



REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE

TRIBUNAL SUPREMO

Proc. nº 148/2018

Secção Criminal

Autos de Recurso Penal

Recorrente: José Jaime Martinho

Vindos do Tribunal Superior de Recurso de Nampula

Relator: Mondlane, L. A.

SUMÁRIO

1. Não compete ao Tribunal Supremo sindicar a valoração da prova feita pelas instâncias, mas tão somente, apreciar a observância ou não das regras do direito probatório.
2. Ao abrigo do disposto no artigo 3, nº 4 do Código Penal “*quando a pena estabelecida na lei vigente ao tempo em que é praticada a infracção for diversa da estabelecida em leis posteriores, é sempre aplicada a moldura penal que concretamente, se mostrar mais favorável ao agente do crime (...)*”.
3. Se ao crime forem aplicáveis pena privativa e ou pena não privativa de liberdade, deve o tribunal dar preferência, em decisão fundamentada, à segunda, sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprovação e prevenção do crime.
4. O arguido não pode ser surpreendido na sentença condenatória com a consideração de agravantes não constantes da acusação e da pronúncia para as quais não teve oportunidade de se defender.

ACÓRDÃO

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal Supremo

I – RELATÓRIO

O Tribunal Judicial da Província de Nampula (5ª Secção) submeteu a julgamento, no processo de Querela registado sob o número 251/2007, o arguido **José Jaime Martinho**, com os demais sinais de identificação constantes dos autos, acusado de haver cometido um crime de comparticipação do encarregado da guarda de preso p. e p. pelo artigo 192, corpo, do Código Penal/1886, então vigente.

Concluído o julgamento, o tribunal julgou provada e procedente a acusação e, por acórdão constante de fls. 78 a 79 dos autos, datado de 26/11/2010, condenou-o na pena de 3 (três) anos de prisão maior, acrescida de máximo de imposto de justiça e 1.000,00Mt (mil meticais) de emolumentos ao defensor officioso.

Irresignado com a decisão assim tirada, José Jaime Martinho interpôs o competente recurso para o Tribunal Superior de Recurso de Nampula (TSR-Nampula). Motivando-o, aduziu, em síntese, que a sua conduta não se enquadra no disposto nos artigos 44º, nº 7; 20º; 21º; 22º e 23º, todos do C. Penal, pelo que deve ser absolvido.

Naquela instância, o Digníssimo Magistrado do Ministério Público expendeu no seu douto parecer que o recurso deve ser declarado improcedente com o fundamento de que os factos descritos nos autos consubstanciam o crime pelo qual o arguido foi condenado, uma vez demonstrado que agiu com intenção criminosa e, conseqüentemente, pronunciou-se pela manutenção do decidido.

Por sua vez, o TSR-Nampula, por acórdão datado de 12/07/2016, conforme se constata de fls. 135 a 138, negou provimento ao recurso com o fundamento de que o tribunal da 1ª instância formou a sua convicção em relação aos factos dados por provados com base na análise crítica dos elementos de prova constantes dos autos, bem como nos depoimentos dos declarantes enunciados nas fls. 9 a 10vº, 13vº, 16 e 17vº, 19 e 20, 21 e 22 dos autos.

Mais uma vez, inconformado com o aludido aresto impugnou-o, desta feita, para este Tribunal Supremo, alegando sucintamente que houve *violação do princípio da retroactividade consagrado no artigo 60 da Constituição da República e no artigo 8, nº 5, do C. Penal* e que o testemunho dos indivíduos nomeados a fls. 21, 12 a 13 e 16 a 17vº não pode fazer fé em juízo, pois que aqueles não preenchem os requisitos legais para serem convocados a depor judicialmente sobre factos de que tenham conhecimento, ao abrigo do artigo 616º e seguintes do C. Penal e artigos 242º e seguintes do C. P. Penal/1929, pois que não presenciaram os factos.

Pede, por fim, que se dê provimento ao recurso com a conseqüente absolvição do arguido da instância ou que, ao abrigo do princípio da retroactividade consagrado no nº 2 do artigo 60 da Constituição da República de Moçambique (doravante CRM) e no artigo 8, nº 5, do C. Penal/2014, a pena de prisão aplicada seja convertida em pena não privativa de liberdade ao abrigo do disposto no artigo 89 do mesmo código. Com tal asserção, pretende o arguido invocar o princípio da irretroactividade da lei, com ressalva dos casos em que se mostrar mais favorável ao arguido.

Nesta instância, o Digníssimo Representante do Mº Pº expendeu conclusivamente, no seu douto parecer, que face à matéria apurada nos autos, foi feita correcta subsunção dos factos, tendo o tribunal recorrido apresentado os fundamentos da sua convicção, isto por um lado. Por outro, não cabe na esfera das competências do Tribunal Supremo sindicar a valoração da matéria fáctica definitivamente fixada pelas instâncias (fls. 178-182).

Mais defende aquele Magistrado que, em obediência ao disposto no nº 4 do artigo 8 e no artigo 102, ambos do C. Penal, aprovado pela Lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro, deve ser preferencialmente aplicada pena não privativa de liberdade que é obrigatoriamente imposta ao condenado, desde que verificados os pressupostos legais

estabelecidos no artigo 102, nos termos do nº 2 do artigo 89 do diploma legal acima citado.

Por tal razão, posiciona-se pelo provimento parcial do recurso.

Correram os autos aos vistos legais, cumprindo, agora apreciar e decidir

II – FUNDAMENTAÇÃO

Eis os factos dados por provados pelas instâncias:

Ficou provado em sede de julgamento que, no dia 24 de Maio de 2007, o arguido José Jaime Martinho foi escalado como Oficial de Permanência na Cadeia Distrital de Muecate, Província de Nampula. Esteve igualmente de serviço o seu colega Carlos José Rocha que se ausentou, cerca das 16:45 horas, por um curto período de tempo, deixando aquele no posto de trabalho.

Após o seu regresso, Carlos José Rocha viu o arguido saindo do mato, tendo dito na ocasião que andara à procura de um recluso, preventivamente detido que se havia evadido.

A suposta fuga deu-se, alegadamente, em virtude de o arguido ter aberto a cela e ordenado a dois reclusos que fossem despejar no mato dois baldes contendo excrementos humanos (urina e fezes), mesmo estando o arguido desarmado e sozinho no posto. Fê-lo sabendo que um dos detidos, que acabou por fugir, não estava autorizado a realizar tais trabalhos de limpeza.

Entretanto, quando o Carlos Rocha regressou, o arguido pediu-lhe a arma e disparou um tiro para o ar. Ademais, quando o Carlos Rocha e mais quatro reclusos se dispuseram a encetar a busca do fugitivo, o arguido opôs-se, dizendo que não valia a pena embrenharem-se no mato, uma vez que o evadido tinha desaparecido.

O arguido pediu ainda ao seu colega que contribuísse com 1000.00MT (mil meticais) para entregar ao Escrivão da Procuradoria Distrital a fim de que este “acalmasse” o caso.

O arguido tinha conhecimento de que impedia sobre o detido, então evadido, a prática de um crime de homicídio voluntário e que aguardava a sua condução à Procuradoria da República na Província de Nampula para efeitos de instrução do respectivo processo.

Além disso, o Director da Cadeia tinha instruído o arguido a vigiar o detido e manter contacto permanente com o mesmo.

Das conclusões vertidas nas motivações ao recurso, avultam as seguintes questões, cujo conhecimento se impõe a este Alto Tribunal:

- i) A consistência ou suficiência do material probatório coligido nos autos, mormente na audiência de discussão e julgamento para efeitos de condenação do arguido, aqui recorrente;
- ii) A adequação e justeza da pena de prisão aplicada ou se, antes, deverá ser imposta ao arguido pena não privativa de liberdade;

De assinalar, desde já, no respeitante à primeira questão que acompanhamos o Digníssimo Magistrado do Ministério Público no seu douto parecer quando refere que não compete a este Tribunal sindicar a matéria de facto definitivamente fixada pelas instâncias. Tal facto não impede, porém, que se aquilate da observância das normas que regem o direito probatório na respectiva apreciação.

A respeito, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em considerar que a valoração da prova cabe ao julgador que goza da prerrogativa da livre apreciação, princípio esse consagrado no artigo 157 do C. P. Penal que não se confunde com uma apreciação arbitrária da mesma nem com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova.¹

O tribunal é livre de formar a sua convicção desde que, no processo, não contrarie as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, em suma, as regras do direito probatório.

A liberdade de apreciação da prova tem por esteio a busca da verdade material ou histórica, mediante a observância das garantias de defesa constitucionalmente positivadas (artigos 56 e 65 da CRM). A isso se acresce a fundamentação da decisão como imperativo de justiça, exigindo que o julgador desvende o percurso lógico percorrido na formação da sua convicção. Tal demonstração se concretiza com a elucidação dos meios de prova em que assentou a sua convicção e das razões da sua consideração. Releva a fundamentação da decisão para efeitos de controle da sua correcção pelas instâncias de recurso (controle interno) e, igualmente, mediante aferição da justiça administrada (controle externo), o que contribui para a consolidação da confiança sobre o sistema de justiça.

Na verdade, não se pode confundir o grau de discricionariedade implícito na formação do juízo de valor pelo julgador com o mero arbítrio: a livre ou íntima convicção do juiz não poderá ser nunca puramente subjectiva ou emotiva e, por isso, deverá ser fundamentada, racionalmente objectivada e logicamente motivada, de forma a susceptibilizar o controlo, como fez o tribunal recorrido.

Sopesada a prova produzida em audiência de discussão e julgamento, importa assinalar que esta mostra-se adequada e suficiente para fundamentar a convicção do tribunal *a quo* subjacente à condenação do recorrente nos termos e na medida em que o fez.

Uma decisão condenatória, mais do que a absolutória, deve assentar num juízo de certeza, para além de qualquer dúvida razoável, de que o tribunal logrou obter a verdade material ou histórica, alicerce da realização da justiça.

No caso vertente, defende o recorrente que a impugnada decisão teve por base os depoimentos de testemunhas que não *vivenciaram* os factos. Tal afirmação está destituída de fundamento na medida em que as testemunhas Carlos José Rocha, Mateus Bonifácio Madeira, Rosa Francisco César Augusto e Alberto Álvaro, colegas do recorrente, tomaram conhecimento dos factos, ainda que indirectamente², intimamente

¹ Direito Processual Penal, II Volume, Coimbra, Editora Danúbio, Lda., 1956, pág. 298.

² Está-se perante o âmbito do princípio da livre apreciação da prova, pois, em face de “*questão atinente à valoração da prova produzida em audiência que se repercutirá na decisão da matéria de facto. Estamos no âmbito dos meios de prova, dos princípios relativos à produção, validação e aferição da prova e da*

relacionados com a matéria factual que integra o tipo legal do crime imputado ao arguido constituindo, deste modo, prova bastante e suficiente para a formação da convicção do julgador (vide artigo 214º e seguintes do C. P. Penal de 1929).

Conclui-se, pois, que o tribunal recorrido não excedeu os limites objectivos que delimitam o princípio da livre apreciação da prova, recortando a diferença entre discricionariedade na decisão e o respeito pelo disposto no artigo 157, do C. P. Penal, tendo-se observado o estabelecido nos artigos 156, 159 e 160, todos do mencionado diploma legal.

Com efeito, no apuramento da factualidade julgada provada, o tribunal recorrido formou a sua convicção com base na valoração conjunta e crítica das provas apreciadas segundo as regras da experiência comum.

Não procede, pelas razões apontadas, a questão invocada pelo recorrente.

Vejamos, agora, a questão relativa à medida da pena, se privativa ou não da liberdade. De referir *prima facie* que a moldura penal abstracta decorre da norma incriminadora aplicável à conduta do arguido. Trata-se, no caso em apreço, do tipo legal do crime de participação de encarregado da guarda de preso p. e p. pelo artigo 192º do C. Penal/1886, então vigente, na pena de 2 a 8 anos de prisão maior.

O código que se lhe seguiu, aprovado pela Lei nº 35/2014, de 31 de Dezembro, regulou este tipo legal de crime no artigo 423, mantendo a mesma moldura penal abstracta. Do mesmo modo se posiciona o C. Penal vigente, aprovado pela Lei nº 24/2019, de 24 de Dezembro, que consagra o tipo legal do crime em questão no seu artigo 359, mantendo a mesma moldura penal abstracta.

Manda, com efeito, o artigo 67 do C. Penal que, na determinação da medida concreta da pena, deve dar-se prevalência a pena não privativa de liberdade³ desde que se verifiquem os respectivos pressupostos plasmados no artigo 68, observando-se o preceituado nos artigos 69 (proibição de aplicação de pena privativa de liberdade), 70 (escolha da pena não privativa de liberdade) e 71 (penas não privativas de liberdade); todos do C. Penal.

Impõe, deste modo, a lei uma ponderação sobre a medida que se mostrar mais adequada ao caso, atentos os requisitos acima indicados. Assim, se ao crime forem aplicáveis penas privativa e não privativa de liberdade, deve o tribunal dar primazia, em decisão fundamentada, à última, sempre que esta se mostrar suficiente para promover a

matéria de facto a considerar como provada e não provada, de acordo com a prova produzida e os critérios e princípios que devem reger a matéria da prova em processo penal” - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, datado de 09/15/2010, nº 173/05.6GBSTC.EI.SI.

³ Uma inovação que surge devido à crise do sistema carcerário de que resultou na adopção das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, também conhecidas por Regras de Tóquio. Segundo este importante instrumento, a pena deve satisfazer uma tripla finalidade, designadamente: a reparação à vítima, a prevenção geral e especial e a responsabilização do delinquentes, nos termos da Regra 1.4, que dispõe: "*Os Estados membros esforçam-se por aplicar as presentes regras de modo a realizarem um justo equilíbrio entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas e as preocupações da sociedade relativas à segurança pública e à prevenção do crime*".

recuperação social do delinquente e satisfazer as exigências de reprovação e de prevenção do crime.

Significa isto que são finalidades exclusivamente preventivas, de prevenção especial e geral, que justificam e impõem a pena não privativa da liberdade. Decorre deste postulado que uma pena não privativa da liberdade não poderá ser aplicada se com ela sofrer o sentimento de reprovação social do crime, isto por um lado. Por outro, é o relevo que se confere à prevenção especial e à ressocialização do infractor, uma vez comprovada a ineficácia do encarceramento como principal meio de controle social.

No tocante às circunstâncias agravativas e atenuativas da responsabilidade criminal do arguido, há que referir que, quer a acusação do Ministério Público (fls. 25/27), quer o despacho de pronúncia são omissos quanto a tais circunstâncias. A sentença, porém, considerou provadas as agravantes 1ª (premeditação), 24ª (ter sido cometido o crime prevalecendo-se o agente da sua qualidade de funcionário) e 25ª (ter sido cometido o crime, tendo o agente especial obrigação de o não cometer); todas do artigo 34º do C. Penal/1886, então vigente. Considerou válida a atenuante 23ª (quaisquer outras circunstâncias que precedam ou acompanhem o crime, nos termos do artigo 39º do citado texto legal. Não há reparo a registar quanto a esta última, não se podendo dizer o mesmo em relação às primeiras. Reside o facto nas garantias constitucionais de defesa, segundo as quais, o arguido não pode ser condenado por factos a que não teve oportunidade de se defender. Ora, não constando da acusação pública as assinaladas circunstâncias agravantes, o arguido não pode ser surpreendido pela sua consideração na condenação. É nula a sentença na parte em que considerou circunstâncias agravantes não arroladas pela acusação, ao abrigo do disposto no artigo 668º, alínea d), do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária.

Pelo que ficou expandido, no caso vertente e, ponderados os factos e a personalidade do agente, não é de lhe impor uma pena de prisão, uma vez demonstrada suficiente, por que adequada para a satisfação das necessidades da punição, a aplicação de pena não privativa de liberdade, nos termos do artigo 71, alínea a) conjugado com o artigo 72, referidos ao artigo 3, nº 4; todos do C. Penal.

III – DISPOSITIVO

Nestes termos, os Juízes da Secção Criminal do Tribunal Supremo, dando provimento parcial ao recurso, revogam o acórdão recorrido no tocante à medida concreta da pena e impõe ao arguido, ora recorrente, **José Jaime Martinho**, já identificado, a pena de 3 (três) anos de prisão, convertida em multa, à taxa diária de 30.00Mt.

Sem imposto.

Maputo, 29 de Março de 2022

Assinatura:

Dr. Luís António Mondlane

Dr. Leonardo André Simbine

Dr. António Paulo Namburete

Dr. Rafael Sebastião