesmo tempo, a trocar números de telefone e a marcar encontros com a outra parte.

Entre Setembro e Outubro de 2003, em data indeterminada, o arguido mediante a *internet* (ICQ) conheceu a ofendida D (de sexo feminino, menor, nascida a 25 de Fevereiro de 1989, tinha 14 anos de idade na altura do acontecimento, id. nos autos a fls. 8), para encobrir a sua identidade utilizou o nome “Ah Man” como pseudónimo, tendo ambos trocado números de telefone.

Entre Setembro e Outubro de 2003, numa data indeterminada, o arguido telefonou à ofendida às 11 e tal da noite.

E marcou com ela um encontro, por sua iniciativa, no Mercado Vermelho, situado na Av. Do Almirante Lacerda.

A ofendida foi ao seu encontro com uma amiga, C (id. nos autos a fls. 28), e, depois, o arguido ligou a um amigo B (id. nos autos a fls. 157) a pedir-lhe para se divertir com eles.

Reunidos os 4, B sugeriu que fossem divertir-se para sua casa, sita em Macau, na

Av. XXX.

Depois, o arguido e os outros foram compra cerca de dez garrafas de cerveja no supermercado “Wang Kei”, sito na Av. Ouvidor Arriaga, antes de seguirem para casa do B.

Na fracção, jogaram às cartas e beberam cerveja, sendo que, à meia-noite e tal a B saiu da casa, alegando assunto importante.

Os outros 3 (o arguido, a ofendida e B) continuaram a jogar no quarto, decidindo que quem perdesse bebia cerveja.

Até cerca das 3 da madrugada, os 3 já tinham bebido cerca de sete garrafas de cerveja, ficando um tanto embriagados, e foram todos dormir, tendo o arguido e a ofendida deitado na mesma cama, enquanto B na outra.

A seguir, o arguido começou a apalpar a ofendida na cama e foi empurrado várias vezes pela ofendida, mandando sair o B do quarto, indo este para a sala de estar, jogar computador.

Posteriormente, o arguido abraçou e beijou a ofendida à força e tirou à força as calças desta, a ofendida resistiu imediatamente, deu pontapés continuamente ao arguido e gritou em voz alta: Não me toques. Vai embora. Socorro.

O arguido continuou a empregar violência, pegando nos pés da ofendida, levantando-os ao alto e separando-os.

Durante esse período, a ofendida continuou a resistir, mas sentiu vertigens e debilidade porque não tinha grande força e estava afectada pelo álcool; finalmente, o arguido conseguiu introduzir o pénis erecto na vagina da ofendida e fez movimentos de vai-vem, a ofendida chegou a gritar por dores e chorou constantemente.

Cerca de 15 minutos depois, o arguido acabou a cópula e ejaculou fora do corpo da ofendida.

Depois da cópula, o arguido verificou que o lençol estava ensopado de sangue vertido da vagina da ofendida e, por isso, soube concretiza que a ofendida era virgem antes do acontecimento.

Cerca das 4 da madrugada, o arguido saiu do local e regressou para a sua casa.

A ofendida, por causa do mesmo, pânico e confusão, encolheu-se ao lado da cama, chorando, por isso, não saiu imediatamente da fracção em causa e só saiu depois do amanhecer.

O arguido agiu livre e conscientemente e de forma dolosa.

Aproveitou a via da *internet* e alegou fazer amizade e divertir-se para enganar a ofendida, aproveitou-se da ingenuidade e da idade juvenil da ofendida e do jogo de cartas e da regra quem perde bebe, o que levou a ofendida a ficar embriagada, aproveitando para copular com ela, empregando violência.

O arguido sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei.

Nestes termos, vem o venerando JIC pronunciar o arguido que cometeu, em autoria material e na forma consumada,

- um crime de violação p. e p. pelo artigo 157.º n.º 1 al. a) do Código Penal.

Contestação:

O defensor do arguido não apresentou a contestação escrita.

Audiência de Julgamento:

A audiência de julgamento foi realizada conforme o procedimento adequado na presença do arguido, mantendo-se inalterado o pressuposto processual.

2. Fundamentação

Factos provados:

A partir do ano de 1999, o arguido A começou a conhecer amigos através da internet (ICQ).

Entre Setembro e Outubro de 2003, em data indeterminada, o arguido mediante a internet (ICQ) conheceu a ofendida D (de sexo feminino, menor, nascida a 25 de Fevereiro de 1989, tinha 14 anos de idade na altura dos acontecimentos, id. nos autos a fls. 8), utilizou o nome “Ah Man” como pseudónimo, tendo ambos trocado números de telefone.

No dia 10 de Setembro, às 11 e tal da noite, o arguido e a ofendida combinaram um encontro nas proximidades do Mercado Vermelho, situado na Av. do Almirante Lacerda.

A ofendida foi ao seu encontro com uma amiga, C (id. nos autos a fls, 28), e, depois, o arguido ligou a um amigo B (id. nos autos a fls. 157) a pedir-lhe para se divertir com eles.

Reunidos os 4, B sugeriu que fossem divertir-se para sua casa, sita em Macau, na Av. XXX.

Depois, o arguido e os outros foram comprar cerca de dez garrafas de cerveja no supermercado “Wang Kei”, sito na Av. Ouvidor Arriaga, antes de seguirem para casa do B.

Na fracção, jogaram às cartas e beberam cerveja, sendo que, à meia-noite e tal a ofendia e a C saíram juntas da mesma fracção e regressaram à casa da C, porém, a ofendida, posteriormente, voltou sozinha para a casa do B.

O arguido, a ofendida e B jogaram às cartas no quarto, em cima do colchão, decidindo que quem perdesse bebia cerveja.

Até cerca das 3 da madrugada, os 3 já tinham bebido várias garrafas de cerveja e na altura todos encontravam-se um tanto embriagados.

Posteriormente, B foi para a sala de estar, jogar computador.

A seguir, o arguido começou a apalpar a ofendida na cama e a ofendida, na altura, empurrou várias vezes o arguido.

Posteriormente, o arguido abraçou e beijou a ofendida à força e tirou à força as calças desta, a ofendida resistiu imediatamente, deu pontapés continuamente ao arguido e gritou em voz alta: Não me toques. Não me toques. Vai embora. Socorro.

Fazendo caso omissão das resistências da ofendida, o arguido continuou a empregar violência.

Durante esse período, a ofendida continuou a resistir, mas sentiu vertigens e debilidade porque não tinha grande força e estava afectada pelo álcool; finalmente, o arguido conseguiu introduzir o pénis erecta na vagina da ofendida e fez movimentos de vai-vem, a ofendida chegou a gritar por dores e chorou constantemente.

Cerca de 15 minutos depois, o arguido acabou a cópula e ejaculou.

Depois da cópula, o arguido verificou que o lençol estava ensopado de sangue vertido da vagina da ofendida e, por isso, soube com certeza que a ofendida era virgem antes do acontecimento.

Cerca das 4 da madrugada, o arguido saiu do local e regressou para a sua casa.

A ofendida, por causa do medo, pânico e confusão, encolheu-se ao lado da cama,

chorando, por isso, não saiu imediatamente da fracção em causa e só saiu depois do amanhecer.

O arguido agiu livre e conscientemente e de forma dolosa.

Aproveitou-se da ingenuidade e da idade juvenil da ofendida, bem como do estado de embriaguez da ofendida, o arguido forçou-lhe ter cópula com ele, por meio de violência e contra a sua vontade.

O arguido sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei.

Foram provados ainda os seguintes factos:

De acordo com o recorrente C.R.C., o arguido não é primário.

Em 10 de Maio de 2002, o arguido foi condenado no Processo CR1-01-0014-PCC pela prática de um crime de furto, na forma continuada, na pena de 1 ano de prisão, suspensa na sua execução por 2 anos e sujeita ao regime de prova. Este crime foi cometido em Abril de 2000.

Por despacho do dia 24 de Junho de 2004, decidiu que é declarada extinta a pena condenada ao arguido por ter findado o período de suspensão.

Na audiência de julgamento, o arguido não confessou a prática dos actos imputados.

Antes e preso, o arguido era desempregado.

O arguido frequentou o 11º ano do ensino secundário.

Factos não provados:

Os outros factos relevantes que não correspondem aos factos provados, constantes da acusação, nomeadamente:

Aproveitou a via da internet e alegou fazer amizade e divertir-se para enganar a ofendida, aproveitou-se do jogo de cartas e da regra quem perde bebe, o que levou a ofendida a ficar embriagada.

Juízo de Factos:

Na audiência de julgamento, o arguido confessou que teve cópula com a ofendida, mas desmentiu que empregou violência e contra a vontade da ofendida.

Na declaração prestada pela ofendida, esta descreveu a forma como conheceu o arguido, bem como o decurso como o arguido empregou violência para forçar-lhe ter cópula com ele; a ofendida alegou ainda que não se atrevia a comunicar os factos aos seus pais, só disse esses factos a um pessoal do Instituto de menores quando foi perguntada por parte do Instituto depois de ter sido internada no mesmo Instituto.

C, amiga da ofendida, relatou também a situação do encontro com o arguido e o facto do posterior regresso sozinho da ofendida à fracção da ocorrência.

B, amigo do arguido, relatou também o comportamento que o arguido teve na noite da ocorrência, dizendo que ouviu o choro e o socorro da ofendida quando ele estava na sala de estar, a testemunha explicou que não impediu imediatamente o arguido porque não soube como reagiu, porém, dirigiu-se ao quarto para consolar a ofendida após a saída do arguido.

A mãe da ofendia prestou declaração sobre o comportamento da ofendida depois da ocorrência.

A ex-namorada do arguido prestou declaração sobre a personalidade do arguido.

Tendo ponderado que o B é amigo do arguido e o acto criminoso foi praticado depois de o B ter convidado o arguido, a ofendida e a amiga desta para divertirem-se

na sua casa, nestes termos, o presente tribunal Colectivo aceitou a explicação dada pelo B de que não impediu imediatamente o arguido porque não soube como reagiu, sendo admissível o depoimento prestado pelo B.

Por outro lado, depois, da acareação, a ofendida confessou que voltou a regressar sozinha à casa do B após a saída dali com a amiga, porém, sintetizando o depoimento prestado pelo B, o presente Tribunal Colectivo admitiu o facto alegado pela ofendida de que o arguido empregou violência para forçar-lhe ter cópula com ele no quarto.

Após uma análise objectiva e sintética das declarações e acareações do arguido e de todas as testemunhas, as provas documentais e as provas materiais dos objectos apreendidos e entre outras provas, este Tribunal Colectivo determinou que o arguido praticou o facto imputado.

Determinação do crime:

Segundo os factos dados como provados, o arguido aproveitou-se da ingenuidade e da idade juvenil da ofendida, bem como do estado de embriaguez da ofendida, forçando-lhe ter cópula com ele, por meio de violência e contra a sua vontade.

Pelo exposto, o arguido, cuja conduta já constituiu, em autoria material e na forma consumada, um crime de violação p. e p. pelo artigo 157º n.º 1 al. a) do Código Penal, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

Determinação da pena:

A determinação da medida da pena deve ser feita nos termos dos artigos 40º e 65º do Código Penal.

A determinação da medida da pena concreta deve atender à culpa do agente e às exigências de prevenção criminal, considerando nomeadamente o grau de ilicitude do

facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; a intensidade do dolo ou da negligência; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; as condições pessoais do agente e a sua situação económica; a conduta anterior ao facto e a posterior a este, e as outras circunstâncias que já foram apuradas.

Nestes termos, no caso sub judicio, tendo considerado as circunstâncias acima mencionadas, o crime praticado pelo arguido afectou de modo negativo a tranquilidade social e causou sérias consequências físicas e psicológicas para a ofendida, por isso, o presente Colectivo julga que é o mais adequando condenar o arguido na pena de 5 anos de prisão pela prática de um crime de violação.

Nos termos do artigo 48.º do Código Penal, dado que o arguido foi condenado na pena de prisão não inferior a 3 anos, o mesmo não reúne condições para a concessão da suspensão de execução da pena de prisão.

Indemnização:

Nos termos do artigo 477.º do Código Civil, aquele que violar o direito de outrem por factos ilícitos fica obrigado a indemnizar o lesado.

Dispõe o artigo 74.º do Código de Penal Penal: “Não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo penal respectivo ou em acção cível separada, nos termos dos artigos 60.º e 61.º, o juiz arbitra na sentença, ainda que absolutória, uma quantia como reparação pelos danos causados, quando: ela se imponha para uma protecção razoável dos interesses do lesado; o lesado a ela se não oponha; e do julgamento resulte prova suficiente dos pressupostos e do quantitativo da reparação a arbitrar, segundo os critérios da lei civil.”

De acordo com os factos dados como provados, atendendo à necessidade de indemnizar a ofendida D pelos danos físicos e psicológicos causados pelo arguido, fixa-se a indemnização no valor de MOP\$70.000,00, acrescidos os juros legais vincendos a partir da data da decisão transitada em julgado até ao integral pagamento.

3. Decisão

Face ao acima exposto, o Tribunal Colectivo julga procedente por provada a maior parte da acusação e, em consequência, acordam em:

Condenar o arguido A pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de violação p. e p. pelo artigo 157.º n.º 1 al. a) do Código Penal na pena de 5 anos de prisão efectiva;

Condenar o arguido a pagar à ofendida D a quantia de MOP\$70.000,00, acrescidos os juros legais vincendos a partir da data da decisão transitada em julgado até ao integral pagamento.

Comunique a decisão de indemnização à ofendida.

Custas pelo arguido, com a taxa de justiça em 4 UC.

Mais vai o arguido condenado a pagar a quantia de MOP\$900,00 a favor do Cofre de Justiça e dos Registos e Notariado como receita própria deste, nos termos do artigo 24º, n.º 2 da Lei n.º 6/98/m, de 17 de Agosto.

Entretanto, há indícios de que os pais do arguido cometeu um crime p. e p. pelo artigos 327.º e 331.º do Código Penal, pelo que, conforme a acusação, a petição inicial, os acórdãos dos tribunais das duas jurisdições e os documentos constantes dos autos a fls, 203, 310 a 312, elabora-se um documento comprovativo que será transmitido, em conjunto com o dinheiro depositado pela mãe da arguida neste processo, para o

Ministério Público para os fins tidos por convenientes.

Notifique a Direcção dos Serviços de Identificação de Macau para efeitos de registo criminal.

Como não se alterou o requisito de decisão, antes do trânsito em julgado da decisão, o arguido ainda é obrigado a cumprir a medida de prisão preventiva determinada no presente processo.

Passe mandado de condução do arguido ao EPM.

É de notificar que, da presente decisão, cabe recurso para o Tribunal de Segunda Instância no prazo de 10 dias, através do defensor.

Execute-se.

2005/08/02”

III – FUNDAMENTOS

1. O recorrente, no presente recurso, formulando embora pedidos diferentes, aponta à decisão recorrida, fundamentalmente, os mesmos vícios que vislumbrou na anterior, a qual oportunamente impugnou – fls. 297 e sgts – e que, após apreciação por este Tribunal conduziram ao reenvio do processo para novo julgamento, havendo esperança de, por essa via, se colmatarem as insuficiências detectadas, ou melhor, no sentido de se dar satisfação às dúvidas e interrogações que o decidido gerara em sede de reapreciação.

Debalde, contudo.

Tendo-se procedido a um novo julgamento, no essencial,

mantêm-se os mesmos factos, apenas com uma diferença de um ou outro pormenor e, perante uma mais exaustiva motivação da convicção, fica-se ciente de que o Tribunal envidou todos os esforços para indagar de todo o circunstancialismo envolvente do crime praticado e, se outra matéria não fixou, terá sido com certeza, porque a não conseguiu apurar.

2. Importa, contudo, atentar que se trata de um novo julgamento e como tal deve ser tratado nesta sede, não sendo curial remetermo-nos por e simplesmente para o que anteriormente ficou dito em sede do processo n.º 116/2005, muito embora se não possa fazer tábua rasa das opiniões ali expendidas e que se mantêm, na medida em que os pressupostos se não tenham alterado.

3. Há uma questão que interessa desde já analisar e que tem que ver com o pedido do recorrente no sentido de se transcreverem os depoimentos das testemunhas para análise da matéria de facto.

Ora tal pedido não tem suporte legal, já que a apreciação da matéria de facto por este Tribunal só pode ser reapreciada em sede de renovação da prova ou a partir dos elementos constantes dos autos, tal como determina o art.º 400º, n.º 1 do CPP.

Assim se indefere tal pedido.

4. São de considerar, tal como colocado pelo recorrente, erro de julgamento na apreciação da prova produzida em audiência, os vícios de erro de direito, de erro notório na apreciação da prova na vertente de

violação das *legis artis*, de erro notório na apreciação da prova e de contradição insanável na fundamentação.

5. Sobre a valoração de umas testemunhas em detrimento de outras constata-se que sobre os factos, em audiência, se pronunciaram o arguido, ora recorrente, a testemunha D (ofendida) a testemunha B (amigo do arguido) e a testemunha C (amiga da ofendida).

Adianta que o Tribunal sobrevalorou, “não devendo fazê-lo”, o depoimento da testemunha B, seu amigo “e deu importância reduzida ao depoimento da testemunha C, quando se impunha o contrário ...”

Para a avaliação que faz, pretendendo sobrevalorizar o depoimento da amiga, socorre-se dos depoimentos prestados em fase de inquérito, nomeadamente pela ofendida e pela testemunha C.

Acontece que os mesmos, porque não produzidos nem examinados em audiência, são, à luz do disposto no artº 336º do C. P. Penal, insusceptíveis de serem valorados como prova “nomeadamente para o efeito de formação da convicção do Tribunal”.

Nada mais há, objectivamente, dos elementos dos autos que possam ser utilizados, especialmente dos próprios termos do acórdão prolatado que ponha em crise a convicção firmada.

6. Apreciando e valorando, em seu alto critério, a globalidade das provas valoráveis, na fundamentação do acórdão, o Tribunal recorrido,

dando cumprimento escrupuloso ao disposto no artº 355º nº 2 do C. P. Penal, com a explicitação pormenorizada das provas que serviram de base para formar a sua convicção, não incorreu no vício de falta ou contradição de fundamentação, já que, no caso, não só se satisfez com a revelação da razão de ciência das declarações e dos depoimentos prestados e que determinaram a convicção do tribunal, mas fez ainda uma apreciação crítica das provas, requisito que nem sequer tem sido exigido pela Jurisprudência de Macau.

Carece, assim, de razão o recorrente quando invoca o vício de contradição na fundamentação e de erro na apreciação da prova.

7. Insurge-se o recorrente porque o Tribunal não considerou provados factos que reputa relevantes, nomeadamente “os motivos por que as duas meninas saíram de casa onde se encontravam com os dois rapazes” e “as circunstâncias e as motivações” que terão levado a ofendida a lá regressar.

E isto com dois objectivos.

Em primeiro lugar, para tentar demonstrar que não houve crime de violação, na medida em que aquela menina terá querido aquela relação de cópula, não tendo o arguido recorrido à violência para a consumar.

A segunda, subsidiariamente, é que sempre terá sido a vítima a propiciar as condições para que o acto se consumasse, o que seria de relevar como provocação e em sede de atenuação especial.

Quanto ao primeiro desiderato é ele de afastar desde logo, já

que a divergência reconduz-se a uma interpretação das provas por parte do arguido que não deixa de pôr em causa o princípio da livre apreciação consagrado no art.º 114º do C. P. Penal, que é insindicável.

E como já acima se disse não se vislumbra qualquer vício que afecte a valoração produzida no que concerne à factualidade que foi fixada.

Tais factos, na verdade, consubstanciam, tal como resulta daquele julgamento, um crime de violação p. e p. p. artº 157º nº 1 al, a, do C. Penal – os elementos do tipo são ostensivamente evidentes – que o recorrente, nas circunstâncias de tempo, lugar e modo descritas, cometeu.

Já no que concerne ao segundo objectivo, a factualidade apurada mostra-se insuficiente e as dúvidas levantadas por este Tribunal aquando da apreciação do recurso do 1º julgamento não deixam de subsistir.

É certo que não foi possível removê-las, não obstante todo o empenho, acredita-se, que o Tribunal da 1ª Instância terá desenvolvido. Mas tal não basta para que as dúvidas, face à comprovação dos mesmos factos, na sua essencialidade, não se mantenham.

Da prática dos factos e como se provou, resulta dos factos provados que, na altura, a ofendida, o arguido e a testemunha B “sentiram-se embriagados”. Independentemente do significado que poderá ter o estar embriagado ou o sentir-se como tal, a que alude o Exmo Senhor Procurador Adjunto, os elementos factuais apontam, de acordo com as regras da experiência comum, para uma situação de o arguido estar,

efectivamente – em grau e medida que não foi possível apurar – sob o estado de embriaguez.

Não se põe em causa que tal estado não lhe tenha retirado a capacidade para avaliar a ilicitude da sua conduta ou para se determinar de acordo com tal avaliação (art^{os} 19º e 284º do C. Penal), uma vez que se provou ter agido livre e conscientemente, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punido por lei de Macau.

Invocando os motivos por que as duas meninas (a ofendida e a testemunha C) saíram da casa onde se encontravam com os dois rapazes (o arguido e a testemunha B) e as circunstâncias e motivações em que a ofendida regressou à mesma casa, embora resultantes das declarações da testemunha C, mas que foram omitidos pelo Tribunal *a quo*, afirma o recorrente que os factos “demonstram claramente que a ofendida pretendia relacionar-se sexualmente com o arguido”.

Contrapõe o Digno Magistrado do MP que, no entanto, as circunstâncias e motivações em que ocorreram a referida saída e o posterior regresso da ofendida, mesmo provadas, não assumiriam a relevância pretendida pelo recorrente, de tal modo a concluir pela intenção da ofendida em voltar àquela residência para manter relações sexuais com o recorrente.

Mesmo admitindo que a ofendida regressou com uma eventual pretensão de relacionar-se sexualmente com o ora recorrente, tal não implicaria necessariamente que o arguido praticou os factos reportados

nos autos com consentimento da ofendida, sem a sua resistência.

Pode sempre acontecer que aquela pretensão não persistiu até ao momento em que o recorrente começou a cópula.

Como já acima se afirmou não se põe em causa que existiu a violência típica do crime.

Mas continuam a existir muitas, fortes dúvidas, sobre as razões do regresso e comportamento da ofendida, de forma a “contribuir” para o relacionamento sexual com o recorrente.

A atenuante especial prevista na al. b) do nº 2 do artº 66º do CPM refere-se à circunstância de “ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida” e parece não restarem dúvidas que neste crime a conduta propiciadora ou provocadora da vítima é tida pacificamente como atenuante especial. Assim era no CP velho, circunstância, expressamente enunciada e assim deve ser agora, sendo de integrar tal circunstância na previsão acima aludida.¹

O regresso da ofendida por razões que se não explicam, - ao contrário da amiga que ali não quis voltar -, jogar cartas, beber cervejas com dois rapazes, ir com eles para um quarto, deitar-se na mesma cama com um deles, ainda aqui de acordo com as regras do senso comum, da

¹ - Maia Gonçalves, CPP Anot., 16ª ed., 2004, 573

experiência de vida e de uma certa normalidade, na ausência do esclarecimento cabal do que se terá passado no interior do quarto, não obstante a violência que vem provada e se não discute, faz pensar em não excluir a possibilidade de ter ocorrido uma tentação da vítima condicionante da conduta do arguido.

Nesta conformidade entende-se que é bem possível ter ocorrido um circunstancialismo, que embora não comprovado se admite ter muito provavelmente existido, desconhecimento este que tem de jogar necessariamente em benefício do arguido, criando uma situação abrangida pelo n.º 1 do artigo 66º do CP, em que diminuindo acentuadamente a culpa do agente o tribunal pode atenuar especialmente a pena.

Assim, mostrando-se integrados os elementos objectivos e subjectivos de um crime de violação p. e p. pelo artigo 157º n.º 1, al. a) do Código Penal, será de o punir atenuando especialmente a pena nos termos do artigo 67º, n.º 1, a) e b) do CP.

A determinação da medida da pena deve ser feita nos termos dos artigos 40º e 65º do Código Penal e deve atender à culpa do agente e às exigências de prevenção criminal, considerando nomeadamente o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; a intensidade do dolo ou da negligência; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; as condições pessoais do agente e a sua situação económica;

a conduta anterior ao facto e a posterior a este e todo o circunstancialismo apurado.

Pelo que se tem ajustada uma pena de dois anos e seis meses de prisão.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder parcial provimento ao recurso e, revogando parcialmente a decisão recorrida, condenam o arguido ora recorrente pela prática de um crime de violação p. e p. pelo artigo 157º n.º 1, al. a) do Código Penal, com atenuação especial da pena nos termos dos artigos 66º e 67º, n.º 1, a) e b) do CP, na pena de dois anos e seis meses de prisão.

No mais mantém-se a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente com a taxa que se fixa em 3 Ucs..

Macau, 15 de Dezembro de 2005,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong