

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 518/08.7PLLSB.L1-5

Relator: NETO DE MOURA

Sessão: 14 Dezembro 2010

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

IN DUBIO PRO REO

PROVA POR RECONHECIMENTO

RECONHECIMENTO

PROVA TESTEMUNHAL

Sumário

I - O princípio “in dubio pro reo” não é mais que uma regra de decisão: produzida a prova e efectuada a sua valoração, quando o resultado do processo probatório seja uma dúvida, uma dúvida razoável e insuperável sobre a realidade dos factos, ou seja, subsistindo no espírito do julgador uma dúvida positiva e invencível sobre a verificação, ou não, de determinado facto, o juiz deve decidir a favor do arguido, dando como não provado o facto que lhe é desfavorável.

Um non liquet sobre um facto da acusação recai materialmente sobre o Ministério Público, enquanto titular da acção penal, pois que sobre o arguido não impende qualquer dever de colaboração na descoberta da verdade.

II - O “in dubio pro reo” só vale para dúvidas insanáveis sobre a verificação ou não de factos (objectivos ou subjectivos) relevantes, quer para a determinação da responsabilidade do arguido, quer para a graduação da sua culpa.

III - Não se trata porém de “dúvidas” que o recorrente entende que o tribunal recorrido não teve e devia ter tido, pois o “in dubio...” não se aplica quando o tribunal não tem dúvidas. Ou seja, o princípio “in dubio pro reo” não serve para controlar as dúvidas do recorrente sobre a matéria de facto, mas antes o procedimento do tribunal quando teve dúvidas sobre a matéria de facto.

IV - A circunstância de o tribunal ter optado por como meio de prova credível, fundamental na formação da sua convicção, o depoimento do ofendido não é de censurar já que a fundamentação da sentença recorrida enuncia os elementos que constituem o núcleo essencial da sua imposição e

aceitabilidade face aos seus destinatários directos (os sujeitos processuais) e perante a comunidade, permitindo alcançar que ela não é fruto do arbítrio do julgador, de uma sua qualquer tendenciosa inclinação, mas sim de um processo sério assente em juízos de racionalidade, de lógica e de experiência sobre o material probatório de que o tribunal pôde dispor, cumprindo, pois, a sua missão.

V - O artigo 147º CPP prevê o reconhecimento pessoal fundado apenas e só na percepção visual dado que se o arguido tem o direito de não falar o reconhecimento da voz poderá violar o seu direito ao silêncio.

VI - A prática judiciária frequente de perguntar às vítimas ou a quem presenciou (testemunhas, assistentes ou lesados) os factos que estão a ser objecto de julgamento se, ainda, se recordam e se são capazes de reconhecer a pessoa ou pessoas que os praticaram, respondendo o inquirido em função do que, na altura, é capaz de recordar não pode hoje ser considerada um reconhecimento atípico ou informal me face da determinação do nº 7 do art. 147º CPP, introduzido pela Lei nº 48/2007, segundo o qual o reconhecimento que não obedecer ao disposto no artigo não tem valor como meio de prova.

VII - Essa situação deve circunscrever-se antes à esfera da prova testemunhal no âmbito da qual tem lugar integrando a descrição dos factos e a razão de ciência e na qual esgota a sua eficácia sem um valor probatório autónomo e separado.

Texto Integral

I - Relatório

No âmbito do processo comum que, sob o n.º 518/08.7 PLLSB, corre termos pelo 5.º Juízo Criminal da Comarca de Lisboa, E... S... foi submetido a julgamento, por tribunal singular, acusado pelo Ministério Público da prática, em co-autoria material, de um crime de roubo previsto e punível pelo artigo 210.º, n.º 1, do Código Penal.

Realizada a audiência, com documentação da prova nela oralmente produzida, por sentença de 09.06.2010 (fls. 119 a 131), foi o arguido condenado, pela prática de um crime de roubo simples, na pena de 3 anos de prisão.

Inconformado, veio o arguido interpor recurso da sentença condenatória para este Tribunal da Relação, com os fundamentos explanados na respectiva motivação, de que extraiu as seguintes conclusões (em transcrição):

“1 - Foi o recorrente condenado como autor de um crime de roubo, previsto e punível pelo art.º 210.º n.º 1 do C.P., na pena de 3 anos de prisão.

2 - Como concretos pontos de facto que o recorrente considera incorrectamente julgados, são os factos provados das alíneas a) a h) da douda sentença recorrida.

3 - A única prova produzida foi um reconhecimento presencial de arguido em audiência, sendo que este mostra-se nulo, por preterição do legal formalismo, uma vez que não foi efectuado de acordo com os requisitos obrigatórios do art.º 147.º n.º 2 do CPP.

5 - O doudo tribunal, na efectuação do mesmo reconhecimento em audiência, violou o art.º 147.º n.º 2 do CPP.

6 - O arguido em audiência usou do direito ao silêncio (douda sentença recorrida a fls. 5), direito esse constitucionalmente consagrado.

7 - É que, expurgado do processo a prova decorrente do reconhecimento presencial em audiência, outra não existiu que confirmasse que era o arguido o autor do crime de roubo de que vinha acusado.

8 - Pelo que a prova para a condenação do recorrente mostrava-se insuficiente, dada a nulidade do reconhecimento efectuado na audiência.

9 - Pelo que a instância violou, por erro interpretativo, o princípio da presunção de inocência e “in dubio pro reo”.

Pretende, deste modo, o recorrente que, no provimento do recurso, se declare a apontada nulidade e seja absolvido.

*

Na 1.ª instância, o digno Magistrado do Ministério Público apresentou resposta, que concluiu nos seguintes termos (em transcrição):

1. “Se o arguido considera incorrectamente julgados os factos provados das alíneas a) a h) da sentença recorrida, deveria ter feito as especificações impostas pelo nº 3 do art. 412º do Código de Processo Penal, uma vez que tal não foi feito tendo-se o arguido limitado a declarar impugnados os factos provados com relevo para a decisão e ignorando os requisitos legais cumulativos do recurso sobre matéria de facto, o Ministério Público apenas reitera com o devido louvor a motivação da decisão da matéria de facto e exame crítico das provas que consta da sentença recorrida, considerando todos os factos da sentença correctamente provados.

2. No caso em apreço existiu reconhecimento sim, mas a fls. 43, o que aliás inviabilizaria demais reconhecimentos nos autos, precedido do reconhecimento fotográfico de fls. 3 e ss. Em audiência a vítima apenas se limitou a dizer que o arguido era aquele, não se tendo verificado qualquer “reconhecimento”. Tal é aliás livremente valorado pelo Tribunal nos termos do disposto no art. 127º do Código de Processo Penal.

3. Se o arguido vislumbrasse qualquer irregularidade na produção deste meio de prova, deveria tê-la arguido em audiência nos termos do nº 1 do art. 123º do Código de Processo Penal, o que não fez, encontrando-se pois qualquer irregularidade sanada.

4. Quanto ao silêncio do arguido da mera leitura da sentença resulta que não foi valorado.

5. A presunção de inocência, identificada por muitos autores como o princípio *in dubio pro reo*, como ensina o Mestre citado a páginas 73 do Tomo I da sua obra, tem aplicação quando permanece a dúvida final, no caso em apreço o que se verifica é a certeza da culpa, não havendo lugar para a aplicação deste princípio”.

Entende, por isso, que deve ser negado provimento ao recurso.

*

Nesta instância, a Ex.ma Procuradora-Geral Adjunta emitiu douto parecer em que secunda a argumentação da resposta elaborada pelo Magistrado do Ministério Público na 1.ª instância, acrescentando que o tribunal recorrido fez uma correcta valoração da prova produzida em audiência, nomeadamente do depoimento do ofendido e do reconhecimento por ele efectuado na fase de investigação.

Manifesta, ainda, a sua concordância em relação à pena aplicada, que se mostra adequada e proporcional, pelo que entende que o recurso deve improceder.

*

Colhidos os vistos e realizada a conferência, cumpre decidir.

*

O recorrente impugna a decisão sobre a matéria de facto e fá-lo invocando erro de julgamento, já que, na sua perspectiva, a prova limitou-se ao seu reconhecimento pessoal feito em audiência, reconhecimento que, no entanto, é nulo por não terem sido observados os requisitos do artigo 147.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal.

Não questiona a correcção do enquadramento jurídico-penal dos factos provados.

Não põe em causa a medida da pena.

Por isso, definido pelas conclusões da motivação (cfr. artigos 412.º, n.º 1, e 417.º, n.º 3, do Cód. Proc. Penal e, entre outros, o acórdão do STJ de 27.05.2010, www.dgsi.pt/jstj), o objecto do recurso centra-se nas seguintes questões:

§ foram violados os princípios da presunção de inocência e do “*in dubio pro reo*”, por insuficiência da prova produzida?

§ a condenação do arguido baseou-se num reconhecimento pessoal que é nulo, porque efectuado sem observância dos requisitos legais?

II – Fundamentação

Para uma correcta decisão, não só das questões colocadas à apreciação deste tribunal pelos recorrentes, mas também de outras que, como veremos, são de conhecimento oficioso, é fundamental conhecer a factualidade em que assentam as condenações proferidas, pelo que aqui se reproduzem (ipsis verbis) os factos que o tribunal recorrido deu como provados e não provados:

Factos provados

- a) No dia 11 de Julho de 2008, entre as 19h20m e as 19h40m, na Rua M..., n.º 24, em Lisboa, o ofendido A... V... foi abordado pelo arguido e dois indivíduos de etnia africana cuja identidade se desconhece.
- b) O arguido e os dois indivíduos acima referidos rodearam o ofendido A... V..., tendo dois deles, cuja identidade se desconhece, agarrado aquele pelas costas.
- c) Em simultâneo, o arguido E... S..., abordou o ofendido pela frente e encostou-lhe uma mão com força à boca, danificando-lhe os óculos que trajava, e com a outra mão arrancou-lhe de forma violenta o fio em ouro que aquele trazia ao pescoço.
- d) Enquanto isso, um dos outros indivíduos não identificados arrancou com uma das mãos a pulseira em ouro que o ofendido trazia no braço.
- e) De seguida, o arguido e os dois indivíduos cuja identidade se desconhece colocaram-se em fuga para parte incerta.
- f) Os referidos objectos em ouro perfazem o valor de € 400,00.
- g) O arguido, embora soubesse que os objectos não eram seus e que agia contra a vontade do respectivo proprietário, quis apoderar-se dos mesmos e integrá-los no seu património, ainda que, para os conservar, tivesse de usar, como usou, de violência contra o proprietário dos referidos objectos em ouro.
- h) O arguido agiu de forma livre, deliberada e consciente.
- i) O arguido foi condenado pela prática, a 28.06.2004, de um crime de roubo na forma tentada, na pena de 1 ano de prisão, suspensa por 2 anos, por decisão transitada em julgado no dia 04.09.2006; pena esta extinta pelo decurso do período de suspensão; pela prática, no dia 06.02.2008, de um crime de roubo, na pena de 1 ano e 3 meses de prisão, por decisão transitada em julgado no dia 26.06.2009; pela prática, no ano de 2008, de um crime de roubo na forma tentada, na pena de 5 anos e 6 meses de prisão, por decisão transitada em julgado no dia 10.01.2010.
- j) O processo de socialização do arguido decorreu num contexto socioeconómico desfavorecido, habitando em bairros com problemáticas

sociais identificadas ao nível da marginalidade, ausência do progenitor por motivos profissionais e doença prolongada da progenitora, que acabou por falecer, há cerca de três anos, de tuberculose, circunstâncias que favoreceram o início de comportamentos desviantes através do convívio com o grupo de pares da zona de residência.

k) No plano económico, encontravam-se satisfeitas as necessidades básicas, embora com dificuldades, uma vez que era só a actividade profissional do progenitor, trabalhador na construção civil, que contribuía para as despesas do agregado.

l) Ao nível da dinâmica relacional intra-familiar, a situação apresentava-se estável no relacionamento entre os progenitores, mas conflituosa com o pai, em virtude do incumprimento das regras e ausência de hábitos de trabalho, por parte dos filhos.

m) Frequentou a escola até ao 7.º ano de escolaridade, que não completou, por abandono.

n) Em termos profissionais, exerceu alguns trabalhos, sem regularidade e sem vínculo, na área da construção civil, não apresentando hábitos de trabalho, sendo despedido de um local de trabalho em virtude absentismo.

o) Foi expulso do lar familiar pelo pai, passando a pernoitar em casa de um primo, e continuando a frequentar, acompanhado de amigos, a casa do progenitor, sem a sua autorização.

p) Mantém um relacionamento afectivo com uma companheira de 17 anos, internada numa instituição de mães solteiras, de quem teve um filho em Abril de 2009.

q) Antes da sua reclusão, encontrava-se totalmente desocupado, acompanhando grupos de pares com comportamentos desviantes da zona da sua residência, frequentando Raves/discotecas e apresentando consumos de haxixe e álcool.

r) Em termos pessoais, o arguido apresenta uma postura imatura, com fraco sentido de responsabilidade, influenciável e totalmente permeável ao agrupamento de pares, com incapacidade em perspectivar um projecto de vida organizado e sem motivação para nele investir.

s) Em liberdade, pretende reintegrar o agregado familiar do progenitor, que tem uma situação económica precária uma vez que se encontra desempregado e contraiu recentemente segundo matrimónio, cuja receptividade para o receber se encontra condicionada ao desenvolvimento pelo arguido de uma actividade profissional, para a qual não tem projecto consistente.

t) Cumpriu uma medida de internamento em Centro Educativo de três fins-de-semana no âmbito da Lei Tutelar Educativa.

u) Encontra-se preso no Estabelecimento Prisional de Lisboa a cumprir uma

pena de 1 ano e 3 meses de prisão, no decurso da qual já foi sujeito a duas sanções disciplinares.

v) Não demonstra consciência da sua situação jurídica e das consequências que daí possam advir, desvalorizando-as.

w) Enquadra os seus comportamentos no âmbito da conveniência com o seu grupo de pares, revelando ambivalência ou reduzida consciência crítica face aos mesmos.

x) Recebe regularmente visitas da namorada e pontualmente do progenitor.

Factos não provados

Não se provou que o arguido tenha arrancado uma pulseira de ouro do braço do ofendido.

A) A alegada violação dos princípios da presunção de inocência e do “in dubio pro reo”.

Entre o princípio da livre apreciação da prova e o princípio basilar da presunção de inocência, de que o “in dubio pro reo” é uma das suas várias dimensões, existe uma estreita conexão.

O princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental num Estado de Direito democrático, cuja função é, sobretudo (mas não só), a de reger a valoração da prova pela autoridade judiciária, ou seja, o processo de formação da convicção com base nos meios de prova^{[1] [2]}.

Como bem faz notar Cristina Líbano Monteiro (“Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio Pro Reo”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997, pág. 53), o princípio da livre apreciação da prova, entendido como esforço para alcançar a verdade material, encontra no “in dubio pro reo” o seu limite normativo e “livre convicção e dúvida que impede a sua formação são face e contra-face de uma mesma intenção: a de imprimir à prova a marca de razoabilidade ou da racionalidade objectiva”^[3].

O princípio do “in dubio pro reo” não é mais que uma regra de decisão: produzida a prova e efectuada a sua valoração, quando o resultado do processo probatório seja uma dúvida, uma dúvida razoável e insuperável sobre a realidade dos factos^[4], ou seja, subsistindo no espírito do julgador uma dúvida positiva e invencível sobre a verificação, ou não, de determinado facto, o juiz deve decidir a favor do arguido, dando como não provado o facto que lhe é desfavorável.

Um non liquet sobre um facto da acusação recai materialmente sobre o

Ministério Público, enquanto titular da acção penal, pois que sobre o arguido não impende qualquer dever de colaboração na descoberta da verdade^[5].

Assim, um primeiro aspecto cumpre realçar: o *in dubio pro reo* só vale para dúvidas insanáveis sobre a verificação ou não de factos (objectivos ou subjectivos) relevantes, quer para a determinação da responsabilidade do arguido, quer para a graduação da sua culpa.

O segundo aspecto a assinalar é o de que não é qualquer dúvida que há-de levar o tribunal a decidir “pro reo”. Tem de ser uma dúvida razoável, que impeça a convicção do tribunal.

Não é razoável, porque meramente subjectiva, a dúvida que brota como efeito de uma consciência indefinidamente hesitante ou exasperadamente escrupulosa, ou até de um deficiente estudo do material probatório.

O terceiro ponto que se nos afigura curial aqui pôr em relevo é o seguinte: não se trata aqui de “dúvidas” que o recorrente entende que o tribunal recorrido não teve e devia ter tido, pois o “in dubio” não se aplica quando o tribunal não tem dúvidas. Ou seja, o princípio “in dubio pro reo” não serve para controlar as dúvidas do recorrente sobre a matéria de facto, mas antes o procedimento do tribunal quando teve dúvidas sobre a matéria de facto.

Inexistindo dúvida razoável na formulação do juízo factual que conduziu à decisão condenatória, e não tendo esse juízo factual por fundamento uma inversão do ónus da prova^[6] (inversão constitucionalmente proibida por força da presunção de inocência), antes resultando do exame e discussão livre das provas produzidas e examinadas em audiência, como impõe o artigo 355.º, n.º 1, do Cód. Proc. Penal, subordinadas ao princípio do contraditório (art.º 32.º, n.º 1, da Constituição da República), fica afastado o princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência (acórdão do STJ de 27.05.2010, www.dgsi.pt/jstj).

Por último, tal como acontece com os vícios da sentença a que alude o n.º 2 do art.º 410.º do Cód. Proc. Penal, a eventual violação do princípio em causa deve resultar, claramente, do texto da decisão recorrida, ou seja, quando se puder constatar que o tribunal decidiu contra o arguido apesar de tal decisão não ter suporte probatório bastante, o que há-de decorrer, inequivocamente, da motivação da convicção do tribunal explanada naquele texto^[7].

Como se pode constatar pela leitura da respectiva motivação, o tribunal a quo baseou a sua decisão no depoimento da testemunha, que é o ofendido, A... V..., *“cujas declarações, claríssimas, serenas, objectivas e espontâneas esclareceram integralmente o Tribunal relativamente à dinâmica dos acontecimentos, à identidade do arguido como um dos intervenientes (...) aos factos concretamente praticados pelo arguido, e ainda no que respeita aos*

objectos subtraídos e respectivo valor”.

Importa frisar que não foi por considerar chocante que o arguido pudesse beneficiar do facto de ter exercido o seu direito ao silêncio que o tribunal deu como provados os factos descritos na acusação, mas sim porque considerou o depoimento do ofendido, *“pelas suas características (...) acima explanadas”* merecedor de todo o crédito e por isso *“... mais que suficientes para convencer o Tribunal”*.

Como resulta da sentença recorrida, em particular dos trechos da fundamentação que se transcreveram, o tribunal não teve quaisquer dúvidas quanto à decisão sobre a matéria de facto e expôs, de forma cristalina e perfeitamente perceptível para quem a leia, as razões da sua firme convicção. Percebe-se que o recorrente entende que, face à prova produzida, e sobretudo porque considera que foi efectuado um reconhecimento pessoal que diz ser nulo, o tribunal devia ter ficado, pelo menos, com dúvidas e dado como não provados os factos descritos sob as alíneas a) a h) da sentença, atento o aludido princípio *in dubio pro reo*, que considera ter sido violado.

No entanto, as dúvidas e a opinião do recorrente, por muito respeitáveis que sejam, e realmente são, para o que aqui importa, são irrelevantes.

Como resulta bem claro do texto da sentença recorrida, o tribunal não teve quaisquer dúvidas de que os factos aconteceram exactamente como o ofendido os narrou, nomeadamente a actuação conjunta e concertada do arguido e de mais dois indivíduos de etnia africana, não identificados, e explicou como adquiriu essa convicção: foi porque a testemunha revelou recordar-se perfeitamente da situação em causa, porque depôs de forma clara, coerente e consistente e confirmou, sem qualquer hesitação, os factos vertidos na acusação.

Nada há a censurar no processo lógico e racional que subjaz à formação dessa convicção.

O recorrente parece confundir aquilo que não deve ser confundido: a questão da convicção (e o grau exigível para ser tomada uma determinada decisão) e a suficiência da fundamentação dessa convicção.

Neste caso, foi sólida a convicção do tribunal, não o assaltou a dúvida quanto à actuação do recorrente e dos seus comparsas.

Vejamos se pode considerar-se suficiente a fundamentação.

No nosso ordenamento jurídico, e particularmente no processo penal, não existe prova tarifada (portanto, não há regras de valoração probatória que vinculem o julgador), pelo que, por regra, qualquer meio de prova deve ser analisado e valorado de acordo com o princípio da livre convicção do julgador. Por isso que o juiz é livre de relevar, ou não, elementos de prova que sejam submetidos à sua apreciação e valoração: pode dar crédito às declarações do

arguido ou do ofendido/lesado em detrimento dos depoimentos (mesmo que em sentido contrário) de uma ou várias testemunhas; pode mesmo absolver um arguido que confessa, integralmente, os factos que consubstanciam o crime de que é acusado (v.g. por suspeitar da veracidade ou do carácter livre da confissão); pode desvalorizar os depoimentos de várias testemunhas e considerar decisivo na formação da sua convicção o depoimento de uma só [\[8\]](#). O que se impõe é que explique e fundamente a sua decisão, pois só assim é possível saber se fez a apreciação da prova segundo as regras do entendimento correcto e normal, isto é, de harmonia com as regras comuns da lógica, da razão e da experiência acumulada.

É óbvio que num crime de roubo o depoimento do(a) ofendido(a) é (não pode deixar de ser) essencial e a vítima dificilmente esquece a situação por que passou, porque, geralmente, é muito traumatizante.

O que pode acontecer, e sucede com frequência, é a vítima esquecer-se da fisionomia do(s) assaltante(s).

Por isso é que existem os reconhecimentos pessoais e o tribunal, ao contrário do que sustenta o recorrente, podia ter tido em conta o auto de fls. 43-44, que formaliza a diligência em que o ofendido reconheceu, sem qualquer dúvida, o arguido como um dos seus assaltantes.

Da audição da gravação do seu depoimento percebe-se a razão por que o ofendido não hesitou em apontar o arguido: foi este quem o atacou pela frente, encostando uma das mãos na sua face e com ela fazendo pressão sobre a boca e, com a outra, arrancando-lhe, com um puxão, o fio em ouro que usava ao pescoço.

“Compreender a decisão, e a ela aderir, de eleição de um meio de prova como sendo mais credível do que outro, é precisamente o primeiro momento em que a *livre apreciação da prova* como processo objectivado e motivado se impõe» (Paulo Saragoça da Mata, “A livre apreciação da prova e a fundamentação da sentença”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 257).

O tribunal “a quo” elegeu como meio de prova credível, fundamental na formação da sua convicção, o depoimento do ofendido e nada há a censurar na opção efectuada, já que a fundamentação da sentença recorrida enuncia os elementos que constituem o núcleo essencial da sua imposição e aceitabilidade face aos seus destinatários directos (os sujeitos processuais) e perante a comunidade, permitindo alcançar que ela não é fruto do arbítrio do julgador, de uma sua qualquer tendenciosa inclinação, mas sim de um processo sério assente em juízos de racionalidade, de lógica e de experiência sobre o material probatório de que o tribunal pôde dispor, cumprindo, pois, a sua missão.

B) Valor do reconhecimento pessoal do arguido efectuado pelo ofendido.

Através do requerimento que constitui fls. 104-105 dos autos, o arguido/recorrente veio arguir a nulidade do acto de reconhecimento pessoal a que foi sujeito perante agentes da PSP com o fundamento previsto nos artigos 64.º, n.º 1, al.c), e 119.º, al. c), do Cód. Proc. Penal, ou seja, quando o arguido é menor de 21 anos, é obrigatória a assistência de defensor em todos os actos processuais, o que não aconteceu neste caso.

Por isso conclui que, “suprimida a prova que poderia advir do reconhecimento”, nenhuma outra resta que possa incriminá-lo e pede logo a sua absolvição, mesmo antes do julgamento.

O Ministério Público pronunciou-se nos termos que constam a fls. 111, concordando que o acto de reconhecimento era nulo, apenas discordando do arguido quanto às consequências da declaração de nulidade: só o acto viciado seria afectado.

Por esquecimento ou por qualquer outra razão que não se entende, a Sra. Juíza não se pronunciou sobre a arguição.

Certo é, porém, que, como já se referiu, não o teve em consideração na motivação da decisão sobre a matéria de facto.

Nos termos do art.º 61.º, n.º 1, al. f), do Cód. Proc. Penal, o arguido tem direito a ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar e essa assistência é obrigatória em qualquer acto processual quando, nomeadamente, o arguido for menor de 21 anos (art.º 64.º, n.º 1, al. c), do mesmo Código).

É de primeira evidência que, quando o legislador utiliza a expressão “menor de 21 anos” quer dizer indivíduo com menos de 21 anos.

Também não é legítima qualquer dúvida quanto ao facto de que o que conta é a idade no momento em que é praticado o acto processual, neste caso, o acto de reconhecimento pessoal.

De acordo com os elementos que constam dos autos, fornecidos pelo arguido, este nasceu a 11.04.1988.

O acto de reconhecimento pessoal foi realizado em 21.05.2009, pelo que, nessa data, tinha já completado 21 anos de idade. Eis porque não era obrigatória a assistência de defensor e, por conseguinte, o acto é perfeitamente válido.

Questão diversa é a que o recorrente vem agora suscitar na motivação do seu recurso.

Diz o recorrente que, também na audiência, se procedeu ao seu reconhecimento pessoal, sem que, no entanto, se respeitasse o disposto no n.º 2 do art.º 147.º do Cód. Proc. Penal, o que torna o acto nulo.

O art.º 147.º do Cód. Proc. Penal prevê o reconhecimento pessoal fundado na percepção visual^[9].

Como é sabido, constitui uma prática judiciária frequente perguntar às vítimas ou a quem presenciou (testemunhas, assistentes ou lesados) os factos que estão a ser objecto de julgamento se, ainda, se recordam e se são capazes de reconhecer a pessoa ou pessoas que os praticaram, respondendo o inquirido em função do que, na altura, é capaz de recordar.

Alguma doutrina qualifica tal prática como um reconhecimento atípico ou informal e discutia-se se poderia ser valorado como meio de prova (cfr. Alberto Medina de Seïça, “Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante” in “Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias”, 2003, 1390), tendo o Tribunal Constitucional (acórdão n.º 137/2001, www.tribunalconstitucional.pt/tc) chegado a pronunciar-se pela inconstitucionalidade do artigo 127.º do Cód. Proc. Penal, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147º do Código de Processo Penal”.

Esta questão ficou ultrapassada com a reforma do Código de Processo Penal operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que acrescentou ao art.º 147.º o actual n.º 7, determinando que “o reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer”.

Tendo ficado resolvida, por esta via, a questão do valor probatório dos designados reconhecimentos atípicos, mantém-se, no entanto, a questão de saber como qualificar aquela prática.

Concretamente, quando em audiência se pergunta a uma testemunha se reconhece na pessoa do arguido, ou se é capaz de identificar, de entre os vários arguidos que estão a responder num processo crime, aquele que a assaltou (ou mesmo quando a pessoa, espontaneamente, o aponta), estamos perante um acto de reconhecimento informal?

Temos para nós que a resposta não poderá deixar de ser a de que esta situação se circunscreve à esfera da prova testemunhal, pois “a identificação subjacente a um depoimento testemunhal esgota a sua eficácia – e a possibilidade de o juiz o valorar – no âmbito de um meio probatório não direccionado ao reconhecimento de uma pessoa e, assim, qualquer “individualização” ou “reconhecimento” – em sentido impróprio, diga-se – que aí se faça não pode deixar de ter como pressuposto uma situação de determinação subjectiva, e, por isso, só poderá ser valorada dentro da esfera probatória de onde emerge – a prova testemunhal – não lhe podendo ser

reconhecido um valor probatório autónomo e separado” (acórdão do TC n.º 425/2005, DR, II, de 11 de Outubro de 2005).

Queremos com isto dizer que, tendo identificado, espontaneamente, o arguido como um dos três indivíduos que o assaltaram, tirando-lhe um fio e uma pulseira em ouro, a testemunha e ofendido A... V... está a indicar a razão de ciência da imputação que faz àquele arguido e, portanto, “em causa não está (...) saber qual é a identidade da pessoa que corresponde à imagem que a testemunha sensorizou como sendo o autor dos factos que relata, mas sim a de saber se a subjectivação que faz relativamente ao arguido se revela capaz, dentro da apreciação crítica de todas as provas produzidas em julgamento, de fundar a convicção do tribunal” (citado acórdão do TC).

Não houve, pois, um reconhecimento pessoal, mas sim uma identificação da pessoa que foi o autor dos factos que ela, testemunha, relatou e foi como prova testemunhal que as suas declarações foram valoradas pelo tribunal. Improcede, pois, nesta parte, o recurso.

C) Erro notório na apreciação da prova

Doutrina e jurisprudência estão em total sintonia neste ponto: são de conhecimento officioso os vícios da decisão em matéria de facto (os vícios a que alude o n.º 2 do art.º 410.º do Cód. Proc. Penal), mesmo quando o recurso esteja limitado à matéria de direito (Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal”, 2.ª edição actualizada, Op. Cit., 1052; na jurisprudência, por mais recente, o acórdão do STJ de 09.06.2010, www.dgsi.pt/jstj).

Assim, se resultar do texto da sentença recorrida um erro notório na apreciação da prova o tribunal deve conhecer do vício.

Do art.º 410.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal decorre que se trata de um vício da decisão que, para se ter por verificado, exige que nele confluam os seguintes requisitos: a notoriedade do erro e que este resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência comum.

Notório é o erro indiscutível, facilmente perceptível pelo comum dos observadores, que é facilmente cognoscível pela generalidade das pessoas, de tal modo que não haja motivo para duvidar da sua ocorrência^[10].

Há erro notório “... quando se retira de um facto dado como provado uma conclusão logicamente inaceitável, quando se dá como provado algo que notoriamente está errado, que não podia ter acontecido, ou quando, usando um processo racional e lógico, se retira de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, arbitrária e contraditória, ou notoriamente violadora das regras da experiência comum, ou ainda quando determinado facto provado é

incompatível ou irremediavelmente contraditório com outro dado facto (positivo ou negativo) contido no texto da decisão recorrida” (acórdão do STJ de 04.10.2001 (CJ/AcSTJ, IX, T. III, 182) [\[11\]](#).

Na alínea i) da factualidade que o tribunal a quo considerou provada estão descritos os antecedentes criminais do arguido e, entre outras, aí consta a condenação *“pela prática no ano de 2008 de um crime de roubo na forma tentada, na pena de 5 anos e 6 meses de prisão, por decisão transitada em julgado no dia 10.01.2010”*.

Na motivação da decisão pode ler-se que a matéria dos antecedentes criminais do arguido baseou-se no certificado de registo criminal que consta dos autos, remetendo, pois, para o documento de fls. 96 a 100.

No entanto, é notório o erro, desde logo, porque a pena de 5 anos e 6 meses de prisão ultrapassa o limite máximo da moldura penal do crime de roubo na forma tentada.

Além disso, apesar das deficiências no seu preenchimento (situação em que o aconselhável é pedir certidão da sentença), o boletim n.º 4 (registo n.º 865322-C), a fls. 100, permite constatar que aquela pena é a pena única resultante da condenação pela prática de três crimes: um, de roubo simples, na forma tentada, e dois de roubo simples na forma consumada.

Nos termos do art.º 426.º, n.º 1, do Cód. Proc. Penal, os vícios da sentença referidos no n.º 2 do art.º 410.º determinam o reenvio do processo para novo julgamento, mas apenas se, tendo em conta os elementos disponíveis, o tribunal de recurso não puder decidir da causa.

Ora, como já se evidenciou, é possível sanar o aludido vício com base no certificado de registo criminal que consta dos autos, não se mostrando necessário o reenvio.

D) Determinação da pena e (não) suspensão da sua execução

Como se refere na sentença recorrida, na operação de escolha e determinação concreta da pena, a primeira tarefa do juiz é determinar a moldura penal (ou medida legal da pena) cabida aos factos provados.

Na determinação dessa medida legal da pena, deve o juiz verificar se ocorre alguma circunstância capaz de alterar (elevando ou baixando) os respectivos limites mínimo e máximo da(s) pena(s) do(s) crime(s) que se apurou ter(em) sido cometido(s) no caso concreto.

Susceptível de fazer baixar essa moldura penal é a idade do agente do crime punível com pena de prisão, pois que, como determina o artigo 4.º do citado Dec. Lei n.º 401/82, “deve o juiz atenuar especialmente a pena nos termos dos

artigos 73.º e 74.º do Código Penal^[12], quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado”.

Ultimamente, o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido, uniformemente, que a aplicação do regime instituído pelo referido diploma legal não é uma faculdade de que o juiz pode, ou não, usar, mas antes um poder-dever, isto é, um poder vinculado.

Por isso, verificado o respectivo pressuposto formal (ter o arguido idade inferior a 21 anos à data da prática dos factos), o juiz terá de fundamentar especificamente, quer a decisão de atenuar especialmente a pena, quer a decisão de excluir a atenuação (cfr. acórdão do STJ de 04.11.2009, Relator: Cons. Santos Cabral, www.dgsi.pt/jstj).

Tal exigência só fica satisfeita se e quando o tribunal, analisando e ponderando todo o acervo factual apurado, incluindo os factos que respeitam à personalidade do arguido e às suas condições pessoais, esteja em condições de concluir se há ou não razões sérias para se afirmar que da atenuação resultarão vantagens para a reinserção social do jovem delinquente^[13].

A este propósito, diz-se na sentença recorrida “...que se apresenta ao Tribunal como absolutamente inadequada a aplicação do regime para jovens (...) pois que a atenuação especial da pena resultante da aplicação deste regime só pode e deve ser aplicada quando o tribunal tiver sérias razões para crer que desta resultem vantagens para a reinserção social do condenado (...), bem como quando não colida com a adequada defesa da comunidade e a prevenção da criminalidade, o que não corresponde claramente ao caso dos autos, seja pelas características da infracção, seja pelas condições pessoais, profissionais e percurso criminoso do arguido”.

Embora pudesse ser mais concretizada e mais desenvolvida, pode considerar-se minimamente satisfeita a exigência de justificação da decisão de excluir a atenuação especial por aplicação do regime contido no Dec. Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro.

Ainda em sede de determinação da moldura penal cabida ao crime de roubo cometido pelo arguido, não podemos deixar de referir que, diversamente do que é dito na sentença, a circunstância de o Ministério Público ter requerido o julgamento do arguido perante tribunal singular não faz (nem poderia fazer) com que o limite máximo da moldura penal passe a ser de 5 anos de prisão. O que acontece é que, nesta situação, o tribunal singular não pode condenar o arguido numa pena cuja medida seja superior a 5 anos de prisão. No entanto, embora isso seja altamente improvável, nada obsta a que chegue à conclusão de que a pena adequada ao caso será uma pena superior a 5 anos. Nesse caso, terá de se declarar incompetente.

Apesar da “redução” do limite máximo da moldura penal a que o tribunal procedeu, a pena concretamente fixada mostra-se adequada às exigências de prevenção (geral e especial) e foram respeitados os demais critérios de determinação da pena.

O tribunal decidiu condenar o arguido na pena de 3 anos de prisão, o que significa que, face ao disposto no art.º 50.º, n.º 1, do Cód. Penal, está verificado o pressuposto formal da aplicação de uma pena de substituição: a suspensão da execução da pena ^[14].

Tal como sucede em relação à atenuação especial da pena resultante da aplicação do regime instituído pelo Dec. Lei n.º 401/82, pode considerar-se uniforme a jurisprudência no sentido de que a suspensão da execução da pena não é uma faculdade de que o juiz pode, ou não, usar, mas antes um poder-dever, isto é, um poder vinculado. Por isso que a decisão do tribunal, qualquer que ela seja, exige uma fundamentação específica, devendo explicitar as razões do juízo de prognose (positivo ou negativo) que formule quanto ao comportamento futuro do condenado (cfr., entre outros, os acórdãos do STJ, de 20.02.2003, CJ/Acs STJ, 2003, T. I, 206, e de 11.02.2010, www.dgsi.pt/jstj, e o acórdão do TRL de 27.01.2010, www.dgsi.pt/jtrl; jurisprudência que acolhe a doutrina de Figueiredo Dias, “Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime”, 1993, p. 341-342).

A sentença recorrida é completamente omissa quanto a uma eventual suspensão da execução da pena de prisão cominada ao arguido/recorrente. É certo que, ao negar a atenuação especial da pena ao abrigo do disposto no art.º 4.º do Dec. Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, implicitamente, formulou um juízo de prognose negativo quanto à conduta futura do arguido, mas exige-se muito mais que isso. Exige-se que o tribunal perspetive a possibilidade de suspensão da execução e fundamente especificamente a decisão que tomar. A falta de pronúncia expressa constitui uma nulidade que é de conhecimento oficioso, nos termos do art.º 379.º, n.ºs 1, al. c), e 2, do Cód. Proc. Penal (cfr. acórdão do STJ 2008.02.20, www.dgsi.pt/jstj) e só o tribunal recorrido pode suprir essa nulidade, pois se fosse o Tribunal da Relação a fazê-lo estaria a eliminar um grau de jurisdição.

III – Decisão

Em face do exposto, acordam os juízes desta 5.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa em negar provimento ao presente recurso, mas também em anular a sentença recorrida, que deverá ser substituída por outra em que o tribunal a quo se pronuncie, expressa e fundamentadamente, sobre uma eventual suspensão da execução da pena de prisão cominada e tenha, ainda,

em consideração a alteração da matéria de facto sobre os antecedentes criminais do arguido, nos termos supra mencionados.

O recorrente pagará taxa de justiça que se fixa em 4 (quatro) UC (artigos 513.º, n.º 1, e 514.º, n.º 1, do Cód. Proc. Penal e 87.º, n.º 1, al. b), do Código das Custas Judiciais).

(Processado e revisto pelo primeiro signatário, que rubrica as restantes folhas).

Lisboa, 14 de Dezembro de 2010

Neto de Moura

Alda Tomé Casimiro

[1] Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira (“Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4.ª edição revista, 519), “o princípio da presunção de inocência surge articulado com o tradicional princípio *in dubio pro reo*. Além de ser uma garantia subjectiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.

[2] Sobre as repercussões extra-processuais do princípio, cfr. o estudo de José Souto Moura, “A questão da presunção de inocência do arguido”, Rev. do Ministério Público n.º 42, 31 e segs. [3] Assim, também, o acórdão do STJ de 11.07.2007 (www.dgsi.pt), onde se pode ler: “o princípio *in dubio pro reo* representa a outra face do princípio da livre apreciação da prova; configura um limite normativo a este princípio ante uma dúvida positiva e racional que impeça um juízo de certeza condenatória – o qual não exclui a possibilidade de as coisas se passarem num dado sentido, mas não afasta a consistente hipótese do contrário –, ou seja, se a prova é insuficiente ou contraditória vale o princípio *in dubio pro reo*.”

[4] Importa, no entanto, aqui fazer notar que esta não é a única perspectiva do princípio e do seu âmbito de aplicação. Por exemplo, o entendimento do Professor Figueiredo Dias (“Direito Processual Penal”, vol. I, 217) é o de que o *in dubio pro reo* se assume como um princípio geral de processo penal, não circunscrito a matéria de facto, antes podendo a sua violação conformar também uma verdadeira questão de direito que cabe dentro dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça. É esta, também, a posição defendida por Paulo Pinto de Albuquerque (“Comentário do Código de Processo Penal”,

2.^a edição actualizada, 1102) que considera não constituir o vício de erro notório na apreciação da prova a violação do princípio in dubio pro reo. Porém, o STJ tem rejeitado a possibilidade de invocar o princípio em sede de interpretação ou de subsunção legal dos factos.

Sendo entendido na perspectiva de que respeita a matéria de prova, a sua eventual violação será insindicável pelo STJ, a não ser que o vício decorra, de forma evidente, da decisão recorrida (nomeadamente da fundamentação da decisão de facto).

[5] Mas, se não tem qualquer dever de dizer a verdade, ao contrário do que recorrentemente se propala, também não tem o direito de mentir. Se o arguido não quer contar (toda ou parte da) a verdade, deve remeter-se ao silêncio (assim, o acórdão do TC n.º 172/92, www.tribunalconstitucional.pt).

[6] Embora, em bom rigor, não se possa falar em ónus da prova em processo penal.

[7] Neste sentido, o acórdão do STJ de 29.05.2008 (Relator: Cons. Rodrigues da Costa), www.dgsi.pt/jstj.

[8] Como se escreveu no acórdão do STJ de 11.07.2007 (www.dgsi.pt/jstj), a prova produzida mede-se pelo seu peso e não pelo seu número.

[9] Importa recordar que o arguido tem o direito de não falar (a não ser para responder às perguntas sobre a sua identidade e antecedentes criminais) e o reconhecimento da voz poderá violar o seu direito ao silêncio.

[10] Há nesta definição uma aproximação ao conceito de factos notórios do processo civil (cfr. art.º 514.º do Cód. Proc. Civil), que não nos parece descabida. Assim também, o acórdão do STJ de 06.04.1994, CJ XIX, T. II, 185).

[11] Para uma exaustiva delimitação (negativa e positiva) do erro notório na apreciação da prova, Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal”, 2.^a edição actualizada, 1102-1103.

[12] A remissão é, necessariamente, para os artigos 73.º e 74.º do Código Penal na sua versão originária, pois agora a “cláusula geral de atenuação especial da pena” está no artigo 72.º daquele Código.

[13] Estando o juiz obrigado a considerar a aplicação, em cada caso concreto, do regime instituído pelo Dec. Lei n.º 401/82, se o não fizer, estaremos confrontados com uma nulidade por omissão de pronúncia, de conhecimento oficioso nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2 do CPP, ou, em caso de não cumprimento do dever de fundamentação, perante a nulidade prevista na alínea a) do n.º 1 daquele mesmo artigo.

Sobre este ponto, designadamente para saber como era tratada esta questão ao nível do Supremo Tribunal de Justiça antes da reforma de 1998 do Cód.

Proc. Penal, veja-se o acórdão deste supremo tribunal de 02.06.2010, localizável em www.dgsi.pt/jstj, e a vasta jurisprudência nele recenseada.

[14] As penas de substituição (cujo fundamento, histórico e teleológico, radica no movimento político-criminal de reacção contra a aplicação de penas privativas de liberdade, sobretudo de penas curtas de prisão), além da suspensão da execução da pena de prisão (simples ou com regime de prova), são a prestação de trabalho a favor da comunidade (art.º 58.º do Cód. Penal), a prisão por dias livres (art.º 45.º) e a admoestação (art.º 60.º).

Como é fácil constatar pelo regime de cada uma destas penas substitutivas, uma vez que ao arguido foi cominada a pena de 3 anos de prisão, só em relação à suspensão da execução da pena se verifica o respectivo pressuposto formal e, portanto, está afastada a possibilidade de substituição por qualquer outra.