

Processo n.º 1/2003.

Recurso em processo penal.

Recorrente: C.

Recorrido: Ministério Público.

Assuntos: Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada. Crime de membro de associação ou sociedade secreta. Crimes permanentes. Aplicação da lei mais favorável ao arguido. Reincidência. Nulidade da sentença. Condenação por factos não descritos na acusação. Conhecimento officioso do direito por parte do tribunal de recurso.

Data da audiência: 19 de Março de 2003.

Data do Acórdão: 26 de Março de 2003.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e Chu Kin.

SUMÁRIO:

I – Só existe o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto

do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos arts. 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.

II – O crime de membro de associação ou sociedade secreta é permanente.

III - É irrelevante, para o efeito de saber se existe ou não crime de membro de associação ou sociedade secreta, que o agente tenha aderido à sociedade secreta enquanto inimputável, desde que se mantenha membro da mesma associação quando atinge a maioridade criminal.

IV – Nos crimes permanentes aplica-se sempre a lei nova, ainda que mais severa, desde que a execução ou o último acto tenham cessado no domínio da mesma lei.

V - A sentença de primeira instância que condenar o arguido como reincidente indevidamente, mas sem se basear em factos não descritos na acusação ou na pronúncia, é ilegal, mas não enferma da nulidade da alínea b), do art. 360.º do Código de Processo Penal.

VI - O tribunal de recurso é livre na qualificação do vício de que enferma a decisão recorrida, desde que se mantenha dentro da questão suscitada pelo recorrente.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório

O Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base, por Acórdão de 14 de Junho de 2002, decidiu o seguinte:

A) Absolveu os arguidos A e B do crime de incêndio e ainda o primeiro do crime de associação secreta;

B) Condenou o arguido, ora recorrente, C pela prática, em autoria material e na forma consumada e como reincidente, de um crime p. e p. pelos arts. 1.º n.º 1, 2.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 6/97/M, na pena de seis anos e nove meses de prisão e de um crime p. e p. pelo art. 262.º, n.º 3, do Código Penal, na pena de um ano e dois meses de prisão.

Em cúmulo, condenou-o na pena de sete anos de prisão;

C) Condenou o arguido B pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelos arts. 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 6/97/M, na pena de cinco anos e três meses de prisão, de um crime p. e p. pelo art. 262.º, n.º 3 do Código

Penal, na pena de um ano de prisão, de um crime p. e p. pelo art. 204.º, n.º 1 do Código Penal, na pena de um ano e nove meses de prisão.

Em cúmulo, condenou-o na pena de seis anos e dois meses de prisão;

D) Condenou o arguido D pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo art. 262.º, n.º 3, do Código Penal, na pena de cinco meses de prisão, suspendendo a sua execução por dois anos;

E) Condenou a arguida E pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime p. e p. pelo art. 262.º, n.º 3, do Código Penal, na pena de oito meses de prisão, suspendendo a sua execução por dois anos.

Interposto recurso jurisdicional pelo arguido **C**, **o Tribunal de Segunda Instância, por Acórdão de 12 de Dezembro de 2002**, concedeu provimento parcial ao recurso interposto, revogando a condenação do recorrente como reincidente, condenando o recorrente pela prática, em autoria material e na forma consumada de um crime p. e p. pelos arts. 1.º n.º 1, 2.º, n.º 2, alínea a) da Lei n.º 6/97/M, na pena de seis anos e três meses de prisão e de um crime p. e p. pelo art. 262.º, n.º 3, do Código Penal, na pena de um ano de prisão.

Em cúmulo ficou condenado na pena única de seis anos e nove meses de prisão.

Não conformado, recorreu o mesmo **arguido C**, para este Tribunal, terminando a sua motivação com as seguintes conclusões:

a) O recorrente foi condenado em 1.^a Instância pela prática, como autor material e na forma consumada e reincidente, de um crime p. e p. pelos arts. 1.º n.º 1, 2.º n.º 2, alínea a) da lei 6/97/M e de um crime p. e p. pelo artigo 262.º n.º 3 do CPM, na pena, em cúmulo jurídico **de sete anos de prisão**, pena que foi alterada pelo T.S.I. para **6 anos e 9 meses**.

b) Entende o recorrente que a decisão recorrida sofre do vício de **insuficiência da matéria de facto provada**; e sofre do vício de **excesso de pronúncia**, o que, em ambos os casos, o fere de **nulidade**;

c) O acórdão de 1.^a Instância não apurou com precisão mínima, se bem que tal facto constasse da acusação, **a data em que o arguido recorrente passou a integrar** a organização “14K”; apenas refere que é seu **membro**;

d) Também não refere o acórdão de 1.^a Instância se o arguido recorrente integrou a sociedade secreta em causa por um período mínimo, mas apenas que, *"do ano de 1999 ao ano 2001"* ele chegou a referir a outro arguido e a menores identificados nos autos **que era membro da “14K”**, o que é crime diverso, (art.º 4.º da Lei n.º 6/97/M), pelo qual ele, recorrente, não foi acusado).

e) É que, para dar resposta a **questões pertinentes** - nomeadamente, se à data da sua adesão àquela sociedade secreta o recorrente era inimputável, se o regime legal que foi aplicado lhe era o mais favorável, se o período de pertinência à sociedade foi mais ou menos longo ou pontual, se os crimes por que foi condenado em 1998 foram praticados antes ou depois daquela adesão, se, quando referiu a terceiros identificados nos autos que era membro da “14K”, já o era ou se ainda o era - teria sido de extrema importância

apurar minimamente a data em que o recorrente terá aderido àquela organização secreta. O que não aconteceu...

i) Afigura-se ao recorrente, por conseguinte, que face à matéria de facto assente e à doutrina sobre a questão, o arguido recorrente **nunca poderia ter sido condenado pelo crime de pertença a sociedade secreta**, sob pena de violação do princípio “**in dubio pro reo**”, o qual surge articulado com o princípio da **presunção de inocência**.

Mostra-se, quanto a esta parte, violada a norma do art.º 355.º n.º 2 do C.P.P., o que se invoca para os efeitos previstos no art.º 400.º n.º 2 alínea a) do C.P.P.

g) Por outro lado, o arguido recorrente foi condenado, como reincidente, **sem que da acusação constassem factos que permitissem ao Tribunal** verificar a eventual aplicação dessa circunstância agravante.

h) É jurisprudência dominante que da acusação deverão constar os factos que são os pressupostos da reincidência, sob pena de, em julgamento, o arguido não poder se considerado como tal.

i) Tal condenação como **reincidente** fez incorrer o acórdão em **excesso de pronúncia** e a conseqüente violação do **princípio do contraditório**.

j) O T.S.I., conquanto tenha dado razão ao recorrente, nesta questão, limitou-se a *"revogar esta parte da condenação"*, o que, salvo o devido respeito, nunca o poderia fazer, face à ausência no acórdão de 1.ª Instância de elementos de onde se conclua em que medida a pena concreta foi agravada pela matéria da reincidência.

Mostram-se aqui violadas as normas dos art.ºs 571.º do C.P.C., “ex vi” do art.º 4.º do C.P.P. ou o art.º 360.º, alínea b) do C.P.P., o que conduz, aqui também, **à nulidade da acórdão.**

O **Ministério Público** respondeu à motivação do recurso, defendendo a manutenção da decisão, dizendo, em síntese:

- Que a matéria de facto fixada aponta no sentido que o recorrente desenvolveu a sua actividade criminosa (membro de associação secreta) pelo menos, até à data da dedução da acusação e sempre, até ao dia da detenção;

- Quanto à questão da reincidência, o Tribunal de Segunda Instância limitou-se a corrigir um erro de direito e um erro dessa natureza pode sempre ser sindicado por tribunal superior, em sede de recurso.

Neste Tribunal, o Ex.^{mo} Procurador-Adjunto manteve a posição assumida na resposta à motivação do recurso.

II – Os factos

Os factos que as instâncias deram como provados e não provados são os seguintes:

Há vários anos que existe no Território uma organização denominada “14K”, cujo objectivo é desenvolver actividades destinadas à prática de Crimes.

A referida organização é composta por um número indefinido de membros, no seio dos quais existe um sentimento de pertença à organização e todos os membros aceitam e participam nas actividades ilícitas desenvolvidas em nome da organização.

As relações entre os membros no seio dessa organização são muito complexas e existem diferentes níveis de relações de superior e subordinado, seguindo e obedecendo os membros menos categorizados os membros mais categorizados.

A referida organização para facilitar o desenvolvimento de suas actividades ilícitas convidaram uns jovens para a integrarem, tendo ordenado e utilizado os mesmos na prática de crimes.

Os arguidos C e B são membros da organização “14K”.

No seio dessa organização, o arguido B seguia o arguido C, o arguido C por sua vez obedecia directamente às ordens de outros.

No seio dessa organização, os arguidos C e B mantinham com estabilidade contactos entre si, planeando e pondo em prática actividades ilícitas por estes idealizado ou ordenado por outros membros da organização, tais como agressões e actos de retaliação contra organizações ou pessoas inimigas, obtenção e armazenamento de armas de agressão.

Do ano 1999 ao ano 2001, os arguidos C e B conheceram o arguido D, bem como, os menores F, G, H e I.

Os arguidos C e B chegaram a referir ao arguido D, bem como, aos menores F, G, H e I, de que ambos eram membros da “14k”.

Tendo os arguidos C e B dito aos acima referidos indivíduos que os seguissem.

Para tal, o arguido C com frequência permitia que os acima referidos indivíduos fossem divertir e reunir na loja J do r/c do [Endereço], em Macau, tomada de arrendamento pela sua namorada, a arguida E.

O arguido C permitiu que o arguido B depositasse as facas e canos de água, a serem distribuídos aos diversos intervenientes nas agressões, na loja acima referida.

A arguida E apesar de ter perfeito conhecimento de que as acima referidas facas e canos de água eram instrumentos utilizados pelos arguidos C e B nas agressões, permitiu que estes escondessem esses instrumentos na loja por si arrendada.

As matrículas dos motociclos incendiados na madrugada de 15 de Fevereiro de 2001 sofreram os seguintes prejuízos:

1) MC-XX-XX(1), MOP\$5.000, o proprietário desistiu de procedimento e deseja indemnização;

2) MB-XX-XX(1), MOP\$5.000, o proprietário deseja procedimento;

3) CM-XXXXXX(1), MOP\$13.000, o proprietário deseja procedimento e indemnização;

4) MC-XX-XX(2), MOP\$7.000, o proprietário desistiu de procedimento e prescindiu de indemnização;

5) MC-XX-XX(3), MOP\$5.000, o proprietário deseja procedimento;

6) MB-XX-XX(2), MOP\$500, o proprietário desistiu de procedimento e prescinde de indemnização;

7) MC-XX-XX(4), MOP\$5000, o proprietário desistiu de procedimento;

8) MB-XX-XX(3), MOP\$1.500, o proprietário desistiu de procedimento e prescinde de indemnização;

9) CM-XXXXXX(2), desconhece-se os prejuízos, o proprietário desistiu de procedimento;

10) CM-XXXXXX(3), MOP\$600, o proprietário desistiu de procedimento e prescinde de indemnização;

11) CM-XXXXXX(4), MOP\$100, o proprietário desistiu de procedimento;

12) MA-XX-XX, MOP\$4.000, o proprietário desistiu de procedimento e prescinde de indemnização;

13) CM-XXXXXX(5), MOP\$6.000, o proprietário deseja procedimento e indemnização;

14) MC-XX-XX(5), MOP\$8.000, o proprietário desistiu de procedimento e prescinde de indemnização;

15) MB-XX-XX(4), MOP\$8.000, o proprietário desistiu de procedimento e deseja indemnização;

16) CM-XXXXXX(6), MOP\$9.000, o proprietário deseja procedimento e indemnização;

17) CM-XXXXXX(7), MOP\$4.000, o proprietário desistiu de procedimento e prescinde de indemnização;

18) MB-XX-XX(5), MOP\$10.000, o proprietário deseja procedimento e indemnização;

19) CM-XXXXXX(8), MOP\$13.000, o proprietário desistiu de procedimento e deseja indemnização;

20) CM-XXXXXX(9), MOP\$14.000, o proprietário desistiu de procedimento;

21) MC-XX-XX(6), MOP\$24.800, o proprietário desistiu de procedimento e deseja indemnização.

No dia 22 de Fevereiro de 2001, pelas 18H00, agentes da Polícia Judiciária efectuaram uma busca na loja do [Endereço], encontrando-se nessa altura o arguido B e os menores F e I no seu interior. Os agentes da Polícia Judiciária encontraram na posse de F e I uma canivete da marca STAINLESS, em cada um deles; tendo estes encontrado ainda no interior da loja dezoito canos de água, duas canivetes da marca STAINLESS e uma faca de frutas. Segundo exame, as quatro canivetes têm 8cm de comprimento e 2cm de largura; a faca de frutas tem 28cm de comprimento e 4cm de largura.

As armas encontradas na posse de F e I foram-lhes entregues pelos arguidos C e B nesse mês, para que estes os pudessem utilizar como armas de agressões, quando entrassem em conflito com outras pessoas. Quanto às outras armas brancas e canos de água foram preparados pelos arguidos C e B para serem utilizados nas agressões contra terceiros.

A arguida E apesar de ter conhecimento da finalidade das acima referidas armas brancas e canos de água, permitiu que os arguidos C e B os escondessem no interior da sua loja.

No dia 22 de Fevereiro de 2001, pelas 23H00, os agentes da Polícia Judiciária voltaram a deslocar-se à loja J do [Endereço], encontrando-se na altura o arguido D no

seu interior. Os agentes da Polícia Judiciária encontraram na posse do arguido D uma canivete com uma parte em plástico preto, com 8cm de comprimento e 2cm de largura.

A arma branca acima referida encontrada na posse do arguido D foi-lhe entregue pelo arguido B em Fevereiro do ano de 2000, para que o pudesse utilizar como arma de agressão, quando entrasse em conflito com outras pessoas.

No dia 26 de Janeiro de 2001, pelas 1H45 da madrugada, no campo de basquetebol em frente do Bloco 1 do [Endereço], o arguido B, fazendo-se acompanhar dos menores J, F, K e I, interceptou L, perguntando-lhe porque "pisava o seu campo". Exigindo-lhe ainda que saísse do referido campo de basquetebol.

Na altura em que L ia deixar o local, o arguido B e outros lhe vedaram a passagem, exigindo-lhe que lhes entregasse o seu telefone portátil.

L recusou o pedido do arguido B, tendo fugido em direcção à marginal da Avenida do Norte do Hipódromo.

o arguido B, quando viu essa situação, perseguiu L, levando J, F, K e I consigo, tendo trazido L de volta ao campo de basquetebol.

Dentro do campo de basquetebol, o arguido B e outros agrediram L com socos e pontapés, tendo-lhe subtraído o telefone portátil (da marca Nokia, modelo 3310, de n.º XXXXXXXX) e a carteira.

As agressões provocadas pelo arguido B e os outros ao L causaram-lhe directa e necessariamente os ferimentos descritos no relatório médico legal a fls. 322 dos autos, que lhe determinaram 3 dias de doença.

O arguido B e os outros subtraíram ao L uma carteira, que valia MOP\$400, no interior desta encontrava-se MOP\$600 em numerário, o BIRM de L (com o n.º X/XXXXXX/X), sendo o custo de MOP\$300,00 para o retratamento e o cartão de cuidados médicos dos Serviços de Saúde (vulgarmente denominado pelo Cartão de Ouro); e o telefone portátil que valia MOP\$1.600. O arguido B e os outros apropriaram-se das quantias e objectos acima referidos.

O ofendido L deseja ser indemnizado pelos danos sofridos.

Declarou ainda desistir de procedimento criminal contra o 3.º arguido referente ao crime de ofensas corporais.

Os arguidos B, C, D e E agiram livre, voluntária e deliberadamente.

Os arguidos B e C reconheciam reciprocamente a sua participação na organização “14K”, identificando-se perante terceiros como membros desta.

Os arguidos B, C, D e E tinham conhecimento de que as suas condutas eram proibidas e punidas por Lei.

Os arguidos B, E e D ainda não tinham 18 anos à data dos factos.

O 1.º arguido foi julgado e condenado nos autos de Querela 69/97 – 6.º J e mantida a decisão pelo acórdão do TSJ (R. 714/97), na pena de cinco anos e seis meses de prisão, pela prática de três crimes p. e p. pelos art.ºs 204.º n.ºs 1 e 2 al. b), 198.º n.º 1 als. A) e f) e 196.º al. a) do CPM por factos praticados em Outubro de 1996.

O 2.º arguido era empregado de supermercado e auferia o vencimento de três mil e quinhentas patacas.

É solteiro e tem dois irmãos a seu cargo.

Não confessou os factos.

Foi o mesmo julgado e condenado no PCC 52/98 – 6.º J, na pena de quinze meses de prisão, pela prática dos crimes p. e p. pelos art.ºs 215.º n.º 1, 21.º, 22.º e 67.º n.º 1 als. a) e b), 26.º e 152.º n.º 1, 26.º e 67.º n.º 1 als. a) e b), todos do C.P., por factos praticados em Outubro de 1997.

O 3.º arguido era desempregado.

É solteiro e vive com os pais.

Não confessou a maior parte dos factos e é primário.

O 4.º arguido é estudante.

É solteiro e vive com os pais.

Confessou os factos e é primário.

A 5.ª arguida é empregada de restaurante e aufero o vencimento de mil e quinhentas patacas.

É solteira e vive sozinha.

Confessou os factos e é primária.

Não ficaram provados os seguintes factos: os restantes factos da acusação, designadamente:

O arguido A passou a ser membro da organização 14K desta o ano de 1996, dava ordens directamente ao arguido C.

Pelo menos a partir do ano 2000, a organização a que pertencia os arguidos A, C e B, entrou em conflito com um grupo de jovens indicados como pertencentes a “Fok Kin Pong”.

Para tal, os arguidos A, C e B com frequência ordenavam aos indivíduos acima referidos que entrassem em agressões com esses jovens da “Fok Kin Pong”.

O arguido A ordenou e liderou o arguido B, aproveitando-se de menores, para em conjugação de intenções e esforços, pôr em prática actos de incêndio a motociclos (incêndio reportado na acusação), causando incêndio em locais públicos, pondo em risco a vida de outras pessoas, bem como causando-lhes avultados prejuízos.

III - O Direito

As questões a resolver

1. A) O recorrente foi condenado pela prática do crime de membro de associação secreta.

O recorrente entende que o Acórdão de primeira instância sofre de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por não ter precisado a data em que o arguido passou a integrar a organização 14 Kilates.

B) O recorrente foi condenado pela prática dos crimes de membro de associação secreta e detenção de arma proibida, como reincidente, nas penas, respectivamente, de

seis anos e nove meses de prisão e de um ano e dois meses de prisão e em cúmulo jurídico na pena de sete anos de prisão

Tendo o recorrente suscitado a questão de ter sido indevidamente condenado como reincidente, o Tribunal de Segunda Instância considerou que ele não poderia ter sido condenado como reincidente, revogou nessa parte o Acórdão do Tribunal Colectivo, e condenou o recorrente pelos mesmos crimes, nas penas, respectivamente, de seis anos e três meses de prisão e de um ano de prisão e em cúmulo ficou condenado na pena única de seis anos e nove meses de prisão.

Entende, agora, o recorrente que o Tribunal de Segunda Instância não poderia ter revogado a condenação como reincidente, por não ter elementos de onde pudesse concluir em que medida a pena concreta foi agravada pela reincidência, pelo que o acórdão seria nulo, por excesso de pronúncia, devendo o processo ser reenviado para novo julgamento.

São estas as questões a resolver.

Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada,

2. O recorrente entende que o Acórdão de primeira instância sofre de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por não ter precisado a data em que o arguido passou a integrar a organização 14 Kilates.

A questão seria importante, segundo o recorrente, visto que ele só atingiu a imputabilidade criminal em 5 de Agosto de 1996, além de que a Lei n.º 6/97/M entrou em vigor em 1997 e a lei anterior tinha um regime mais favorável ao recorrente, bem como o tempo de permanência na associação secreta sempre seria importante em sede de dosimetria da pena.

Vejam-se se o recorrente tem razão.

Constava da acusação que, em data não apurada do ano de 1996 o arguido A passou a ser membro da organização 14 Kilates e que, posteriormente, também em data não apurada, o ora recorrente, o arguido C, passou a integrar a referida organização.

O Tribunal Colectivo veio apenas a dar como provado que o ora recorrente é membro da organização 14 Kilates. Mas deu, ainda como provado que no “seio dessa organização, os arguidos C (o ora recorrente) e B mantinham com estabilidade contactos entre si, planeando e pondo em prática actividades ilícitas por estes idealizado ou ordenado por outros membros da organização, tais como agressões e actos de retaliação contra organizações ou pessoas inimigas, obtenção e armazenamento de armas de agressão”.

Provou-se, ainda, que de 1999 a 2001, o recorrente conheceu um outro arguido e outros menores e que referiu a todos eles ser membro da 14 Kilates, a quem disse para o seguirem (como seu chefe na organização, como se depreende do texto).

A questão que se coloca é a de saber se é relevante a data em que o recorrente passou a integrar a associação secreta e se a eventual omissão integra o vício da insuficiência da matéria de facto provada.

Os factos que deram início ao processo (incêndio dos ciclomotores) ocorreram em 15 de Fevereiro de 2001, o recorrente foi detido em 22 de Fevereiro de 2001, pelas 23 horas (fls. 249) e a acusação veio a ser deduzida em 28 de Setembro de 2001.

Na acusação constava que o recorrente passou a ser membro da 14 Kilates depois de 1996. No julgamento apenas se provou que o ora recorrente é membro da organização 14 Kilates e que, entre 1999 e 2001, praticou actos que integram o crime, exortando terceiros a segui-lo como seu chefe na mencionada organização.

Daqui resulta, indiscutivelmente, duas coisas:

- Que o Tribunal Colectivo não conseguiu apurar a data, nem sequer o ano, em que o recorrente passou a integrar a associação secreta;

- Que na data da detenção (22 de Fevereiro de 2001) ele era membro da mesma organização, bem como que, em data indeterminada de 1999 a 2001, praticou actos que integram o crime.

Logo, não há qualquer insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, mas simples insuficiência de prova que, por conseguinte, não seria resolvida com um

novo julgamento. É que, como este Tribunal tem decidido,¹ só existe o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos arts. 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.

Acresce que a data em que o recorrente passou a ser membro da 14 Kilates só teria alguma relevância para efeitos do *quantum* da pena, pois é diferente ser membro de uma seita criminosa durante um ano ou durante quatro ou cinco anos. Mas não tendo sido possível a prova, temos de julgar com os elementos de que dispomos.

Crimes permanentes

2. Efectivamente, como bem sublinha o Ex.^{mo} Procurador-Adjunto, o crime de membro de associação ou sociedade secreta é permanente, permanece enquanto se mantiver a ligação do indivíduo com a organização. Como se sabe, há crimes em que a lesão do bem jurídico não é instantânea, em que os “bens são ofendidos enquanto se

¹ Acórdãos de 20 de Março de 2002 e de 30 de Janeiro de 2003, respectivamente, Processos n.ºs 3/2002 e 18/2002.

mantiver em execução a actividade lesiva”, em que há “uma acção seguida de uma omissão «contínua». A acção agride o bem jurídico e a omissão ofende o dever de pôr-se termo à situação criada”.² São os crimes permanentes.

Como é bem de ver, o crime de pertença a associação secreta não se esgota, não cessa a execução, com a adesão à associação secreta. O crime existe enquanto o agente for membro da organização. E ao contrário do que alega o recorrente, pode-se ser membro da 14 Kilates, ou de outra associação secreta, enquanto se está detido ou a cumprir pena de prisão.

Assim sendo, é irrelevante, para o efeito de saber se existe ou não crime, que o agente tenha aderido à sociedade secreta enquanto inimputável, desde que se mantenha membro da mesma associação quando atinge a maioridade criminal, como foi o caso.

Crimes permanentes e aplicação da lei mais favorável ao arguido

3. Por outro lado, sendo o recorrente membro da organização depois da entrada em vigor da Lei n.º 6/97/M, que pune o crime em questão com a penalidade de 5 a 12 anos de prisão, é irrelevante que o recorrente tivesse aderido ainda no tempo da vigência do diploma anterior, a Lei n.º 1/78/M de 4 de Fevereiro, que punia o mesmo crime com a pena de 3 a 10 anos de prisão.

² MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Parte Geral I, Verbo, Lisboa/S.Paulo, 1981, p. 247.

Em casos como este não se põe qualquer questão de aplicação do regime mais favorável, nos termos do art. 2.º, n.º 4, do Código Penal, devendo o agente ser punido pela norma da lei nova, visto que a situação criminosa se mantém na vigência desta lei.

Como explica M. MAIA GONÇALVES,³ a propósito dos crimes continuados, permanentes e habituais, “Aplica-se sempre a lei nova, ainda que mais severa, desde que a execução ou o último acto tenham cessado no domínio da mesma lei. Não há, verdadeiramente, aqui qualquer problema, visto que no domínio da lei nova foram praticados actos integradores do crime”.

Era também o entendimento de M. CAVALEIRO DE FERREIRA⁴ quando escrevia: “Admitindo-se o carácter unitário dos crimes continuados e permanentes desde que no domínio da nova lei tenha sido cometida parte da conduta, o resultado é ser a nova lei aplicável a todo crime”.

Só seria de aplicar o regime mais favorável ao arguido se ele só tivesse sido membro da 14 Kilates na vigência da Lei n.º 1/78/M e viesse a ser condenado na vigência da Lei n.º 6/97/M. Mas não foi assim, já que se prova que o recorrente foi membro da organização depois da entrada em vigor deste último diploma legal, sendo irrelevante que a sua adesão se tenha dado na vigência da Lei n.º 1/78/M.

³ M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, Almedina Coimbra, 1996, 10.ª ed., p. 87.

⁴ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *obra e volume citados*, p. 123. No mesmo sentido, G. MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, Parte Geral I, Verbo, Lisboa/S.Paulo, 1997, p. 278 e 279, incluindo nota 1.

A nulidade da sentença por condenação por factos não descritos na acusação e o conhecimento officioso do direito por parte do tribunal de recurso

4. A segunda questão é a de saber se, tendo o recorrente suscitado uma questão no recurso para o Tribunal de Segunda Instância (de ter sido indevidamente condenado como reincidente), pedindo que o Tribunal declarasse a nulidade do acórdão recorrido, poderia aquele Tribunal de Segunda Instância, dando provimento parcial ao recurso e concordando com a conclusão de que não deveria o recorrente ter sido condenado como reincidente, revogar parcialmente o acórdão da primeira instância, fixar as penas aos crimes sem a consideração daquela circunstância modificativa e condenar o recorrente, a final, em penas inferiores às constantes do Acórdão do Tribunal Colectivo.

Ou seja, o Tribunal de Segunda Instância deu razão ao recorrente, no sentido de que não poderia ter sido condenado como reincidente, mas já não lhe deu razão na parte em que este pedia que a consequência fosse a *nulidade* do Acórdão do Tribunal Colectivo. Entendeu, antes, que devia *revogar* a decisão na parte ilegal e condenar o recorrente sem a circunstância modificativa da reincidência.

E o Tribunal de Segunda Instância acabou por condenar o recorrente em penas inferiores às constantes do acórdão da primeira instância, tanto nas penas correspondentes aos dois crimes em questão, como na pena unitária atinente ao cúmulo jurídico.

A decisão também não merece censura nesta parte.

Em primeiro lugar, e do ponto de vista substancial, foi correcta a decisão recorrida, no sentido de que, tendo sido indevida a condenação do recorrente como reincidente ⁵ e tendo este fundamentado o recurso neste ponto, haveria apenas que fixar as penas concretas que cabiam aos dois crimes que considerou ter o arguido praticado e a respectiva pena unitária.

É que, ao contrário do que vem defendido, a sentença de primeira instância não enfermava da nulidade da alínea b), do art. 360.º do Código de Processo Penal, uma vez que não condenou por factos não descritos na acusação. Limitou-se a dar como provada uma condenação do arguido em pena de 15 meses de prisão, por factos de 1997 e a dizer que o 2.º arguido é reincidente, face à condenação anterior. Mas não deu como provados outros factos, não constantes da acusação, pelo que não foi praticada qualquer nulidade.

Assim, a ter havido condenação indevida do recorrente como reincidente, como concluiu o Tribunal de Segunda Instância, a consequência a extrair pelo tribunal de recurso é a *revogação* da sentença e não a sua *anulação*, pois se está perante uma *ilegalidade* da sentença, mas não uma *nulidade*.⁶

⁵ Esta conclusão funciona aqui como um pressuposto, pois não nos cabe examinar, porque a questão não foi suscitada, se o Tribunal de Segunda Instância agiu correctamente ao censurar o tribunal de primeira instância na condenação do recorrente como reincidente.

⁶ Neste sentido, G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, III, Verbo, Lisboa/S.Paulo, 2000, 2.ª ed., p. 305.

Acresce que é completamente irrelevante que não se possa saber quais seriam as penas que o tribunal de primeira instância escolheria se não tivesse considerado a circunstância da reincidência. Revogando a decisão quanto à existência de tal circunstância, o tribunal de recurso tem todas as condições para fixar *ex novo* as penas concretas, pois os factos estão assentes.

Em segundo lugar, o tribunal de recurso é livre na qualificação do vício de que enferma a decisão recorrida, desde que se mantenha dentro da questão suscitada pelo recorrente, como foi o caso, visto este ter suscitado a sua indevida condenação como reincidente. Ou seja, o tribunal de recurso é livre na conclusão de que a decisão recorrida é nula, anulável ou simplesmente ilegal ou injusta e, por conseguinte, é livre na decisão de *anular* ou *revogar* a decisão recorrida, independentemente do pedido do recorrente.

Isto porque o tribunal não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (art. 567.º do Código de Processo Civil, aplicável por força do art. 4.º do Código de Processo Penal).

Improcede, igualmente, o recurso nesta parte.

IV – Decisão

Face ao exposto, negam provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, fixando a taxa de justiça em 5 UC.

Macau, 26 de Março de 2003

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Sam Hou Fai

Chu Kin