



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TRIBUNAL SUPREMO

Proc. nº 08/2023

Recurso Penal

Recorrentes: Januário Alberto Machava e outros

Recorrido: Tribunal Judicial da Cidade de Maputo

Relator: António Paulo Namburete

Sumário

1. O conceito de arma proibida está contido no artigo 358 do CP, aplicável aos tipos legais de crimes em que a arma seja empregue para a perpetração do crime;
2. Diversamente, o âmbito conceitual de arma, definido no nº 5 do artigo 402 do CP, deve ter-se por aplicável somente no contexto do crime de reunião armada e não também no do furto ou roubo;
3. Não são consideradas armas proibidas os instrumentos tais como, martelo, chaves francesas, alicate de corte e folhas de corte, com que o agente tenha sido surpreendido para o cometimento do crime de furto ou roubo, por não estarem cobertos pelo conceito de arma (branca), não terem sido fabricados para essa finalidade, e ainda por que não provocam medo ou intimidação nas pessoas quando o agente os detenha, por qualquer motivo;
4. No *iter criminis* há que distinguir os actos preparatórios, a tentativa e a consumação ou crime consumado;
5. A lei define actos preparatórios no artigo 17, como os actos externos conducentes a facilitar ou a preparar a execução do crime que não constituem ainda começo de execução;
6. Os actos preparatórios não são em princípio puníveis, salvo se qualquer deles for previsto como crime autónomo;
7. O actos de execução não tem uma definição na lei devendo procurar-se a definição na doutrina. Assim, ora são definidos como aqueles que correspondem a descrição do facto típico, que cabem na descrição que a lei faz da conduta criminosa, ora como sendo aqueles que preenchem um elemento constitutivo de crime, idóneos a causar o resultado típico, ou ainda os que segundo a experiência comum e salvo um

caso imprevisível, sejam de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos idóneos a produzir o resultado típico, ou que preencham um elemento típico;

8. Há tentativa nos termos do artigo 14 do CP quando se verificam cumulativamente os seguintes requisitos: a) intenção do agente; b) execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado; c) ter sido suspensa a execução por circunstâncias independentes da vontade do agente, excepto nos casos previstos no artigo 16; d) ser o crime consumado punível com pena maior, salvo os casos especiais em que, sendo aplicável pena correcional ao crime consumado, a lei expressamente declarar punível a tentativa desse crime;
9. Se no iter criminis se constar que os arguidos dirigiram-se ao local da perpetração do crime numa viatura organizada e disponibilizada para o efeito e munidos dos instrumentos descritos nos autos com os quais pretendiam arrombar as portas e abrir as fechaduras; chegados ao local introduziram-se no interior do recinto do pátio de viaturas da empresa ofendida que dá acesso ao armazém onde se encontravam depositados os calcados que pretendiam furtar, e só não lograram a concretização do seu desígnio criminoso por, entretanto, terem sido surpreendidos e detidos pelos agentes da autoridade policial, cometaram a tentativa de roubo nos termos da conjugação dos artigos conjugação da alínea b) do artigo 283, 14, 131 e 130 alínea a) todos do CP.

ACÓRDÃO

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal Supremo

I- Relatório

No Tribunal Judicial do Distrito Municipal Kampfumo, mediante acusação do Ministério Público, foram julgados os arguidos **Esmeraldo Bernardo Joaquim, Januário Alberto Machava, Horácio Armando Ngove e Zeferino Zeferino Duarte Raposo**, todos com os demais elementos de identificação que lhes respeitam constantes dos autos, acusados da prática, em co-autoria moral e material e em concurso de infracções, dos crimes de armas proibidas p. e p. pelo artigo 358, uso e porte de gazuas ou outro artifício para abrir fechadura p. e p. pelo artigo 290; ambos do Código Penal (CP).

Findo o julgamento, o tribunal deu por provada a acusação do Ministério Público; considerou que os arguidos confessaram a sua intenção de furtar produtos no interior do armazém da ofendida, o que configura a prática do crime de furto qualificado na forma tentada p. e p. pela conjugação dos artigos 274, alíneas a), b) e c) conjugado com o disposto nos artigos 270 e 14; todos do CP. Todavia, tendo presente que o legislador consagrou no artigo 15 a punição dos actos autónomos, que no caso constituem a tentativa e começo de execução, nomeadamente o porte de armas proibidas e o seu uso para a prática de actos de execução do crime principal pretendido pelos agentes, resulta

inequívoca a existência de um concurso aparente entre o crime de furto qualificado na forma tentada em relação ao crime de armas proibidas p. e p. pelo corpo do artigo 358 e o crime de uso e porte de gazuas ou outro artifício para abrir fechaduras p. e p. pelo artigo 290, alínea a); ambos do CP, crimes estes praticados na sua forma consumada, razão pela qual deve ter-se em conta somente esta realidade para efeitos de punição dos arguidos.

Com base nos sobreditos argumentos, e tendo em atenção a regra do concurso aparente de infracções estabelecida na alínea b) do nº 1, do artigo 127 do CP, condenou cada um dos arguidos na pena de 8 anos e três meses de prisão maior e no máximo de imposto de justiça. Declarou ainda perdidos a favor do Estado as armas apreendidas na posse dos arguidos e a viatura em que se fizeram transportar para o local do crime, com o fundamento de que a mesma foi usada para facilitar o transporte das mercadorias que seriam subtraídas no decurso da sua incursão.

Não se tendo conformado com o assim decidido, os arguidos interpuseram recurso para a Secção de Recurso do Tribunal Judicial da Cidade de Maputo pedindo a revogação da sentença da primeira instância sob o pretexto de não ter considerado as circunstâncias atenuantes que militam a seu favor em violação das regras relativas à determinação da medida concreta da pena dentro dos limites mínimo e máximo, o que redundou na aplicação da pena de 8 anos de prisão maior, que consideram muito gravosa.

Subiram os autos ao Tribunal Judicial da Cidade de Maputo que, por acórdão de fls. 155 a 162, negou provimento ao recurso interposto pelos arguidos e confirmou inteiramente a decisão da primeira instância.

Irresignados, uma vez mais, com a decisão da instância de recuso, dela interpuseram recurso, desta feita, para este Tribunal Supremo, tendo na sua motivação rematado as suas alegações com o seguinte quadro conclusivo:

- a) Os arguidos não praticaram o crime pelo qual foram condenados de forma intencional;
- b) o tribunal da segunda instância fez errada apreciação da prova, decidindo pelo desatendimento do pedido de redução da pena. Ao decidir nestes termos, o tribunal omitiu uma formalidade que conduz à nulidade da sentença por influir no exame e decisão da causa nos termos do nº 1, do artigo 201º do Código de Processo Civil (CPC);
- c) o acórdão de que ora se recorre é nulo porquanto o Juiz Relator omitiu um acto ou formalidade que a lei prescreve (sobre a apreciação da prova), a omissão dessa formalidade, que influi na decisão da causa, determina a nulidade prevenida na alínea d) do nº 1 do artigo 668º do CPC.

Terminam pedindo a revogação do acórdão recorrido e provimento do recurso interposto.

Subidos os autos a esta instância, a Digníssima Procuradora Geral Adjunta e representante do Ministério Público, emitiu o seu proficiente parecer no qual diz conclusivamente o seguinte:

- a) O presente recurso foi interposto pelos arguidos com o argumento de que as instâncias não apreciaram a prova no que tange às circunstâncias que rodearam o crime, resultando assim que o tribunal recorrido fez errada apreciação da prova por eles apresentada, decidindo injusta e ilegalmente pelo desatendimento.
- b) Todavia, não se verifica erro na apreciação da prova e nem o vício da nulidade da sentença por falta de fundamentação, pois o acórdão recorrido está em conformidade com o comando do artigo 413 do CPP;
- c) Quanto à determinação da medida concreta da pena, verifica-se que as instâncias se apoiaram, para o efeito, no disposto no artigo 112 do CP, pelo que tendo em consideração as exigências de prevenção geral e especial, a pena de 8 anos aplicada aos arguidos mostra-se adequada e proporcional por se situar no mínimo da moldura penal abstracta aplicável ao crime.

A terminar, verta a opinião de que o recurso interposto pelos arguidos improcede, devendo, em consequência, manter-se a decisão recorrida.

O que tudo visto, cumpre apreciar e decidir

I- Fundamentação

1. Delimitação do objecto do recurso

O âmbito de recurso é dado pelas conclusões extraídas pelo recorrente da respectiva motivação.

São apenas as questões suscitadas pelo recorrente e sumariadas nas respectivas conclusões que o tribunal de recurso tem de apreciar, sem prejuízo das de conhecimento oficioso e, designadamente, as elencadas no nº 2 do artigo 465 do Código de Processo Penal (CPP).

No caso dos autos, os recorrentes não indicam, nas suas conclusões alegatórias, de forma clara, precisa e concisa a questão ou questões que pretendem ver reappreciadas no presente recurso, mas da análise microscópica de todo o acervo de argumentos que expendem em sustentação da sua pretensão, resulta que o principal fulcro da discordia com a decisão recorrida radica na medida da pena concretamente aplicada pelas instâncias.

Com efeito, os recorrentes entendem os que a pena de 8 anos que lhes foi imposta é demasiado severa, isto por que na sua determinação as instâncias não atenderam a todas as circunstâncias que depõem a seu favor.

Como se intui, a questão de direito que cumpre apreciar no presente recurso cifra-se em saber se, na determinação da medida concreta da pena as instâncias não observaram as regras e princípios cogentes legalmente aplicáveis de que terá resultado a imposição aos arguidos de uma pena mais gravosa.

Mas, antes, conveniente se mostra que passemos em revista, já de seguida, a factualidade material dada por provada.

2. Matéria de facto dada por provada

É a seguinte a matéria de facto assente e estabilizada pelas instâncias:

- a) Cerca das 20 horas e 30 minutos, do dia 11 do mês de Dezembro de 2019, os arguidos Esmeraldo Bernardo Joaquim, Januário Alberto Machava, Horácio Arnaldo Gove e Zeferino Zeferino Duarte, foram detidos em flagrante delito, após terem sido surpreendidos no recinto do parque de viaturas do armazém HUA FU, Group, Lda., sita na Avenida Samuel Magaia nº 690, nesta cidade de Maputo;
- b) na circunstância da sua detenção, os arguidos encontravam-se no pátio do referido armazém, após terem para ali se dirigido fazendo-se transportar numa viatura de marca Toyota, modelo Noah, com a chapa de inscrição AGI 314 MC, propriedade do co-arguido Januário Alberto Machava;
- c) os arguidos confessaram terem se dirigido àquele local com o propósito claro de se introduzirem ilicitamente no interior daquele armazém a fim de subtraírem calçados, que sabiam serem ali depositados;
- d) com efeito, ao se fazerem ao local, os arguidos portavam consigo várias armas brancas, nomeadamente um martelo, chaves francesas, alicate de corte e folha de corte, instrumentos estes de que se serviriam para proceder ao arrombamento das portas de acesso e corte das grades de protecção e as chapas metálicas de cobertura do armazém, de modo a permitir a sua entrada no interior daquele armazém;
- e) os arguidos agiram em conluio de ideias e esforços, executando um plano criminoso previamente engendrado pelo co-arguido Horácio Armando Gove, que por sinal trabalhara naquele armazém até 2019, altura em que foi vendida a empresa ofendida dos autos;
- f) os arguidos foram unâimes ao confessarem que o plano cuja execução levavam a cabo em conluio de esforços entre si, fora concebido e concertado algumas horas

antes da ocorrência dos factos, altura em que ofereceram boleia ao co-arguido Horácio afim de junto daquele rumarem com destino ao seu bairro de residência tendo sido nesse momento em que aquele abordara os demais proondo-lhes realizarem um roubo naquele local pertencente à empresa ofendida dos autos;

- g) os arguidos só não lograram alcançar os seus intentos criminógenos, em virtude de a sua acção ter sido percebida e dada a conhecer às autoridades policiais por meio de uma denúncia anónima que levou a que agentes da PRM acorressem ao local e detivessem os arguidos e apreendessem os instrumentos encontrados em sua posse;
- h) os arguidos confessaram a prática dos factos, esclarecendo o seu grau de participação na prática do crime;
- i) os arguidos agiram de forma deliberada, livre e conscientemente, pois sabiam que as suas condutas não eram permitidas por lei.

3- Apreciação

É, pois, com base na descrita factualidade material dada por provada nos autos que se terá de decidir, se as instâncias afrontaram a norma do artigo 110 do CP, que fixa os critérios legais de determinação da medida concreta da pena, o que ditou o agravamento da pena imposta aos ora recorrentes.

Mas antes disso, afigura-se-nos curial enfrentar uma outra questão, necessariamente prévia à determinação da medida concreta da pena, que consiste em aferir da conformidade legal do enquadramento jurídico dos factos dados por provados pelas instâncias, ou seja, se fizeram correcta aplicação do direito aos factos materiais dados por assentes.

Assim, e seguindo nesta linha, começemos por atentar na sentença do tribunal *a quo*, no que particularmente releva para a apreciação da questão posta, em que a dado passo se consigna o seguinte, e passamos a transcrever:

“ Importa referir que não obstante os arguidos terem confessado a sua intenção de furtarem aqueles produtos do interior do armazém da ofendida dos autos, o que certamente seria susceptível de materializar, em princípio, a prática de um crime de furto qualificado previsto e punido pela conjugação dos artigos 274, alínea a), b) e c) e conjugado com o disposto nos artigos 270 e 14, do Código Penal, na sua forma tentada, no caso em apreço mostra-se irrelevante, para efeitos de punição, atento que o próprio legislador penal consagrou, no artigo 15 do CP, a punição dos actos autónomos que no caso constituem a tentativa e começo de execução, como seja o porte de armas proibidas e o seu uso para acto de execução do crime principal pretendido pelos arguidos, visto ter

ficado provado que ao se fazerem àquele local portando as acimas indicadas armas, a única intenção que os movia era a de se introduzirem ilicitamente no interior daquele armazém e de lá subtraírem calçados integrando-os no seu património, a fim de posteriormente procederem a sua venda e beneficiarem-se do produto do crime.

Pelo exposto, resulta inequívoca a existência de um concurso aparente entre os crimes de furto qualificado, na forma tentada, em relação ao crime de armas proibidas p. e p. pelo corpo do artigo 358 e o crime de uso e porte de gazuas ou outro artifício para abrir fechaduras p. e p. pelo artigo 290, alínea a); ambos do CP, que se verifica na sua forma consumada, pelo que deveria ter-se em conta somente esta realidade para efeito de punição dos arguidos”.

Debruçando-nos agora sobre o acórdão proferido pela 2^ª Secção Criminal de Recurso do Tribunal da Cidade de Maputo, colhe-se que negou provimento ao recurso interposto pelos arguidos e confirmou *in toto* a sentença recorrida, quer quanto ao enquadramento jurídico dos factos, quer quanto à medida da pena aplicada.

Em suma: as instâncias admitem que o *iter criminis* percorrido pelos arguidos no caso em apreço consubstancia o tipo legal do crime de furto qualificado p. e p. pela conjugação dos artigos 274 e 270, na forma tentada, e por que aqueles consumaram factos constitutivos de ilícitos autónomos do aludido crime, a saber: o de porte de armas proibidas p. e p. pelo artigo 358 e o de porte e uso de gazuas e outros artifícios para abrir fechaduras p. e p. pelo artigo 290, em concurso aparente - que a lei pune autonomamente nos termos do artigo 15 do CP - decidiram então imputar-lhes tão só os aludidos crimes autónomos.

Resulta, assim, cristalino que as questões controvertidas aqui suscitadas pelos arrestos das instâncias reconduzem-se a saber, primeiro, se os instrumentos que portavam os arguidos no local e data dos factos são armas proibidas ou podem como tais serem considerados, e segundo, se a imputação aos arguidos dos crimes de porte e uso de armas proibidas e de porte e uso de gazuas pode fundar-se na existência de um pretenso concurso aparente de infracções entre os aludidos crimes e o de furto qualificado, na forma tentada.

Começando pela questão da qualificação dos instrumentos que os arguidos traziam consigo como armas proibidas, importa recordar que tais instrumentos estão descritos nos autos como sendo os seguintes: um martelo, chaves francesas, alicate de corte e folha de corte.

E segundo o tribunal da primeira instância, “*são compreendidos no conceito de armas, todos os instrumentos cortantes, perfurantes ou contundentes, devendo presumir-se estar*

armado aquele que tem em sua posse qualquer arma no acto do cometimento do crime, excepto provando o possuidor que a detinha, ou accidentalmente ou para os usos ordinários da vida, e sem desígnio de cometer crime, conforme se extrai do disposto nos nºs 4 e 5 do artigo 402 do CP.

Como se alcança claramente da leitura do transcrito excerto da sentença do tribunal *a quo*, para a haver os instrumentos em foco como armas proibidas, ateve-se aos preceitos do artigo 402 do CP, sob a epígrafe *Reunião Armada*, integrado no Capítulo I, intitulado *Reuniões criminosas, sedição e assuada*, do Título VI dedicado aos *crimes contra a ordem e tranquilidade públicas*. Porém, diversamente, o crime de furto qualificado, na forma tentada p. e p. pela conjugação dos artigos 274, 270 e 14, todos do CP, aqui imputado aos arguidos, consta do Título II: *dos crimes contra o património*.

Por aqui, facilmente se conclui pela inaplicabilidade ao caso *sub judice* dos preceitos da norma do artigo 402 do CP para qualificar como armas proibidas os instrumentos que os arguidos traziam consigo na data dos factos, e vários argumentos depondo contra a posição das instâncias podem alinhar-se, de entre os quais os seguintes:

Primo, os arguidos não foram acusados do crime de reunião armada e nem sequer no acto da sua detenção se preparavam para realizar uma tal reunião, pressuposto exigido por lei para se ter por verificado o crime, ainda que na forma tentada, ou ainda que a posse dos ditos instrumentos constituísse acto preparatório do aludido crime.

Secundo: são perfeitamente distintos os bens jurídicos tutelados pelas normas jurídicas incriminatórias constantes de um e outro dos mencionados Títulos II e IV. Assim, enquanto nos crimes contra a ordem e tranquilidade públicas, em que está integrado o crime de reunião armada, tutela-se o perigo de lesão dos mais diversos bens, seja de natureza pessoal, patrimonial, quer comunitários e até estaduais¹; diversamente, nos crimes contra o património, o bem jurídico tutelado é a disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica².

Logo, da diversidade de bens jurídicos tutelados nos crimes contra a ordem e tranquilidade públicas e nos crimes contra o património resulta a inaplicabilidade dos preceitos legais que prevêm e punem o crime da reunião armada ao crime de furto qualificado por não existir norma expressa que autorize a sua aplicação por remissão.

Tertio: o conceito de arma expresso na norma do nº 5 do artigo 402 deve ser entendido como valendo somente no contexto do crime de reunião armada, ou seja, consideram-se

¹ Neste sentido, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II - artigos 202 a 307, Coimbra Editora 1999, pág. 39

² Ibidem, in op. e loc. pág 1111

armas qualquer dos objectos ou instrumentos que os indivíduos levem para essa reunião armada desde que sejam idóneos ou adequados a servir de agressão.

Compreende-se que no crime de reunião armada, assim designado por reunir uma ou mais pessoas com armas ostensivas, se considerem armas, não só as proibidas (armas de fogo e armas brancas) que ostentem ou detenham os indivíduos que se congreguem em determinado local e com o desígnio criminoso, como também todos os instrumentos cortantes e contundentes de que sejam portadores nesse acto.

Aliás, a redacção do preceito do nº 5 do artigo 402, ao dispor nos seguintes termos: *Todos os instrumentos cortantes, perfurantes ou contundentes são compreendidos na denominação de armas*, inculca já a ideia de que tais instrumentos não são, via de regra, armas e nem podem ser havidos como tais, mas o serão no caso de terem sido levados para a reunião armada pelas pessoas que nela participam.

Resultando, assim, claro que a consideração de tais instrumentos como armas para os efeitos da previsão legal, não implica que se trate efectivamente de armas proibidas ou passem a sê-lo a partir do momento em que se encontrem em poder dos agentes do crime da reunião armada. Significa tão só que a protecção dos bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora passa pela proibição do porte de quaisquer instrumentos (sejam quais forem, armas proibidas e impróprias) susceptíveis de ser utilizados contra a vida e integridade física de pessoas.

Em razão do exposto, tem de concluir-se que o tribunal da causa assim como a instância de recurso (que confirmou a decisão) laboraram em erro ao qualificar os instrumentos que os arguidos pretendiam utilizar para a perpetração do crime de furto com base nas normas dos nºs 4 e 5 do artigo 402 do CP relativas ao crime de reunião armada, dado que o seu campo de aplicação se circunscreve unicamente às hipóteses do crime de reunião armada.

Sublinhe-se que o conceito de arma, como instrumento destinado a perpetração do crime contra o património, furto ou roubo, não podendo extrair-se da definição fixada no nºs 3 e 4 do artigo 402 do CP, logo terá de se ir buscar na doutrina e também na norma do artigo 358, quanto às armas proibidas.

Efectivamente, segundo a doutrina, armas definem-se como aqueles instrumentos, ainda que de aplicação definida, que sejam utilizados como meio de ataque ou defesa ou ainda que possam ser utilizados para tal fim³, distinguindo-se entre arma de fogo e arma branca,

³ Neste sentido Martins, António Carvalho, in Criminologia e Criminodinâmica dos delitos com armas de fogo, Coimbra Editora, limitada, 1988, pág.29

sendo esta última, que ao caso interessa, a que que alberga não só quaisquer artefactos perfuro-cortantes fabricados especificamente para tal fim, mas também quaisquer espécies de instrumentos capazes de causar dano à integridade física alheia⁴ (arma imprópria).

Cabem no conceito de armas impróprias, todas as que têm aptidão ofensiva, se bem que não sejam normalmente usadas para fins ofensivos ou defensivos.

Todavia, convém sublinhar que, para além da aptidão que o instrumento possa ter em si, o conceito de arma deve integrar ainda uma perspectiva funcional, no sentido de que deve tratar-se de algo procurado e usado pelo agente para agredir ou matar, sem se contar aqui agora com propósitos meramente defensivos.

Equivale a dizer que o instrumento usado (arma imprópria) terá de constituir um perigo objectivo. O conceito de arma reclama um sentido real do objecto usado e o medo ou intimidação que provoque nas pessoas.

Ora, atentando nos instrumentos que os arguidos ora recorrentes portavam no local e data dos factos, extrai-se, por um lado, que não foram adrede fabricados pelos arguidos ou pela empresa fabricante para servir o escopo criminoso, e muito menos com o fim de atentar contra a integridade física de pessoas, e por outro, como aliás reconhece a sentença do tribunal *a quo*, com inteiro acerto, os ditos instrumentos “*serviriam para proceder ao arrombamento das portas de acesso e corte das grades de protecção e as chapas metálicas de cobertura do armazém, de modo a permitir a sua entrada no interior daquele armazém*”.

Ademais, os aludidos instrumentos não são procurados e nem adquiridos pelo agente com a finalidade de agredir ou matar, como ainda, a posse ou detenção dos mesmos por quem quer que seja não provoca medo ou intimidação nas pessoas.

Em nosso critério, os instrumentos descritos na douta sentença do tribunal da causa são ferramentas de trabalho do mecânico, serralheiro, carpinteiro, e outros ofícios similares., que obviamente não integram o âmbito conceitual de arma e muito menos de arma proibida, ao contrário do entendimento das instâncias.

Deste modo, circunscrevendo a nossa análise à modalidade de arma branca, tendo em atenção a espécie e natureza dos instrumentos de que eram portadores os arguidos, logo se chega à ilação de que aqueles não reúnem as características descritas no conceito de

⁴ Vide Dicionários Académicos, Porto Editora, Abril 2013, pág.86

arma branca, pelo que não era lícito às instâncias qualificá-los como tais sem que a lei expressamente os contemple na previsão jurídico-penal.

E mesmo que o agente utilize qualquer dos referenciados instrumentos para agredir a vítima, ainda assim não se lhe pode imputar o crime de uso de armas proibidas, uma vez que não estão cobertos pela previsão do artigo 358 do CP, sendo esta mesma razão que justifica a exclusão da possibilidade de qualificar de arma proibida qualquer objecto ou instrumento que o agente tenha usado para agredir a vítima, se não se mostrar abrangida pela previsão normativa.

A arma proibida é assim definida em razão da sua idoneidade e perigosidade para produzir danos à integridade física da vítima quando utilizada como instrumento de agressão, e desde que a sua posse ou detenção não tenha as autorizações legalmente devidas, mas não se abrange na definição legal quaisquer outros objectos ou instrumentos que o agente utilize ou possa utilizar para arrombar as portas ou abrir as fechaduras em execução do crime de furto ou roubo, como aconteceu no caso vertente.

A posse e uso de tais instrumentos, tendo presente o fim a que se destinavam, só pode ter melhor enquadramento como crime de fabrico e uso de gazuas p. e p. pelo artigo 290 do CP, como acertadamente decidiu o tribunal *a quo*, embora com o reparo de que a posse dos sobreditos instrumentos não perfectibiliza o crime de porte e uso de armas proibidas pelas razões acabadas de expender.

Logo, não enquadra o tipo legal de crime de posse e uso de armas proibidas a detenção ou posse pelo agente de instrumentos tais como: um martelo, chaves francesas, alicate de corte e folha de corte com o fim de utilizá-los para arrombar portas e para abrir fechaduras, pelo que a decisão das instâncias, que enquadrou no aludido crime, enferma de nulidade prevenida na alínea c) do nº 1 do artigo 668º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente, além de violar o princípio da legalidade plasmado no artigo 7 do CP enquanto imputa aos arguidos o crime de porte e uso de armas proibidas p. e p. pelo artigo 358 do CP, sem que se mostrem preenchidos os respectivos elementos do tipo.

As instâncias, para além disso, subsumiram os factos em foco no crime de porte e uso de gazuas ou outros artifícios para abrir fechaduras p. e p. pelo artigo 290 do CP, e o fundamento é de que “(...) os arguidos portando aquelas armas, em concertação de esforços e executando um plano criminoso entre si traçado, dirigiram-se às instalações do armazém da empresa ofendida dos autos visando nele se introduzirem por meio de arrombamento das grades ou portas, e de subtraírem calçados e outras mercadorias que fossem eventualmente achados no local.

Sobre este ponto, já nos pronunciámos acima no sentido de que merece os nossos aplausos, por acertada, a decisão das instâncias de enquadrar os factos como crime de fabrico e uso de gazuas p. e p. pelo artigo 290 do CP. Resta só acrescentar às observações antecedentes o facto de que as instâncias não indicam, de entre os instrumentos descritos nos autos, os que constituem crime de armas proibidas do artigo 358 e aqueles outros que integram o crime de uso e porte de gazuas do artigo 290; ambos do CP.

Assim sendo, terá de concluir-se que no entendimento das instâncias, a posse dos instrumentos descriminados nos autos integra, simultaneamente, os crimes de armas proibidas e o de uso de gazuas, o que não pode ser aceite.

Pois, definindo-se o tipo legal de um crime pelos seus elementos constitutivos, é incontestável que o legislador, ao autonomizar dois crimes, através da sua previsão em dois tipos legais distintos, teve em conta, não só a diversidade dos elementos constitutivos do tipo como também os bens jurídicos tutelados por cada uma das normas incriminadoras.

Por conseguinte, não pode a posse pelos arguidos, nomeadamente, dos instrumentos tais como um martelo, chaves francesas, alicate de corte e folha de corte, preencher simultaneamente o tipo legal do crime de porte e uso de armas proibidas p. e p. pelo artigo 358 e o de fabrico e uso de gazuas p. e p. artigo 290, ambos do CP, por violação do princípio de legalidade ínsito no artigo 7 do CP.

Termos em que se revoga, nesta parte, a decisão recorrida assim como a da primeira instância.

3.2. A segunda questão, que cumpre enfrentar de seguida, consiste em ajuizar se, face às circunstâncias concretas do crime e atento o acervo probatório trazido ao processo, poderá concluir-se, com as instâncias, que se está perante um concurso aparente de infracções, entre o furto qualificado p e p pela conjugação dos artigos 274, alíneas a), b) e c) e 270 e 14, na forma tentada, e os crimes de porte e uso de armas proibidas p. e p. pelo artigo 358 e o de fabrico e uso de gazuas p. e p. pelo artigo 290; todos do CP.

E isto, segundo a sentença do tribunal *a quo*, “*por se mostrar irrelevante a punição da tentativa de furto qualificado, uma vez que o legislador pune os actos autónomos, que neste caso constituem a prática de actos de execução do crime principal pretendido pelos agentes- o furto*”.

Questão esta que, apesar da aparente simplicidade, reveste-se, no entanto, de certo melindre, pois requer, desde logo, a análise do *iter criminis* percorrido pelos arguidos, no caso em apreço, com vista a aferir se, com base na factualidade material dada por

provada, os actos praticados pelos arguidos constituem simples actos preparatórios, ou pelo contrário, actos de execução. E uma vez solucionado esse problema, outro emerge que exige igualmente solução nesta sede: é que a haver tais factos como simples actos preparatórios forçoso é reconhecer que bem andaram as instâncias ao decidirem pela punição tão só dos actos que perfectibilizam crimes autónomos, embora com fundamentos diversos, ao passo que se se considerar como actos executórios, poder-se-á estar perante uma hipótese de tentativa do crime de furto ou roubo, sabido que o crime não chegou a ser consumado.

Equacionadas nestes termos as questões ou sub questões carecidas de apreciação e decisão nesta sede, começemos por observar que no *iter criminis* distingue-se, sucessivamente, os actos preparatórios, a tentativa e o crime consumado ou a consumação.

A lei define actos preparatórios no artigo 17, nos seguintes termos: “*são actos preparatórios os actos externos conducentes a facilitar ou a preparar a execução do crime que não constituem ainda começo de execução*”.

Em princípio aceita-se a não punição dos actos preparatórios, ressalvando os factos que entram na sua constituição (cfr. nº 2 do artigo 17, conjugado com o artigo 15). Quer isto significar que, embora os actos preparatórios não sejam puníveis, caso qualquer deles for previsto como crime autónomo⁵, esse acto é punível. Tenha-se em vista o crime dos artigos 290 e 396; ambos do CP.

Por isso, o agente é punido por esse crime mesmo que nem sequer tenha realizado os actos subsequentes tendentes a consumação do crime planeado.

Outras vezes, por razões especiais, a lei pode punir os actos preparatórios porque classifica como circunstâncias agravantes (vide alíneas g), h), k) e l) do artigo 37 e alínea c) e d) do artigo 157, ambos os artigos do CP), ou ainda porque o acto, que nas suas relações com a realização do tipo legal, aparece como acto preparatório, constitui actividade executiva e, portanto, punível, quando relacionado com outros interesses ou outros tipos legais de crime⁶.

No concernente aos actos de execução, não existe uma definição legal, pelo que a sua noção terá de se procurar na doutrina. Assim, Cavaleiro de Ferreira⁷ ensina que são actos de execução aqueles que correspondem à descrição do facto típico, que caibam na descrição que a lei faz da conduta criminosa. Para este autor, pode dizer-se, de uma

⁵ Neste sentido Correia, Eduardo Correia, in Direito Criminal, Volume II, Almedina, Maio de 2006, pág. 226

⁶ Ibidem, in loc. e cit. pág. 226

⁷ In Direito Penal Português, Parte Geral II, Verbo 1982, pág. 39

maneira geral, que são actos de execução aqueles que põem em perigo os bens que são objecto de tutela penal. Deste modo, todas as circunstâncias que sejam de tal sorte inerentes ao crime que, sem ela se não se possa praticar, devem fazer parte da execução pela conexão natural que as liga a esta.

Por sua vez, Eduardo Correia⁸ entende que são actos de execução os que preenchem um elemento constitutivo de um tipo legal de crime, os idóneos a causar o resultado típico, ainda os que, segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, sejam de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos idóneos a produzir o resultado típico, ou que preencham um elemento típico.

Há que distinguir ainda entre os actos executórios que constituem tão só o começo da execução e os que constituem a tentativa, o *iter criminis* a partir do qual começa a punição dos agentes justamente por ser aquela em que se verifica a prática de actos de execução.

Relevando, para o objecto do recurso, a análise da tentativa, vejamos então como está configurada na lei esta forma especial de aparição do crime.

De harmonia com o disposto no artigo 14 do CP, há tentativa quando se verificam cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) intenção do agente;
- b) execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado;
- c) ter sido suspensa a execução por circunstâncias independentes da vontade do agente, excepto nos casos previstos no artigo 16;
- d) ser o crime punível consumado com pena maior, salvo os casos especiais em que, sendo aplicável pena correccional ao crime consumado, a lei expressamente declarar punível a tentativa desse crime.

Posto isto, segue-se averiguar se os actos praticados pelos arguidos, no caso *sub judice*, podem ser qualificados como meramente preparatórios, embora susceptíveis de constituírem *de per si* ilícitos criminais, como decidiram as instâncias, ou se, pelo contrário, integram já o começo de execução, valendo então como tentativa.

Seguindo nesta linha, importa, já de seguida, atentar na factualidade material que serviu de base para formar a convicção do tribunal da primeira instância, conforme se extrai da respectiva sentença, que a seguir se transcreve, no que de modo particular releva para a decisão do objecto do presente recurso.

⁸ In op. e loc. cit. pág. 230

“Os arguidos concertaram entre si assaltar o armazém da empresa ofendida afim de subtrair fraudulentamente os calçados que lá se encontravam depositados. Assim, em conjugação de esforços e propósitos com vista à concretização do seu desígnio criminoso, trataram de organizar instrumentos tais como, martelo, chave de fenda, chaves francesas, alicate e folha de corte que serviriam para arrombar as portas de acesso e corte das grades de protecção e das suas chapas de protecção e introduzirem se no aludido armazém da ofendida.

Acto contínuo, dirigiram-se então, na data aprazada, à empresa ofendida e aí munidos dos referidos instrumentos introduziram no recinto do pátio de viaturas ponto de passagem para o acesso ao armazém onde foram surpreendidos e detidos pelas autoridades policiais alertados da presença dos arguidos na empresa por denúncia anónima.

Sendo mercê da intervenção policial que os arguidos não lograram materializar os seus intentos criminosos”.

Aos factos assim descritos, e como se viu já, as instâncias consideraram preenchidos os elementos tipificadores do concurso aparente de infracções entre o crime de furto qualificado p. e p. pela conjugação dos artigos 274, alíneas a), b) e c), conjugado com o artigo 270 e 14 e o crime de uso de armas proibidas p. e p. pelo artigo 358 e uso e porte de gazuas p. e p. pelo artigo 290; todos do CP, decidindo pela punição autónoma tão só destes últimos dois crimes, resultando claro e evidente que, embora não o tenham dito expressamente, houveram tais factos como simples actos preparatórios.

No entanto, este Tribunal perfilha opinião diversa e, desde logo, por entender que, dentro de classificação dos actos preparatórios e actos executórios, inclui-se, no caso dos autos, no universo dos primeiros, entre outros, tão só a concertação entre os arguidos com o propósito de subtrair calçados no armazém da empresa ofendida; a aquisição dos instrumentos ou utensílios que seriam empregues para arrombar as portas ou grades; a mobilização do meio de transporte e a fixação da data para a consumação do crime.

Sob esta perspectiva, tem-se que, se os arguidos tivessem sido surpreendidos pelas autoridades na data e local nesta fase do *iter criminis*, aí sim, justificar-se-ia a classificação de tais factos por si praticados como simples actos preparatórios cuja punição autónoma seria imposta tão só em relação àqueles que, *de per si*, constituíssem crime, caso em que a decisão das instâncias, nesta parte, estaria isenta de reparo.

Não é, porém, o que aconteceu no caso vertente ante evidências de que os arguidos, no desenvolvimento do *iter criminis*, praticaram actos que já são começo de execução, e designadamente, dirigiram-se ao local da consumação do crime numa viatura preparada

e disponibilizada para o efeito e munidos dos instrumentos descritos nos autos com os quais pretendiam arrombar as portas e abrir as fechaduras; ali chegados, introduziram-se no interior do recinto do pátio de viaturas da empresa ofendida que dá acesso ao armazém onde se encontravam depositados os calcados que pretendiam furtar, e só não lograram a concretização do seu desígnio criminoso por, entretanto, mediante denúncia anónima, terem sido surpreendidos e detidos pelos agentes da autoridade policial.

Ora, o critério distintivo 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 bem⁹.

No caso *sub judice*, o momento de ilicitude que caracteriza a actuação dos arguidos é marcado pela sua introdução ilícita, à noite, no pátio de viaturas da empresa ofendida e ponto de acesso ao armazém de calcados e, ademais, munidos de instrumentos que servem para arrombar portas ou grades e abrir as fechaduras.

Eis, pois, a razão por que se há-de assentar que os arguidos praticaram actos de execução começada e incompleta que deviam produzir o crime consumado que configura evidentemente a tentativa criminosa.

Resta agora determinar qual o crime que resultaria consumado da conduta desencadeada pelos arguidos.

Sobre a matéria, as instâncias entenderam que tal crime é o de furto qualificado p. e p. pela conjugação dos artigos 274, alínea a), b) e c) e 270, ambos do CP.

Embora se reconheça estarem preenchidos alguns dos elementos constitutivos do crime de furto qualificado tal como qualificaram as instâncias, certo é, porém, que os arguidos ainda não haviam logrado apossar-se dos objectos (calçados) que pretendiam furtar e, portanto, não era possível determinar o valor da coisa com base no qual a lei estabelece a correspondente moldura penal.

Por isso, entendemos que a factualidade material, tal como descrita, tem melhor enquadramento como crime de roubo qualificado, na forma tentada, previsto e punido nos termos da conjugação da alínea b) do artigo 283, 14, 131 e 130 alínea a); todos do CP, porquanto mostra-se provado que: foi praticado por mais de duas pessoas, de noite e num armazém, crime este punível com pena de doze a dezasseis anos de prisão.

⁹ Neste sentido, de Ferreira, Manuel Cavaleiro, na op. cit. pág. 39

Com efeito, para que se verifique o crime de roubo qualificado, na forma tentada, previsto e punido nos termos sobreditos, torna-se necessária a convergência dos seguintes pressupostos: a) que os arguidos resolvam ou decidam, com ilegítima intenção de apropriação, para si ou para outrem, subtrair coisa móvel alheia; b) execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado; c) que tal crime que os agentes decidiram perpetrar não chegue a consumar-se por circunstâncias independentes da sua vontade; d) que os agentes pratiquem actos de execução; e) que ao crime o crime consumado corresponda pena maior (portanto, superior a dois anos);

E dúvidas não subsistem de que todos os requisitos ora elencados se mostram preenchidos no caso em apreciação e, desde logo, quanto à decisão de praticar o crime, comprova-se que os arguidos se concertaram em comunhão de ideias e esforços para assaltar o armazém da empresa ofendida; ao introduzirem-se no recinto do pátio que dá acesso ao armazém onde se encontram os bens objecto do roubo, os arguidos praticaram um acto que integra claramente o começo de execução; é dado adquirido que os arguidos foram surpreendidos e detidos por agentes de autoridade policial quando ainda se encontravam no pátio do parque automóvel da empresa ofendida, resultando claro e evidente que o roubo não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade; a entrada dos arguidos no pátio do parque automóvel da empresa ofendida, munidos de instrumento com os quais pretendiam arrombar a porta e abrir fechaduras, constitui acto de execução e, por fim, o crime consumado é punido com pena de doze a dezasseis anos de prisão.

Uma vez enquadrados os factos dados por estabilizados no molde jurídico-penal fixado pela norma incriminadora, passemos agora à determinação da medida concreta da pena.

Para efeitos de determinação da medida concreta da pena que vai aplicar, o juiz serve-se do critério geral contido no artigo 110 do C.P.

Preceitua o nº 1 do citado preceito legal que “*a aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do agente, tendo-se em atenção a gravidade do facto criminoso, os seus resultados, a intensidade do dolo ou grau de culpa, ou motivos do crime e a personalidade do agente*”

Na dimensão da finalidade da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e critérios do artigo 110 do CP têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir, tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade da prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos

valores), como para definir o nível da premência das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento) ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.

Acatados e respeitados estes critérios de determinação concreta da medida da pena, há uma margem do julgador dificilmente sindicável.

As finalidades da aplicação de uma pena residem primordialmente na tutela de bens jurídicos e, na medida do possível, na reinserção do agente na sociedade e na prevenção da reincidência. A pena, por outro lado, não pode ultrapassar a medida da culpa.

Assim, pois, a medida da pena há-de ser dada pela medida da necessidade de tutela de bens jurídicos face ao caso concreto e referida ao momento da sua aplicação, protecção que assume um significado prospectivo que se traduz na tutela das expectativas da comunidade na manutenção (ou mesmo no reforço) da validade da norma infringida. Um significado, deste modo, que por inteiro se cobre com a ideia da prevenção geral positiva ou de integração que decorre precipuamente do princípio político-criminal básico da necessidade da pena.

Ainda de acordo com o princípio geral da determinação da medida da pena ínsito no nº 1 do artigo 110 do CP, o limite superior da pena é o da culpa do agente. O limite abaixo do qual não pode descer é o que resulta da aplicação dos princípios de prevenção geral positiva, segundo os quais a pena deve neutralizar os efeitos negativos do crime na comunidade e fortalecer o seu sentimento de justiça e de confiança na validade das normas violadas, além de constituir um elemento dissuasor.

Dai para cima, a medida exacta da pena é a que resulta das regras de prevenção especial de socialização. É a medida necessária à reintegração do indivíduo na sociedade, causando-lhe só o mal necessário. Dirige-se ao condenado para o afastar da delinquência e integrá-lo nos princípios dominantes na comunidade.

Feita esta incursão pela doutrina, vejamos então, qual a pena a aplicar no caso em apreço pelo crime de roubo qualificado, na forma tentada.

Sobre a questão, deve recordar-se, desde logo, que a moldura penal abstracta cominada para o crime consumado de roubo qualificado p. e p. nos termos do artigo 283, alínea b) do CP, é de doze a dezasseis anos de prisão.

A lei manda, nos termos da conjugação dos artigos 131 e 130 alínea a), ambos do CP, aplicar à tentativa a pena imediatamente inferior, supondo-se consumado o crime, pelo que ao crime *subjudice* é aplicável a pena de oito a doze anos de prisão fixada na alínea d) do artigo 61 do mesmo diploma legal.

É, pois, dentro da referida moldura penal abstracta, que se irá determinar a medida concreta da pena, tendo em atenção os critérios acima enunciados.

Assim, quanto à ilicitude dos factos, entendida como juízo de desvalor da ordem jurídica sobre um determinado comportamento, por este lesar ou pôr em perigo bens jurídicos-criminais, estamos em face do roubo qualificado, em que os valores jurídicos tutelados são de ordem patrimonial, considerando ainda que os arguidos se concertaram e elaboraram previamente um plano visando a consecução do desígnio criminoso.

No que concerne ao dolo, revestiu a sua forma mais grave, o directo.

Quanto às circunstâncias atenuantes, as instâncias consideraram que os arguidos beneficiam das circunstâncias atenuantes da confissão do crime, falta de antecedentes criminais e natureza reparável do dano.

As exigências de prevenção geral são muito intensas, considerando o forte sentimento de insegurança instalado nos membros da comunidade, que tem vindo a sedimentar-se em virtude do aumento dos índices da criminalidade, designadamente de crimes contra a propriedade, impondo-se, por isso, reforçar a validade das normas violadas, restabelecendo a confiança colectiva nas mesmas.

As exigências de prevenção especial não se fazem sentir com a mesma intensidade, considerando que todos os arguidos são primários e, embora não tenham modo de vida, não se vislumbra que apresentem uma personalidade fortemente carente de socialização e com a necessidade de fidelização ao direito.

Num juízo de ponderação sobre a culpa, como medida da pena e considerando as exigências de prevenção e as demais circunstâncias previstas no nº 1 do artigo 110 do CP, a redução em 2 anos do limite mínimo da pena abstracta de 8 anos prevista para o crime tentado, afigura-se-nos adequada e proporcional

III- Dispositivo

Nestes termos, os Juízes deste Tribunal Supremo, dando provimento parcial ao recurso interposto pelos arguidos **Esmeraldo Bernardo Joaquim, Januário Alberto Machava, Horácio Armando Ngove e Zeferino Zeferino Duarte Raposo, devidamente identificados nos autos** alteram o enquadramento dos factos, imputando-lhes, em co-autoria material e moral, o crime de roubo qualificado na forma tentada p. e p. nos termos da conjugação da alínea b) do artigos 283, 14, 131 e 130 alínea a); todos do CP e, em consequência, condenam-nos na pena de seis anos de prisão e no demais que foi decidido pela instância recorrida.

Sem imposto

Maputo, aos 21 de Junho de 2024