



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TRIBUNAL SUPREMO

Proc. nº 137/2019

Recurso Penal

Recorrente: O Ministério Público

Recorrido: Tribunal Judicial da Província de Inhambane

Relator: António Paulo Namburete

Sumário

1. É nulo o acórdão do tribunal recorrido que altera a pena de 9 anos de prisão aplicada pelo tribunal da primeira instância para 3 anos sem fundamentar, nos termos do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 418 do CPP.

2. O crime de violação p. e p. pelo artigo 218 do CP de 2014 punível com a moldura penal abstracta de 2 a 8 anos de prisão, com a agravação do artigo 222, a moldura penal aplicável passa para 8 a 12 anos de prisão.

3. Nos termos do disposto no artigo 110 do CP, é dentro da referida moldura penal abstracta de 8 a 12 anos de prisão que se determina a pena concretamente aplicável ao crime de violação cometido por agentes da PRM.

4. Ao contrário do CP de 2014, que previa a agravação especial no nº 1 do artigo 222 para o crime de violação p. e p. pelo artigo 218- *quando o crime for praticado por pessoal das forças policiais* -, o CP actualmente em vigor não contempla tal circunstância no artigo 208, razão pela qual, em homenagem ao princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido consagrado no nº 2 do artigo 3 do CP, aplica-se ao caso *sub judice* o artigo 201 do CP.

ACÓRDÃO

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal Supremo

I- Relatório

No Tribunal Judicial da Cidade de Inhambane responderam, em processo de querela e mediante acusação do Ministério Público, os arguidos: **Bernardo Mbambamba e**

SérgioFrancisco Macamo, ambos com os demais sinais nos autos, como autores materiais do crime de violação p. e p. nos termos do artigo 218 com a agravação especial da alínea g) do artigo 222; ambos do Código Penal (CP).

Submetidos a julgamento, o tribunal deu por provada a acusação do Ministério Público e, considerando que agravam a responsabilidade dos arguidos as circunstâncias das alíneas g) pacto entre duas pessoas, j) o lugar do edifício público, q) noite, s) obrigação especial de não cometer o crime, y) manifesta superioridade em razão da compleição física e idade, bb) a falta do devido respeito (desprezo) em razão da idade da vítima menor de 17 anos cc) o facto de resultar outro mal além do mal do crime (a ignominia perante os seus encarregados de educação, família e amigos e a sociedade em geral gg)acumulação de infracções; todas do artigo 37 do CP, militando a seu favor a circunstância da alínea b)prestação de serviço relevante à sociedade, do artigo 47 do mesmo diploma legal, condenou cada um dos arguidos na pena de prisão maior de 9 (nove) anos, ao abrigo do disposto nos artigos combinados 218, 222, nº 1al. g) e 41, nº 2 ; todos do CP, no máximo de imposto de justiça e em 25.000,00Mt (vinte e cinco mil meticaís) de indemnização a favor da vítima Anita António Zandamela, por danos morais , ao abrigo das disposições combinadas dos artigos 34º,§ 4º do CPP, 106, alínea d) do CP, 562º, 566º, º nº 1 e 483º; todos do Código Civil (CC).

Não se tendo conformatado com o assim decidido, interpuseram recurso para o Tribunal Judicial da Província de Inhambane o Ministério Público por dever de ofício ao abrigo do disposto no § único do artigo 473º, conjugado com o artigo 647º § 1º e os arguidos Wilson Bernardo Mbambamba e Sérgio Francisco Macamo em cujas motivações pedem a revogação do acórdão do tribunal da primeira instância e a sua absolvição por inexistência de provas materiais suficientes que corroboram a decisão.

Subidos os autos à instância de recurso, foi proferido acórdão que, negando provimento ao recurso interposto pelos arguidos, alterou a medida da pena para 3 anos de prisão maior a de 9 anos de prisão maior aplicada pelo tribunal *a quo*. E mais: nos termos do disposto no artigo 64, nº 1 alínea e) e 65, ambos do CP, o tribunal de recurso decidiu expulsar os arguidos do aparelho de estado (função pública), e no mais confirmou o decidido pela primeira instância.

Irresignado com este veredicto, interpôs recurso a Digna Magistrada do Ministério Público junto da instância de recurso, desta feita, para este Tribunal Supremo, rematando as suas alegações com o seguinte quadro conclusivo:

- a) Do ponto do direito aplicável a conduta dos arguidos e considerando a sua qualidade de membros da PRM (Polícia da República de Moçambique), o tribunal

da primeira instância considerou que os mesmos cometeram, em co-autoria material, o crime de violação p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 218 alínea d), nº 1; 222 e 41 nº 2; todos do CP, donde resulta que a pena abstracta de 2 a 8 anos de prisão prevista pelo artigo 218, por força do disposto na alíneas g) do nº 1 do artigo 222; ambos do CP, passa para a de 8 a 12 anos de prisão maior (agravação especial);

- b) Foi com base na referida moldura penal abstracta de 8 a 12 anos de prisão maior que o tribunal da primeira instância decidiu condenar cada um dos arguidos na pena de 9 anos de prisão maior, pena esta que se situa entre os limites mínimo e máximo da moldura penal abstracta ao caso aplicável;
- c) Incompreensivelmente, o tribunal da segunda instância, sem qualquer fundamentação e baseando-se na mesma matéria de facto dada por provada bem como no enquadramento jurídico, decidiu aplicar a cada um dos arguidos a pena de três anos de prisão;
- d) Do exposto se conclui que o acórdão do tribunal da 2ª instância é injusto e acima de tudo ilegal, enfermado, por conseguinte, do vício de nulidade por falta total de fundamentação da decisão de reduzir a pena de 9 anos aplicada pelo tribunal da primeira instância para 3 anos (artigo 668º nº 1, alínea b e c) do Código de Processo Civil (CPC);
- e) O tribunal recorrido violou frontalmente a lei ao aplicar a pena concreta que se situa fora da moldura penal abstracta de 8 a 12 anos de prisão maior aplicável ao caso em apreço, porquanto, não só inexistem circunstâncias atenuantes de especial peso que justificam a atenuação extraordinária da pena para moldura imediatamente inferior, como também há um total vazio de fundamentação para que se possa compreender por que motivo o tribunal recorrido aplicou a aludida pena de 3 anos de prisão.
- f) Com a falta de fundamentação da sua decisão de reduzir drasticamente a pena aplicada pela 1ª instância, o tribunal recorrido violou o princípio da fundamentação das decisões judiciais prescrito pelo artigo 158º do CPC.

A terminar, a Digníssima Magistrada recorrente pede que se dê provimento ao recurso e, em consequência, se revogue a decisão recorrida face à ilegalidade e injustiça de que padece, substituindo-a por outra que se mostre justa e legal, como é a da primeira instância, que face à sua justeza e legalidade não carece de reparo, pelo que deve ser confirmada.

Nesta instância, a Digníssima Procuradora Geral Adjunta e representante do Ministério Público emitiu o seu douto parecer no qual concluiu da forma seguinte:

- a) A matéria de facto descrita não é obscura, deficiente ou contraditória, nem existe necessidade da sua ampliação;
- b) Considera correcta a subsunção jurídico-legal dos factos dados por provados ao crime de violação p. ep. pela combinação dos artigos 218, 222, nº 1 alínea g), e 41, nº 2; todos do CP em vigor à data dos factos, praticado pelos arguidos Wilson Bernardo Mbambamba e Sérgio Francisco Macamo;
- c) A pena unitária de 3 anos de prisão, ponderados o grau de culpa, a ilicitude da conduta dos arguidos, a gravidade dos factos, a intensidade do dolo, as condições pessoais do agente e a sua situação económica e tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes, tudo em conformidade com o preceituado no artigo 112 do CP, relevante na determinação da medida da pena, a pena que foi aplicada não se mostra bem doseada, é injusta, ilegal e desequilibrada;
- d) Aliás, o tribunal recorrido não invocou as razões para efectuar a redução da pena aplicada aos arguidos, em clara violação ao disposto no nº 2 do artigo 413, ambos do CPP, consequentemente deve a decisão recorrida ser anulada.

O que tudo visto, cumpre apreciar e decidir

II- Fundamentação

1. Delimitação do objecto de recurso

O âmbito objectivo do recurso é definido pelas conclusões extraídas pelo recorrente da sua motivação, com ressalva, evidentemente, das questões de conhecimento oficioso, tais como as elencadas no nº 2 do artigo 465 do CPP.

À esta luz, verifica-se que a questão que nos cumpre resolver nesta reapreciação resume-se à determinação da medida concreta da pena. Segundo o Magistrado Recorrente ao crime de violação p. e p. pela conjugação dos artigos 218 e 222, nº1, cabe moldura penal abstracta de 8 a 12 anos, afigurando-se ilegal por carecida de fundamento a pena de 3 anos de prisão aplicada pelo tribunal recorrido, ao invés da pena de 9 anos imposta pelo tribunal *a quo* que se mostra justa e equitativa por que situada entre os limites mínimo e máximo da moldura penal abstracta.

2. Apreciação

Como resulta claramente das conclusões alegatórias do Digníssimo Magistrado, recorrente não se discute a matéria de facto e nem é esta sede própria para uma tal discussão, a menos que o recorrente tivesse suscitado qualquer dos vícios elencados no nº 2 do artigo 465 do CPP, que também são de conhecimento oficioso, desde que resultem do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da

experiência comum, o que, não sendo o caso dos autos, forçoso é dar, desde já, por assente e estabilizada a factualidade material que serviu de esteio ao enquadramento no tipo legal do crime de violação de mulher p.e p. pela conjugação dos artigos 218 e 222, nº 1 do CP (de 2014).

Consequentemente, a tarefa que se nos impõe empreender nesta reapreciação, cifra-se em aferir, tal como delimitado pelo âmbito objectivo do recurso, se o tribunal recorrido violou a lei substantiva concernente à determinação da medida concreta da pena.

Para o efeito de determinação da medida concreta ou fixação do *quantum* da pena, o juiz serve-se do critério global do artigo 110 do CP (de 2014)¹.

Nos termos do artigo 110, nº 1: *“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”*.

Perante o transcrito preceito legal, a primeira questão que se impõe sindicar na concreta determinação da pena escolhida é a saber se foi fundamentada quanto à sua medida.

Tal pressupõe, evidentemente, que o tribunal recorrido, tenha fixado definitivamente a matéria de facto que preenche o tipo legal (tipo fundamental, qualificado ou privilegiado), pois, só depois se transita para um momento em que se pondera a consequência do crime praticado. Aqui se inclui a escolha da medida da pena a aplicar, suportada por elementos de facto que estão para além daqueles elementos típicos.

Neste momento, a eleição da medida da pena é fruto do jogo das circunstâncias gerais, aferindo depois a compatibilização da medida da pena escolhida, com a ponderação da culpa do agente e das exigências de prevenção(geral e especial).

Na verdade, o peso das circunstâncias estabelece, com a ponderação da culpa e das exigências de prevenção, uma relação de convergência, de tal modo que por um lado, essas circunstâncias fundamentam a reflexão e conclusões aque se chegue em matéria de prevenção e limite imposto pela culpa, e, por outro lado, nenhuma circunstância que interesse à ponderação da medida da pena deixar de se repercutir naquela reflexão.

O grau de culpa e as exigências de prevenção não são variáveis autónomas em relação ao peso das circunstâncias. E se antinomia surgirem, elas manifestar-se-ão logo ao nível das circunstâncias (agravantes e atenuantes a neutralizar os efeitos respectivos) refletindo-

¹ Correspondente ao artigo 112 do CP actualmente vigente, que tem a particularidade de apontar, no nº2, de forma exaustiva, os diversos vectores que dever ter em consideração neste exercício.

se necessariamente na culpa que o agente pode suportar e a prevenção que interessa prosseguir.

Relacionado com o critério geral do nº 1 do artigo 110 do CP está o próprio enunciado sobre os fins das penas que se lê no artigo 58 do mesmo diploma segundo o qual “*A aplicação de qualquer medida ou pena criminal visa garantir a protecção dos bens jurídicos, a reparação dos danos causados com a infracção praticada, a reinserção do agente e a prevenção da reincidência*”.

Donde resulta que na dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 110 do CP têm a finalidade 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 de 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 de valores), como para definir o nível e premência das exigências de prevenção especial (as 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.

Observados estes critérios de dosimetria concreta da pena, há uma margem de actuação do julgador dificilmente sindicável se não mesmo impossível de sindicarmos.²

O artigo 222, nº 1 alínea g) considera agravação especial do crime de violação previsto e punido nos termos do artigo 218, se a violação for cometida por “*pessoal pertencente às forças armadas, paramilitares, policiais ou segurança privada*”, determinado que a pena prevista para o crime será substituída pelas imediatamente superiores, razão pela qual prevendo o crime de violação do artigo 218, a moldura penal abstracta de 2 a 8 anos, coma agravação especial do artigo 222, a pena passa para a de 8 a 12 anos.

É, pois, dentro dos limites desta moldura penal abstracta que se terá de determinar a pena concreta, de acordo com os critérios atrás enunciados.

A necessidade de tutela dos bens jurídicos em face do caso concreto (prevenção geral positiva) fornece um limite máximo correspondente a uma medida óptima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias, e um mínimo, abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação concreta da pena, sem que isso faça perigar a sua função tutelar.

²No mesmo sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal proferida no Processo 19/08-3PSPRT, de 14/05/2009.

É ainda dentro destes limites que actuam considerações de prevenção especial de socialização, as quais determinam, em último termo, a medida da pena, a qual deve evitar a quebra da inserção social do agente e servir a sua reintegração na comunidade, se necessário.

A função da culpa, neste procedimento, é de uma proibição de excesso, estabelecendo um limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas.

Portanto, os limites máximo e mínimo da moldura concreta da pena terão de ser aferidos pelas necessidades de prevenção da prática de futuros crimes, sendo a pena concreta encontrada dentro destes parâmetros, com fundamento em critérios de prevenção especial, funcionando a culpa do agente como limite inultrapassável da medida da pena concretamente determinada, e tendo em linha de conta todos os elementos exteriores ao tipo legal que deponham a favor ou contra o arguido.

Quanto à prevenção geral, importa referir a necessidade de reafirmação do direito no âmbito dos crimes sexuais, considerando o alarme social provocado por este tipo de crime, reclamando, portanto, a sociedade, sanções de maior gravidade.

No que respeita à prevenção especial (vale por dizer, de integração do agente na sociedade), importa realçar que aos arguidos não são conhecidas condenações anteriores.

A culpa dos arguidos mostra-se em grau elevado, tendo em conta a sua qualidade de agentes de autoridade, portanto, adstritos ao dever especial de não cometer o crime, de obstar ao seu cometimento ou de concorrer para a sua punição.

Depõem contra os arguidos as circunstâncias agravativas: g) pacto entre duas pessoas, j) o lugar do edifício público, q) noite, s) obrigação especial de não cometer o crime, y) manifesta superioridade em razão da compleição física e idade, bb) a falta do devido respeito (desprezo) em razão da idade da vítima menor de 17 anos cc) o facto de resultar como outro mal do crime a ignominia (perante os seus encarregados de educação, família e amigos e a sociedade em geral); todas do artigo 37 do CP.

Improcede a circunstância b) do artigo 43 do CP, prestação de serviço relevante à sociedade por não se ter feito a prova de que os arguidos no exercício das suas funções se notabilizaram por uma acção excepcional digna do maior apreço em prol da manutenção da ordem e tranquilidade públicas ou de outra natureza.

Consideramos que milita a seu favor a circunstância atenuante a) falta de antecedentes criminais, do artigo 47 do CP, embora de reduzido valor atenuativo, conforme o entendimento firme e uniforme deste Tribunal.

Ponderado o peso das circunstâncias agravativas e atenuativas, afigura-se como adequada a pena de 9 anos de prisão imposta pelo tribunal *a quo* por se situar muito próximo do limite mínimo da moldura penal abstracta de 8 a 12 anos de prisão prevista para o crime, sendo certo que a ocorrência de maior número de circunstâncias com grande potencial agravativo justificaria a aplicação de uma pena mais gravosa *in casu*, mas a intervenção deste Tribunal Supremo na sindicância da pena concretamente aplicada sofre as restrições impostas pelo princípio da proibição da *reformatio in pejus* consagrado no artigo 463 do CPP.

Com isto dito, logo se chega à ilação de que a decisão do tribunal recorrido, de reduzir para 3 anos de prisão a pena aplicada pelo tribunal da causa, não pode passar incólume ao crivo da censura e, desde logo, por que não expõe as razões que a ditaram, ou seja, não fundamenta quando a tanto era obrigado por força do comando do artigo 9 do CPP conjugado com o artigo 158º do CPC.

O dever jurídico substantivo e processual de fundamentação visa justamente tornar possível o controlo total pelo Tribunal Supremo da decisão sobre a determinação da pena.

A intervenção deste Tribunal em sede de concretização da medida da pena, ou melhor do controlo da proporcionalidade no respeito à fixação concreta da pena, tem de ser necessariamente parcimoniosa, sendo entendido que no recurso interposto ao Tribunal Supremo destinado exclusivamente ao reexame de matéria de direito, pode sindicar-se a decisão da determinação da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou de procedimento, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, a falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum* exacto da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a desproporção da quantificação efectuada.³

Face à omissão do dever de fundamentação imposto por lei, averiguemos se, pelo menos os factos materiais dados por provados pela primeira instância e nos quais se baseou igualmente o tribunal recorrido para proceder à redução da pena, justificariam por si só uma tal medida no caso em apreço.

Queremos referir-mo-nos, de modo particular, à faculdade conferida ao julgador pelo artigo 119 do CP, de atenuar extraordinariamente a pena, substituindo, por exemplo, as

³No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal Supremo de Justiça de Portugal proferida no Processo 19/08-3PSPRT, de 14/05/2009

penas mais graves pelas menos graves, como sucedeu no caso *sub judice*, mas para tanto, como decorre claramente do corpo do preceito legal, tornava-se necessário tomar em consideração o especial valor das circunstâncias atenuantes.

A atenuação da pena nos termos do disposto no artigo 119 do CP, é excepcional, só devendo ser concedida quando o justifiquem circunstâncias atenuantes de excepcional relevo.

O fundamento da atenuação extraordinária da pena consiste na diminuição acentuada da ilicitude, na diminuição acentuada da culpa e ainda na diminuição acentuada da necessidade da pena e, portanto, das exigências de prevenção.

A atenuação extraordinária da pena, não depende, pois, do livre arbítrio do julgador e nem de considerações alheias a um juízo de ponderação do peso das circunstâncias atenuantes e agravantes de que resulte uma acentuada diminuição da ilicitude e da culpa.

No caso sob sindicância, já o dissemos acima, o conjunto das circunstâncias agravativas em confronto com a única circunstância atenuativa da ausência de antecedentes criminais, aliás de diminuto valor atenuativo, exclui a possibilidade do uso da faculdade de atenuação extraordinária da pena, por não se mostrarem reunidos os respectivos pressupostos.

Consequentemente, o tribunal recorrido, ao decidir reduzir a pena de 9 anos de prisão aplicada pelo tribunal a quo dentro dos limites mínimos e máximos da moldura penal abstracta em obediência aos critérios de determinação da medida concreta da pena estabelecidos no artigo 119 do CP, violou a lei substantiva, o que determina a nulidade prevenida nos artigos 721º e 722º do CPC, aqui aplicável subsidiariamente.

Ademais, verificando-se que o tribunal recorrido se limitou a reduzir a pena sem fundamentar, como se lhe impunha, por força do disposto no artigo 9 do CPP conjugado com o artigo 158º do CPC, a decisão assim tirada padece da nulidade prevenida na alínea a) do nº 1 do artigo 418 do CPP.

Em suma: estamos perante uma decisão prenhe de vícios que obstem a que subsista validamente e se torne eficaz e vinculativa no plano jurídico, justificando-se, assim, a sua revogação, nesta parte.

Diversamente, a decisão do tribunal da primeira instância, por que suportada por numa criteriosa apreciação dos factos e correcta aplicação do direito, deve ser acolhida, mantida e confirmada para todos os efeitos.

Uma última questão que emerge nesta reapreciação, prende-se com o facto de que, na pendência dos autos, foi publicado o Código Penal actualmente em vigor, aprovado pela

Lei nº 25/219, de 26 de Dezembro, que prevê, no artigo 208, as circunstâncias determinantes da agravação especial dos crimes previstos na secção, e nomeadamente o de violação p. p. pelo artigo 201 a que cabe a moldura penal abstracta de 2 a 8 anos de prisão.

Sucede que, de entre as circunstâncias especialmente agravativas da pena, não se incluía prevista no nº 1 do artigo 222 para o crime de violação p. e p. pelo artigo 218, ambos do CP de 2014, *quando o crime for praticado por pessoal das forças policiais*.

Como se intui, a lei nova eliminou do número das incriminações, pelo que de acordo com o princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido, é o Código Penal actualmente em vigor que se há-de aplicar ao crime de violação praticado pelos arguidos, ou seja, o artigo 201 que, como se viu acima, fixa a moldura penal abstracta de 2 a 8 anos de prisão.

É, pois dentro desta moldura penal abstracta, e tendo em conta o peso das circunstancias agravativas e atenuativas que militam contra e a favor do arguido, que se terá de fixar a medida da pena concreta.

Ponderados todos estes factores, afigura-se-nos justa e equilibrada a pena de 6 anos de prisão a impor a cada arguido.

III- Dispositivo

Nestes termos, os Juízes deste Tribunal Supremo, dando por procedente o recurso interposto pelo Ministério Público junto do tribunal recorrido, revogam o acórdão recorrido e condenam os arguidos **Bernardo Mbambamba e Sérgio Francisco Macamo**, com os demais sinais nos autos na pena de 6 anos de prisão.

Mantém, no mais, o decidido pelo tribunal da primeira instância.

Maputo, 11 de Fevereiro de 2025

Assinatura Relator: António Paulo Namburte, **Adjunto:** Luís António Mondlane