



TRIBUNAL SUPERIOR DE RECURSO DE MAPUTO

6^a SECÇÃO-CRIMINAL

Recurso Penal

Processo nº: 28/2023

Recorrente: Ministério Público

Recorrido: 3^a secção do T.J.P. Inhambane

Sumário

- I- A consumação do crime de trato sexual com menor de doze anos não exige penetração, bastando o contacto sexual com a vítima.
- II- Nos termos do artigo 46, n.º 1, alínea a), do Código Penal de 2019, a menoridade da vítima não pode ser valorada como circunstância agravante autónoma (alínea 6^a do artigo 40 do Código Penal de 2019), por se tratar de elemento constitutivo do crime de trato sexual com menor de doze anos.
- III- Nos crimes de natureza sexual, a satisfação das necessidades lascívias do arguido não pode ser considerada como motivo fútil para efeitos de agravamento da responsabilidade do arguido, pois não há justificações para tal conduta. Dizer que o agente do crime agiu por necessidades lascívias (desejo sexual intenso) não torna o acto mais grave, porque a motivação é inerente à prática do crime.
- IV- No âmbito do recurso obrigatório, não pode ser considerada uma circunstância agravante que, embora dada como provada na sentença recorrida, não tenha sido expressamente indicada como fundamento da condenação. A sua valoração pelo tribunal “ad quem” implicaria a agravamento da responsabilidade penal do arguido, em violação do princípio da “reformatio in pejus”, previsto no artigo 453, nº 1, al. a) do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: consumação do crime, menoridade como agravante autónoma, motivo fútil agravação em recurso obrigatório.

Acórdão

Acordam, em conferência, os juízes da sexta secção do Tribunal Superior de Recurso de Maputo:

Na terceira secção criminal do Tribunal Judicial da Província de Inhambane, correu os seus termos o processo comum nº 05/2023, contra o arguido **O.C.N.**, devidamente identificado, acusado da prática, em autoria material, do crime de trato sexual com menor de doze anos, previsto e punido pelo artigo 202 do Código Penal de 2019.

Foram indicadas as circunstâncias agravantes 2^a (por motivo fútil, sendo este a satisfação das suas necessidades lascivas), 6^a (contra menor de 9 anos de idade a data dos factos) e 27^a (com manifesta superioridade em razão da compleição física, idade ou armas pois a vítima tinha 10 anos de idade e o arguido 37 anos de idade), todas do artigo 40 do Código Penal de 2019, sem indicação de circunstâncias atenuantes.

Por sentença de 16 de Junho de 2023 o arguido foi condenado na pena de 16 anos de prisão pela prática em autoria material de um crime de trato sexual com menor de doze anos, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 24, al a), 16 e 202, todos do Código Penal de 2019.

O arguido foi ainda condenado a pagar 800,00Mt de imposto de justiça, 2.500,00Mt de emolumentos a favor do defensor e 10.000,00Mt de indemnização por danos não patrimoniais a favor dos familiares da vítima **F.S.I.**, nos termos do nº 1 do artigo 94 do CPP.

Foram consideradas as circunstâncias agravantes 2^a (por motivo fútil, sendo este a satisfação das suas necessidades lascivas), 6^a (contra menor de 9 anos de idade a data dos factos) e 24^a (tendo o arguido a especial obrigação de o não cometer, de obstar a que seja cometido ou de concorrer para sua punição, visto ser tio da vítima), todas do artigo 40; e atenuante a 9^a (confissão espontânea de crime, pois o arguido desde o primeiro interrogatório até ao julgamento confessa a prática do crime), do artigo 45, ambos do Código Penal de 2019.

Em síntese, o Tribunal recorrido deu como provados os seguintes factos:

No dia 13 de Outubro de 2022, cerca de 19 horas, o arguido encontrou a menor **F.S.I.** em casa dos seus avós, sozinha, tendo convidado para que o acompanhasse até local onde se vende crédito de telemóvel e, no regresso, disse para a menor que pretendia manter relações sexuais com ela e que no final iria lhe dar dinheiro, facto que a vítima na hora recusou.

Diante da recusa, o arguido com recurso à força física, arrastou a menor para uma mata, deitou-a no chão, tirou-lhe a calcinha, arreou as suas calças e o biquíni, e com pénis erecto, tentou introduzi-lo na vagina da menor, mas por causa dos movimentos de recusa da vítima, o arguido não conseguiu a penetração, limitando-se a encostar o seu pénis na vulva e cansado de tentar penetrar sem sucesso, perdeu forças e a vítima **F.S.I.** soltou-se e fugiu, deixando a calcinha no local dos factos.

O arguido é tio da vítima e reconhece que no dia seguinte, na companhia do chefe da zona, foram ao local crime e lá encontraram a calcinha da vítima.

No dia 16 de Outubro de 2022 a vítima foi submetida à exames médicos no Centro de Saúde de Mocambique, onde concluiu-se que não apresentava nenhuma escoriação, ferimento ou lesão, que não houve penetração, que a vagina estava limpa, sem escoriações, que o hímen estava intacto, sem sinal de penetração, e que a menor não tinha dor.

*“O arguido **O.C.N.** agiu de forma livre, deliberada e consciente, sabendo perfeitamente da proibição e punibilidade da sua conduta.”*

Para o tribunal *a quo* não ficou provado que o arguido:

“... quando se apercebeu de que se tratava de uma criança, desistiu. Para o tribunal esse argumento do arguido não procede porque se isso tivesse acontecido a vítima teria regressado a sua cas com calcinhas e na companhia do arguido, mas, a vítima até deixou calcinhas, porque fugiu;

...não solicitou a vítima para lhe acompanhar na compra de crédito. Para o Tribunal, este argumento não tem sentido, porque estava em casa dos avós, o que ia fazer nas bancas com o arguido **O.C.N.** Daí, este argumento não procede.

...não tirou as suas calças. Se não tivesse tirado as suas calças, como é que a vítima teria dito que tentou introduzir o seu membro viril e não conseguiu, onde iria buscar outro senão o seu com que tentou introduzir na vagina da vítima? Logo este argumento não corresponde a verdade quanto a nós.”

O Ministério Público, que com ela concorda, interpôs recurso obrigatório, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 454, 459 e 460, nº 1, todos do CPP de 2019, e, ainda o artigo 690,º 5 do CPCivil.

O Digníssimo Sub-Procurador-Geral da República junto deste tribunal emitiu o seu parecer no sentido de se manter a decisão recorrida, com os seguintes reparos:

1. não considerar a circunstância agravante 6^a (contra menor), do artigo 40 do CP, por ser elemento constitutivo do crime de trato sexual com menor de 12 anos, conforme previsto no artigo 46, nº 1 al. a) do CP.

2. considerar a circunstância 18^a (noite) do artigo 40 do CP, visto o crime ter sido praticado de noite, menção feita na sentença, nos factos dados como provados.

3. fazer a demonstração do relevo das circunstâncias agravantes na dosimetria da pena, tendo em conta a maior prevalência (2^a, 18^a e 24^a), comparativamente à circunstância atenuante (9^a), em obediência a disposto no artigo 36 do Código Penal.

4. o Juiz *a quo* não fundamentou a razão da aplicação de 16 anos de prisão que corresponde ao mínimo do artigo 202 do Código Penal, contrariamente ao disposto no artigo 8 do CPP que impõe a qualquer autoridade judiciária o dever de fundamentar as decisões.

O arguido foi notificado do parecer e sobre ele não se pronunciou.

Tudo visto importa apreciar e decidir.

Considerando que se trata de recurso obrigatório interposto pelo Ministério Público por força das disposições acima referidas, cumpre-nos conhecer da matéria de facto e de direito contidas na sentença ora recorrida.

Analizados os autos, confirmam-se os factos dados como provados na sentença, excepto que:

a) O arguido tenha enganado a menor **F.S.I.** para que o acompanhasse até ao local da venda de crédito para telemóvel, porquanto o arguido não confessou tal intenção quando levou a menor na casa dos seus tios e, nos autos, não existe prova nesse sentido;

b) O arguido tenha tentado introduzir o seu pénis erecto na vagina da vítima e que só não concretizou o seu desejo por causa dos movimentos da menor pois, tal como resulta do relatório do exame médico a que a vítima foi submetida no Centro de Saúde de Mocambique, a mesma não apresentou nenhuma escoriação, ferimento ou lesão, não houve penetração e a vagina estava limpa,

sem escoriações, o hímen estava intacto sem sinal de penetração e a menor não apresentou nenhuma queixa de dor (fls. 26 dos autos);

c) O arguido pretendesse manter relações sexuais com a menor em troca de um valor monetário. Esta foi uma afirmação feita pela menor, negada pelo arguido, e tendo o facto ocorrido sem a presença de outras pessoas, o que é comum pela natureza ilícita da conduta, fica a imputação de um e a negação de outro.

Embora não tenha havido penetração, conclusão que se retira das declarações da vítima (fls. 20/vº e 96), reforçadas pelo relatório médico de fls. 26 dos autos, considera-se que pela idade daquela à data dos factos, 10 anos de idade, pois nascida a 19 de Novembro de 2012 (fls. 28), a conduta do arguido de se ter desrido e ter retirado a calcinha da vítima e, ainda, ter encostado o pénis nas suas pernas, enquadraria no crime de trato sexual com menor de 12 anos, porque nos crimes sexuais cujas vítimas sejam menores de 12 anos, é indiferente a existência de penetração, bastando o contacto sexual, como o que ocorreu, para que o crime se consume. No crime de trato sexual com menor de 12 anos ocorre um abuso sexual de menores que pode ser por via de simples contacto do órgão genital masculino com o corpo da vítima, que foi o que ocorreu.

Assim, os factos dados como provados integram o crime de trato sexual com menor de 12 anos, na forma consumada, previsto e punido pelo artigo 202, do Código Penal de 2019, tal como qualificado pela primeira instância na sentença.

Em relação as circunstâncias agravantes indicadas, somos do mesmo entendimento do Digníssimo Magistrado do Ministério Público junto deste tribunal, que não deva ser considerada a circunstância agravante 6ª (contra menor), do artigo 40 do CP, por ser elemento constitutivo do crime de trato sexual com menor de 12 anos, conforme previsto no artigo 46, nº 1 al. a) do CP, e nem da circunstância agravante 2ª (por motivo fútil, sendo este a satisfação das suas necessidades lascivas), do mesmo artigo 40 do CP. Motivo fútil significa motivo insignificante, banal ou que, normalmente, não levaria ao cometimento do crime ou, ainda, que há uma desproporcionalidade entre o crime e as razões que levaram ao cometimento do crime, circunstância que não se aplica aos crimes sexuais pois, não há razão que justifique a relação sexual com menor de 12 anos ou mesmo uma relação sexual com pessoa adulta sem o seu consentimento.

A sentença indica como provado que o facto ocorreu por volta das 19 horas, ou seja, de noite. Neste sentido, deveria ter sido indicada também a circunstância agravante 18ª (noite) do artigo 40 do CP, tal como referido pelo Ministério Público no seu parecer.

Contudo, apesar de se constatar a existência de duas circunstâncias agravantes, 18^a (noite) e 24^a (tendo o agente a obrigação especial de o não cometer), do artigo 40 do CP, apenas esta última será considerada, de modo que não seja agravada a pena, limitação que decorre da al. a) do nº 1 do artigo 453 do CPP de 2019.

Nestes termos e pelo exposto, acordam os Juízes Desembargadores da Sexta Secção do Tribunal Superior de Recurso de Maputo confirmar a sentença.

Sem custas.

Maputo, 19 de Março de 2024

Vitalina do Carmo Papadakis (Relatora)

Luís Mabote Júnior

Fernando Fenias Bila