

Processo n° 37/2015

Recurso Penal

Crime de corrupção passiva para prática de acto ilícito, crime de concussão

Sumário:

1 - Comete o crime de concussão previsto e punido pelo artigo 314º do Código Penal revogado e 517 do Código Penal em vigor, o agente da polícia que interpela o ofendido na via pública por estar a fazer o transbordo de produtos alimentares de uma viatura para outra e lhe solicita os documentos comprovativos da aquisição, que não podendo apresentá-los, exige o pagamento de dinheiro, sob a ameaça de apreender os bens e encaminhá-los à esquadra da polícia;

2 – O crime de corrupção passiva para prática de acto ilícito, previsto e punido nos termos do disposto no n° 1 do artigo 7 da Lei n° 6/2004, de 17 de Junho, difere do crime de concussão, pela exigência, neste último, da extorsão, por meio de violência ou ameaça, que o agente emprega para lograr o recebimento dos dinheiros ou quaisquer outras vantagens de natureza patrimonial;

3 – Quando o tribunal superior tenha de fazer a convolação por infracção mais grave, ao abrigo do disposto nos artigos 447º e 448º do CPP, não se impõe a obrigatoriedade de notificar os réus para apresentarem a sua resposta, por força do disposto no n° 1º do § 1º do artigo 667º do CPP, tal obrigatoriedade é imposta apenas para os casos em que no seu visto inicial, o Mº Pº emita o seu parecer no sentido da agravação da pena, o que decorre do n° 2 do § 2º do mesmo dispositivo legal.

ACÓRDÃO

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

No Tribunal Judicial da Cidade de Maputo, mediante acusação do Mº Pº, foram os réus Agostinho Júnior Boa, Fernando Martinho Agostinho Mangendje e Massalma Marques António, com os demais sinais de identificação constantes dos autos, julgados e condenados, como autores materiais de um crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto e punido pelo n° 1 do artigo 7 da Lei n° 6/2004, de 17 de Junho, na pena de 6 (seis) anos de prisão e 6 (seis) meses de multa à razão de 30,00Mt (trinta meticais) por dia. Foram ainda condenados a indemnizar o queixoso e ofendido em 10.000,00MT (Dez mil meticais), por cada um, pelos danos materiais e morais que lhe causaram e no máximo de imposto de justiça.

Inconformados com o assim decidido, interpuseram os réus recurso para o Tribunal Superior de Recurso de Maputo (TSR), recurso este julgado parcialmente procedente, com a alteração no que toca à qualificação jurídica dos factos dados por provados, pois entende o venerando Tribunal de Recurso que os mesmos preenchem os elementos constitutivos do crime de concussão previsto e punido pelo artigo 314º do Código Penal, pelo que condenou os réus na pena de 16 anos de prisão maior, mantendo-se as restantes condenações, quanto ao imposto de justiça e à indemnização a favor do ofendido Zacarias Jeremias França.

Continuando irresignados com o decidido pelo Tribunal Superior de Recurso interpuseram os réus recurso para este Tribunal Supremo, formulando as seguintes conclusões:

- A questão de fundo com a qual não se conformam os recorrentes tem a ver com o enquadramento jurídico que o Tribunal Superior de Recurso fez dos factos dados por provados na primeira instância: a subsunção dos factos na tipologia do crime de concussão previsto e punido nos termos do artigo 314º do Código Penal, alterando a incriminação adoptada pela primeira instância, que considerou os factos dados por assentes como integradores de um crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto e punido pelo nº 1 do artigo 7 da Lei nº 6/2004, de 17 de Junho;
- Para chegar a tal veredicto, baseou-se na promoção do Ministério Público, segundo a qual os réus, usando da qualidade de agentes de autoridade, no exercício das suas funções, ameaçaram conduzir o ofendido à 18ª esquadra, caso não apresentasse os recibos ou facturas dos produtos que consigo ram encontrados;
- Mas discordam desta subsunção e incriminação, porquanto em momento algum ficou provado que os recorrentes receberam benefícios, concordando apenas que interpelaram o ofendido e lhe exigiram a apresentação dos documentos comprovativos da aquisição dos produtos, tal como provou o Tribunal de primeira instância;
- O Tribunal de primeira instância concluiu não ter ficado provado o emprego de ameaças, pois, se um agente de autoridade exigir comprovativos de um determinado produto por desconfiar da sua proveniência e aí anunciar que a sua falta implica a sua apresentação às autoridades policiais mais próximas, não está a praticar qualquer tipo de ameaça, senão simples advertência, porque só naquela instância é que seguiria os ulteriores termos processuais;
- Existe uma diferença entre o crime de concussão prevenido no artigo 314º do Código Penal e o crime de corrupção passiva para acto ilícito previsto e punido pelo artigo 7 da Lei nº 6/2004, de 17 de Junho, que reside no facto de no primeiro o agente usar de violências ou ameaças, ao passo que no segundo apenas recebe benefícios que não sejam devidos em violação do seu dever do cargo;
- No caso dos autos não se prova nem um nem outro dos crimes na medida em que não se provaram as referidas ameaças nem os benefícios recebidos;
- O Tribunal Superior de Recurso afastou a proibição da *reformatio in pejus*, previsto no artigo 667º do Código de Processo Penal (CPP), mesmo na ausência de elementos probatórios;

- A promoção do Ministério Público de folhas 187 a 200 dos autos veio a ser assumida pelo Tribunal de Recurso, não obstante o facto de pecar por não explorar aqueles elementos típicos e fundamentar o seu posicionamento, uma vez recebida pelo Tribunal de Recurso, este por sua vez não cumpriu com o preceituado do nº 2 do § 1º do artigo 667º do CPP.
- A falta de notificação a que se refere o citado dispositivo do CPP, viola o direito do contraditório que assiste aos recorrentes;
- Acresce dizer que o Tribunal Superior de Recurso condenou os ora recorrentes em pena mais grave que a aplicada pelo Tribunal de primeira instância afastando no caso a *reformatio in pejus*, previsto no nº 1 do artigo 667º do CPP; porém, não se mostram provados os elementos que serviram de base a essa decisão;
- Tendo o Ministério Público emitido parecer no sentido de aplicação da pena mais grave, o Tribunal Superior de Recurso não se dignou a notificar os recorrentes para exercer o seu direito de contradizer, pelo que tal omissão consubstancia uma irregularidade processual.

Terminaram, solicitando que o presente recurso seja julgado procedente por provado, revogando-se as decisões anteriormente tomadas pelos Tribunais recorridos.

O Digníssimo Procurador Geral Adjunto, representante do Ministério Público nesta instância, emitiu seu lúcido parecer de folhas 285 a 289 dos autos no sentido de que deve julgar-se parcialmente procedente o recurso, mantendo-se a qualificação jurídica dos factos como integrando o crime de concussão previsto e punido pelo artigo 314º do Código Penal revogado e artigo 517 do novo Código Penal, aprovado pela Lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro.

Reduzir a pena aplicada situando-se entre o mínima e a metade da moldura penal abstracta prevista no novo Código em obediência ao princípio da retractividade da lei penal consagrado no artigo 8 do Código Penal actualmente em vigor.

O que tudo visto, decidindo:

O recurso, conforme consta das conclusões alegatórias dos recorrentes suscita em primeira linha a questão jurídica de saber se os factos dados por provados nas instâncias integram o crime de corrupção passiva para acto ilícito previsto e punido pelo nº 1 do artigo 7 da Lei nº 6/2004, de 17 de Junho, tal como entendeu o Tribunal de primeira instância, ou então, o crime de concussão, previsto e punido pelo artigo 314º do Código Penal (revogado), como decidiu o Tribunal Superior de Recurso, e em segundo lugar, há que ajuizar se, tendo a instância de recurso decidido convolar para infracção diversa e mais grave ao abrigo do disposto nos artigos 447º e 448º ambos do CPP, impunha-se-lhe ao abrigo do disposto no artigo 667º do CPP, notificar os réus ora recorrentes para deduzirem o que achassem por conveniente, sendo que a falta dessa diligência constitui denegação do direito da defesa e do contraditório.

Importa antes de mais analisar em breves traços a matéria factual donde dimanam os acórdãos ora postos em crise.

- No dia 7 de Março de 2013, no período da manhã, cerca das 10 horas, próximo da terminal da Junta, nesta cidade, os arguidos interpelaram o queixoso Zacarias Jeremias França e o declarante Simão Manasse Cumbane, ambos com sinais de

identificação constante dos autos, no momento em que efectuavam o transbordo de 5 (cinco) sacos de arroz e 5 (cinco) garrações de vinho do camião conduzido pelo primeiro para a viatura tripulada pelo último;

- Os arguidos, que encontrando-se por perto, assistiram ao descarregamento, aproximaram-se do queixoso e declarante e após identificarem-se como agentes da PRM (Polícia da República de Moçambique), exigiram ao queixoso que exhibisse facturas comprovativas da regularidade da aquisição daqueles produtos;
- Como o queixoso não tivesse as facturas, os arguidos, após ameaçá-lo de apreender aqueles bens e conduzi-lo à 18ª esquadra da PRM exigiram o valor de 2.000,00Mt (Dois mil meticais), como condição para lhe deixar seguir o seu destino;
- O queixoso, alegando que não dispunha do valor em causa, contactou Mário Joaquim, seu colega de trabalho, solicitando emprestado o montante, tendo este respondido positivamente, pelo que dirigiu-se na companhia do arguido Agostinho até ao Porto de Maputo, portão 1, a fim de receber o valor;
- Ali chegados, o queixoso ligou para o seu colega para trazer o valor, e simulando ao agente que ia levantar a importância em causa dirigiu-se ao gabinete Central de Combate à Corrupção para denunciar os factos;
- No porto ficou o seu colega Mário Joaquim, o qual foi contactar o arguido Agostinho, que vendo a demora do queixoso exigiu que este lhe entregasse os 2.000,00Mt (Dois mil meticais), sob pena de prendê-lo em substituição daquele e mesmo assim, não satisfeito com o valor inicialmente exigido, obrigou-lhe que aumentasse mais 1.000,00Mt (Mil meticais), alegando que foi acordado com o queixoso o valor de 3.000,00Mt (Três mil meticais);
- Para satisfazer a exigência do arguido e intimidado com as ameaças, Mário Joaquim, como o fizeram antes para obter os dois mil meticais, dirigiu-se de imediato a uma caixa automática (ATM) do Millennium-BIM nas instalações da Universidade Pedagógica, onde procedeu ao levantamento daquele valor;
- Logo que o arguido Agostinho recebeu o valor total de 3.000,00Mt (Três mil meticais), acto contínuo, exigiu que fosse transportado até à Junta ao encontro dos seus colegas.

Esta matéria de facto dada por provada foi classificada pelo Tribunal de primeira instância como integrativa do crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto e punido pelo nº 1 do artigo 7 da Lei nº 6/2004, de 17 de Junho e dentro dessa qualificação foram os réus condenados na pena de 6 (seis) anos de prisão e 6 (seis) meses de multa, à razão de 30,00Mt (Trinta meticais) e em 10.000,00Mt (Dez mil meticais) de indemnização a favor do queixoso, por cada um dos réus, pelos danos materiais e morais e no máximo de imposto de justiça.

Divergindo da qualificação jurídica dada pela primeira instância, o Tribunal Superior de Recurso entende que a factualidade material tal como descrita tem melhor enquadramento como crime de concussão, previsto e punido pelo artigo 314º do Código Penal (revogado), cuja moldura penal abstracta é de prisão maior de 16 a 20 anos de prisão, pois verificam-se os elementos objectivos e subjectivos do crime, concretizando-se os primeiros na extorsão de dinheiro, por empregado público, extorsão esta que tenha sido praticada com

emprego de violência ou ameaças, e os segundos traduzidos na circunstância de o agente ter querido extorquir, por meio de violência ou ameaças, dinheiro.

Ponderando todas as circunstâncias do caso, o TSR condenou os réus na pena de 16 anos de prisão maior, mantendo as restantes condenações impostas pelo Tribunal de primeira instância.

Da sua banda, os réus, ora recorrentes discordam de ambas as decisões tomadas pelas instâncias, alegando: quanto ao veredicto prolatado pelo Tribunal de primeira instância, que nunca poderiam ser condenados como autores de um crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto e punido nos termos do nº 1 do artigo 7 da Lei nº 6/2004, de 17 de Junho, porquanto não ficou provado o recebimento dos valores, um dos elementos constitutivos do crime.

E no que tange ao acórdão proferido pelo TSR, mobilizam o argumento de que não se verifica no caso a ameaça, que é um elemento constitutivo do crime de concussão previsto no artigo 314º do Código penal, pois, que a advertência feita ao ofendido de que corria o risco de lhe ser apreendidos os produtos e conduzido à esquadra caso não apresentasse as facturas comprovativas da sua lícita aquisição, não pode ser havida como ameaça, sabido que tal actuação inscreve-se no âmbito dos poderes funcionais atribuídos aos gentes da PRM, de interpelar qualquer cidadão sobre quem recaiam suspeitas da prática de infracção e levantar o respectivo auto de notícia, quanto às infracções que tenham presenciado e remetê-lo às instâncias competentes para aí seguir os termos subsequentes.

Como facilmente se depreende, são três as posições que se agitam em torno do enquadramento jurídico da factualidade material dada por provada nos autos, as sufragadas pelas instâncias e a defendida pelos ora recorrentes, pelo que a tomada de posição conforme a lei perante tão controvertida questão, impõe que passemos de imediato em revista o quadro legal que as instâncias elegeram para fundamentar as suas decisões, a saber: a Lei nº 6/2004, de 17 de Junho quanto ao crime de corrupção passiva para acto ilícito e o Código Penal (revogado), artigo 314º para o crime de concussão.

Dispõe o nº 1 do artigo 7 da Lei nº 6/2004, sob a epígrafe *“Corrupção passiva, para acto ilícito”* *“As entidades previstas no artigo 2 que, por si ou interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitarem ou receberem dinheiro ou promessa de dinheiro ou qualquer vantagem patrimonial, que não lhe sejam devidos, para praticar ou não praticar acto que implique violação dos deveres do seu cargo, serão punidos”*.

Por seu turno, o artigo 314º do Código Penal (revogado), sob a epígrafe *“Concussão”* estabelece o seguinte:

“Todo o empregado público que extorquir de alguma pessoa, por si ou por outrem, dinheiro, serviços ou outra qualquer coisa que lhe não seja devida, empregando violências ou ameaças será punido...”

Confrontando os transcritos preceitos legais, fácil é verificar que existem diferenças substanciais entre o crime de corrupção passiva e o crime de concussão, face à diversidade dos respectivos elementos tipificadores, resultando daí que ambos guardam contornos particulares que decorrem da definição que lhes é dada pela lei.

No primeiro, o crime consuma-se com a solicitação e o recebimento pura e simples de dinheiro ou qualquer vantagem patrimonial, ao passo que no segundo, o agente emprega a violência ou ameaça para lograr o recebimento de dinheiro ou quaisquer bens ou direitos de natureza económica.

Têm em comum como objecto material uma vantagem indevida, ou seja uma vantagem ilícita, não autorizada por lei, expressa em dinheiro ou qualquer outra coisa de natureza patrimonial ou não, divergindo, no entanto quanto aos meios ou métodos utilizados pelo agente para a consecução do desígnio criminoso. A ilícita percepção de qualquer benefício ou utilidade pelo funcionário público por motivos das suas funções.

No primeiro, o recebimento de dinheiros pelo funcionário tem lugar contra a vontade, ou seja mediante vontade viciada pelo temor, da vítima da extorsão. No segundo, a drávida ou presente é entregue pelo corruptor voluntariamente como retribuição de actos das suas funções, ou de viciação destes.

O elemento e nota característica do crime de concussão que o distingue do crime de corrupção passiva para a prática de acto ilícito, segundo Cavaleiro Ferreira in *Scientia Jurídica*, Tomo X, nº 52, pág. 216 e seguintes), é o *metus publicae potestatis*. A vontade de quem dá ou promete dinheiro, serviços ou outra coisa qualquer que não seja devida, é coata, porque resultante do estado de sujeição em que a coloca o *metus publicae potestatis*.

Para haver concussão é necessário que o funcionário empregue meios de coacção, directos ou indirectos, para haver os dinheiros, serviços, etc... que recebe ilegalmente, enquanto para haver corrupção ou peita, basta que ele se limite a aceitar o que as partes lhe derem, remata o mesmo autor (pág. 218)

Dito por outras palavras, na corrupção passiva, o funcionário público em razão da sua função solicita pacificamente e recebe a vantagem indevida, ao passo que na concussão, para obter tal vantagem, emprega violência ou ameaça de fazer um mal injusto e grave, tendo a ameaça e represálias relação com a função exercida. Em suma, o agente obtém a vantagem económica de terceiro através da extorsão.

Extorsão, significa precisamente coagir alguém a entregar uma coisa, por meio de ameaças ou violência. A ameaça, deve consistir em si um mal ilegítimo para o ameaçado, e não um mal legítimo que deve suportar por força da lei.

Mas a violência ou ameaça, não é por qualquer violência ou ameaça, é a violência e ameaça resultante do abuso da qualidade de funcionário, ou das suas funções.

No caso em apreciação, não constituiria ameaça, por exemplo, se os agentes da polícia, em face da comprovada ilicitude da proveniência dos produtos, advertissem o queixoso de que os mesmos lhe poderiam ser apreendidos e levados a esquadra. Mas, repita-se, tornava-se necessário, antes de mais que tivesse sido produzida a prova de que os ditos artigos foram adquiridos por meios ilícitos ou então que se destinavam igualmente a um fim proibido por lei.

Com base nos elementos acabados de recensear, começemos por analisar os argumentos nos quais se baseiam os recorrentes para alicerçarem a sua pretensão de lhes ser excluída a responsabilidade criminal no caso em apreciação, alegadamente por ausência dos elementos constitutivos dos ilícitos penais pelos quais foram julgados e condenados pelas instâncias.

Nesta linha, e desde logo, mostra-se indefensável a tese sustentada pelos recorrentes segundo a qual não se lhes pode ser imputado o crime de corrupção passiva por falta de prova do recebimento dos dinheiros, pois na verdade, resulta da prova produzida e trazida ao processo que os réus exigiram ao queixoso, primeiro a importância de 2.000,00 Mt (dois mil meticais), e como alegasse que não dispunha desse valor, aquele telefonou para o seu colega Mário Joaquim, trabalhador do porto de Maputo, que aceitou emprestar o valor, sendo então que o queixoso e o arguido Agostinho se dirigiram, no carro do declarante Simão Manasse Cumbane, até ao porto, onde o referido Mário Joaquim lhe entregou a importância de 2.000,00 Mt (dois mil meticais), mais um acréscimo de 1.000,00 Mt (mil meticais) que aquele exigiu, alegando ser de 3.000,00Mt (três mil meticais) o valor acordado com o queixoso.

Como também não pode ser aceite, por falta de fundamento sério e objectivo, o argumento que esgrime os recorrentes de que deve excluir-se no caso dos autos a autoria material do crime de concussão, porque a advertência feita ao queixoso de que poderiam ser-lhe apreendidos os produtos e obrigado a comparecer à esquadra da polícia, caso não exhibisse os documentos comprovativos da sua aquisição, não constitui ameaça, antes insere-se no elenco dos poderes que, como agente da PRM lhe estão conferidos por lei, no âmbito da manutenção da lei e ordem e de prevenção e combate a crime, de interpelarem qualquer cidadão sobre quem recaiam suspeitas de prática de infracção e inclusive anunciar-lhe possíveis medidas de coacção a que pode sujeitar-se, caso não consiga ilidir tais suspeitas.

Pois, não foi isto que fizeram os aqui recorrentes: por um lado, não provaram em definitivo que o ofendido praticara uma infracção criminal ou de outra natureza, por outro, não lavraram ou auto, se é que estavam plenamente convencidos de que o queixoso infringira alguma norma no acto da aquisição dos produtos cujo transbordo presenciaram.

Ao invés, como resulta do material probatório carreado ao processo, os arguidos, sem se preocupar com a descoberta da verdade sobre a proveniência dos produtos que o queixoso transbordava, exigiram que este lhes pagasse o aludido valor ou valores, como condição para obstar à apreensão dos produtos.

Que dizer, a atuação dos arguidos no caso dos autos não foi presidido por objectivos que se prendem com a prevenção e repressão do crime, uma das principais funções a que se encontram os agentes da polícia legalmente investidos e vinculados, mas spura e simplesmente de extorquir dinheiro ao ofendido, sendo

que este, apenas aceitou efectuar o desembolso do valor que lhe foi exigido pelos arguidos contra a sua vontade, com o receio de que algum mal lhe viesse a acontecer, caso a tanto recusasse, mal esse que podia consistir, quer na privação da liberdade, que na apreensão dos produtos com que foi surpreendido.

E dúvidas não subsistem de que o mal que ao queixoso poderia ser infligido, revela-se todas as luzes injusto, na medida em que ele adquirira os produtos legalmente e só não dispunha na oportunidade dos documentos comprovativos da sua regular aquisição, pois do contrário, isto é, se os produtos em foco tivessem proveniência ilícita, não ousaria apresentar a queixa contra os arguidos ao Gabinete Central de Combate à Corrupção.

Acresce dizer que, o arguido Agostinho, que acompanhou o queixoso ao porto, a fim de receber o dinheiro que o seu colega Mário Joaquim prometera emprestar-lhe, ameaçou-lhe de prender, sob o pretexto de que o queixoso demorava a regressar, sendo que a prisão, segundo o arguido, serviria para pressioná-lo a regressar o mais depressa possível.

Por tudo isto que se dá por provado, não só que os arguidos ameaçaram o queixoso de lhe causar um mal injusto, como também que o mesmo efectuou o pagamento sob intimidação e medo, resultando ainda evidente que a interpelação feita pelos recorrentes ao ofendido não teve outro propósito senão extorquir-lhe dinheiro.

As considerações acabadas de expender, deixam já antever a nossa adesão à posição perfilhada pelo Tribunal Superior de Recurso no seu douto acórdão, pelo que este Tribunal tem por preenchidos todos os elementos descritivos e normativos do crime de concussão, previsto e punido pelo artigo 314º do Código Penal.

Resolvido o problema do enquadramento jurídico dos factos em debate nos autos, segue-se apreciar e decidir mais duas questões: uma suscitada pelos recorrentes na sua minuta e concernente à alegada denegação do direito ao contraditório pelo Tribunal Superior de Recurso ao decidir convolar pela infração diversa da que vinham condenados, a requerimento do Ministério Público, sem ter notificado os réus, para responder no prazo de oito dias como determina o n.º 2 do § 1º do artigo 667º do CPP, e a outra, que se extrai do douto parecer do Digníssimo Magistrado do M.º P.º, nesta instância, no sentido de se aplicar ao crime de concussão a lei nova – a do artigo 517 do Código Penal em vigor – por conferir tratamento mais benevolente ao réu, de harmonia com o comando do artigo 8 do mesmo diploma legal.

Quanto à primeira questão, suscitada pelos recorrentes, cumpre dizer que a lei no § 1 do artigo 667º do CPP, abre duas excepções à proibição da *reformatio in pejus*:

1º “Quando o tribunal superior qualificar diversamente os factos nos termos dos artigos 447º e 448º, quer a qualificação respeito a incriminação, quer as circunstâncias modificativas;

2º “Quando o representante do Ministério Público junto do tribunal superior se pronunciar, no visto inicial do processo, pela agravação da pena, aduzindo logo os fundamentos do sue parecer, caso em que serão notificados os réus, a quem será entregue cópia do parecer para resposta no prazo de oito dias.

Da análise e interpretação conjugada dos transcritos preceitos legais, resulta com meridiana clareza que nas duas situações que admitem a *reformatio in pejus*, apenas no segundo caso, ou seja quando o representante do MºPº, emita o seu parecer no sentido da agravação da pena – pressupondo obviamente o caso de a agravação incidir sobre a mesma infracção – caso em que se impõe a obrigatoriedade de notificar os réus para responderem no prazo que lhes é assinalado.

Diversa é a hipótese em apreço, em que, muito embora o MºPº tenha emitido o seu parecer inicial de fls.188 a 200, foi-o no sentido de que os factos dados por provados devem ser qualificados diversamente, e não com vista a agravação da pena, mas tal parecer em nada altera os dados da questão, já que quem decide em última instância, aceitando ou não a promoção do MºPº, é o Tribunal.

Assim sendo, a situação que se debate, não é de agravação pelo tribunal superior da pena imposta pelo tribunal de primeira instância sobre a mesma infracção, a única que determina a notificação dos réus, e cabível na previsão do nº 2 do § 1º do artigo 667º do CPP, mas concernente à diferente qualificação jurídica dos factos, conforme os artigos 447º e 448º, que está coberta pela previsão do nº 1 do citado preceito legal.

Não impõe, tal preceito de lei a obrigatoriedade de notificar os réus da diversa qualificação jurídica dos factos, presumindo-se que o legislador quis afastar neste caso tal exigência, pois de contrário tê-lo-ia consagrado de forma expressa como o fez no preceito do nº 2º. da citada disposição legal.

Solução que não oferece flanco à dúvida de *iure constituto*, mas cuja bondade e acerto têm vindo a ser questionados por alguma corrente de opinião que entende que o poder conferido ao tribunal superior de decidir unilateralmente convolar para infracção diversa em sede de recurso, com dispensa da notificação ou auscultação dos outros sujeitos processuais (o Ministério Público e o réu), sendo certo que este último pode ser prejudicado pela decisão, representa uma clara reminiscência do sistema inquisitorial que como tal conflitua abertamente com um importante princípio inerente ao sistema

acusatório (ou misto), adoptado pelo nosso direito processual penal, que exige a participação constante do juiz e das partes na observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais.

Embora se reconheça o direito de impugnar por via de recurso restrito à matéria de Direito para o Tribunal Supremo, a quem a decisão de convolar para infracção diversa resulte injusta e ilegal, sempre permanece em aberto o problema de saber se de *iure condendo* será de manter esta solução, ou antes se há de dar preferência aquela outra que preconize que a convolação para a infracção diversa deve ser precedida de uma ampla discussão e do contraditório entre a acusação e a defesa.

Questão esta que não podendo ser definitivamente resolvida nesta sede, releva no entanto, para acalorar os debates que têm presentemente lugar ao nível da reforma do Código Processual Penal em curso, donde se espera que germinem e ganhem solidez subsídios valiosos que poderão influenciar o legislador a consagrar as soluções que melhor se adequam ao modelo acusatório do nosso processo penal.

Termos em que se dá por improcedentes as alegações dos recorrentes.

Encarando a segunda questão, a relativa à aplicação da pena mais favorável ao réu, trata-se de uma regra que decorre do princípio universal do direito processual penal em matéria de sucessão das leis penais no tempo e que na nossa ordem jurídica mereceu tratamento no artigo 8 do Código Penal em vigor.

Verificando-se que a lei antiga punia este tipo legal de crime no artigo 314º com pena de 16 a 20 anos e que a lei nova pune com a pena de 2 a 8 anos de prisão no artigo 517, logo se vê que é esta pena – fixada na lei nova – que se há de aplicar ao caso dos autos por ser a mais branda e como tal favorável aos réu.

Quanto à medida concreta de pena, cumpre antes de mais fazer um reparo ao facto de que o TSR, no seu acórdão, não se pronunciou sobre as circunstâncias agravativas e atenuativas dadas por aprovadas pela primeira instância, como se lhe impunha, por força do disposto no nº3 do artigo 450º do CPP, obviamente por mero lapso, mas este Tribunal, concordando com o tribunal de primeira instância, dá por assentes as circunstâncias agravativas 7ª (pacto) e 10ª (duas ou mais pessoas), e acrescenta a atenuante da falta de antecedentes criminais, 23ª do artigo 39º do Código Penal, que entendemos verificar-se no caso, já que não existe nos autos prova em contrário.

Assim, ponderando o peso das circunstâncias agravativas, em confronto com a única circunstância atenuante, e tendo ainda em atenção a gravidade do crime e seus resultados, bem como os objectivos de reinserção dos réus e de prevenir a reincidência, os juizes da secção criminal do Tribunal Supremo, condena os réus: Agostinho Junior Boa, Fernando Martinho Magende e Massalma Marques, todos com os demais sinais de identificação que lhes respeitam constantes dos autos,

como autores materiais de um crime de concussão, previsto e punido pelo artigo 517 do Código Penal na pena de 3 (três) anos de prisão maior e sete meses de multa à taxa diária de 30,00 mt (trinta meticais) e no pagamento solidário de 7000,00 (sete mil meticais) de indemnização ao ofendido por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Máximo de imposto de justiça.

Maputo, aos 17 de Março de 2016

Ass: António Paulo Namburete, Luís António Mondlane,
João António da Assunção Baptista Beirão e Pedro Sinai Nhatitima