



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TRIBUNAL SUPREMO

Processo n.º 120/2017

Recurso Penal

Relator : João António Beirão

Sumário

I - A atenuação da pena é uma medida de carácter excepcional, podendo ter lugar quando diminua a culpa do agente ou diminua por qualquer modo a ilicitude do facto ou a necessidade da pena, cfr. artigo 43.º, al. w) conjugado com o 119.º, n.º 1, ambos do Código Penal, (CP) aprovado pela Lei n.º 35/2014, de 31 de Dezembro.

II- A enumeração das circunstâncias constantes do artigo 43.º do CP, é meramente exemplificativa.

III - O artigo 667º do Código de Processo Penal (CPP), proíbe a *reformatio in pejus* princípio fundamental do direito processual penal que incorpora o direito de defesa consagrado na Constituição da República.

III - A luz da disposição supra indicada, em sede do recurso penal, sobre uma decisão recorrida somente pelo arguido ou pelo Ministério Público no interesse exclusivo deste, o tribunal superior não poderá modificar agravando, a pena em prejuízo do arguido, ainda que não recorrente.

Acórdão

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal Supremo:

No Tribunal Judicial da Cidade de Maputo, 8ª Secção, **Adriano Joel Bila**, com os demais sinais de identificação que lhe respeitam nos autos, foi acusado, julgado e condenado como autor de um crime de violação de menor de 12 anos, previsto e punido pelo artigo 219.º do CP de 2014.

O arguido foi condenado a uma pena de 16 (dezasseis) anos de prisão maior, a indemnizar a vítima em 100.000, 00Mt (Cem mil meticaís) no pagamento do máximo de impostos de justiça e 3.500, 00Mt (três mil e quinhentos meticaís) de emolumentos a favor da defesa oficiosa.

O Digno Magistrado do Ministério Público, ao abrigo do disposto no artigo 647º, § 1º, por dever de ofício interpôs recurso da decisão proferida a fls. 116 a 121v dos autos.

No Tribunal Superior de Recurso de Maputo, (TSR-Maputo) colhido o visto do Ministério Público, a Digníssima Magistrada do Mº Pº emitiu o seu douto parecer de fls. 144 a 146v dos autos no qual concluiu que em face da factualidade apurada, o grau da culpa e a ilicitude da conduta do arguido, a medida da pena deveria ter sido fixada dentro da moldura penal entre 20 a 24 anos de prisão maior, por força da conjugação dos artigos 219.º, 160.º, n.º 1 alínea e) e 118.º, n.º 1, alínea b), todos do CP.

Aduziu ainda aquela magistrada que qualquer circunstância atenuante deveria ser atendível para efeito de atenuação da pena dentro dos limites mínimo e máximo.

Em conclusão, o MºPº promoveu que se desse provimento ao recurso e, em consequência, alterada a decisão recorrida na parte respeitante à medida concreta da pena, mantendo-se no mais o decidido pelo tribunal da causa.

Por sua vez o TS R- Maputo ao apreciar o recurso por acórdão datado de 19 de Julho de 2017, incerto a fls. 152 a 155, decidiu confirmar a sentença recorrida quanto à qualificação jurídica penal dos factos, julgando ainda:

- a) improcedente as agravantes das alíneas a) *premeditação* e k) *espera e emboscada*, bem como a menção de que o arguido tem antecedentes criminaís, por não constarem do rol de circunstâncias agravantes mencionadas no artigo 37 do CP;
- b) parcialmente procedente o recurso do Ministério Público, reduzindo a indemnização de 100.000, 00Mt (Cem mil meticaís) para 50.000,00Mt (Cinquenta mil meticaís), por

não estar alinhada com os pressupostos elencados na parte final do §2º do artigo 34º do CPP (1929;

- c) no mais, confirmou a qualificação da conduta do arguido e seu enquadramento a medida da pena aplicada na primeira instância, por haver sido feita a devida ponderação e fundamentação que culminou com a atenuação extraordinária.

Mais uma vez inconformada, a Digníssima Magistrada recorreu para esse Tribunal Supremo pedindo a revogação da decisão do Tribunal Superior de Recurso, por entender que não foi correcta a subsunção dos factos à norma e que a pena aplicada se situa aquém da moldura penal prevista para o crime dos autos não se justificando a atenuação extraordinária.

Nesta instância a Procuradora Geral Adjunta, pronunciou-se a fls. 182 a 193 no sentido de que o recurso deve ser parcialmente provido quanto a medida da pena aplicada, devendo fixar-se a pena em medida nunca inferior a 20 anos de prisão maior, no que alinha com a posição do MºPº na instância recorrida.

Colhidos os vistos legais, impõe-se desde já a sua análise e a tomada da respectiva decisão.

2 - Fundamentação

O Tribunal Supremo julgando em segunda instância conhece apenas a matéria de direito, conforme estatui o artigo 490 do CPP, parte final, estando vedado de se intrometer na apreciação da matéria fáctica apurada e fixada pelo tribunal *aquo*, sem embargo da salvaguarda do disposto no artigo 495 nº 2 do mesmo código.

Objecto do recurso

Da matéria controvertida, importa em sede do presente recurso decidir se poderá ou não ser agravada a pena concreta aplicada ao arguido para uma pena maior dentro dos limites da moldura penal abstracta fixados na lei.

Apreciando

Alcança-se dos autos que o Mm. º Juiz do tribunal da causa para determinar a medida da pena aplicável teve em conta a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes, e ao analisar

as circunstâncias judiciais cuidou de verificar a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do crime.

A atenuação judicial da pena pode justificar-se pela ocorrência de circunstâncias atenuantes de carácter geral ou modificativa impondo as primeiras a graduação da pena dentro dos limites mínimos e máximos ao passo que as segundas conduzem a atenuação extraordinária da pena isto é a substituição das penas mais gravosas pelas menos gravosas.

Segundo Figueiredo Dias *"A diminuição da culpa ou das exigências da prevenção só poderá, por seu lado, considerar-se acentuada quando a imagem global do facto, resultante da actuação das (s) circunstâncias (s) atenuantes se apresente com uma gravidade diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou na hipótese quando estatuiu os limites normais da moldura a que cabe o tipo de facto respectivo"*¹.

Nesta ordem de ideias, ainda que não ressalte qualquer circunstância que diminua por forma acentuada a ilicitude do facto e a culpa do agente, atentas, designadamente, as que, a título exemplificativo, constam do artigo 43º do CP conjugado com o artigo 119º, nº 1; ambos do CP, o princípio norteador da apreciação do regime de atenuação extraordinária não assenta apenas na ilicitude do facto ou da culpa do agente, mas também da necessidade da pena.

Quer isto dizer que para efeitos de atenuação extraordinária da pena o legislador entra no domínio específico das finalidades das penas e das exigências de prevenção, como elementos a ter em conta na sua graduação.

Este entendimento orientou o tribunal da primeira instância na sua decisão que veio a ser sustentada pelo Tribunal Superior de Recurso de Maputo, no seu douto acórdão, mantendo a decisão recorrida, por considerar que a primeira instância, fez a devida ponderação e fundamentação, para a aplicação da atenuação extraordinária da pena.

O instituto da atenuação extraordinária, não atende apenas a ilicitude e ao grau de culpabilidade do seu agente, sob o risco de tal entendimento afastar a consideração de outros

¹Cfr: As Consequências Jurídicas do Crime, pp, 306, 4ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2013.

factores especiais susceptíveis de determinar a sua aplicação que decorrem do artigo 119 ao C.P.

Concretamente, no caso em análise, em que, sendo o arguido de idade avançada, 62 anos, à data dos factos (14 de Novembro de 2015), ocasionalmente praticou um acto qualificado por lei como crime hediondo, todavia o legislador não previu a situação em que o agente imputável seja idoso, sendo incontroverso que a idade influencia na determinação da medida da pena.

Segundo Eduardo Correia, Direito Criminal II, pp 382/3² *“compreende-se que uma idade avançada, fazendo voltar como que a uma segunda infância, produza sobre a imputabilidade efectivas consequências por isso que se manda atenuar a pena quando se é maior de 70 (setenta) anos. Possível é, também a consideração de que a circunstância de ter mais de 70 (setenta) anos exige uma maior benevolência pelo respeito devido aos velhos. A entender-se, todavia assim, como parece ser mais razoável será o momento do julgamento e não o da prática do crime que determina a atenuação”*.

Decorre daí que o Meritíssimo Juiz da 1ª instância recorrida teve em conta a idade como factor relevante concorrente para a atenuação extraordinária da pena. A respeito argumentou na sua sentença o seguinte:

“ (... no caso concreto dos autos em face da idade do arguido que está situada em mais de 62 atentos à esperança de vida estatisticamente fixada , hoje perto dos 50 anos, a aplicação dentro da moldura penal, pode objectivamente traduzir-se numa fixação de prisão por toda a vida , pelo menos em princípio e de acordo com os dados estatísticos da esperança de vida dos moçambicanos.

(... outro dos elementos a tomar em consideração relacionado com a personalidade do arguido, tem que ser a idade, bem assim a sua própria reacção perante os factos delituosos”.

Entretanto a Lei nº 3/2004, de 5 de Fevereiro, relativa a protecção do idoso, considera-se como tal, todo aquele que tenha idade superior a 60 anos.

Em termos pragmáticos a partir deste marco etário o sentido e premência da prevenção especial ressocializadora da pena não se alcança uma vez que a idade avançada reduz em

² Editora Almedina Coimbra 1992

certa medida a capacidade física do idoso e a possibilidade de voltar a constituir perigo para a ordem social.

Ao atenuar extraordinariamente a pena não pretendeu com isso o Meritíssimo Juiz da causa tão pouco minimizar a gravidade da ilicitude do facto, mas fê-lo na concretização do mais apurado sentido de justiça.

Na verdade, trata-se de um crime que ao tempo da sua prática e o conhecimento pelo tribunal, a lei classificava como sendo hediondo punido com a pena de 20 a 24 anos de prisão maior ao abrigo do artigo 160, nº 2, al e). Nos termos deste comando, são hediondos os crimes praticados com extrema violência, crueldade sem nenhum senso de compaixão ou misericórdia de seus agentes, causando profunda repugnância e aversão da sociedade.

A Digníssima Magistrada do Mº Pº junto desta instância alinha no mesmo ponto de vista com o do tribunal recorrido, mas defende que a ter que se atenuar a pena, seja dentro da atenuação geral e não extraordinária.

Este entendimento inculca uma ideia de dogmatização das penas e pode levar a aplicação desproporcional das mesmas, pondo em causa a justeza da medida concreta que não deve exceder o essencial para prevenir novas infracções e concorrer para a ressocialização do indivíduo.

Assim, cabe ao juiz avaliar as circunstâncias em concreto no seu poder avaliar as circunstâncias que justificam a atenuação.

Exige-se, portanto, do julgador, maior ponderação e fundamentação da sua decisão, principalmente na parte que respeita a medida concreta da pena aplicada ao caso de modo que este exercício não seja arbitrário, e possa trazer à luz as suas motivações, vinculando-o a racionalidade e equidade na decisão, sobretudo para que a sentença possa ser sindicada, em caso de impugnação por um órgão de hierarquia superior

Este foi o entendimento e o sentido que conduziram às instâncias recorridas a apreciarem e valorarem os factos que serviram de base para formar a sua convicção de acordo com o libelo acusatório tal como as instâncias expendem para justificar o uso da faculdade de actuação extraordinária da pena.

Divergindo com o posicionamento das instâncias o Ministério Público, propugna pelo agravamento da pena de prisão contra o arguido, para que seja fixada em medida dentro da moldura abstracta ou em alternativa em medida próxima dos 20 (vinte) anos de prisão maior.

Ao abrigo do artigo 667º do CPP (1929) em sede do recurso penal, sobre uma decisão recorrida somente pelo arguido ou pelo Ministério Público no interesse exclusivo deste, o tribunal superior não poderá modificar agravando, a pena em prejuízo do arguido, ainda que não recorrente. A proceder tal pedido significaria o agravamento da pena ao arrepio do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Este princípio funda-se na necessidade de limitar o poder cognitivo do juiz de modo a não modificar a pena prejudicando através de uma sentença de conteúdo agravativo, um direito adquirido pelo arguido numa decisão anteriormente proferida por um tribunal inferior, enfraquecendo o medo que o arguido teria de ver a sua situação prisional agravada em caso de reapreciação da decisão por um outro tribunal. Outrossim, o arguido não pode ser surpreendido por uma decisão agravativa da sua situação jurídica sem ter a oportunidade de exercer o contraditório.

Trata-se, pois, de uma garantia do direito de defesa no processo penal, em nome do direito a um processo justo marcado pela estrutura acusatória do processo e em respeito por um processo equitativo estruturado em princípios como os da lealdade processual, contraditório e igualdade de armas, limitando de certo modo o poder do tribunal, de livremente, agravar uma decisão que tenha sido favorável ao arguido, por uma decisão superveniente, prejudicando um direito já adquirido.

Este princípio visa também afastar o conformismo do arguido perante uma decisão proferida, mesmo injusta, dado o receio de vê-la agravada na reapreciação, abrindo espaço para a consolidação de uma decisão contrária ao direito.

O artigo 667º do CPP vigente a data dos factos proíbe a agravação da pena de uma decisão recorrida, exceptuando-se os casos em que haja qualificação diversa nos termos dos artigos 447º e 448º, quer a qualificação respeite à incriminação, quer às circunstâncias modificativas da pena;

Esta proibição da *reformatio in pejus* vem também consagrada no artigo 463 do CPP, vigente, nos termos do qual, interposto recurso de uma sentença ou acórdão somente pelo arguido, pelo Ministério Público, no exclusivo interesse da defesa, ou pelo Ministério nesse exclusivo interesse, o tribunal superior, não pode em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrente, aplicar pena mais grave, ou revogar a suspensão da execução sendo o caso.

No caso em análise o Ministério Público recorrido discorda com a pena aplicada porquanto, no seu entender não há espaço para a atenuação extraordinária da medida concreta da sustentando a sua diminuição dentro dos limites mínimo e máximo da medida abstracta (20 a 24 anos) dada a natureza do crime, ficando claro a intenção de reformar, agrava-la por entender que a mesma não está prevista na lei.

No caso em apreço, esta intenção deveria antes ser comunicada pela primeira instância ao arguido pelo tribunal recorrido, notificando-o de modo a que tomasse conhecimento e pudesse exercer o seu direito de defesa, atacando os factos que serviram de sustentação aos argumentos do Ministério Público.

Passando em revista os autos não se alcança que o arguido tenha sido notificado, para o efeito, termos em que é inaceitável, que alguém possa ser surpreendido por uma decisão agravativa da pena por decisão posterior, sem conhecimento desta intenção do M^ºP^º para contradizer.

Acontece que na pendência do recurso passou a vigorar uma nova lei substantiva, suscitando a questão da sucessão temporal das leis.

Quanto a aplicação da lei no tempo, decorre do artigo 57 da Constituição, que as leis só podem ter efeitos retroactivos quando beneficiam os cidadãos ou outras pessoas jurídicas ou seja se da sua aplicação retroactiva resultar benefício ao arguido, conforme dispõe o artigo 60.

Nos termos do artigo 1 do CP, as penas são determinadas pela lei vigente a data em que a infracção ocorreu. Todavia o n^º 4 do artigo 3 do texto legal citado estabelece que quando a pena estabelecida na lei vigente ao tempo em que é praticada a infracção for diversa da estabelecida em leis posterior, é sempre aplicada a moldura penal que, concretamente, se mostrar mais favorável ao agente do crime(...).

No caso em análise, à data dos factos vigorava o Código Penal de 2014, este que estabelece uma moldura penal de 20 a 24 anos de prisão maior, para os crimes de violação de menor de 12 anos, qualificando ainda tais crimes como sendo hediondos. Sucede que o Código Penal vigente, passou a qualificar o crime como sendo de trato sexual com menor de 12 anos, reduzindo a moldura penal para 16 a 20 anos de prisão, visivelmente mais favorável.

Tendo em atenção ao princípio da aplicação da lei mais favorável, e do princípio da legalidade só poderá ser aplicada a nova lei por ser a mais benéfica para o arguido, por estabelecer uma moldura penal de 16 a 20 anos de prisão.

Na primeira instância o arguido foi condenado a uma pena de 16 anos de prisão, esta que coincide com o limite mínimo da actual moldura penal, não havendo, reparo a fazer às decisões proferidas pelas instâncias recorridas, haverá que fixar-se a pena ao caso concreto, tomando como base a moldura penal estabelecida na nova lei, por se mostrar mais favorável e as regras de atenuação estabelecidas nas alíneas a) e b) do artigo 119 também do Código Penal vigente.

Portanto, sendo a moldura penal de 16 a 20 anos, atendendo as regras de atenuação teremos como limite mínimo 12,8 e máximo 13,3 anos de prisão.

Dispositivo

Nestes termos, pelos fundamentos aduzidos, os Juízes da Secção Criminal do Tribunal Supremo negam provimento ao recurso e fixam ao arguido Adriano Joel Bila, a pena de 12 anos de prisão.

Sem imposto

Maia, 20 de Julho de 2023