Recurso nº 187/2007

Recorrente: A

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

O arguido **A** respondeu nos autos do Processo Comum Colectivo nº CR2-05-0140-PCC perante o Tribunal Judicial de Base.

Realizada a audiência de julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu o Acórdão decidindo que:

- Condena o arguido **A** pela prática, em autoria material e na forma consuma de:
  - 1 crime de abuso sexual de crianças, p. p. pelo artº 166º, n.º 3 do Código Penal, na pena de 3 anos e 9 meses de prisão efectiva; e
  - 1 crime de ofensa simples à integridade física, p. p. pelo artº 137º, n.º 1 do Código Penal, numa pena de 9 meses de prisão.
- Em cúmulo jurídico dos 2 crimes, condenado numa única pena de 4 anos de prisão efectiva.

- À título da indemnização dos danos da ofendida **B** e **C**, condena o arguido a pagar, respectivamente, no montante de MOP$50,000.00 e MOP$1,000.00, acrescidos dos juros à taxa legal, a contar desde a data do trânsito em julgado do presente acórdão até efectivo e integral pagamento.

Inconformado com a decisão, recorreu o arguido **A** que motivou, em síntese, o seguinte:

1. Foi o arguido, ora recorrente, condenado como autor material de um crime de ofensas simples à integridade física, p. e p. pelo artigo 137º, n.º 1, do CP, na pena de 9 (nove) meses de prisão.
2. Dispõe esta disposição normativa que: "Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa":
3. Assinale-se que a conduta do arguido originou directa e necessariamente à ofendida **C** ferimentos de pouca gravidade, como sejam contusão e inchaço na parte direita da face, como resulta do acórdão recorrido, sendo que essas lesões demandaram, alegadamente, apenas 3 dias de doença, como se conclui no relatório médico de fls. 7 dos presentes autos.
4. O arguido confessou os factos relativos à sua conduta de forma livre e expontânea; mostrou-se sinceramente arrependido; era primário, sem antecedentes criminais,

cumprindo ainda sublinhar que o crime em causa foi cometido em data anterior ao da prática do crime de abuso sexual de que também foi condenado.

5. Conclui-se assim que é perfeitamente legítimo conceber, em sede dos artigos 64º e 65º do CP, que a aplicação de pena de multa seja suficiente e adequada para a prossecução da finalidade de punição, tanto ao nível da prevenção especial como ao da prevenção geral.

6. Atentas as consequências de pouca gravidade causadas à ofendida, a prevalência da multa à pena de prisão é perfeitamente justificativa, realizando-se também por este meio, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição, medida que se mostraria por demais suficiente para promover a recuperação social do arguido e para satisfazer ainda as exigências de reprovação do acto e da prevenção de crimes.

7. Tendo ainda em conta a personalidade do agente, as condições actuais da sua vida devidamente expressas no relatório social emitido pelo IASM de 26 de Outubro de 2006, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, bem assim a sua conduta anterior e posterior ao crimes em causa, deveria, pois, ter sido aplicada a pena de multa ao arguido, em lugar da pena de prisão, relativamente ao crime de ofensas corporais simples.

8. A pena de multa a aplicar não deveria, nesse caso, exceder o termo médio entre o máximo (360 dias) e o

mínimo (10) da multa aplicáveis (vide artigo 45º, n.º 1, do CP), à razão de 50/100 patacas por dia, considerando a situação económica modesta do arguido e que o mesmo encontra-se presentemente desempregado.

9. Embora sem conceder, mas por mera cautela de patrocínio, na hipótese de V. Exas. considerarem que não se justifica a substituição da pena de prisão por multa, considera o arguido que jamais deveria ser condenado numa pena de prisão superior a um mês pela prática daquele crime de ofensas simples à integridade física.

10. Violou assim a decisão recorrida o disposto nos artigos 64º, 65º e 137º, n.º 1, do CP.

11. A "atenuação especial da pena" é matéria regulada nos artigos 66º e 67º do CP, o primeiro destes comandos enunciando os seus "pressupostos" e o segundo os seus "termos".

12. Reza o artigo 66º que:

    1. O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a clpa do agente ou a necessidade da pena.

2. Para efeitos do disposto no número anterior são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;

b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;

c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;

d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta;

e) Ter o agente sido especialmente afectado pelas consequências do facto;

f) Ter o agente menos de 18 anos ao tempo do facto.

3. Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou em conjunto com outras, der lugar simultaneamente a uma atenuação especial da pena expressamente prevista na lei e à atenuação prevista neste artigo.

13. O uso do faculdade extraordinária do artigo 66º do CP pressupõe assim um acervo de circunstancias anteriores,

coevas ou posteriores ao crime que, notoriamente, diminuam a culpa, a ilicitude ou as necessidades de punição.

14. Em benefício do recorrente, provaram-se as seguintes circunstâncias atenuantes que, notoriamente, e segundo o tribunal recorrido, diminuíram a culpa, a ilicitude e as necessidades de punição:

    a) Confessou este de forma livre e expontânea os factos que lhe foram imputados, contribuindo decisivamente para a descoberta da verdade material.

    b) O arguido é primário, não tendo antecedentes criminais, como resulta do certificado de registo criminal junto aos autos;

    c) Mostrou sincero arrependimento e ficou especialmente afectado pelas consequências dos seus actos, conforme demonstrou em sede de declarações prestadas perante o Ministério Público (cfr. fls. 35) e em plena audiência de julgamento e como decorre ainda do relatório social emitido pelo IASM de 26 de Outubro de 2006.

15. Acresce que já decorreu algum tempo entre a prática dos crimes e a da punição, sem que qualquer responsabilidade possa ser imputada ao ora recorrente por essa situação, mantendo este boa conduta durante todo esse período

de tempo como se infere do mesmo certificado de registo criminal.

16. A juntar a isso, cumpre dizer que provado não ficou que o arguido soubesse que a vítima tinha na realidade menos de 14 anos de idade; ficou apenas assente que "o arguido tinha possibilidade de que a ofendida ainda não tivesse completado essa idade".

17. Imputa-se ao arguido, afinal de contas, um mero dolo eventual da sua conduta, a roçar os limites da mera negligência, e não um dolo directo ou necessário, nos termos do qual o agente, representando o evento decorrente do seu comportamento como possível, expressamente haja consentido ou aderido.

18. O conteúdo do injusto dolo eventual é menor que o das outras classe de dolo, porque aqui o resultado não foi proposto nem tido como seguro, senão que se abandona ao curso das coisas.

19. Deveria assim o Tribunal "a quo" ter decidido aplicar o disposto no artigo 67º do CP em face de todas aquelas circunstâncias, atenuando especialmente a pena no que ao crime de abuso sexual de crianças diz respeito, já que em relação ao outro crime (crime de ofensas simples à integridade física) a aplicação de pena de multa, como se disse, seria suficiente e adequada para a prossecução da finalidade de punição.

20. Depois da aplicação daquele mecanismo previsto no artigo 67º do CP, a nova moldura penal quanto ao crime em causa cifra-se em 6 anos e 8 meses de prisão (80 meses), no seu limite máximo, e em cerca de 2 anos, quatro meses e 20 dias, no seu limite mínimo (cfr. artigo 67º, n.º 1, alíneas a) e b), do CP, conjugado com o artigo 166º, n.º 3, do mesmo Código).

21. Conclui-se assim que uma pena de 2 anos e nove meses de prisão revelar-se-ia adequada, justa e equilibrada, em função das circunstâncias atenuantes acima discriminadas que, notoriamente, diminuem a culpa, a ilicitude e as necessidades de punição, para além de que a intensidade do dolo manifestado pelo arguido revela-se pouco significativa tomando em conta que provado não ficou que este soubesse que a vítima ainda não tinha completado 14 anos de idade, embora mostrando-se previsível esse mesmo evento.

22. Violou assim a decisão recorrida o disposto nos artigos 66º, 67º e 166º, n.º 3, do CP.

23. Nos termos do artigo 48º, n.º 1, do CP, a suspensão da execução da pena depende, antes de mais, de um pressuposto formal, ou seja, de que a pena aplicada pelo tribunal seja em medida não superior a três anos, pressuposto esse que se verificará no caso de V. Exas. considerarem procedente o presente recurso, na parte em que se propõe uma pena de 2 anos e nove meses de prisão, quanto ao crime de abuso sexual de crianças, e,

por outro lado, uma pena de multa em substituição da pena de prisão aplicada pelo Tribunal recorrido, quanto ao crime de ofensas simples à integridade física.

24. Na base da decisão de suspensão da execução da pena deverá estar uma prognose social favorável, ou seja, a esperança de que o arguido sentirá a sua condenação como uma advertência e de que não cometerá no futuro nenhum crime.

25. A suspensão da execução da pena de prisão constitui uma medida de conteúdo reeducativo e pedagógico, de forte exigência no plano individual, particularmente adequada para, em certas circunstâncias e satisfazendo as exigências de prevenção geral, responder eficazmente a imposições de prevenção especial de socialização, ao permitir responder simultaneamente à satisfação das expectativas da comunidade na validade jurídica das normas violadas e à socialização e integração do agente no respeito pelos valores do direito, através da advertência da condenação e da injunção que impõe que o agente conduza a vida de acordo com os valores socialmente mais relevantes.

26. A ameaça da prisão, especialmente em indivíduos sem antecedentes criminais, mas também em indivíduos que nunca tiveram uma experiência prisional e se mostram socialmente integrados, contém, por si mesma, virtualidades para assegurar a realização das finalidades da punição, nomeadamente a finalidade de prevenção

especial e a socialização, sem sujeição ao regime, sempre estigmatizante e muitas vezes de êxito problemático, da prisão.

27. A suspensão da execução, acompanhada das medidas e das condições admitidas na lei que forem consideradas adequadas a cada situação, permite, além disso, manter as condições de sociabilidade próprias à condução da vida no respeito pelos valores do direito como factores de inclusão, evitando os riscos de fractura familiar, social, laboral e comportamental como factores de exclusão.

28. A filosofia e as razões de política criminal que estão na base do instituto, radicam essencialmente no objectivo de afastamento das penas de prisão efectiva de curta e média duração, garantindo ainda, quer um conteúdo bastante aos fundamentos de ressocialização, quer exigências mínimas de prevenção geral e de defesa do ordenamento jurídico, afigurando-se nuclear neste instituto o valor da socialização em liberdade.

29. Não são, por outro lado, considerações de culpa que devem ser tomadas em conta, mas juízos prognósticos sobre o desempenho da personalidade do agente perante as condições da sua vida, o seu comportamento e as circunstâncias do facto, que permitam fazer supro que as expectativas de confiança na prevenção da reincidência são fundadas.

30. A suspensão da execução da pena não depende de um qualquer modelo de discricionariedade, mas, antes, do exercício de um poder-dever vinculado, devendo ser decretada, na modalidade que for considerada mais conveniente, sempre que se verifiquem os respectivos pressupostos formais e materiais.

31. Tudo ponderado, afigura-se adequada uma prognose favorável ao ora recorrente, à luz de considerações exclusivas de socialização, tomando em conta que este não tem antecedentes criminais; apresenta bom comportamento anterior e posterior aos crime em causa; nunca teve qualquer experiência prisional; e mostra-se, hoje em dia, social e familiarmente integrado.

32. Sendo que a ameaça de prisão contém por si mesma, virtualidades para assegurar a realização das finalidades da punição, sem sujeição ao regime, sempre estigmatizante e muitas vezes de êxito problemático, da prisão.

33. E no que concerne à prevenção geral perde algum sentido uma condenação em prisão efectiva cuja gravidade foi mitigada pelas circunstâncias do próprios factos e sobretudo por circunstâncias atenuantes – como sejam a confissão, o arrependimento, para já não falar da própria idade do recorrente que contava apenas 20 anos de idade na altura dos factos.

34. Para além de já ter decorrido algum lapso temporal entre os factos praticados e a propalação do acórdão posto agora em crise, mantendo o recorrente durante este tempo bom comportamento, o que, desde logo, dilui as exigências de prevenção geral e revela que não são prementes as necessidades de prevenção especial, sendo, pois, de afastar a pena de prisão em causa, para mais de média duração.

35. Sendo que a prevenção geral assume o primeiro lugar como finalidade da pena. Prevenção geral, não como prevenção negativa, de intimidação do delinquente e de outros potenciais criminosos, mas como prevenção positiva, de integração e de reforço da consciência jurídica comunitária e do sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida.

36. Concluir-se assim que a suspensão da execução permite, além de tudo, manter as condições de sociabilidade próprias à condução da vida do recorrente no respeito pelos valores do direito como factores de inclusão, evitando os riscos de fractura familiar, social e comportamental como factores de exclusão.

37. Cumprindo dizer ainda que o recorrente está disposto a cumprir os deveres que lhe são impostos, designadamente pagando as indemnizações devidas e dando às vítimas satisfação moral adequada, tudo nos termos do artigo 49º, n.º 2, do CP, comportamento adequado à realização das finalidades de punição e que, em conjunto com os

restantes factores, justificam a suspensão da execução da pena de prisão.

38. O douto acórdão recorrido violou, pois, a norma do citado artigo 48º do CP uma vez que face à ponderação global do grau de culpabilidade e comportamento moral do recorrente e demais circunstâncias, devia ter aplicado o instituto da suspensão da execução da pena fixada.

39. Violou, ainda, o douto acórdão recorrido o princípio da proporcionalidade e da necessidade das penas pois uma pena efectiva é desnecessária para cumprir as finalidades da punição no caso concreto.

40. Verificando-se assim os pressupostos legais, formais e materiais, requer assim que seja dado provimento ao presente recurso e, em consequência, seja aplicado o regime da suspensão da execução da pena aplicada ao recorrente, no tocante ao crime de abuso sexual de que foi condenado.

41. Devendo, pois, ser fixado um período de suspensão de três anos quanto à pena a aplicar pela prática deste crime, a qual, na perspectiva da ora recorrente, deve situar-se, como já se disse, em 2 anos e nove meses de prisão.

Termos em que se requer a V. Exas. se dignem considerar procedente o presente recurso, revogando a decisão recorrida nos seguintes termos:

- Ser o arguido condenado a uma pena de multa em substituição da pena de prisão aplicada, no tocante ao crime de ofensas simples à integridade física;
- Sem conceder, mas por mera cautela de patrocínio, na hipótese de V. Exas. considerarem que não se justifica a aplicação de pena de multa, que o arguido seja condenado numa pena de prisão nunca superior a um mês pela prática daquele crime;
- Seja a pena de prisão aplicada pela prática do crime de abuso sexual de crianças especialmente atenuada, considerando-se que uma pena de 2 anos e nove meses de prisão revelar-se-ia adequada, justa e equilibrada;
- Seja aplicado o regime da suspensão da execução referente a essa pena de prisão, ora proposta, fixando-se, consequentemente, um período de suspensão de três anos.

Ao recurso respondeu o Ministério Público que concluiu que:

"Longamente motivando e extensamente concluindo, o recorrente pede, a final:

- a substituição da pena de 9 meses de prisão, pelo crime de ofensa simples à integridade física que se provou ter cometido, por uma pena de multa; ou,
- a manter-se, para tal crime, pena de prisão, esta nunca deverá ser superior a um mês;
- a pena relativa ao crime de abuso sexual que comprovadamente praticou deverá ser especialmente atenuada e, em consequência, fixada em 2 anos e 9 meses de prisão, medida que entende "adequada, justa e equilibrada", e
- decretada a suspensão da pena, por um período de três anos, subordinada embora ao cumprimento de deveres e regras de conduta.

Cremos, Ilustres Juizes, não ser de satisfazer nenhum destes pedidos.

Vejamos.

Antes de mais, comecemos pela escolha e medida da pena pelo crime de ofensa à integridade física na pessoa de **C**, no dia 24 de Novembro de 2003, sendo a ofendida, então, sua namorada.

Ora, sendo o crime punido "com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa" – artº 137º n.º 1 do C. Penal – mui bem entenderam os Mmºs Juizes que, "in casu", a pena de multa não realizada, adequada e suficientemente, as finalidades da punição.

Por isso, bem fizeram em optar pela pena de prisão.

É que, como se provou, o recorrente "agrediu com o cotovelo à parte de maxila inferior direita da ofendida **C**. Seguidamente, os menores **D**, **E**, **F** e outros 20 ou 30 indivíduos desconhecidos agrediram com murros e pontapés à ofendida **C**".

De modo que, o contexto e o circunstancialismo da prática dos factos dolosos é de elevada censura penal.

Assim, observando escrupulosamente os critérios legais previstos no artº 65º n.ºs 1 e 2 do C. Penal, o Tribunal, ainda assim, fixou uma pena abaixo da zona intermédia da respectiva moldura.

Daí que não nos pareça nada exagerada, sendo, pelo contrário reveladora de ajustada dosimetria penal.

Aqui chegados, podemos abordar, agora, a questão da atenuação especial da pena, no que tange ao crime de abuso sexual de crianças, porque se bate com afinco.

E, para tanto, adianta, a seu favor, uma série de circunstâncias, a saber:

- "Confessou este de forma livre e expontânea os factos que lhe foram imputados, contribuindo decisivamente para a descoberta da verdade material".
- Era primário.
- "Mostrou sincero arrependimento e ficou especialmente afectado pelas consequências dos seus actos ... declarações prestadas perante o Ministério Público ... em plena audiência de julgamento e como decorre ainda do

relatório social emitido pelo IASM de 26 de Outubro de 2006".

- O decurso já de algum tempo desde a prática dos factos.
- ... "provado não ficou que o arguido soubesse que a vítima tinha na realidade menos de 14 anos de idade; ficou apenas assente que "o arguido sabia que tinha possibilidade de que a ofendida ainda não tivesse completado 14 anos de idade".
- Pelo que é "... um mero dolo eventual da sua conduta, a roçar os limites da mera negligência e não um dolo directo ou necessário".

Por isso, atento o disposto nos artºs 66º n.ºs 1 e 2, 67º n.º 1 al, a, e b, e 166º n.º 3 do C. Penal, entende que lhe deveria ter sido especialmente atenuada a pena de prisão por este crime cuja medida justa e equilibrada – adianta – deveria (e deverá) ser de 2 anos e 9 meses de prisão.

Sucede, porém, que, ao contrário do que diz, aquelas circunstâncias atenuativas não se provaram de todo.

Desde logo, não consta da acta da audiência de julgamento nem do texto do douto acórdão que tenha confessado, livre, espontaneamente e por inteiro, os factos imputados.

Outrossim o que se consigna a fls. 287vº do acórdão (convicção do Tribunal) é que tão só confessou parcialmente os factos, (sendo que, a experiência ensina que as confissões parciais pouca relevância têm por se traduzirem, em regra, na assumpção das inegáveis evidências).

Depois, quanto à idade da ofendida, porque nasceu a 23 de Setembro de 1992 e os factos ocorreram a 23 de Junho de 2004, tinha, então, precisamente 11 anos – 11, atente-se! – e 9 meses.

Ou seja, bem longe dos 14 anos que a lei estabelece como limite para este ilícito – artº 166º n.º 1 do C. Penal – cujo valor protegido é a autodeterminação sexual.

A este propósito, sobre a idade como elemento do tipo dos crimes sexuais, o saudoso Professor Eduardo Correia ensina:

"Faz parte do conhecimento normal de todas as pessoas que a idade é um elemento que pode tornar puníveis as relações sexuais de qualquer espécie; a sua prática está, pois, normalmente ligada a esse conhecimento" – DIREITO CRIMINAL I, Livraria Almedina, pág. 396.

Consigne-se que a ligação subjectiva do recorrente aos factos dúvidas o Tribunal não teve que é dolosa, na medida em que fez constar dos factos provados que : "O arguido sabia que tinha possibilidade de que a ofendida não tivesse completado 14 anos de idade, mesmo assim, manteve com ela relações sexuais".

Nesta conformidade, sendo embora dolo do tipo eventual – artº 13º n.º 3 do C. Penal – bem longe está de "roçar os limites da mera negligência", como o recorrente ousou escrever.

Seja como for, inexistindo, no caso "sub judice", circunstâncias com virtualidade para diminuírem "por força acentuada a ilicitude do facto" ou a "culpa do agente", não vemos como é que o Tribunal podia lançar mão da atenuação especial da pena – artº 66º nºs 1 e 2 e 67º, deste Código.

Porque assim, e como ponto de partida para determinação da pena, o Tribunal, atento o disposto no artº 65º n.º 1 ainda deste diploma legal, tinha que atender à respectiva moldura abstracta da pena.

Ora, esta – artº 166º n.ºs 1 e 3, ainda deste Código – é de "prisão de 3 a 10 anos".

Assim, a pena de 3 anos e 9 meses de prisão que lhe foi aplicada pela prática deste crime, situa-se apenas um pouco acima do seu limite mínimo.

E não merece, a nosso ver, qualquer censura ou reparo, até por revelar escrupulosa observância dos critérios legais – artº 65º nºs 1 e 2 do C. Penal.

Por outro lado, o cúmulo jurídico dos 2 crimes, computado na pena única de 4 anos de prisão efectiva, respeita as regras da punição do concurso previstas no artº 71º deste Código.

Por conseguinte, jamais o Tribunal chegou sequer a equacionar a possibilidade de decretar a suspensão da execução da pena.

Isto porque, por a pena, não obstante a generosidade dos Mmºs Juizes, ultrapassar a barreira dos 3 anos de prisão, inexistia, para tanto, o primeiro –verdadeira condição "sine quo non" – dos pressupostos de que a Lei – artº 48º n.º 1 do C. Penal – faz depender tal possibilidade.

Ainda assim, necessários também eram, cumulativamente, os demais requisitos, ali referidos, o que, "in casu", seria de todo problemático.

De modo que, não estando, como não estavam, preenchidos os requisitos legais, não podia o Tribunal suspender-lhe a execução da pena.

Termos em que, e nos melhores de direito, negando provimento ao recurso e, consequentemente, mantendo o decidido".

Nesta instância, a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer que se transcreve o seguinte:

"Na sua motivação do recurso, suscita o recorrente as questões que se prendem com a aplicação da pena de multa ao crime de ofensa simples à integridade física, com a atenuação especial da pena de prisão quanto ao crime de abuso sexual de crianças e com a suspensão da execução da pena relativamente a este último crime.

Na sua resposta, o Magistrado do Ministério Público evidencia já a sem razão do recorrente.

Em primeiro lugar, entende o recorrente que deve ser aplicada a pena de multa ao crime de ofensa simples à integridade física por si praticado, invocando as consequências de pouca gravidade causadas à ofendida, a prevalência da multa à pena de prisão e a realização, por este meio, as finalidades da punição.

Ora, é verdade que, quando estão em causa penas alternativas, como é no caso de ofensa simples à integridade física, a lei impõe ao tribunal que dê preferência à pena de multa.

No entanto, trata-se duma preferência condicional, uma vez que a imposição de opção pela pena de multa só se opera quando "esta

realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição" (artº 64º do CPM).

Por sua vez, o artº 40º n.º 1 do CPM prevê que "a aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade".

No caso sub judice, ficou provado que o ora recorrente, os menores **D**, **E**, **F** e outros 20 a 30 indivíduos desconhecidos agrediram **C**, a namorada do recorrente.

Salvo o devido respeito, parece-nos que, face aos factos apurados nos autos, nomeadamente o circunstancialismo em que foi praticado o crime, o Tribunal a quo andou bem em condenar o recorrente na pena de prisão, pois a elevada censura dos factos não aconselham a aplicação da pena de multa, que não é adequada nem suficiente para a realização das finalidades da punição, sobretudo na vertente da prevenção geral.

Por outro lado, também não se mostra exagerada a pena de 9 meses de prisão encontrada pelo Tribunal a quo, que fica abaixo de 1/3 do respectivo limite máximo da moldura penal prevista para o crime em causa.

Acrescentando, nunca se pode aceitar a pretensa pena de prisão não superior a 1 mês, indicada pelo recorrente na sua motivação do recurso.

Em segundo lugar, pretende o recorrente a atenuação especial da pena de prisão quanto ao crime de abuso sexual de crianças.

Para o efeito, alega a sua confissão, a ausência de antecedentes criminais, o sincero arrependimento, o decurso do tempo sobre a prática dos crimes e o facto de ficou especialmente afectado pelas consequências do facto.

Desde logo, não resulta dos autos a confissão integral e sem reserva por parte do recorrente, já que, tal como consta na fundamentação da sentença, o recorrente confessou a maior parte dos factos.

A atenuante do arrependimento sincero referido no n.º 2 do artº 66º do CPM verifica-se se o agente se arrepender logo depois da prática do crime e espontaneamente esforçar-se por impedir ou atenuar as suas consequências, ou efectuar voluntariamente a reparação do dano causado, o que não ocorreu no nosso caso.

A jurisprudência já decidiu que "a atenuação especial do arrependimento sincero do arguido《demonstrado》por actos (artº 73º, n.º 2, al. e) do C. Penal de 1982), não se satisfaz com um arrependimento meramente proclamado em audiência, desacompanhado de actos ou fenómenos exteriores que o comprovem. O legislador, na sua sabedoria das realidades da vida, não deixou de ter em conta o quanto é fácil afirmar em audiência que se está arrependido" (Ac. do STJ de Portugal, de 2-12-1993, proc. n.º 45255).

E "para efeitos de atenuação especial da pena, o arrependimento só é relevante se se traduzir em actos concretos demonstrativos de tal sentimento" (Ac. do TUI, de 19-9-2001, proc. n.º 14/2001).

Parece-nos que tanto a confissão parcial nem o arrependimento alegado apenas com base na confissão não é relevante para efeito de atenuação especial da pena pretendida pelo recorrente.

E nunca se pode admitir que já decorreu "muito tempo" (tal como é referido na al. d) do n.º 2 do artº 66º do CPM), desde a prática dos crimes.

Nem se diga que o recorrente ficou especialmente afectado pelas consequências do facto, o que não foi dado como provado nem resulta do teor do relatório social junto aos autos (fls. 252 a 258), pois não se vê como foi tal "afectação especial".

Resumindo, com excepção de ser primário, nos autos não constam quaisquer elementos que militem a favor do recorrente para efeitos de atenuação especial da pena, sendo que aquela circunstância verificada, por si só, não tem valor susceptível para diminuir, de forma acentuada, a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, pelo que não assiste razão ao recorrente no que concerne à pretensa atenuação especial da pena.

Quanto ao dolo do recorrente, é verdade que foi dado como assente que o recorrente soube que muito provavelmente a ofendida não tinha completado 14 anos (tradução literal feita por nós).

No entanto, mesmo considerando este dolo eventual, e não directo ou necessário, do recorrente, é de dizer que tal elemento também não constitui motivo para atenuar especialmente, sendo que, quanto muito, ele pode e deve ser tomado em consideração na determinação da pena concreta nos termos do artº 65º do CPM.

Salvo o devido respeito, não nos parece haver censura a fazer à pena concreta de 3 anos e 9 meses de prisão fixada pelo Tribunal a quo para o crime de abuso sexual de crianças, tendo em conta a respectiva moldura penal, que é de 3 a 10 anos e prisão, e o disposto no artºs 40º e 65º do CPM.

Finalmente, é de notar que, segundo a lógica do recorrente, a pretensa suspensão da execução da pena tem como ponto de partida a atenuação especial da pena, pelo que, uma vez improcedente esta argumentação, improcede também aquela pretensão, já que não está preenchido, desde logo, o pressuposto formal exigido no artº 48º n.º 1 do CPM.

Para nós, foram correctamente aplicadas as penas concretas, tanto parcelares como única resultante do cúmulo jurídico das penas.

Pelo exposto, entendemos que se deve julgar improcedente o presente recurso."

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos dos juizes-adjuntos.

À matéria de facto, foi dada por assente a seguinte factualidade:

- Em meados de Junho de 2004, o arguido **A** e a ofendida **B** (nascida em 23 de Setembro de 1992, menor que ainda não tinha completado 14 anos, conheceram-se, mediante apresentação de **G**, prima da ofendida.

- No dia 23 de Junho de 2004, cerca das cinco horas da manhã, o arguido telefonou à ofendida e pediu-lhe para que, depois de acordar, o ajudasse a comprar pequeno almoço.
- No mesmo dia, pelas sete horas da manhã, a ofendida, depois de comprar o pequeno almoço, levou-o ao XXX andar XXX do edifício XXX da Rua XXX no. XXX, em Macau, residência onde o arguido vivia na altura.
- Quando chegou ao local, a ofendida viu que o arguido estava deitado na cama a ouvir música. Depois de colocar aí o pequeno almoço, a arguida sentou-se no tapete/alcatifa do quarto.
- Pouco tempo depois, a ofendia, a pedido do arguido, deitou-se na cama, ao lado deste, compartilhando ambos um mesmo cobertor.
- Seguidamente, o arguido perguntou à ofendida se queria ser a sua namorada, tendo esta manifestado que não sabia.
- De seguida, o arguido disse que há muito tempo que não tinha "feito amor", e suplicou à ofendida para que tivesse relações sexuais com ele, tendo esta recusado.
- Como o arguido implorava continuamente, a ofendida explicou-lhe que, em termos de idade, ainda era nova e não tinha preservativo, pelo que não podia ter relações sexuais com o arguido.

- Porém, o arguido continuou a persuadí-la incessantemente e comprometeu-se que não ejacularia no interior da vagina da ofendida, tendo esta continuado a não aceder ao pedido do arguido.
- Por isso, o arguido, à força, utilizou o seu corpo para pressionar o corpo da ofendida, tendo também tentado à força utilizar as mãos para despir o calção preto e a calcinha branca que a ofendida usava na altura.
- A fim de se proteger, a ofendida utilizou as mãos para suster ambos os lados dos ombros do arguido como forma de oferecer resistência, com o intuito de o empurrar e afastar. Porém, a ofendida não teve força suficiente, e, o arguido acabou por conseguir despir o calção preto e a calcinha branca da ofendida.
- Seguidamente, o arguido despiu as calças pretas de desporto e as cuecas que ele próprio usava, e utilizou as mãos para apalpar a vagina da ofendida durante cerca de um minuto.
- Depois, o arguido introduziu o seu pénis erecto na vagina da ofendida, fazendo continuamente movimentos de vaivém.
- Como a ofendida sentida muitas dores na parte vaginal, utilizou as mãos para suster os dois lados da cintura do arguido, a fim de reduzir a força dos movimentos de vaivém do arguido.

- Ao mesmo tempo, o arguido disse à ofendida para se relaxar e não estar tão nervosa, tendo ainda dito à ofendida para que o abraçasse.
- Desta forma, cerca de 10 minutos depois, o arguido ejaculou no interior da vagina da ofendida, tendo, de seguida parado para descansar.
- Mesmo depois de o arguido retirar o pénis, a ofendida continuou a sentir muitas dores na parte vaginal e no abdómen, pelo que, a ofendida, depois de descansar um momento na cama, vestiu a roupa e o calção e saiu da residência do arguido.
- Posteriormente, a ofendida contou o sucedido a uma pessoa amiga, e, a conselho desta, a ofendida comunicou, de imediato, os factos à sua mãe.
- No dia 28 de Junho de 2004, **H**, mãe da ofendida, deslocou-se à Polícia Segurança Pública, a fim de apresentar denúncia para procedimento criminal contra o arguido.
- O arguido agiu livre, consciente e deliberadamente, quando teve a referida conduta.
- O arguido sabia que tinha possibilidade de que a ofendida ainda não tivesse completado 14 anos de idade, mesmo assim, manteve com ela relações sexuais.
- O arguido estava ciente de que a sua conduta era proibida e punida por lei.

- No dia 24 de Novembro de 2003, cerca das 5h00 de tarde, à beira-mar de Fai Chi Kei de Macau, o arguido **A**, e os menores **D**, **E**, **F** e outros 20 a 30 indivíduos desconhecidos, a demandar a sua namorada – a ofendida **C** ir à beira-mar junto ao paragem de autocarro da Estrada Marginal da Ilha Verde.
- No aludido local, o arguido **A** agrediu com o cotovelo à parte de maxila inferior direita da ofendida **C**. Seguidamente, os menores **D**, **E**, **F** e outros 20 a 30 indivíduos desconhecidos agrediram com murros e pontapés à ofendida **C**.
- A aludida conduta do arguido **A** originou directa e necessariamente à ofendida **C** feridos de contusão e inchaço na parte direita de face.
- O arguido **A** agiu de forma livre, voluntária e consciente a praticar dolosamente a aludida conduta.
- O arguido **A** sabia perfeitamente que não devia agredir outro e causar ofensa física à ofendida.
- Bem sabendo que a sua conduta é proibida e punida por lei.

Mais se provou:

- A mãe da ofendida menor **B**, em representação da sua filha, pediu ao arguido a indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que a ofendida sofreu.

- A ofendida **C** também exigiu o arguido a indemnização pelos danos não patrimoniais.
- De acordo com o registo criminal , o arguido é primário.
- O arguido está desempregado e tinha a habilitação do ensino secundário de primeiro ano.

Factos não provados:

- Os restantes factos que não se constam dos factos provados.

Conhecendo.

No presente recurso o recorrente pediu:

- aplicar a pena de multa ao crime de ofensa à integridade física

- atenuar especialmente a pena aplicada ao crime de abuso sexual do menor, e

- aplicar a pena de suspensão

Antes de avançar, há uma questão merece a nossa consideração oficiosa, quanto à condenação do crime de abuso sexual do menor previsto no artigo 166° n° 3 do Código Penal, pois trata-se da questão de qualificação jurídica cabendo o conhecimento oficioso, sem prejuízo do princípio da proibição de *reformatio in pejus*.

Foi o recorrente condenado, entre outros, pela prática de um crime de abuso sexual de crianças previsto e punido pelo artigo 166° n° 3 do Código Penal na pena de 3 anos e 9 meses de prisão.

Prevê o artigo 166º (Abuso sexual de crianças) que:

"1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2. Com a mesma pena é punido quem praticar acto sexual de relevo perante menor de 14 anos e com este directamente relacionado.

3. Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

4. Quem

a) praticar acto exibicionista de carácter sexual perante menor de 14 anos, ou

b) actuar sobre menor de 14 anos por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos, ou o utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográficos, é punido com pena de prisão até 3 anos.

5. Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos." (sub. nosso)

Aqui, a lei não exige o requisito de "sem consentimento da criança", pois o seu consentimento não vale. Quer dizer, quem tiver cópula com a criança, mesmo com o consentimento desta, comete este crime.

Mas dos factos resulta uma circunstância mais grave que esta no artigo 166° n° 3, pois, demonstra-se não só sem consentimento da criança, como também a violência do arguido.

Se não veja-se que está provado, entre outros, os seguintes factos:

"- ...

- Por isso, o arguido, **à força**, utilizou o seu corpo para pressionar o corpo da ofendida, tendo também tentado à força utilizar as mãos para despir o calção preto e a calcinha branca que a ofendida usava na altura.

- A fim de se proteger, a ofendida utilizou as mãos para suster ambos os lados dos ombros do arguido como forma de **oferecer resistência**, com o intuito de o empurrar e afastar. Porém, a ofendida **não teve força suficiente**, e, o arguido acabou por conseguir despir o calção preto e a calcinha branca da ofendida.

- Seguidamente, o arguido despiu as calças pretas de desporto e as cuecas que ele próprio usava, e utilizou as mãos para apalpar a vagina da ofendida durante cerca de um minuto.

- Depois, o arguido introduziu o seu pénis erecto na vagina da ofendida, fazendo continuamente movimentos de vaivém.

- ... ."

Nesta situação, verifica-se precisamente a violência na cópula, satisfazendo assim os elementos constitutivos do artigo 157º (Violação), onde se prevê:

"1. Quem

a) tiver cópula com mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou

b) pelos mesmos meios, constranger mulher a ter cópula com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2. Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro."

O arguido, fazendo cópula, com violência, com a criança, cometeu o crime de violação. Deve-se, assim, alterar a qualificação jurídica dos factos, convolando o crime de abuso sexual de crianças para o crime de violação.

A alteração jurídica foi desencadeada após o cumprimento do princípio do contraditório, tendo notificado o arguido e o Ministério Público para se pronunciarem. (fls. 353, e 356 a 357)

E esta alteração não deve deixar de cumprir o princípio da proibição de *reformatio in pejus*.

Em consequência desta convolação, vejamos em primeiro lugar o pedido de atenuação especial, nos termos do artigo 66° do Código

Penal, em relação ao crime de abuso sexual de crianças, que agora se passou a ser crime de violação.

Para tanto, o recorrente alegou os seguintes elementos fácticos:

- Confessou este de forma livre e expontânea os factos que lhe foram imputados, contribuindo decisivamente para a descoberta da verdade material.
- O arguido é primário, não tendo antecedentes criminais, como resulta do certificado de registo criminal junto aos autos;
- Mostrou sincero arrependimento e ficou especialmente afectado pelas consequências dos seus actos, conforme demonstrou em sede de declarações prestadas perante o Ministério Público (cfr. fls. 35) e em plena audiência de julgamento e como decorre ainda do relatório social emitido pelo IASM de 26 de Outubro de 2006.

Como prevê o artigo 66° do Código Penal, o tribunal atenua especialmente a pena do arguido quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena (n° 1).

E no seu n° 2 deste artigo elencou as circunstâncias que permitem a atenuação especial se com as mesmas também diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

Os alegados para este efeito de atenuação especial, só um foi dado por assente pelo Tribunal *a quo*, i.e. o arguido é primário e o restante

não consta dos factos provados, ao contrário, se tivesse constado nos autos, não teria dado como provado, pois, dando provados os factos provados, na indicação dos factos não provados, disse o Tribunal que "factos não provados: Os restantes factos que não se constam dos factos provados".

Com isto, e tão só com a circunstância de ser primário, não tendo antecedentes criminais, não é suficiência de concluir que o mesmo diminui, por forma acentuada, a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

Pelo que não pode o recorrente beneficiar da atenuação especial da pena em relação a qualquer crime por que foi condenado.

Seguidamente, quanto à questão de aplicação da multa ao crime de ofensa, o recorrente entende que ele confessou os factos relativos à sua conduta de forma livre e expontânea; mostrou-se sinceramente arrependido; era primário, sem antecedentes criminais, cumprindo ainda sublinhar que o crime em causa foi cometido em data anterior ao da prática do crime de abuso sexual de que também foi condenado, e atentas as consequências de pouca gravidade causadas à ofendida, a prevalência da multa à pena de prisão é perfeitamente justificativa, realizando-se também por este meio, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição.

Digamos também não tem razão.

Sendo certo, o artigo 64° dispõe que "[s]e ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da

liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição".

E o artigo 137° prevê a pena alternativa de multa para o crime de ofensa à integridade física.

Em sede deste previsão legal, entendeu o Tribunal *a quo* que *in casu*, a pena de multa não realizada, adequada e suficientemente, as finalidades da punição.

Como acima se referiu, não estão provadas as circunstâncias alegadas pelo recorrente, com a excepção de ser primário, e tendo em conta as circunstâncias provadas nos autos que se demonstram que o arguido ora recorrente "agrediu com o cotovelo à parte de maxila inferior direita da ofendida **C**. Seguidamente, os menores **D**, **E**, **F** e outros 20 ou 30 indivíduos desconhecidos agrediram com murros e pontapés à ofendida **C**".

Embora os menores e outros mais de 20 indivíduos desconhecidos que agrediram a ofendida não responderam nos presentes autos, estas circunstâncias não deixam de elevar o grau da ilicitude, pelo menos de modo geral, e a consequência do crime, nada registou que a multa como medida suficiente para realização da finalidade de punição.

Subsidiariamente o recorrente pretendeu a baixar a pena de prisão pouco superior a um mês.

Também não é de proceder. Pois, com as circunstâncias apuradas nos autos, a critérios legais previstos nos nºs 1 e 2 do artigo 65º do C. Penal, perante a moldura legal de pena até a 3 anos de prisão, o tribunal aplicou-lhe numa pena de 9 meses de prisão, pena esta que fica

"abaixo da zona intermédia da respectiva moldura", nada parece ser exagerada, sendo, pelo contrário reveladora de ajustada dosimetria penal.

Por outro lado, com esta pena parcelar, não há hipótese de aplicação da substituição da pena de multa, pois, não se verificam as condições do disposto no artigo 44° do Código Penal.

Pelo que é de improceder o recurso nesta parte.

Finalmente quanto ao pedido de suspensão de execução da pena de prisão, afigura-se ser manifestamente improcedente porque a pena aplicada ao recorrente foi de superior a 3 anos, não se verifica *a priori* o requisito formal deste instituto.

Ponderado resta decidir.

Acordam neste Tribunal de Segunda Instância em, a título do conhecimento oficioso, convolar o crime de abuso sexual de crianças para o crime de violação previsto no artigo 157° do Código Penal, e em negar provimento ao recurso, mantendo a restante decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça de 8 UC's.

Macau, RAE, aos 28 de Fevereiro de 2008

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong