

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 878/07.7GDGDM.P1

Relator: MELO LIMA

Sessão: 11 Julho 2012

Número: RP20120711878/07.7GDGDM.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC PENAL

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

ACTO PREPARATÓRIO

ATO DE EXECUÇÃO

Sumário

O lançamento de uma corda na direção da varanda do 1º andar de um prédio com o objetivo de, uma vez fixada, escalarem e acederem ao seu interior para se apropriarem dos objetos que nele se encontrassem consubstancia ato preparatório (não punível).

Texto Integral

PROCESSO Nº 878/07.7GDGDM.P1

RELATOR: MELO LIMA

Acordam na 1ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto

I. Relatório

1 Em processo comum, Tribunal Coletivo, pelo 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Gondomar, o Ministério Público deduziu acusação contra: **B... e C...**, imputando-lhes, respetivamente,

1.1 Ao arguido **B...** a prática, em co-autoria, de (i) Dois crimes de furto qualificado na forma tentada, ps. e ps. pelos arts. 22, 23/2, 73, 203/1 e 204/2, e), do Código Penal; (ii) Um crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203/1 e 204/2, e), do Código Penal; e (iii) Um crime de furto de uso de veículo, p. e p. pelo art. 208/1 do Código Penal;

1.2 Ao arguido **C...** a prática, em coautoria, de (i) um crime de furto qualificado na forma tentada, ps. e ps. pelos arts. 22, 23/2, 73, 203/1 e 204/2, e), do Código Penal; (ii) Um crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203/1 e 204/2, e), do Código Penal.

2 Realizado o julgamento, o Tribunal deliberou:

2.1 Absolver o arguido **B...** da prática, em coautoria, dos dois crimes de furto qualificado na forma tentada, ps. e ps. pelos arts. 22, 23/2, 73, 203/1 e 204/2, e), do Código Penal, e do crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203/1 e 204/2, e), do Código Penal, que lhe foram imputados na acusação do Ministério Público;

2.2 Absolver o arguido **C...** da prática, em coautoria, do crime de furto qualificado na forma tentada, ps. e ps. pelos arts. 22, 23/2, 73, 203/1 e 204/2, e), do Código Penal, que lhe foi imputado na acusação do Ministério Público;

2.3 Condenar o arguido **B...** pela prática, em coautoria, do crime de furto de uso de veículo, p. e p. pelo art. 208/1 do Código Penal, que lhe foi imputado na acusação do Ministério Público na pena de 6 (seis) meses de prisão efetiva;

2.4 Condenar o arguido **C...** pela prática, em coautoria, do crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203/1 e 204/2, e), do Código Penal, que lhe foi imputado na acusação do Ministério Público, na pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de prisão, cuja execução se suspende, por igual período de tempo, mediante regime de prova a elaborar pela DGRS, que tenha como principal objetivo a interiorização, pelo arguido, do bem jurídico tutelado pela incriminação e a inserção laboral do arguido.

3 Inconformado com esta decisão, no segmento em que foi o arguido **B...** absolvido da prática, em autoria e na forma tentada, de um crime de furto qualificado, previsto e punido pelo artigo 22.º, 23.º, n.º2, 73.º, 203.º, n.º 1 e 204.º, n.º2, al.e), todos do Código Penal, recorre o Ministério Público rematando a respectiva Motivação com o seguinte elenco de CONCLUSÕES:

3.1 A delimitação do conceito de actos preparatórios é feita por via de exclusão tendo por referência aqueles actos que a lei considera serem actos de execução.

3.2 Conforme nos diz Germano Marques da Silva, “o critério legal para a distinção entre actos preparatórios e actos de execução é um critério objectivo; os actos de execução hão-de conter já, eles próprios, um momento de ilicitude, pois ainda que não produzam a lesão do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do crime consumado, produzem já uma situação de perigo para esse bem. Acto executivo, portanto, é o acto dotado de idoneidade (capacidade potencial de produção do evento) plus inequívocidade. E acto preparatório é o acto que, além de inidóneo, deverá apresentar-se como equívoco, isto é, ambíguo (ibidem).”

3.3 O bem jurídico protegido pelo tipo de crime de furto qualificado é um bem jurídico formalmente poliédrico e multifacetado, integrando a propriedade mas também outros elementos que se encontram previstos nas circunstâncias qualificativas, designadamente a introdução em edifício por local não

destinado normalmente à entrada, como seja uma varanda.

3.4 Considera-se já como actos de execução do crime de furto qualificado aqueles actos que segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime qualificado ou idóneos a produzir o resultado típico ou as circunstâncias qualificativas.

3.5 Os actos considerados provados e imputados ao arguido (pontos 1) a 13) da matéria dada como provada) são, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, aptos e idóneos a que se lhes sigam actos típicos de uma das circunstâncias qualificativas do furto, como seja a penetração nas instalações do D... através de uma varanda.

3.6 O arguido iria prender a corda na varanda e por ela aceder ao interior do D..., só não o conseguindo fazer devido à intervenção da testemunha E....

3.7 Há, pois, uma estreita conexão temporal e de tipicidade entre a acção do arguido (lançar a corda de modo a que esta ficasse presa na varanda) e o resultado que pretendia alcançar (penetrar nas instalações do D... através da varanda e aí se apropriar dos objectos que encontrasse).

3.8 A actuação do arguido precede imediatamente a acção típica inserindo-se já na execução do acto que qualifica o crime em causa, integrando o plano concreto que este se propôs realizar.

3.9 Pelo que se conclui que praticou o arguido actos de execução do crime de furto qualificado.

3.10 Assim, deve a decisão recorrida ser revogada e substituída por outra que condene o arguido pela prática do crime de furto qualificado na forma tentada, nos termos dos artigos 22.º, 23.º, n.º2, 73.º, 203.º, n.º1 e 204.º, n.º2, al.e), todos do CP.

4 Respondeu, no Tribunal recorrido, o arguido **B...** dizendo, em concordância com a decisão recorrida, que os actos descritos nos pontos 1 a 13 dos factos dados como provados são meros actos preparatórios e não actos de verdadeira execução.

5 Neste Tribunal da Relação, a Exma. Senhora Procuradora-Geral Adjunta, subscrevendo a motivação oferecida na instância recorrida, no sentido de que os factos elencados constituem actos de execução do crime de furto qualificado e não meros actos preparatórios, emitiu Parecer no sentido de que o recurso merece provimento.

6 Colhidos os vistos, realizada a conferência, cumpre conhecer e decidir.

II. Fundamentação de Facto e de direito

1. Foram considerados “Factos provados”:

1.1 No dia 18 de Setembro de 2007, pelas 2.15 horas, o arguido B... e um outro indivíduo cuja identidade não foi possível apurar dirigiram-se ao ..., em ..., Gondomar.

1.2 Pararam junto do n.º .. daquela artéria, onde se situa a sede do D....

1.3 De seguida, lançaram várias vezes uma corda na direção da varanda existente na fachada do edifício ao nível do 1.º andar.

1.4 Pretendiam fixar a dita corda na varanda para, através dela, escalarem o edifício e assim acederem à sede do D... para se apropriarem dos objetos que nesse local se encontravam.

1.5 A cerca de cinquenta metros de distância encontrava-se, na janela de sua casa, a testemunha E....

1.6 Este, apercebendo-se das movimentações do arguido B... e respetivo acompanhante, decidiu chamar a Guarda Nacional Republicada e deslocar-se até ao n.º .. do

1.7 Quando se deram conta de que o E... se aproximava deles, o acompanhante do arguido B... pegou na corda, que ainda não tinha sido fixada na varanda, e fugiu do local, levando consigo o referido objeto

1.8 O arguido B... ficou no local e começou a andar calmamente, para dar a entender que passava por ali casualmente.

1.9 Foi então detido pela testemunha E... e entregue à GNR de

1.10 No interior da sede do D... encontravam-se os seguintes objetos pertencentes a esta associação: TV plasma da marca Philips, no valor de € 1549,90; uma televisão a cores, no valor de € 1250,00; tabaco diverso, no valor de € 316,65; duas garrafas de whisky da marca J & B, no valor de € 19,32; uma garrafa de vinho do Porto, no valor de € 3,20; uma garrafa de licor Beirão, no valor de € 8,45; a quantia de € 100,00 em notas e moedas do BCE; máquinas de escrever e computadores no valor de € 1500,00.

1.11 O arguido e o respetivo acompanhante agiram livre, voluntária e conscientemente.

1.12 Sabiam que os objetos que estavam no interior da referida sede pertenciam ao D....

1.13 Sabiam que a apropriação de tais objetos constitui um ato proibido e punido pela lei como crime.

1.14 Depois da GNR ter saído do referido ..., ainda não eram 4 horas, o arguido C... dirigiu-se ali.

1.15 Para aceder ao 1.º andar do n.º .. muniu-se de uma corda que atirou para a varanda do edifício, conseguindo-a fixar.

1.16 Subiu por essa acorda até à varanda do 1.º andar.

1.17 Consigo levou um pé-de-cabra, para abrir as portas e janelas que encontrasse fechadas.

1.18 Já na varanda, partiu o vidro da porta com o pé-de-cabra e, pelo buraco aberto, acedeu ao interior da sede do D....

1.19 No interior dessa sede, arrombou as portas da biblioteca e do gabinete da direção da associação, para o que utilizou o referido pé-de-cabra.

1.20 De seguida, arrombou a porta que dá acesso à escadaria interior do edifício e desceu para o r/c, onde estavam os objetos e o dinheiro referidos no ponto 10).

1.21 O arguido C... passou aqueles objetos para o exterior do edifício através duma janela existente ao nível do r/c, por onde saiu.

1.22 Depois, ausentou-se do local levando com ele os ditos objetos, deixando o pé-de-cabra que utilizara.

1.23 Agiu livre, deliberada e conscientemente, com o propósito de fazer seus os referidos objetos e dinheiro, bem sabendo que os mesmos lhe não pertenciam.

1.24 Sabia que a sua conduta é proibida e punida pela lei como crime.

1.25 No período compreendido entre as 2.30 e as 4 horas do dia 29 de Outubro de 2007, indivíduo cuja identidade não foi possível apurar, ao passar na Rua ..., da freguesia de ..., desde concelho de Valongo, deparou-se com o veículo automóvel da marca Fiat, modelo ..., com a matrícula XI-...-, que ali fora estacionado pelo seu proprietário, F....

1.26 De imediato decidiu apoderar-se desse veículo para nele se deslocar.

1.27 De forma não concretamente apurada, acedeu ao interior do veículo e, depois de ter estroncado o canhão da direção, fez uma ligação direta, com o que colocou o motor a funcionar.

1.28 Abandonou depois o local, conduzindo o XI.

1.29 O XI veio a ser deixado na mesma artéria, junto ao n.º de polícia .., por volta das 5,45 horas do mesmo dia 29 de Outubro de 2007.

1.30 No entretanto, o arguido B... circulou no interior do XI (cf. melhor descrito em 37 a 38), o que fez sabendo que não estava autorizado para tanto pelo respetivo proprietário e que agia contra a vontade deste.

1.31 Sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei como crime.

1.32 Cerca das 4 horas do referido dia 4 de Outubro de 2007, indivíduos cuja identidade não foi possível apurar dirigiram-se ao estabelecimento comercial denominado "G...", situado na Rua ..., em ..., área desta comarca, de que é proprietária H..., com a intenção de levarem e fazerem seus os objetos com valor venal e dinheiro que ali encontrassem.

1.33 A fim de acederem ao interior das instalações, forçaram a grade de segurança da porta principal, conseguindo abri-la, e partiram o vidro da porta

para entrarem por aí;

1.34 A quebra do vidro e o movimento dos referidos indivíduos fizeram acionar o alarme que se encontrava no estabelecimento, o que os levou a fugirem sem que tivessem conseguido concretizar a intenção de que estavam animados.

1.35 No interior do estabelecimento encontravam-se vários artigos e dinheiro, nomeadamente: (i) uma máquina de tabaco, contendo vários maços de tabaco de várias marcas, no valor de € 4500,00; (ii) cerca de 70 garrafas de diversas bebidas, como sejam bagaço e whisky, que estavam em exposição nos escaparates, no valor global aproximado de € 400,00; e (iii) € 50,00 em moedas do BCE.

1.36 Com a sua atuação, os referidos indivíduos provocaram estragos na grade e vidro da porta, cuja reparação importou em € 300,00.

1.37 Cerca das 5 horas do mesmo dia 4 de Outubro de 2007, o arguido B... e outro indivíduo que o acompanhava foram detetados pela GNR na ..., junto ao local onde se realiza a feira semanal de ..., no interior do veículo de matrícula XI-...-...

1.38 Ao aperceberem-se da presença da polícia, fugiram do local no veículo em direção a ..., logrando escapar à perseguição que lhes foi movida.

1.39 Ainda cerca das 5 horas do dia 4 de Outubro de 2007, indivíduos cuja identidade não foi possível apurar dirigiram-se, de automóvel, ao estabelecimento comercial denominado "I...", situado na Rua ..., no ..., em ..., Gondomar, de que era proprietário J..., com a intenção de levarem e fazerem seus os objetos com valor venal e dinheiro que ali encontrassem.

1.40 Os referidos indivíduos partiram o vidro da porta do café e como não conseguiam entrar pelo buraco assim aberto, partiram o canhão da fechadura, abriram a porta e entraram, provocando estragos na porta no valor de € 100,00.

1.41 No interior, dirigiram-se à papelaria que ali funcionava, pertencente a K..., partiram um vidro e apoderaram-se de dinheiro que ali existia, em quantidade não apurada concretamente.

1.42 Seguidamente, dirigiram-se à caixa registadora do café, partiram-na e retiraram do seu interior a quantia de € 75,00.

1.43 Provocaram estragos nesta máquina no valor de € 1000,00.

1.44 De seguida, tentaram retirar do suporte um televisor "plasma", da marca Samsung, no valor de € 1100,00;

1.45 Como o não conseguiram retirar do suporte, desistiram de a levar;

1.46 Pegaram então nos seguintes objetos: Uma máquina que continha tabaco no valor de cerca de € 1000,00; Diversas garrafas de whisky, no valor de € 50,00.

1.47 Carregaram esses objetos, com a exceção da máquina de tabaco, que deixaram na rua, no automóvel em que se deslocaram.

1.48 Descendente de grupo familiar numeroso de condição sócio-económica desfavorecida, o arguido B... observou integração disruptiva a este nível, atentas as carências materiais, que ainda se evidenciam, assim como a problemática de alcoolismo da figura paterna traduzida, em episódios recorrentes de violência doméstica, essencialmente direcionados ao arguido e consequente falta de hábitos de trabalho, por parte de ambas as figuras parentais.

1.49 Esta constelação familiar foi subsistindo através de apoios sociais e de alguns quantitativos auferidos pontualmente pelo progenitor no sector da construção civil.

1.50 À violência exercida pelo progenitor, e que interferiu negativamente na dinâmica e ambiente familiares, contrapôs-se a atitude desvinculativa da figura materna relativamente ao acompanhamento e orientação educativas dos descendentes.

1.51 O arguido foi gerindo precocemente e de forma autónoma o seu quotidiano, sempre em função das solicitações e apelos do grupo de pares, avaliado como desviante, e sem que as figuras de autoridade desempenhassem qualquer papel ativo ou conseguissem, por incapacidade pessoal e desinteresse, contrariar estas incursões.

1.52 Estas disfunções familiares também se repercutiram ao nível da inserção escolar, tendo o arguido concluído apenas o 4.º ano de escolaridade, abandonando definitivamente o sistema de ensino cerca dos 14 anos.

1.53 Tendo em conta a desvalorização desta valência, assim como as características de funcionamento e a postura dos pais aos vários níveis, o arguido, assim como os irmãos, foram alvo de avaliação e acompanhamento em processos de promoção e proteção que correram pelo Tribunal de Família e Menores do Porto.

1.54 O arguido abandonou precocemente a frequência escolar e nunca desempenhou qualquer atividade profissional estruturada desde então.

1.55 Começou a ausentar-se com frequência do espaço habitacional, tendo sido, objeto de avaliação e intervenção no âmbito de processo tutelar educativo.

1.56 Frequentou durante nove meses, após encaminhamento, curso de formação profissional (ajudante de canalizador), integrado no Projeto de Formação e Integração Sócio-Profissional Hábil II, da Obra de Auxílio de Recuperação aos ex-Reclusos e suas Famílias), que concluiu, embora com registo de reduzida assiduidade.

1.57 Cumpriu, à ordem do 45/04.1SFPRT, do 2.º Juízo de Competência

Criminal, do Tribunal Judicial de Vila Nova de Famalicão, medida de coação de obrigação de permanência na habitação, fiscalizada por vigilância eletrónica, de 11.11.04 a 08.02.06, no decurso da qual registou irregularidades.

1.58 De 05.12.2006 a 20.06.2007 esteve preso preventivamente, tendo sido objeto de acompanhamento em consulta de psiquiatria, devido à sua problemática de toxicodependência.

1.59 Observou já dois períodos de internamento no serviço de psiquiatria do Hospital de ..., um deles em regime compulsivo, na decorrência de registo de agressividade direcionado à figura paterna.

1.60 Mantém acompanhamento clínico nesta Unidade de Saúde, com administração direta de fármaco, com a regularidade mensal, sendo sujeito a consultas semestrais de psiquiatria.

1.61 Tem mantido integração no seu grupo familiar de origem, composto pelos progenitores e com 4 irmãos de, respetivamente, 18, 16, 14 e 9 anos de idade, em apartamento de tipologia 3, integrado em conjunto habitacional de caril social, localizado em área periurbana, situação que ainda mantém.

1.62 A dinâmica intrafamiliar mantém idêntica estruturação, prevalecendo dificuldades generalizadas de correspondência a registos adaptativos, funcionais e normativos, estando a situação dos menores a ser acompanhada pelos serviços locais do ISS.

1.63 As condições materiais de existência são referenciadas como precárias, dispondo o arguido de rendimento social de inserção no montante aproximado de € 190,00, beneficiando os restantes elementos do grupo de subsídios no valor de € 823,59.

1.64 O progenitor mantém situação de ocupação laboral irregular preservando ainda hábitos regulares de consumo de bebidas alcoólicas.

1.65 O arguido não apresenta qualquer integração profissional ou ocupação.

1.66 Preenche o quotidiano de forma autónoma, com interações privilegiadas com a namorada, que teve um filho do arguido em Abril de 2009.

1.67 O arguido assume a paternidade de uma forma imponderada, não constituindo esta responsabilidade um motivo para a mudança.

1.68 Encontra-se em acompanhamento na DGRS desde Junho de 2008, no âmbito do processo n.º 846/07.9PAGDM, do 1.º Juízo Criminal deste Tribunal estando até ao momento a corresponder às orientações e exigências inerentes ao mesmo.

1.69 A motivação para a inserção em curso de formação profissional tem sido trabalhada ao longo desse acompanhamento e não mereceu até ao presente a adesão do arguido.

1.70 O arguido desloca-se mensalmente ao CRI-Gondomar para efetuar o despiste de consumo de estupefacientes.

1.71 Denota reduzida censura sobre a factualidade que lhe foi imputada nos presentes autos, distanciando-se da sua abordagem e minimizando impactos.

1.72 Apresenta um quadro de Debilidade Intelectual Ligeira (CID-10, OMS, 1992).

1.73 Demonstra, em situações de consumo de tóxicos, alterações do controlo de impulsos e hostilidade.

1.74 Demonstra capacidade para aferir situações sociais desadequadas por parte de terceiros e de si próprio, nomeadamente sobre o seu comportamento.

1.75 Apresenta integridade dos sistemas mentais responsáveis pela capacidade de distinguir o Bem do Mal e o Certo do Errado.

1.76 Apresenta traços de imaturidade, o que dificulta a sua interacção específica com figuras de autoridade.

1.77 Tem uma personalidade anti-social, adoptando no seu relacionamento interpessoal atitudes de oposição, indiferença e displicência pelos valores sócio-morais e de autoridade.

1.78 Não se evidenciam alterações psicopatológicas compatíveis com a existência de anomalia psíquica (o que existe é Psicose Tóxica ao consumo de cannabis e ecstasy).

1.79 À data dos factos, o arguido apresentava-se capaz de avaliar a ilicitude, mas a sua capacidade de se determinar de acordo com essa avaliação era prejudicada pela impulsividade e hostilidade condicionadas pelos consumos de substâncias tóxicas num contexto de Debilidade Intelectual Ligeira.

1.80 Proveniente de agregado de condição sócio-económica desfavorecida, o arguido C... observou integração familiar disfuncional, decorrente da instabilidade relacional do progenitor, associada a diversos envolvimento extra-conjugais, assim como à sua problemática de consumo de estupefacientes, fatores que, aliados a episódios recorrentes de violência doméstica, contribuíram para uma ambiência familiar desestruturada.

1.81 A mãe teve que assegurar individualmente o processo sócio-educativo dos quatro descendentes, evidenciando-se como figura moderadora e investida a este nível, apesar das suas obrigações profissionais associadas à necessidade de subsistência do grupo doméstico, tendo-se registado algumas falhas de supervisão e monitorização educativas.

1.82 A inserção escolar decorreu em idade própria, tendo apenas concluído o 6.º ano de escolaridade.

1.83 Observou dificuldades de adaptação a este sistema, traduzidas em fugas à escola, problemas de comportamento e de interiorização das regras de funcionamento, ainda durante o primeiro ciclo.

1.84 Atenta a ausência de motivação, associada quer às condutas de alguma

transgressividade, quer ainda à necessidade verbalizada de se autonomizar materialmente, o arguido abandonou a frequência escolar, iniciando cerca dos 17 anos o seu percurso profissional no setor da construção civil.

1.85 A este nível, observou alguma irregularidade e reduzido investimento, interpolando períodos de laboração com ciclos de inatividade.

1.86 Conheceu períodos de emigração par França e para Espanha.

1.87 Entre os 19 e os 20 anos consumiu haxixe, em contexto grupal, hábitos que ainda mantém com regularidade e frequência diárias, não os problematizando.

1.88 A data dos factos, o arguido residia com o grupo familiar de origem, em apartamento de tipologia 3, de cariz social, enquadramento que ainda mantém.

1.89 Do grupo doméstico fazem parte, no presente momento, a mãe, de 49 anos, desempregada, o irmão, de 28 anos, desempregado, a filha deste, de 10 anos; a irmã, de 25 anos, também desempregada e os dois filhos desta, de 7 e 2 anos de idade.

1.90 O pai permanece de forma intermitente neste agregado, em função dos seus envolvimento extra-conjugais.

1.91 O arguido tem um irmão mais velho, de 29 anos, mecânico por conta própria, que se encontra autonomizado e que vai colaborando materialmente.

1.92 A dinâmica familiar encontra-se negativamente marcada pelas sérias dificuldades materiais.

1.93 A mãe dispõe apenas do apoio do rendimento social de inserção, no valor de € 280,00, acrescidos de € 80,00 de pensão de alimentos devida à neta mais velha e ainda o subsídio familiar da mesma, no valor de € 35,00.

1.94 O agregado apresenta situação de débito no pagamento das rendas à edilidade local, tendo renegociado o pagamento da dívida em prestações mensais de € 47,00.

1.95 O arguido está laboralmente inativo.

1.96 Desloca-se diariamente para um café nas imediações da sua residência, convivendo com amigos igualmente inativos e sem hábitos regulares de trabalho.

1.97 Tem reduzida preocupação com o envolvimento no presente confronto judicial, não antecipando potenciais consequências que do mesmo possam advir.

1.98 Revela reduzida motivação para o enquadramento em potencial sanção de trabalho a favor da comunidade dado não se identificar com a natureza da gratuitidade da mesma.

1.99 O arguido **B...** foi condenado:

1.99.1 No âmbito do processo abreviado nº 949/07.0GDGDM, do 2º Jz

Criminal de Gondomar, por sentença datada de 24.01.2008, transitada em julgado a 04.03.2008, foi condenado na pena de 100 dias de multa, à taxa diária de 5 euros, pela prática a 12.10.2007 de um crime de condução sem a necessária habilitação, p. e p. pelo artº 3º do DL nº 2/98, de 03.01; tal pena de multa viria a ser parcialmente substituída por 30 horas trabalho, tendo sido convertido o remanescente da multa não paga em 20 dias de prisão subsidiária, suspensa na sua execução pelo período de 1 ano, subordinada à execução de 30 horas de trabalho a favor da comunidade;

1.99.2 No âmbito do processo abreviado nº 846/07.9PAGDM, do 1º Jz Criminal de Gondomar, por sentença datada de 21.05.2008, transitada em julgado a 11.06.2008, foi-lhe aplicada a medida de internamento de inimputáveis, suspensa na sua execução e sujeita a regras de conduta, pela prática a 12.09.2007 de factos suscetíveis de integrar os elementos objetivos dum crime de condução sem a necessária habilitação legal, p. e p. pelo artº 3º, nºs 1 e 2, do DL nº 2/98, de 03.01;

1.99.3 No âmbito do processo comum singular nº 580/07.0PAVLG, do 3º Jz do T.J. da Comarca de Valongo, por sentença datada de 28.01.2010, transitada em julgado a 01.03.2010, foi condenado na pena de 2 anos e 6 meses de prisão, suspensa na sua execução por igual período de tempo, pela prática a 06.09.2007 de um crime de furto qualificado, p. e p. pelos artgs 203º, nº 1, e 204º, do CP;

1.99.4 No âmbito do processo comum coletivo nº 605/07.9GCOVR, da Comarca do Baixo Vouga (Ovar - Juízo de Instância Criminal - Juiz 1), por acórdão datado de 30.04.2010, transitado em julgado a 31.05.2010, foi condenado na pena de 1 ano e 9 meses de prisão, suspensa por igual período de tempo, sujeita a regime de prova e com obrigações, pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203/1 e 204/2, f), do Código Penal;

1.99.5 No âmbito do processo comum coletivo n.º 660/07.1PAOVR, da Comarca do Baixo Vouga (Ovar - Juízo de Instância Criminal - Juiz 1), por acórdão datado de 29.11.2010, transitado em julgado a 24.01.2011, foi condenado na pena de 2 anos e 6 meses de prisão, suspensa por igual período de tempo, sujeita a regime de prova e com obrigações, pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203/1 e 204/2, f), do Código Penal;

1.99.6 No âmbito do processo comum coletivo n.º 393/10.1GDGDM do 1.º Juízo Criminal de Gondomar, por acórdão de 17 de Maio de 2011, transitado a 6 de Junho de 2011, pela prática de dois crimes de injúria agravada, ps. e ps. pelos arts. 181/1 e 184, por referência ao art. 132/2, l), todos do Código Penal, na pena de 80 (oitenta) dias de multa, por cada um deles, e, em cúmulo

jurídico, na pena única de 120 dias de multa, à razão diária de € 5,50 (cinco euros e cinquenta cêntimos).

1.100 O arguido C... foi condenado, por sentença de 18 de Março de 2008, transitada a 17 de Abril de 2008, proferida no processo sumário n.º 227/08.7PAGDM, do 2.º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Gondomar, na pena de 80 dias de multa, à razão diária de € 7,50, pela prática de um crime de condução sem habilitação legal, p. e p. pelo art. 3.º/1 do DL n.º 2/98, de 3.01, pena que foi declarada extinta pelo cumprimento.

2. Factos não provados:

Não resultaram provados quaisquer outros factos, designadamente que:

2.1 O indivíduo que acompanhava o arguido B... aquando do referido em 1) a 13) era o arguido C....

2.2 Os factos referidos em 25) a 29), 32) a 36) e 39) a 47) foram levados a cabo pelo arguido B....

2.3 A reparação dos estragos provocados no vidro mencionado em 41) importou em de € 200,00.

2.4 Entre os objetos retirados do I... encontrava-se uma máquina de brindes, no valor € 50,00.

3. Motivação da decisão de facto:

«A convicção acerca da matéria de facto foi adquirida com base na apreciação crítica, conjugada concatenada dos depoimentos das testemunhas L..., E..., M..., F..., H..., N..., O..., J..., K... e P..., dos documentos de fls. 5 (auto de apreensão), 9 (relação de objetos subtraídos e respetivo valor), 11 (relatório de inspeção lofoscópica), 22 a 27 (auto de inspeção judiciária), 65 (auto de apreensão), 67 (termo de entrega), 510 a 512 (certificado do registo criminal do arguido C...), 513 a 521 (certificado do registo criminal do arguido B...), 553 a 657 (certidão do processo n.º 1127/07.3GDGDM), 640 a 664 (certidão do processo n.º 1168/07.0PEGDM), 665 a 675 (certidão do processo n.º 353/04.1PAGDM), do relatório do exame lofoscópico de fls. 243 a 248 e dos relatórios sociais de fls. 436 a 442 (arguido B...) e 688 a 693 (arguido C...). Concretizando...

Quanto aos factos dos pontos 1) a 13), começou por ser considerado o depoimento do ali referido E..., que disse ter visto, nas apontadas circunstâncias de tempo, o arguido B..., pessoa que já conhecia por ter estado presa no estabelecimento prisional onde exerce a sua atividade de guarda, acompanhado por um outro indivíduo, que não conseguiu identificar, a tentar lançar uma corda na direção da varanda do 1.º andar da sede do D... Tendo-se aproximado, viu o acompanhante do arguido B... a fugir, levando com ele a

referida corda. O arguido B... foi por si detido e entregue à Guarda Nacional Republica (GNR), cuja presença no local foi, entretanto, solicitada.

Considerou-se, de seguida, o depoimento da testemunha M..., sargento da GNR que compareceu no local, na sequência da chamada da testemunha E..., onde lhe foi entregue um indivíduo que alegadamente fora detido a tentar assaltar a dita sede. Não teve dúvidas em identificar esse indivíduo como sendo o arguido B....

Finalmente, considerou-se o depoimento da testemunha L..., presidente da direção do D..., o qual descreveu as características da sede e, bem assim, enunciou os objetos que existiam no interior dela, tudo arrimo no auto de inspeção judiciária de fls. 22 a 27. O valor dos objetos que foram enumerados - que, como se disse, foram mais tarde subtraídos - foi indicado por esta mesma testemunha, com o auxílio da relação de fls. 9, por si elaborada logo na data em que ocorreram os factos. Quanto aos factos dos pontos 14) a 24), começou por atentar-se no depoimento do já referido M..., o qual confirmou ter sido chamado, uma segunda vez, à sede do D.... Ali chegado, constatou os estragos que documentou no já mencionado auto de inspeção judiciária.

Apreendeu ainda uma corda e um pé-de-cabra, tal como consta do auto de apreensão de fls. 5. Somou-se-lhe o depoimento da testemunha L... que descreveu os estragos verificados na sede da associação a cuja direção preside e os objetos que dali foram retirados, novamente com apoio na relação de fls. 9. Os estragos verificados permitiram-nos reconstituir o modo como o autor desse assalto entrou na sede da associação e, bem assim, o percurso que o mesmo desenvolveu para concretizar a sua intenção apropriativa. Finalmente, já no que tange à autoria de tais factos, foi determinante o teor do relatório de inspeção lofoscópica de fls. 11, elaborado pela testemunha M..., compaginado com o relatório do exame de fls. 243 a 248, no qual se concluiu que o vestígio de cristas papilares recolhido num fragmento de vidro da porta da varanda do 1.º andar da sede do D... foi produzido pelo dedo polegar da mão esquerda do arguido C.... Deste modo, considerando o local onde foi encontrado o vestígio e que o arguido não tinha qualquer ligação com o D... que justificasse a presença da sua impressão digital, foi possível concluir que o arguido foi o agente do ato de subtração ocorrido no período em que o estabelecimento esteve encerrado. E aqui importa frisar que a importância e transcendência da dactiloscopia enquanto método de investigação criminal radica na circunstância de as impressões digitais serem: universais, porque comuns a todas as pessoas; permanentes, porque são imutáveis desde que surgem no 4.º mês de vida intra-uterina só desaparecendo com a putrefacção cadavérica; singulares ou inconfundíveis, porque únicas: jamais são idênticas em dois indivíduos, não havendo, de resto, duas impressões digitais iguais feitas por

dedos diferentes; indestrutíveis, porque não são modificáveis, nem pela ação sujeito nem patologicamente; nessa medida, não podem ser falsificadas; mensuráveis, porque suscetíveis de comparação. Por outro lado, é certo que a aparição da impressão digital de uma pessoa apenas faz prova direta do contacto dessa pessoa com o objeto onde foi detetada e não da participação do sujeito no facto criminoso. Contudo, a mesma não deixa de ser um importante indício a ter em consideração, que ganha peso suficiente para elidir a presunção de inocência e, por decorrência, fundamentar a condenação, designadamente quando seja encontrada em objetos não acessíveis ao arguido, como sucede com o vidro da porta de vidro da varanda da sede do D..., que está situada a um nível superior ao do solo. Esse indício não foi colocado em causa, tanto assim que o arguido optou pelo silêncio. E a dúvida acerca de um determinado facto não deriva da singela circunstância de o arguido, em audiência, exercer o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, comportando-se “como mero espetador que observa como terceiros lidam com o seu caso”, para utilizarmos a sugestiva expressão de Teresa Beleza (“Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do arguido no Processo Penal Português”, Revista do Ministério Público, ano 19, n.º 74, ps. 50 - 51). Se é certo que o direito ao silêncio, seja ele total ou parcial, não pode implicar consequências desfavoráveis para quem o invoca - ou seja, o silêncio não é valorável e, como tal, não pode ser sujeito ao princípio da livre apreciação da prova -, não o é menos que, ao calar-se, o arguido pode estar a prescindir de revelar elementos que o possam eximir de responsabilidade. Daí que Figueiredo Dias (Direito Processual Penal, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, ps. 448 - 449) afirme que, se o arguido não pode ser juridicamente desfavorecido por exercer o seu direito ao silêncio, já o poderá ser de um ponto de vista fáctico, quando desse silêncio "derive o definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infração. Então, mas só então, representará o exercício de tal direito um privilegium odiosum para o arguido". É este também o entendimento expresso no Ac. do STJ de 20.02.2008, disponível em www.dgsi.pt, processo n.º 08P295, do qual respigamos a seguinte passagem: “O silêncio, sendo um direito do arguido, não pode prejudicá-lo, mas também dele não pode colher benefícios. Se o arguido prescinde, com o seu silêncio, de dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem conhecimento pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio.” Quanto aos elementos subjetivos, os mesmos conjugam-se, em termos de normalidade, com os factos objetivos acerca dos quais se fundou uma convicção positiva. Tenha-se presente que os elementos subjetivos de um

crime, revistam eles a tonalidade de dolo ou o cariz de negligência, pertencem à vida íntima e interior do agente, assumindo uma natureza subjetiva, insuscetível de apreensão direta. Contudo, é possível Z e sendo possível, haverá que avançar-se a fundo nessa possibilidade Z captar a sua existência através e mediante factualidade material que os possa inferir ou permita divisar, ainda que por presunções ligadas ao princípio da normalidade ou às regras da experiência comum, razão por que entendemos que pertence ao âmbito da matéria de facto o apuramento das intenções e a fixação dos elementos subjetivos dos ilícitos.

Quanto aos factos dos pontos 25) a 31), 37) e 38), relevou, desde logo, o depoimento da testemunha F..., proprietário do ali identificado veículo, o qual esclareceu as circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreu a sua subtração. Descreveu ainda o veículo e indicou o seu valor. Relevou, depois, o depoimento das testemunhas N... e O..., agentes da GNR, que alertados para os factos descritos nos pontos 32 a 36 patrulharam a zona de ..., tendo visto o arguido B..., que já conheciam de outros eventos e que identificaram sem qualquer reboço, a conduzir o XI, acompanhado por um outro indivíduo, tendo-lhes movido uma perseguição que resultou infrutífera. Mais tarde, encontraram o carro abandonado na mencionada Rua Atendeu-se, finalmente, ao termo de entrega de fls. 67, que confirma a recuperação do XI e a sua restituição ao respetivo proprietário. Cumpre apenas precisar que o modo como foi colocado em funcionamento o motor do XI permitia que quem, como o arguido B..., o conduzisse logo intuisse que o mesmo fora subtraído ao respetivo proprietário. Quanto aos factos dos pontos 32 a 36, foi considerado o depoimento da testemunha H..., proprietária do estabelecimento comercial ali identificado. Esta testemunha informou as circunstâncias em que foi alertada para uma tentativa de assalto ao estabelecimento, a qual não foi consumada porque o alarme disparou. Disse ainda os estragos que foram verificados, quantificou a reparação dos mesmos e discriminou, em termos gerais, os objetos que guardava no estabelecimento. Foram ainda considerados os depoimentos dos agentes da GNR referidos a propósito dos factos dos pontos 25) a 31), 37) e 38), os quais acorreram ao local, tomando conta da ocorrência. Quanto aos factos dos pontos 39 a 47, começou por atentar-se no depoimento da testemunha P..., pessoa que vive por cima do I... - e que cujo proprietário é mãe. Esta testemunha acordou, na madrugada de 29 de Outubro de 2007, com barulhos que provinham do café. Depois de abrir a janela da sua residência, viu dois indivíduos - que disse não conseguir identificar - a tirarem objetos do café para um automóvel. Quando se aperceberam de que estavam a ser vistos, puseram-se em fuga, deixando para trás a máquina no tabaco. Atentou-se de seguida no depoimento da testemunha J..., proprietário do café, que descreveu

os estragos verificados no local, quantificando a sua reparação. Discriminou ainda os objetos subtraídos e indicou o respetivo valor. Finalmente, atentou-se no depoimento da testemunha K..., proprietária da papelaria, que confirmou a quebra do vidro. Quanto aos factos dos pontos 48 a 98, consideraram-se os relatórios sociais elaborados a propósito de cada um dos arguidos, os quais, assentando em adequada metodologia, não foram por qualquer modo colocados em causa. Mais concretamente quanto aos dos pontos 72) a 79), resta acrescentar que, se bem analisámos os relatórios periciais cujas cópias foram extraídas dos processos 1127/07.3GDGDM, 1168/07.0PEGDM e 353/04.1PAGDM, em especial os de fls.642 a 648, 667 a 672 e 673 a 675, a psicose identificada no arguido B... não é endémica, mas interliga-se com o consumo excessivo de drogas (ou seja, o arguido teve episódios de psicose relacionados com o consumo daquelas substâncias tóxicas, num quadro de Debilidade Intelectual Ligeira). Nenhuma referência foi feita a que os factos em causa nos autos foram praticados quando se encontrava num tal estado. Quanto aos factos dos pontos 99 e 100, resultaram os mesmos dos certificados do registo criminal dos arguidos. Quanto aos factos dos pontos 101 a 104, a não formação de uma convicção positiva foi o resultado da ausência de prova suficientemente segura para esse efeito. Assim, quanto ao facto do ponto 101, ninguém conseguiu identificar o acompanhante do arguido B..., parecendo-nos que a circunstância de a sede do D... ter sido assaltada, na mesma noite, pelo arguido C... pode não se mais que uma coincidência. Quanto ao facto do ponto 102, ninguém presenciou o ato de subtração do XI, não sendo suficiente para afirmar que o seu agente foi o arguido B... a circunstância de este ter sido visto a circular em tal veículo. Podemos admitir a hipótese, bem frequente, de o B... ter beneficiado de uma boleia de outrem. Por outro lado, nenhuma das testemunhas viu o veículo que foi utilizado na tentativa de assalto ao PG... e no assalto ao I... nem tão-pouco os indivíduos envolvidos em tais atos. É certo que as testemunhas N... e O... disseram que o veículo que participou na tentativa de assalto foi o Fiat ... com a matrícula XI-...-... É certo ainda que a 2.ª de tais testemunhas afirmou que nesse veículo foi encontrada a máquina de brindes retirada do I... Acontece que a referência que as referidas testemunhas fizeram ao uso do XI na tentativa de assalto não foi baseada numa perceção direta, mas no que lhes foi dito por populares que não foram minimamente identificados. Nessa medida, trataram-se de depoimentos de ouvir dizer que não podem ser valorados. E quanto à máquina de brindes, o proprietário do I..., quando questionado, negou, de forma perentória, que lhe tivesse sido subtraída uma qualquer máquina de brindes. Tudo indica que a testemunha O... incorreu numa confusão.

4. Fundamentação Jurídica

O presente recurso reconduz-se a uma única questão de cariz jurídico: a factualidade descrita Supra II 1.1 a 1.13 consubstancia a prática de **atos preparatórios** ou, antes, a prática, de **atos de execução** de um crime de furto qualificado na forma tentada?

Resultou provado que o arguido B... - em ação concertada com indivíduo não identificado - lançou várias vezes uma corda na direção da varanda (1º andar) do D..., para, vindo a conseguir a fixação da corda à dita varanda, “escalarem o edifício e assim acederem à sede para se apropriarem dos objetos que nesse local se encontravam”.

Surpreendidos, “o B... pegou na corda, que ainda não tinha sido fixada na varanda, e fugiu do local, levando consigo o referido objeto”.

Questão é, então saber, se o lançamento da corda (in casu, sem êxito) consubstancia **ato preparatório** - logo, não punível - ou consubstancia, antes, **ato de execução** - logo, tentativa jurídico-penalmente punível.

O tribunal recorrido entendeu verificado apenas ato preparatório e, por isso, absolveu.

O Digno Recorrente pugna no sentido da ocorrência de ato de execução e conclui com o petitum da condenação.

Quid iuris?

Valem por inteiro, ainda hoje, as considerações tecidas por **Maia Gonçalves** nos idos anos de 77, quando referia:

«É esta, ..., uma das querelas que mais longamente têm prendido a atenção dos criminalistas e sobre a qual não se antolha acordo, a ponto de autores de craveira incontestável, como Frank, afirmarem que ainda não se conseguiu uma delimitação precisa, nem sendo mesmo possível estabelecê-la.»

Acrescentava o saudoso autor:

«É certo que a nossa lei não fornece qualquer critério decisivo, ou mesmo de utilidade relevante, para a apontada distinção [1]. Sendo assim, terá o intérprete que se socorrer do critério doutrinário que se apresentar preferível; tarefa muito difícil, pois esse critério na expressão de Beleza dos Santos. R.L.J. 66º, pág. 50-51 e Direito Criminal, Lições impressas, 1936, pág. 531, “terá que ser justificável em face do sistema geral da lei e que ter suficiente precisão, para marcar com nitidez os limites dessas duas faces do iter criminis e suficiente flexibilidade para resolver a multiplicidade dos casos ocorrentes da vida dos tribunais.» [2]

Vem a propósito lembrar que o **Código Penal de 1886** definia **atos preparatórios**, como sendo «os atos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem, ainda, começo de execução» [Artº 14º]

A partir do inovador **C.P. de 1982 - numa redação que se mantém vigente** -, se, por um lado, deixou de existir uma definição para os **atos preparatórios**, passou, por outro, a haver uma definição dos atos a considerar como sendo **de execução, dizer**: i. Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; ii. Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou iii. Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores» [Artº 22º/2]

Com apelo às “Atas das Comissões Revisoras”, sob a ideia de que, no essencial, a formulação legal de 1982 corresponde à do Projeto de Eduardo Correia de 1963 mas realçando a introdução de um elemento de interioridade, **FARIA COSTA** tem o critério assumido na norma sobrecitada, como consagrativo de um **critério objetivo mitigado**, que o mesmo é dizer: «**a tentativa tem sempre de integrar uma referência objetiva a certa negação de valores jurídico-criminais na forma de lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos protegidos** mas a que há que adicionar o próprio plano do agente integrado na sua intencionalidade, volitivamente assumida” ([3] [4]

O punctum prurens no dissídio sub iudicio tem exatamente a ver com a “forma de lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos protegidos”.

Melhor concretizando: ao passo que na motivação do recurso tem-se por certo que o lançamento da corda à varanda, constitui, de per se, ato de execução no iter criminis, o tribunal recorrido entende que este só ocorreria se o êxito do lançamento da corda viesse a permitir a concretização do escalamento.

Sem deixar de reconhecer a delicadeza da questão e com o devido respeito relativamente à formulação de sentido contrário, subscreve-se, aqui, a posição assumida pelo Colégio dos juízes. [5]

No thema decidendum cuida-se, sob uma análise objetiva dos factos levados a cabo pelo arguido e das concretas circunstâncias do caso, saber se o ato em causa (lançamento da corda, não conseguido) comporta já um juízo de uma **intensidade e de uma proximidade do perigo para o bem jurídico protegido enquanto ato a produzir imediatamente o resultado** - e, daí,

constitutivo de um ato de execução - ou se se fica por ato meramente preparatório do delito a praticar, enfim a **tentativa da tentativa**. Seguindo, de perto, os ensinamentos de JESCHECK/WEIGEND, «Mediante o elemento da imediata colocação em marcha da realização do tipo a tentativa deve “**acercar-se do limite mesmo da ação típica**”. Portanto, acções intentadas são só acontecimentos “**que estão imediatamente situados diante da realização de um elemento do tipo**”. Determinante é, ademais, que o comportamento que todavia é formalmente atípico esteja tão estreitamente vinculado à verdadeira ação executiva, que possa passar-se à fase decisiva do facto sem necessidade de passos intermédios essenciais (...).» Com a tentativa, o agente “põe imediatamente em marcha a realização do tipo. Ela, efetivamente, supõe o «desenvolvimento de uma atividade que sem mais trâmites deve conduzir à `realização do tipo” [6] Dando a palavra a JESCHECK,

«Mediante el elemento de **dar principio directamente a la realización del tipo** se pretende aproximar la tentativa “**hasta el limite mismo de la acción típica**. Las acciones de la tentativa solo son, por conseguinte, sucesos “que se encuentran situados **inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo**”. Lo decisivo ahí es que **esse comportamiento**, que todavia no es típico, **se encuentre vinculado tan estrechamente com la própria acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermédios esenciales**» [7]

Noutro passo:

“La tentativa exige, como elemento objetivo, que el autor “dé principio directamente a la realización del tipo”. Dar principio inmediato es iniciar una actividad que, sin más eslabones intermédios, debe desembocar en la realización del tipo. La cuestión de si se está o no en esse caso debe decidirse atendiendo al plan del autor, o seja, según la “representación que el autor se haga del hecho”. Resulta así decisiva **la apreciación de la proximidad de la acción al hecho**, tomando como base la representación que el autor tuviese en cuanto al camino y al modo de realización de su voluntad de cometer-lo (teoria individual objetiva).»

Em formulação mais impressiva, **GUNTHER JAKOBS**, enunciando directrizes (positivas) que podem orientar a decisão, no sentido do começo da tentativa, fala na “**irrupción del autor en la esfera de protección**” da pessoa visada.

“De acuerdo com esta directriz, **la tentativa de hurto se inicia ya com el comienzo de la penetración en la esfera de custodia**, p. ej., **cuando se comienza el escalamento en la casa de la víctima**, al igual que la tentativa de robô comienza ya com las coacciones”. [8]

Se bem se interpreta é exatamente neste começo de **irrupção** e/ou penetração na esfera de proteção jurídica e/ou de ato de execução de violação (imediate) do espaço protegido que o tribunal recorrido - bem, como se entende - coloca o ponto de identificação como ato de execução no iter criminis e que, no caso concreto, entende ainda não verificado. [9]

Esta leitura, de apoio na doutrina alemã, encontra suporte na jurisprudência do Alto Tribunal Português, o S.T.J.

Transcreve-se, a propósito:

«Quando a nossa lei diz, na al. c) do nº 2 do artº 22º do C.P., que só há actos de execução quando é de esperar que, “segundo a experiência comum”, “lhes sigam” os idóneos a produzir o resultado, estes últimos haverão que seguir-se àqueles, sem outros de permeio. A lei não fala simplesmente a actos que se sigam aos executados já, e optou por precisar uma imediatez temporal, através da expressão “lhes sigam”.»

«A doutrina e jurisprudência alemãs vinham exigindo uma anterioridade temporal imediata, dos actos levados a cabo, em relação aos que consumariam o tipo, e, para casos especiais (de autoria mediata, omissão, tentativa acabada, ou “actio libera in causa”, que não interessam ao caso), exigiam o agente tivesse invadido ou diminuído a esfera de protecção da vítima.

Como diz Jescheck “Determinante é que o comportamento ainda formalmente atípico esteja tão estreitamente vinculado com a verdadeira acção executiva, que se possa passar à fase decisiva do facto sem necessidade de passos intermédios essenciais” (in “Derecho Penal - Parte General” pag. 558). E, Stratenveth adverte em consonância que, **na tentativa, o acto de execução aparece para uma concepção natural como parte integrante da verdadeira acção típica, porque entre aquele e esta não existe “nenhum acto parcial essencial”** (in “Derecho Penal - Parte General” I, pag. 288).

Foi em consonância com estas posições que o § 22º do C.P. alemão definiu tentativa como **um avançar imediatamente para a realização do tipo penal** (in M. C. Valdágua ob. cit., pag. 46). À letra, aquele preceito diz-nos que “Tentará realizar um acto ilícito quem, de acordo com o seu plano de execução do facto se proponha realizar imediatamente a acção típica”. Por isso é que Jakobs refere mesmo que não há tentativa, por exemplo, quando alguém não

ultrapassa a fase de angariação de participes (in “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoria de la Imputación”, pag. 887).

Resta dizer que “Quanto à regulamentação do início da tentativa em geral (delimitação da tentativa face à fase dos actos preparatórios em princípio impunes), ela é feita no StGB em termos que, na substância das coisas, não se afastam essencialmente daqueles que o legislador português estabeleceu no artº 22º do nosso Código Penal.” (ainda M. C. Valdágua in ob. cit. pag. 45).» [10]

Destarte, sem necessidade de outras considerações - também, sem deixar de admitir, repete-se, a delicadeza da questão - no acolhimento da fundamentação oferecida pelo Tribunal recorrido [Artigo 425º/5 CPP], mantém-se in integrum o sentido da decisão proferida.

III DECISÃO

Termos em que, na improcedência do recurso, os Juízes da 1ª Secção Criminal deste Tribunal da Relação, acordam em confirmar a decisão recorrida.

Sem tributação.

Porto, 11 de Julho de 2012

Joaquim Maria Melo de Sousa Lima

Francisco Marcolino de Jesus

[1] Dispunha, na parte ora pertinente, o artº 11º do CP 1886: «Há tentativa quando se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos: 1º **Intenção do agente**; 2º **Execução começada e incompleta dos atos que deviam produzir o crime consumado**; 3º ...; 4º....»

[2] **MAIA GONÇALVES, CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA**, 3ªEdição, Almedina, Coimbra 1977, Pág. 46

[3] **JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL**, CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - O NOVO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR, LX 1983, Pág. 159-160

[4] Sobre Atos de execução e **teorias subjetivas, objetivas [objetivo-formal e objetivo-material]** e **teorias mistas**, vide, com interesse: **CÓDIGO PENAL DE 1995 (COMENTÁRIOS Y JURISPRUDENCIA)**, Coordinación editorial: IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO, GRANADA 1999, págs.224>227

[5] Que se transcreve na parte pertinente: «..segundo dispõe o art. 22/1 do

Código Penal¹, dá-se a tentativa de um crime quando o agente pratica atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumar-se. Assim, são três os elementos essenciais para que exista tentativa: i) A decisão de cometer o crime; ii) O colocar-se em atividade direta a realização do tipo; e iii) A ausência de consumação do crime (Wessels, Derecho Penal – Parte General, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 174). A dúvida, no caso, reside no 2.º elemento: os atos levados a cabo pelo arguido B... podem ser qualificados como atos de execução ou foram meros atos preparatórios, não puníveis (art. 21) do crime de furto qualificado? Vejamos.

A alínea a) do n.º 2 do art. 22 considera como atos de execução “os que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime.” As alíneas seguintes do preceito alargam essa qualificação a outros atos que não assumem aquela característica, o que, ensina Figueiredo Dias (Direito Penal – Parte Geral, I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 703), significa duas coisas: primeiro, que as teorias formais objetivas foram legalmente acolhidas quando formuladas no sentido de que constitui ato de execução todo aquele que preenche um elemento típico; segundo, que elas não foram recebidas quando entendidas no sentido de que são atos de execução apenas aqueles que preenchem o teor formal (parcial) de um tipo de ilícito. Com efeito, a alínea b) do n.º 2 estabelece que são também atos de execução “os que forem idóneos a produzir o resultado típico” e a alínea c) “os que segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.”

Perante isto seríamos tentados a dizer que o lançar uma corda para através dela escalar o edifício é um ato de execução do projetado furto qualificado: segundo as regras da experiência comum é de esperar que se lhe siga o ato de escalamento, sendo que este é um elemento qualificador do furto, que preexiste à lesão do bem jurídico (cf. art. 204/2, e), com referência ao art. 202, e).

Não podemos, todavia, esquecer, seguindo os ensinamentos de Claus Roxin (“Resolução do facto e começo da execução na tentativa”, Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3.ª ed., Lisboa: Vega, ps. 302 e ss.), também perfilhados por Figueiredo Dias (Direito cit., p. 706), que a correta interpretação da alínea c) do n.º 2 do art. 22 exige uma dupla conexão: de uma conexão de perigo e de uma conexão típica. Conexão de perigo existe sempre que entre o último ato parcial questionado e a realização típica se verifica, segundo o lapso temporal mas também de acordo com o sentido, uma relação de iminente implicação. Relevantíssima é pois a “conexão temporal estreita” de que fala Roxin.

Conexão típica existe quando o ato penetra já no âmbito de proteção do tipo de crime: segundo Figueiredo Dias (ibidem), “só neste momento e nestas condições está inclusivamente legitimada a intervenção do direito penal à luz da sua função única de instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos.” Esta intervenção verificar-se-á sempre que o ato perturbe a esfera da vítima (Claus Roxin, Resolução cit., p. 307).

Ora, no caso, existindo embora a apontada conexão temporal, cremos que não está verificada a conexão típica. Isto porque **o simples ato de lançar a corda não apresenta ainda uma conexão típica com o crime de furto. A esfera patrimonial da vítima não é tocada por ele. Diferente seria se a corda tivesse ficado presa na varanda e o arguido iniciado a escalada quando foi interrompido.**

Como tal, entendendo que o arguido B... praticou um mero ato preparatório, concluímos pela sua absolvição nesta parte.»

[6] Citação feita por **VITOR SÁ PEREIRA E ALEXANDRE LAFAYETTE** - CÓDIGO PENAL ANOTADO E COMENTADO, Quid Iuris, 2008, pág.111 e 113.

[7] **HANS-HEINRICH JESCHECK** - TRATADO DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL - 4ª EDICIÓN, TRADUCCIÓN DE JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, EDITORIAL COMARES - GRANADA, 1993, PÁG.470-471

[8] **DERECHO PENAL** - PARTE GENERALE - FUNDAMENTOS y teoria de la imputación, 2ª edición- Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A. MADRID 1997, pág. 886

[9] “A tentativa começa justamente quando os actos preparatórios acabam: o diferenciador é a existência ou não de uma execução em marcha”. **Maia Gonçalves**, ob.cit. pág.41

[10] Ac.STJ 16.10.2008, Processo 07P3867, Relator: António Colaço. In www.dgsi.pt