

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 07P2300

Relator: SIMAS SANTOS

Sessão: 05 Julho 2007

Número: SJ200707050023005

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO PARCIALMENTE

DESISTÊNCIA **VIOLAÇÃO** **ROUBO**

DUPLA ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA

TRIPLA ATENUAÇÃO ESPECIAL DA PENA

Sumário

A tentativa de cometimento de um crime, subsumível à previsão dos art.os 22.º e 23.º do C. Penal, pode, não obstante, deixar de ser punível. Basta que o agente:

abandone voluntária e espontaneamente a execução do crime isto é, omita a prática de mais actos de execução (desistência voluntária) – art. 24.º, n.º 1, 1.ª parte. Tal tipo de desistência só pode provir dos autores materiais do crime. Será o caso, por exemplo, do agente que introduz uma menor no seu automóvel e contra a sua vontade, a transporta para um lugar ermo a fim de a violar, a despe e inicia os actos que levam à violação, mas a dada altura decide não prosseguir na execução;

impeça, voluntária e espontaneamente, a consumação isto é, por actividade própria e voluntária, ainda que com o concurso de outras pessoas, evita que o resultado do crime se produza (arrependimento activo eficaz) - art. 24.º, n.º 1, 2.ª parte. Tem lugar quando o agente, tendo realizado todos os actos de execução que conduziriam ao crime consumado, actua no sentido de que essa consumação se não verifique. Assim acontecerá, por exemplo, quando o agente, ministrando veneno à vítima, que lhe causaria necessariamente a morte, lhe dá a beber posteriormente um antídoto que a evita;

impeça a verificação do resultado não compreendido no tipo no caso de se

tratar de crimes formais que se consumam independentemente da produção de resultado material, e o agente tenha mesmo assim evitado, por intervenção própria e voluntária, ainda que com o concurso de estranhos, que se produza o resultado que se segue à acção típica (desistência voluntária em crimes consumados formais) - art. 24.º, n.º 1, 3.ª parte. Assim, o regime geral da desistência, nestes casos, é restrito ao impedimento do resultado abrangido pelo dolo da tentativa, embora não compreendido no tipo de crime, pelo que continuam a ser punidos os crimes de resultado entretanto praticados, como sejam, v.g., a coacção, as ameaças, as ofensas à integridade física, a introdução em casa alheia ou o dano nos crimes de violação (cfr. art. 162.º). O resultado de que fala o preceito é, pois, só o resultado que se pretendia com a tentativa e não outro;

– faça um esforço sério para evitar a consumação do crime ou o seu resultado – demonstrado através de actos concretos (não basta a mera intenção) mas, que, todavia, não foi determinante para o evitar (arrependimento activo, mas ineficaz) – art. 24.º, n.º 2. Será o caso daquele que, após ter ministrado veneno a alguém, faz todos os esforços para arranjar um médico que lhe acuda, não tendo a morte ocorrido porque, entretanto, um terceiro deu um vomitório à vítima.

2 – É de excluir o privilégio da desistência e a sua voluntariedade, se o agente que, concretamente, pode ainda continuar com a execução, já compreendeu que dela não extrairá as vantagens que pretendia e por isso desiste, quando as desvantagens ou os perigos ligados à continuação da execução se revelam segundo a perspectiva do agente desproporcionalmente grandes à luz das vantagens esperadas, de tal modo que seria desrazoável suportá-los.

3 – Face ao disposto no n.º 3 do art. 72.º do C. Penal («só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especialmente prevista na lei e à prevista neste artigo») têm-se entendido que houve a preocupação de afastar a dupla valoração e não a dupla atenuação.

4 – Solução diversa merece o caso de circunstâncias diferentes: tentativa, em que a atenuação especial é o expediente usado pela lei para delimitar a moldura penal abstracta “normal” e a atenuação especial de jovem delinquente, do art. 4.º do DL n.º 401/82 que encontra a sua génese na idade do agente e na existência de razões sérias para acreditar que dessa atenuação resultarão vantagens para a reinserção social daquele, caso em que nada obsta à dupla atenuação especial em relação aos crimes tentados.

5 – Mas não será já possível a tripla atenuação especial como pretende o recorrente, com base no disposto no art. 72.º do C. Penal, uma vez que as

circunstâncias que invoca já foram consideradas na aplicação na atenuação especial de jovem delinquente, e elas não podem ser valoradas duplamente.

Texto Integral

1.

O Tribunal Colectivo de Almada (proc. n.º 1123/05.5 GAALM, 1.º Juízo Criminal), por acórdão de 4.1.2007, condenou o arguido AA, como autor de 2 crimes de roubo do art. 210.º, n.ºs 1 e 2 al. b) com referência ao art. 204 n.º 2 al. f) todos do C. Penal na pena, para cada um deles, de 2 anos e 6 meses de prisão;

De 1 crime de coacção sexual, na forma tentada, dos art.ºs 163.º, n.º 1, 22.º, 23.º, 72.º e 73.º, todos do C. Penal, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão;

De 1 crime de roubo do art. 210.º, n.ºs 1 e 2, al. b) com referência ao art. 204.º, n.º 2 al. 1) do C. Penal, na forma tentada, art.ºs 22.º, 23.º, 72.º e 73.º do C. Penal, na pena de 14 meses de prisão.

Pela prática de um crime de violação do art. 164.º, n.º 1 do C. Penal, a pena de 6 anos de prisão.

Operando o cúmulo jurídico de penas parcelares, ao abrigo do preceituado no art. 77.º e 78º do C. Penal, aplica-se ao arguido AA a pena única de 8 anos de prisão.

Inconformado, recorre o arguido para este Supremo Tribunal de Justiça, concluindo na sua motivação:

A) A aplicação do Regime Especial dos Jovens Adultos consagrado no DL 401/82, não é afastada pelo facto do crime ser cometido sob a forma tentada;

B) A decisão, voluntária e sem intervenção de terceiros, de não praticar um crime, constitui desistência jurídico-penalmente relevante determinando que a tentativa não seja punível, nos termos do disposto no artigo 24.º do CP.

C) Os factos provados sob os números 44 e 45 determinam que no caso do crime de roubo sob a forma tentada, é de entender ter havido desistência relevante para efeitos de aplicação do artigo 24.º do CP.

D) Pelo que o arguido não deverá ser punido por esse crime.

E) Assim não se entendendo, sempre será aplicar ao arguido quer quanto ao crime de roubo sob a forma tentada e quer quanto ao crime de coacção sexual sob a forma tentada a atenuação especial resultante da aplicação do artigo 23.2 do CP e a atenuação especial resultante do Regime Especial dos Jovens Adultos.

F) É, ainda, de considerar no cálculo da medida concreta das penas a aplicar por cada crime cometido, as circunstâncias atenuantes especiais que possam ser relevadas no âmbito do disposto no artigo 72º do CP mesmo quando houve lugar a atenuação especial determinada pela aplicação do artigo 23.2 do CP e do Regime Especial dos Jovens Adultos.

G) São circunstâncias atenuantes que determinam a aplicação do disposto no artigo 72 do CP, o arrependimento sincero; a assunção da sua responsabilidade e consciência da gravidade dos actos por si praticados; as condições que caracterizaram o crescimento do arguido desde os 12 anos: pai bêbado; violências físicas e psicológicas, fome e frio, inexistência de centro de referência de que resultasse a transmissão /incorporação de valores e princípios e que garantisse o acompanhamento e vigilância do arguido na fase juvenil e que redundou no abandono do arguido à sua sorte, existindo apenas a presença da mãe que por força das circunstâncias e como os factos vieram a demonstrar foi insuficiente, a espontaneidade em indemnizar a ofendida BB pelos danos causados.

H) Provados nos autos os factos referidos sob os pontos 59 a 74 que aqui se dão por reproduzidos, com a devida vénia, nomeadamente, o arrependimento sincero; o meio social em que o arguido cresceu e as agressões de que foi vítima; o abandono a que o arguido foi votado desde os 12 anos de idade, a fome e o frio que tantas e tantas vezes passou; a inexistência de referência de valores porque se pudesse guiar, a reparação assumida dos danos causados à ofendida BB, deveriam ter sido especialmente atenuadas as penas aplicadas ao arguido.

1) Do atrás exposto resulta que:

- o arguido não deveria ter sido punido pela prática do crime de roubo sob a forma tentada, ao abrigo do disposto no artigo 24 do CP.

- pelo crime de coacção sexual não deverá ser aplicada ao arguido pena de prisão superior a oito meses de prisão,

- por cada um dos crimes de roubo, não deverá ser aplicada ao arguido pena de prisão superior a um ano e meio de prisão;

- pelo crime de violação não deverá ser aplicada pena de prisão superior a quatro anos

J) Ao arguido não deverá ser aplicada pena de prisão superior, em cúmulo, a seis anos de prisão efectiva.

K) O duto acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 24º, 72º, 73º e o DL 401/82, de 23.09.

L) Votar o arguido a uma pena de prisão de 8 (anos) - não obstante a gravidade dos crimes por este praticados - é aniquilar as suas possibilidades de reinserção social em tempo útil, de potenciar a sua formação moral, social e profissional e, sabendo o sistema prisional que infelizmente temos, atenta a tenra idade do arguido é determinar a sua perda mais que provável.

Termos em que, nos melhores de direito e sempre com o Mui douto suprimento de V.^{as} Ex.^{as}, deverá o recurso interposto pelo arguido AA ser julgado procedente por provado e em consequência revogar-se a decisão recorrida, substituindo-a por outra que condene o arguido pela prática de um crime de coacção sexual sob a forma tentada, dois crimes de roubo e um crime de violação em pena única, nunca superior a seis anos de prisão, certos que assim se fará, Justiça.

Respondeu o Ministério Público junto do Tribunal recorrido que concluiu:

1ª Mostra-se acertada a pena unitária, de oito anos de prisão aplicada, atento os crimes e as suas molduras penais, em abstracto.

2ª É de aceitar a aplicação, ainda que generosamente, ao arguido, o regime especial de jovens adultos, no que concerne aos crimes consumados.

3ª Não é aplicável, como o pretende o recorrente, aplicar atenuação especial sobre atenuação especial,

4ª Não o permite, desde logo o nº 3º do art. 72.º do Cód. Penal. Termos em que os crimes tentados que o arguido praticou, por beneficiaram já de uma atenuação especial (cfr. art. 23º nº2 do Código Penal) não podem beneficiar de outra, designadamente as supra referidas.

5ª Donde, em tais circunstâncias como é a dos autos, só poderá beneficiar das atenuantes gerais, designadamente as previstas no art. 71º, do Código Penal, como o fizeram os mui ilustres elementos do Colectivo

6ª Termos em que deve manter-se o julgado, declarando-se a improcedência do recurso.

Distribuídos os autos neste Supremo Tribunal de Justiça a 12.6.2007, teve vista o Ministério Público.

Colhidos os vistos legais, teve lugar a audiência, pelo que cumpre conhecer e decidir.

2.1.

E conhecendo.

Importa começar por reter a factualidade apurada pela 1.ª Instância e que não vem impugnada. É ela a seguinte:

Factos provados:

1- No dia 23 de Março de 2005, pelas 20h20, BB caminhava a pé na rotunda de acesso à Discoteca ‘Mister Gay”, na Sobreda da Caparica quando viu o arguido, que se fazia transportar num bicicleta de cor vermelha, que passou por si sem nada lhe dizer.

2- Mais à frente, quando já se encontrava no largo do Circo, na Sobreda da Caparica, o arguido surgiu atrás de si e, exibindo-lhe uma faca, disse-lhe que “era um assalto, que lhe desse a mala”.

3- Contudo, a BB não concordou em entregar-lhe a mala e segurou a mata que levava contra si, para evitar que o arguido a levasse.

4- Verificando que a BB não pretendia entregar-lhe a mala, não sendo suficiente a mera exibição da faca, com a mesma cortou a alça da mala e tentou apoderar-se dela.

5- No entanto, a BB continuou a segurá-la e a opor-se à apropriação da mala pelo arguido, tendo-lhe puxado pelos colarinhos do fato de treino que tinha vestido.

6- Então, o arguido encostou-lhe a faca ao peito e ao braço que segurava a mal, dizendo-lhe que a matava, enquanto simulava que a cortava com ela.

7- Como, ainda assim, a BB continuava a segurar a mala, o arguido, já desesperado com a oposição da ofendida, agarrou-lhe no braço e deu-lhe uma dentada no pulso esquerdo, enquanto lhe dava fortes puxões de cabelo.

8- Face a estas agressões a ás dores que lhe provocou a BB não conseguiu continuar a segurar a mala e o arguido, puxando-a levou-a consigo fazendo-a sua.

9- No interior da mala, encontrava-se um telemóvel marca “Nokia 3310”, no valor de 60 Euros, vários documentos pessoais, as chaves de casa, um relógio de bolso em prata, um canivete e uma bolsa com várias moedas, tudo em valor que não se logrou apurar.

10- Enquanto o arguido tentava apoderar-se da mala, a ofendida logrou retirar-lhe o gorro de lã que aquele trazia colocado na cabeça, pelo que lhe viu o rosto com nitidez.

11- No dia 19 de Maio de 2005, pelas 00h15, CC caminhava a pé pela Rua do Facho, no Monte da Caparica, quando se apercebeu que o arguido se aproximou dela, pela retaguarda, e lhe disse que ficasse quieta pois tinha uma faca em seu poder.

12- Com efeito, o arguido apontava àquela uma faca de cozinha com cerca de 30 cm de comprimento e em simultâneo dizia-lhe para ir com ele e lhe dar um beijo, enquanto tentava beijá-la e apalpá-la em várias partes do corpo e aproximar-se do corpo da CC.

13- Pedindo-lhe que parasse com tal atitude e dando-lhe empurrões a CC tentava afastar-se dele, para evitar qualquer contacto físico com o mesmo.

14- No entanto, porque ficasse aborrecido com tal reacção, o arguido deu um empurrão à CC que a fez embater de encontro um veículo automóvel que se encontrava no local.

15- Enquanto se encontrava encostada contra o veículo o arguido agarrou na mala que aquela trazia a tiracolo e puxou-a, não tendo conseguido retirá-la porque a CC a segurou contra si.

16- O arguido cortou então a alça da mala com a faca, mas a CC deu-lhe um soco na face e desferiu-lhe um pontapé entre as pernas para evitar que ele a levasse.

17- Já irritado com a resistência da CC em segurar a mala e com as agressões, e arguido agarrou na mão direita da CC e deu-lhe uma dentada, bem como, pegando na faca atingiu-lhe a mão com a lâmina, tendo-lhe provocado alguns cortes.

18- Desferiu ainda vários cortes na mala até que conseguiu apoderar-se dela, tendo de seguida f em passo de corrida, fazendo-a sua, bem como os objectos que tinha no seu interior.

19- No interior da mala, a CC tinha o seu telemóvel de marca Samsung A 800, no valor de 180 Euros, uma máquina fotográfica digital “Sony’ no valor de 250 Euros, 10 Euros em dinheiro, um passe social, um porta chaves com o seu nome em feitio de urso de peluche.

20- Com as agressões de que foi vítima a CC sofreu feridas incisais e equimoses na mão e pulso direitos, tendo ainda ficado com receio de sair à noite sozinha, lesões que lhe demandaram um período de doença de 10 dias, sem incapacidade para o trabalho.

21- A máquina fotográfica veio a ser recuperada na posse de um amigo do arguido, o A..., a quem a emprestara, e parte dos restantes objectos foram encontrados no interior da residência do arguido

22- No seguimento dos seus intentos de apropriação de objectos e pertences de mulheres que encontrava, e aproveitar-se para com elas manter algum contacto físico e sexual, mediante a ameaça de agressão com facas que lhes exhibia, no dia 24 de Agosto de 2005, cerca das 10.00 horas, o arguido apercebeu-se que DD caminhava sozinha a pé por uma estrada que dá acesso à Discoteca “Mister Gay”, na Sobreda da Caparica em direcção ao “Lar de Idosos Os meus Pais”, sito no Alto do Índio, Sobreda, onde aquela trabalhava.

23- Sabendo que tal local não é muito frequentado, sendo propício para abordar as vítimas sem receio de serem ouvidos os seus gritos, seguiu-a de perto e quando a DDjá se encontrava perto de uma zona lateral à estrada onde existe um matagal com acesso por um caminho de terra batida, acercou-se dela pela retaguarda.

24- De súbito, agarrou-lhe os braços, puxando-os para trás e encostou-lhe uma faca às costas - que se encontra apreendida nos autos -enquanto lhe dizia: “Desces a bem ou descas a mal? “, empurrando-a em direcção ao caminho de terra batida, que ficava num plano descendente.

25- Perante tal situação, a DD ficou com receio que ele a agredisse caso resistisse em não andar para o local indicado.

26- Assim, o arguido foi empurrando a DD na direcção C) do referido caminho, tendo saído da estrada e entrado numa vereda por entre arbustos e ervas e vieram a parar num local já afastado da estrada e no meio dos arbustos.

27- Assim que aí chegaram, mantendo o arguido a faca apontada à DD, puxou-lhe a mala que trazia consigo e revistou-a toda, enquanto lhe perguntava se tinha dinheiro ou telemóvel.

28- Como não havia dinheiro na mala e a DD levava o telemóvel num bolso da calças, ao se aperceber que não encontrava anda no interior da mala que tivesse interesse em se apropriar, disse-lhe: 'Realmente não tens dinheiro, parece que escolhi a pessoa errada, mas isto não vai ficar assim, o que é que te vou fazer? parece que te vou dar uma foda, queres? ' enquanto a olhava fixamente e lhe apontava a faca ao pescoço.

29- Apercebendo-se das intenções do arguido, que tencionava manter com ela relações de sexo, a DDdisse-lhe que não pretendia fazer tal coisa, tendo-lhe pedido para não o fazer, que a deixasse ir embora pois encontrava-se grávida de 3 meses, enquanto tentava esquivar-se do arguido.

30- Contudo, sem se demover do seu intento ou mostrar qualquer sensibilidade ao facto da DD se encontrar grávida, como efectivamente se encontrava, o arguido apenas lhe perguntava "se tinha de ser a bem ou a mal?"

31- Com a faca sempre apontada o pescoço da DD e porque esta se recusava e negava manter relações de sexo com ele, já aborrecido com a sua atitude, passou uma rasteira às pernas da DDe fê-la cair de costas no chão.

32- A DD tentou levantar-se mas o arguido desferiu-lhe um pontapé na parte esquerda da barriga, enquanto lhe dizia: Tiras a roupa a bem ou a mal?" num tom de voz já muito irritado e mantendo a faca apontada ao seu pescoço.

33- Uma vez que a DD continuava a não acatar a sua ordem de se despir, o arguido deitou-se em cima dela e disse-lhe para o beijar na boca, enquanto colocava a faca na cintura das calças que a DDtrazia vestidas e com um gesto brusco cortou a parte da frente das calças da cintura até às pernas.

34- De seguida puxou-lhe a calças e com um puxão arrancou-lhe as cuecas que tinha vestidas, bem como lhe desapertou o soutien, sem que tivesse chegado a retirá-lo, tendo deixado a DD despida, deitada no chão.

35- Para conseguir despir as calças, o arguido levantou-se e colocando um pé em cima da barriga da DD, para que esta não se levantasse ou fugisse, despiu as calças e os “boxers” que tinha vestidos e deitou-se de novo em cima dela.

36- Começou a beijá-la na cara e pescoço, tentando também beijá-la na boca.

37- A DD chorava e pedia-lhe para a deixar enquanto evitava o contacto da sua boca com a dele.

38- Irritado com a resistência da DD e a sua falta de colaboração, aos gritos dizia-lhe: “Pára de chorar e beija-me!”

39- Então, de forma forçada, o arguido penetrou a vagina da DD com o seu pénis e com ela manteve uma relação sexual completa, tendo ejaculado no seu interior, sem qualquer protecção.

40- Quando terminou, retirou o pénis e vestiu-se, tendo dito à DD para também se vestir e, em tom sarcástico ainda lhe perguntou “Se tinha gostado? tendo a DD respondido que não e que lhe metia nojo.

41- Depois de vestido sentou-se atrás da DD e voltou a revistar a sua carteira em procura de alguma coisa que lhe interessasse para se apropriar, dizendo: “Tem de ter dinheiro!”

42- Enquanto revistava a mala, ia-lhe fazendo perguntar acerca da sua vida pessoal, se era casada, se vivia perto, se tinha casa, se tinha cano, e ao ver uma fotografia da filha menor da DD, perguntou-se se era sua filha.

43- Enquanto fazia isso a DD continuava prostrada no chão, a chorar, tendo a roupa toda rasgada, e ia respondendo às suas perguntas e dizendo que ele lhe dava nojo, pois, encontrava-se assustada e repugnada com o que acontecera.

44- Entretanto o telemóvel da DD tinha caído ao chão e o arguido pegou nele tendo verificado o seu conteúdo, designadamente nomes e números de telefone, contudo não teve interesse em ficar com ele.

45- Como concluiu que no interior da carteira nada existia que lhe interessasse, não se apoderou de qualquer pertence da DD e foi-se embora,

caminhando pela vereda por entre os arbustos, deixando-a caída no chão, a chorar.

46- Contudo, antes de se ir embora disse à DD que “se fizeres alguma coisa ou me denunciasses à polícia, mais cedo ou mais tarde, mato-te... A outra que me denunciou não teve um fim muito bom!”.

47- O arguido pretendeu ainda, com tal ameaça, dissuadir a DD de o denunciar às autoridades, criando-lhe receio de a vir a matar e a convicção de que já teria tido semelhante conduta com outra pessoa.

48- Após algum tempo, a DD conseguiu vestir-se e percorreu descalça o caminho até à casa de uns amigos, pois tinha perdido os chinelos, em procura de \ ajuda.

49- Após algum tempo, quando se encontrava no interior da casa dos amigos, que não fica distante do local onde ocorreram os factos, verificou que o arguido se encontrava nas imediações da casa, ficando convencida que a tinha perseguido.

50- Face a tal facto o arguido veio aí a ser interceptado por uns amigos da Carta, até à chegada dos elementos da G.N.R.

51- DD necessitou receber tratamento médico e psicológico, tendo sofrido lesões físicas que lhe demandaram um período de doença de cinco dias, sem incapacidade para o trabalho.

52- No dia 31 de Agosto de 2005 a Carta veio a abortar, por causa desconhecida, sendo certo que após a data dos factos se manteve com mau estar físico e muito abalada psicologicamente.

53- O arguido, apesar de ser estudante, raramente frequentava a escola, passando a dia a deambular pelas ruas, procurando oportunidades, em locais pouco movimentados, de abordar mulheres jovens para, mediante a ameaça de agressão com uma faca, que sempre lhes exhibia, as forçar a entregarem-lhe a sua carteira com todos os seus pertences, quer ainda para se aproveitar do facto de serem mulheres e jovens, as forçar a sofrer contactos físicos e sexuais.

54- No interior da sua casa foram apreendidos, uma “micha” usada para a abertura de fechaduras de veículos e um resguardo de encosto de veículo, em tecido, com dois buracos, destinado ser usado para encobrir a cara, que o arguido também destinava à prática da abordagem de pessoas e bens alheios.

55- No dia 24 de Agosto quando abordou a BB, pretendia antes de tudo, apropriar-se de dinheiro ou valores que transportasse na sua carteira, contudo, como nada tinha de valor no seu interior que pudesse levar, o arguido tomou a resolução de a ?! de outra forma, tendo para o efeito mediante a força física e ameaça de agressão com a faca que continuamente lhe apontou ao pescoço, obrigado, contra a sua vontade, a manter relações de cópula completa.

56- O facto da DDse encontrar grávida não o demoveu dos seus intentos, demonstrando um absoluto desprezo pelo seu estado físico e psíquico.

57- O arguido quis apropriar-se de todos os pertences das ofendidas, sabendo que não eram seus, que os retirava da sua posse contra a sua vontade, tendo para o efeito agredido aquelas através de dentadas e cortes com um faca, para dessa forma lograr retirar-lhes as carteiras, e aproveitando ainda a situação de medo que lhes causava a arma, de constranger ofendida CC a suportar actos de cariz sexual, que não chegou a concretizar porque a mesma se opôs com determinação.

58- O arguido agiu sempre de forma voluntária, consciente e livre, sabendo que incorria na prática de crimes punidos por lei.

59- O arguido é natural da Ribeira Brava, Madeira, sendo o mais novo de quatro irmãos e oriundo de uma família humilde que veio para o Continente à procura de melhores condições de vida, muito embora tal não se tenha verificado, devido a desinvestimento profissional por parte do progenitor do arguido.

60- O arguido vivenciou o relacionamento familiar com grande sofrimento.

61- O consumo de bebidas alcoólicas por parte do progenitor criou um ambiente de permanentes conflitos, com agressões verbais e físicas.

62- No ano de 2002 o agregado passou a residir numa barraca, sem condições, sendo que, por vezes, quando o pai do arguido se encontrava alcoolizado, os restantes elementos não podiam nela pernoitar, aguardando a caridade de um vizinho que lhes permitia a passagem da noite numa divisão de sua casa.

63- Na dinâmica infra-familiar, a relação com a mãe foi privilegiada, dela mantendo apoio, assim como de outros familiares e elementos do seu agregado residentes na Madeira.

64- O percurso escolar do arguido iniciou-se em idade normal na Madeira, tendo apenas este concluído o 5.º ano de escolaridade no Continente.

65- Os estudos foram abandonados por desmotivação, absentismo e dificuldades de aprendizagem, derivadas de limitação ao nível da linguagem.

66- No verão de 2005 começou a dedicar-se, aos fins-de-semana, ao auxílio das vendas, mormente de peixe, no mercado do Monte de Caparica, onde fomentou, pela sua maneira de ser, amizades.

67- Ao nível afectivo, não existe referência a qualquer namoro ou outra relação gratificante, sendo que não formou relações de proximidade com jovens da sua idade.

68- É considerado e goza de boa reputação na vizinhança.

69- Durante o período de reclusão tem mantido um comportamento estável.

70- Manifesta interesse em concluir um curso profissional que o habilite, a seguir um percurso de vida, em liberdade.

71- O arguido apresenta um padrão de inteligência acima do normal para a sua idade, o que lhe permite fazer uma aprendizagem e ter um desempenho profissional socialmente ajustado.

72- Revela capacidade de auto-controlo, com uma personalidade marcada pela baixa auto-estima, negativismo e oposicionismo do meio e dos contactos pessoais, revelando-se de dificuldade o relacionamento interpessoal.

73- Acabou por confessar os factos em julgamento, mantendo uma postura humilde e de sincero arrependimento.

74- Não possui antecedentes criminais.

2.2.

Desistência quanto ao crime de roubo tentado (conclusões B, C, D)

Pretende o recorrente que não deve ser punido por esse crime, perante os factos provados sob os n.ºs 44 e 45, face à desistência relevante (art. 24.º do C. Penal), pois a decisão, voluntária e sem intervenção de terceiros, de não praticar um crime, constitui desistência jurídico-penalmente.

Dispõe o art. 24.º do C. Penal que «1. A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime»; e que «2. Quando a consumação ou a verificação do resultado forem impedidas por facto independente da conduta do desistente, a tentativa não é punível se este se esforçar seriamente por evitar uma ou outra».

Face a este normativo, a tentativa de cometimento de um crime, subsumível à previsão dos art.os 22.º e 23.º do C. Penal, pode, não obstante, deixar de ser punível. Basta que o agente desista de prosseguir na execução do delito e que essa desistência seja relevante.

Assim, a desistência é relevante quando o agente:

abandone voluntária e espontaneamente a execução do crime isto é, omita a prática de mais actos de execução (desistência voluntária) – art. 24.º, n.º 1, 1.ª parte. Tal tipo de desistência só pode provir dos autores materiais do crime. Será o caso, por exemplo, do agente que introduz uma menor no seu automóvel e contra a sua vontade, a transporta para um lugar ermo a fim de a violar, a despe e inicia os actos que levam à violação, mas a dada altura decide não prosseguir na execução;

impeça, voluntária e espontaneamente, a consumação isto é, por actividade própria e voluntária, ainda que com o concurso de outras pessoas, evita que o resultado do crime se produza (arrependimento activo eficaz) - art. 24.º, n.º 1, 2.ª parte. Tem lugar quando o agente, tendo realizado todos os actos de execução que conduziriam ao crime consumado, actua no sentido de que essa consumação se não verifique. Assim acontecerá, por exemplo, quando o agente, ministrando veneno à vítima, que lhe causaria necessariamente a morte, lhe dá a beber posteriormente um antídoto que a evita;

impeça a verificação do resultado não compreendido no tipo no caso de se tratar de crimes formais que se consumam independentemente da produção de resultado material, e o agente tenha mesmo assim evitado, por intervenção própria e voluntária, ainda que com o concurso de estranhos, que se produza o resultado que se segue à acção típica (desistência voluntária em crimes consumados formais) - art. 24.º, n.º 1, 3.ª parte. Assim, o regime geral da desistência, nestes casos, é restrito ao impedimento do resultado abrangido pelo dolo da tentativa, embora não compreendido no tipo de crime, pelo que continuam a ser punidos os crimes de resultado entretanto praticados, como

sejam, v.g., a coacção, as ameaças, as ofensas à integridade física, a introdução em casa alheia ou o dano nos crimes de violação (cfr. art. 162.º). O resultado de que fala o preceito é, pois, só o resultado que se pretendia com a tentativa e não outro;

– faça um esforço sério para evitar a consumação do crime ou o seu resultado
– demonstrado através de actos concretos (não basta a mera intenção) mas, que, todavia, não foi determinante para o evitar (arrependimento activo, mas ineficaz) – art. 24.º, n.º 2. Será o caso daquele que, após ter ministrado veneno a alguém, faz todos os esforços para arranjar um médico que lhe acuda, não tendo a morte ocorrido porque, entretanto, um terceiro deu um vomitório à vítima.

Como referem Simas Santos e Leal-Henriques (Noções Elementares de Direito Penal, 2.ª Ed., cap. 3) «a desistência para ser relevante tem que ser espontânea, o que não acontece, v. g. , quando o agente foi obrigado a desistir.

Mas o que dizer daqueles casos em que o agente que, concretamente, pode ainda continuar com a execução, já compreendeu que dela não extrairá as vantagens que pretendia e por isso desiste?

A nosso ver, a solução mais correcta será a de excluir o privilégio da desistência e a sua voluntariedade quando as desvantagens ou os perigos ligados à continuação da execução se revelam segundo a perspectiva do agente desproporcionalmente grandes à luz das vantagens esperadas, de tal modo que seria desrazoável suportá-los (no mesmo sentido Figueiredo Dias, Sumários de Direito Penal, 36).

A desistência, então, é perfeitamente inócua sob o ponto de vista criminal.»

Nesse sentido se pronunciou já este Supremo Tribunal de Justiça (AcSTJ de 26/3/1998, Proc. n.º 1511/97): «(1) – A desistência só é relevante quando a voluntariedade da mesma pressupõe a possibilidade de eleição entre duas condutas. Essa possibilidade falta não só quando uma delas é impossível, como no caso de abandono da empresa criminosa pela resistência da vítima e ainda quando a conduta diversa apresenta desvantagens ou riscos tais que não podem esperar-se de uma pessoa razoável. (2) – Assim, a desistência é relevante, quando o arguido, ainda que não se saibam os verdadeiros motivos subjectivos, retrocede no seu plano criminoso, podendo livremente optar por prosseguir na sua execução em vez de retroceder.»

E no AcSTJ de 28/10/1998 (Proc. n.º 852/98) se afirmou que na desistência da tentativa, não basta que o arguido deixe materialmente de prosseguir na execução do crime, por razões de estratégia dada a dificuldade ou impossibilidade de prosseguir ou até de receio de intervenção de terceiros. Tem de haver uma decisão voluntária, uma atitude interior, espontânea, de revogar a decisão anteriormente formada de cometer o crime, por motivos próprios, assumidos, de reconsideração e não por meras razões de estratégia.

O conceito de desistência (da tentativa) – art.º 24, do CP –, seja necessário ou não um arrependimento efectivo, terá sempre de passar pela exteriorização (e comprovação) de uma atitude voluntária de sustação do desenvolvimento do iter criminis, inequivocamente divisada. Os limites da voluntariedade aferem-se precisamente pela própria essência do conceito: estarem ainda no poder volitivo do agente a não produção definitiva do evento e o não preenchimento total da tipicidade constitutiva do ilícito (cfr. AcSTJ de 29/10/1998, Proc. n.º 670/98).

Na tentativa, a única desistência que penalmente releva, é a voluntária, isto é, aquela em que o agente podendo consumir o crime não quer alcançar essa consumação, já não assim, aquela em que o agente apenas depois de constatar que a situação ilícita por si desencadeada e de que é autor, se não pode produzir, desiste em razão de factos que lhe são estranhos, ocorridos depois do início da execução. (cfr. AcSTJ de 17/6/1999, Proc. n.º 467/99).

E, reportando-se igualmente a um caso de roubo entendeu este Tribunal (AcSTJ de 16/11/2005, Proc. n.º 3246/03-3), entendimento que se mantém, que a desistência, circunstância que afasta a punibilidade, verifica-se, conforme prevê a primeira parte do art. 24.º, n.º 1, do C. Penal, quando o agente voluntariamente desiste de prosseguir na execução do crime. A voluntariedade só se verifica quando o agente desiste de prosseguir na execução do crime de forma espontânea, isto é, quando desiste não obstante poder prosseguir na execução daquele, pelo que a desistência após a constatação/verificação de que a situação ilícita se não pode produzir em virtude de factos estranhos ao agente, surgidos depois do início dos actos de execução, terá de considerar-se irrelevante.

Será igualmente irrelevante – sustenta-se no mesmo aresto – a desistência quando o agente, podendo ainda prosseguir na execução do crime, dela desiste por haver concluído que não conseguirá atingir as vantagens que visava, ou quando as desvantagens ou os perigos ligados à continuação da execução se revelam, de acordo com a perspectiva do agente,

desproporcionalmente grandes à luz das vantagens esperadas, de tal modo que seria desrazoável suportá-los. Vindo provado que o arguido deixou a pessoa a quem havia puxado do interior de uma pastelaria para a rua e a quem, apontando-lhe uma navalha ao pescoço, havia pedido que lhe entregasse Esc. 2.000\$00 – após este lhe ter dito que não tinha dinheiro, afirmação em que o recorrente acreditou, terá de se considerar que desistiu da execução do crime por haver concluído que não conseguiria a vantagem que visava, desistência manifestamente irrelevante à luz do art. 24.º, n.º 1, do C. Penal.

A esta luz, pode adiantar-se que improcede a pretensão do recorrente.

Desde logo, deve ter-se em conta que os mencionados números da matéria de facto a que se atém («44- Entretanto o telemóvel da DD tinha caído ao chão e o arguido pegou nele tendo verificado o seu conteúdo, designadamente nomes e números de telefone, contudo não teve interesse em ficar com ele. 45- Como concluiu que no interior da carteira nada existia que lhe interessasse, não se apoderou de qualquer pertence da DDe foi-se embora, caminhando pela vereda por entre os arbustos, deixando-a caída no chão, a chorar») só por si não permitem afirmar a voluntariedade da desistência que se acabou de analisar, enquanto requisito para a relevância da desistência.

Tal matéria até permitiria questionar a tentativa, uma vez que o arguido se apoderou do telemóvel, só que o deitou fora, depois dessa apropriação, por não corresponder à sua expectativa, o mesmo acontecendo com o conteúdo da carteira da qual se apropriou igualmente.

De todo o modo, e em relação ao dinheiro de que se pretendia apropriar, só não o fez, por não o ter a ofendida.

Não se pode, aliás, esquecer que aquela factualidade deve ser relacionada com os n.ºs 23 e seguintes, designadamente os n.ºs 27, 28 («27- Assim que aí chegaram, mantendo o arguido a faca apontada à DD, puxou-lhe a mala que trazia consigo e revistou-a toda, enquanto lhe perguntava se tinha dinheiro ou telemóvel. 28- Como não havia dinheiro na mala e a DD levava o telemóvel num bolso da calças, ao se aperceber que não encontrava anda no interior da mala que tivesse interesse em se apropriar, disse-lhe: ‘Realmente não tens dinheiro, parece que escolhi a pessoa errada, mas isto não vai ficar assim, o que é que te vou fazer? parece que te vou dar uma foda, queres?’ “ enquanto a olhava fixamente e lhe apontava a faca ao pescoço.»).

Depois de violar a ofendida, o recorrente voltou à carga, como se relata nos n.ºs 41 e 42 («41- Depois de vestido sentou-se atrás da DD e voltou a revistar a sua carteira em procura de alguma coisa que lhe interessasse para se apropriar, dizendo: “Tem de ter dinheiro!” 42- Enquanto revistava a mala, ia-lhe fazendo perguntar acerca da sua vida pessoal, se era casada, se vivia perto, se tinha casa, se tinha cano, e ao ver uma fotografia da filha menor da DD, perguntou-se se era sua filha»).

De concluir, pois, que o recorrente se apropriou da carteira e do telemóvel, do que se desinteressou e só não se apropriou do dinheiro porque ele não existia, o que afasta, como se viu, a voluntariedade da sua conduta, enquanto desistência.

2.3.

Dupla e tripla atenuação especial.

Sustenta, depois, o recorrente que deve ser-lhe aplicada a dupla atenuação especial da pena quanto aos crimes tentados, por aplicação também do art. 4., n.º 1 do DL 401/82 – regime de jovem delinquente.

O Tribunal recorrido, que aplicou a atenuação especial da pena por força do art. 4.º do DL n.º 401/82, dada a idade do recorrente e o mais circunstancialismo que a propósito invocou, não estendeu essa atenuação especial aos crimes tentados, referindo:

«No mais, atendendo que os restantes ilícitos se apresentam verificados sob a forma tentada, deve a atenuação especial da pena ser a resultante do art. 72.º do Código Penal, uma vez que nos termos do n.º 3 da citada norma, só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância atenuante.»

Dispõe o art. 72.º, n.º 3 do C. Penal que: «Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especialmente prevista na lei e à prevista neste artigo».

Neste n.º 3, a Comissão Revisora teve a preocupação de afastar a dupla valoração (cfr. Acta n.º 8, pág. 79) e não a dupla atenuação.

Prevêem-se, por vezes, na parte especial e em legislação extravagante, circunstâncias que, estando também previstas em alguma das alíneas do n.º 2 do mesmo art. 72.º, dão lugar a atenuação especial da pena; mas essas

circunstâncias, não obstante, só podem ser levadas em conta uma vez: é o que prescreve o nº 3.

Solução diversa merece o caso de circunstâncias diferentes, como o concurso da circunstância de o agente ter actuado sob influência de ameaça grave e se tratar de tentativa, em que se verifica acumulação dos respectivos efeitos (cfr. neste sentido, Simas Santos e Leal-Henriques, C. Penal Anotado, I, pág. 857 e Maia Gonçalves, C. Penal Anotado, pág. 260).

Ora, no caso, trata-se de circunstâncias completamente diversas: tentativa, em que a atenuação especial é o expediente usado pela lei para delimitar a moldura penal abstracta “normal” e a atenuação especial de jovem delinquente, do art. 4.º do DL n.º 401/82 que encontra a sua génese na idade do agente e na existência de razões sérias para acreditar que dessa atenuação resultarão vantagens para a reinserção social daquele.

Nada obstando, pois, à dupla atenuação especial em relação aos crimes tentados.

Vai, aliás, neste sentido, a jurisprudência deste Supremo Tribunal de Justiça.

(1) – A referência à pena aplicável ao crime, especialmente atenuada, feita pelo nº 2 do art. 23º do C Penal, tem em vista somente a determinação da pena abstracta que cabe ao crime, em razão da forma imperfeita da sua realização (a consumação não se verificou). (2) – Aqui a atenuação especial tem um carácter imperativo, vinculante e automático, sendo independente das circunstâncias. (3) – Coisa diversa se passa com a atenuação especial da pena prevista no artº 73º do C Penal, que é facultativa, situando-se no âmbito de um poder discricionário (embora juridicamente controlável) atribuído ao julgador para fixação da pena concreta, socorrendo-se do critério e circunstâncias indicadas no mencionado preceito. (4) – Em caso de uso das duas atenuações, não pode falar-se em rigor de dupla atenuação especial, e seria estranho que o autor de uma tentativa não pudesse beneficiar da atenuação especial do artº 73º sempre que se verifique o condicionalismo nele previsto. (AcSTJ de 19/9/90, AJ 10/11 * BMJ 399-281)

Aceitamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem decidido que é possível atenuar a pena nos termos do artigo 23.º n.º 2 do Código Penal de 1982 e seguidamente atenuar especialmente a pena ao abrigo do artigo 73.º (AcSTJ de 13/3/96, BMJ 455-257)

(1) - No caso da tentativa, entendeu o legislador como mais correcto não fixar, caso a caso, os limites da pena, antes estabelecendo numa norma legal e abstractamente tais limites (art. 23.º, n.º 2, do CP). (2) - Assim, a atenuação especial da pena, com base naquela norma, ao crime tentado, não impede que a mesma pena sofra nova atenuação especial, desta feita ao abrigo do disposto nos n.ºs 1 e 2 do actual art. 72.º, do referido Código (AcSTJ de 15/1/03, CJ XXVIII, 1, 158).

O regime do art. 4.º do DL n.º 401/82, de 23-09, não é incompatível com o de atenuação especial previsto nos arts. 72.º e 73.º do C. Penal (AcSTJ de 04/02/2004, Acs STJ XII, 1, 189)

Teoricamente não é impossível a dupla atenuação especial da pena, principalmente quando concorre uma situação legal de atenuação especial - no caso ditada pelo regime do DL n.º 401/82, de 23-09 - com os pressupostos da "cláusula geral" de atenuação especial (AcSTJ de 14/2/07, proc. n.º 4348/06).

Merece, pois, provimento o recurso quanto à compatibilidade entre a atenuação especial da pena como jovem delinquente e a atenuação especial que delimita a moldura penal da tentativa, o que tem reflexos em relação aos crimes de roubo e coacção sexual tentados.

Mas parece que o recorrente, dado o conteúdo das conclusões F a H da sua motivação, pretende que deveria ter beneficiado de tripla atenuação especial.

Com efeito, sustenta que é de considerar no cálculo da medida concreta das penas a aplicar por cada crime, as circunstâncias atenuantes especiais que possam ser relevadas no âmbito do disposto no art. 72º do C. Penal mesmo quando houve lugar a atenuação especial determinada pela aplicação do art. 23.º, n.º 2 do C. Penal e do Regime Especial dos Jovens Adultos (conclusão F)

São circunstâncias atenuantes - diz - que determinam a aplicação do disposto no art. 72.º do C. Penal, o arrependimento sincero; a assunção da sua responsabilidade e consciência da gravidade dos actos por si praticados; as condições que caracterizaram o crescimento do arguido desde os 12 anos: pai bêbado; violências físicas e psicológicas, fome e frio, inexistência de centro de referência de que resultasse a transmissão /incorporação de valores e princípios e que garantisse o acompanhamento e vigilância do arguido na fase juvenil e que redundou no abandono do arguido à sua sorte, existindo apenas a presença da mãe que por força das circunstâncias e como os factos vieram a

demonstrar foi insuficiente, a espontaneidade em indemnizar a ofendida BB pelos danos causados (pontos 59 a 74 da matéria de facto provada) (conclusões G e H).

O entanto, não lhe assiste razão.

O Tribunal recorrido decidiu, quanto à aplicação do regime de jovem delinquente, o seguinte:

«3.2.2. Desta forma, atender-se-á, in casu:

- O dolo do arguido que é directo e de intensidade normal.
- A ilicitude do facto que se apresenta assaz elevada;
- O modo de execução do facto e a gravidade das suas consequências que é notória e absolutamente considerável, sem que se olvide que a consumação dos crimes e mesmo a prática dos actos de execução alcançou-se com a utilização da faca identificada nos autos;
- o sentimento manifestado pelo arguido na prática dos factos, sendo que neste particular há que ponderar que o arguido não se demoveu da conduta que estruturou, mesmo quando teve conhecimento que a assistente DD estaria grávida, não se detendo nos seus propósitos e revelando até impiedade e indiferença pela situação que não o despertou, nem o arrepiou dos seus intentos. Note-se neste particular que o Tribunal não pode deixar de assinalar, em toda a violência apurada, a circunstância de, sabendo da gravidez, não ter o arguido sequer evitado, colocar o pé sobre a barriga da assistente, para impedi-la de se libertar ou colocar em fuga.
- A condição económica e pessoal do arguido: frágil a primeira, mas que não explica nem justifica o seu comportamento. Que seria da Comunidade se todo e qualquer cidadão privado de meios ou de riquezas, optasse no seu livre arbítrio, pelo cometimento de crimes, ou se a resolução da sua insatisfação pelo inexperiência sexual se resolvesse pelo cometimento de factos como aqueles praticados pelo arguido contra a assistente DD? No entanto, o Tribunal ponderando que nem todos os cidadãos tem a mesma impermeabilidade ao meio, não deixará de tomar em linha de conta o contexto em que se inseria o agregado do arguido e em que ocorreu a sua vivência.
- a confissão integral e sem reservas do arguido, reveladora da sua auto-responsabilização pela prática dos factos.

- A inexistência de antecedentes criminais.
- O apoio de que goza e que lhe é prestado pela família directa.
- A boa reputação que mantinha e os projectos profissionais que desenha colocar em prática quando libertar-se do meio prisional;
- A sua juventude pois que à data dos factos contava apenas com 16 anos de idade.

A este propósito, desde logo o diremos, que na óptica deste Tribunal as circunstâncias apuradas ditam a aplicação do regime especial para Jovens Adultos, consagrado no DL 401/82, de 23.09 – art.4º – que em obediência ao regulado no art.72º e 73º n.º1 als. a) e b) do C. Penal – determina que o Julgador deve atenuar as penas quando, no caso, existirem sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção do jovem condenado, o que resulta no caso em apreço, do apurado, mormente que o arguido se encontrava no limiar da imputação jurídico-penal aquando da prática dos factos e que conta com o apoio do agregado onde se insere, reservando para si, a concretização de um projecto, que lhe possibilitará a sua futura reinserção.»

Ou seja, a decisão recorrida concluiu que existiam sérias razões para crer que da atenuação especial da pena, prevista no art. 4.º do DL n.º 401/82, resultavam vantagens para a reinserção do jovem condenado, a partir das circunstâncias que apontou e que coincidem com as que o recorrente quer ver agora novamente valoradas à luz do disposto no art. 72.º, n.ºs 1 e 2 do C. Penal.

Com efeito, o Tribunal atendeu já à confissão integral e sem reservas do arguido, à inexistência de antecedentes criminais, ao apoio de que goza e que lhe é prestado pela família directa, à boa reputação que mantinha e os projectos profissionais que desenha colocar em prática quando libertar-se do meio prisional, para além da sua juventude (16 anos então), para atenuar especialmente a pena.

E a dupla valoração daquelas circunstâncias, para conduzir a uma nova atenuação especial, não é permitida pelo n.º 3 desse art. 72.º, como já se viu.

Improcede, assim, a pretensão da tripla atenuação especial.

2.4.

Medida concreta da pena

Sustenta o recorrente que pelo crime de coação sexual não deverá ser aplicada ao arguido pena de prisão superior a 8 meses de prisão, por cada um dos crimes de roubo, pena de prisão superior a 1 ano e 6 meses de prisão e pelo crime de violação, pena de prisão superior a 4 anos, e, em cúmulo, 6 anos de prisão.

O Tribunal a quo moveu-se:

- quanto ao crime de violação no quadro de uma moldura penal abstracta de 7 meses a 7 anos e 6 meses (com a atenuação especial no art. 4.º do DL n.º 401/82), aplicando a pena de 6 anos de prisão.
- quanto ao crime de coacção sexual, tentado, na moldura (atenuada) de 1 mês a 5 anos e 3 meses, tendo aplicado a pena de 1 ano e 6 meses;
- quanto aos crimes de roubo, na moldura (atenuada) de 7 meses a 10 anos, tendo aplicado as penas de 2 anos e 6 meses e de 14 meses (crime tentado).
- quanto ao concurso de crimes, na moldura abstracta de 6 anos a 13 anos e 8 meses, tendo aplicado a pena de 8 anos de prisão.

Por força do decidido quanto à dupla atenuação, a moldura aplicável ao crime de coação sexual (tentado) baixa para 1 mês a 3 anos e 6 meses e a do crime de roubo (tentado) passa para 1 mês a 6 anos e 8 meses, havendo que encontrar necessariamente, quanto a estes crimes, reponderar novas penas.

Quanto à impugnação pelo recorrente quanto à medida concreta da pena, comecemos por analisar os poderes de cognição deste Tribunal nessa matéria.

Hoje já não se sustenta a visão da determinação da pena concreta, como um sistema de penas variadas e variáveis, com um acto de individualização judicial da sanção em que à lei cabia, no máximo, o papel de definir a espécie ou espécies de sanções aplicáveis ao facto e os limites dentro dos quais deveria actuar a plena discricionariedade judicial, em cujo processo de individualização interviriam, de resto coeficientes de difícil ou impossível racionalização, tudo relevando da chamada «arte de julgar».

Na verdade, segundo o disposto nos art.ºs 70.º a 82.º do Código Penal a determinação das consequências do facto punível, ou seja, a escolha e a medida da pena, é realizada pelo juiz conforme a sua natureza, gravidade e forma de execução daquele, escolhendo uma das várias possibilidades

legalmente previstas, num processo que se traduz numa autêntica aplicação do direito. Tal procedimento foi regulado pelo Código de Processo Penal, de algum modo autonomizando-o da determinação da culpabilidade (cfr. art.ºs 369.º a 371.º), e também o n.º 3 do art. 71.º do C. Penal dispõe que «na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena», alargando a sindicabilidade, tornando possível o controlo dos tribunais superiores sobre a decisão de determinação da medida da pena.

Mas a controlabilidade da determinação da pena não sofrerá limites no recurso de revista, como é o caso?

Não se têm levantado dúvidas sobre a revista da correcção das operações de determinação ou do procedimento, a indicação de factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, a falta de indicação de factores relevantes, o desconhecimento pelo tribunal ou a errada aplicação dos princípios gerais de determinação.

E, deve também entender-se que a valoração judicial das questões de justiça ou de oportunidade cabem dentro dos poderes de cognição do tribunal de revista (Cfr. Jescheck, Tratado de Derecho Penal, § 82 II 3), bem como a questão do limite ou da moldura da culpa, que estaria plenamente sujeita a revista, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção. Mas o mesmo já não acontece com a determinação, dentro daqueles parâmetros, do quantum exacto de pena, para controlo do qual o recurso de revista seria inadequado, salvo perante a violação das regras da experiência ou a desproporção da quantificação efectuada (neste sentido, Maurach e Zipp, Derecho Penal, § 63n.º m. 200, Figueiredo Dias, Figueiredo Dias, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, pág. 197 e Simas Santos, Medida Concreta da Pena, Disparidades, pág. 39).

Determinada a moldura penal abstracta correspondente ao crime em causa, numa segunda operação, é dentro dessa moldura penal, que funcionam todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime deponham a favor ou contra o agente, designadamente:

- O grau de ilicitude do facto, ou seja, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação de deveres impostos ao agente (a gravidade das consequências da conduta do arguido para as vítimas, a persistência do mesmo e desinteresse pela sua sorte);
- A intensidade do dolo ou negligência (o dolo foi, em todos os crimes, directo e intenso);
- Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram (a obtenção de bens materiais de escasso valor com desproporcionada lesão de bens pessoais, a satisfação dos seus intuítos lascivos, mesmo depois de informado da gravidez da vítima);

- As condições pessoais do agente e a sua situação económica (manifesta interesse em concluir um curso profissional que o habilite, a seguir um percurso de vida, em liberdade, apresenta um padrão de inteligência acima do normal para a sua idade, o que lhe permite fazer uma aprendizagem e ter um desempenho profissional socialmente ajustado, revela capacidade de auto-controlo, com uma personalidade marcada pela baixa auto-estima, negativismo e oposicionismo do meio e dos contactos pessoais, revelando-se de dificuldade o relacionamento interpessoal);

- A conduta anterior ao facto e posterior a este (é considerado e goza de boa reputação na vizinhança, em reclusão tem mantido um comportamento estável, confessou e manteve no julgamento uma postura humilde e de sincero arrependimento, não possuindo antecedentes criminais)

- A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena (relevando as capacidades e condições do arguido para a sua reinserção social já referidas).

A defesa da ordem jurídico-penal, tal como é interiorizada pela consciência colectiva (prevenção geral positiva ou de integração), é a finalidade primeira, que se prossegue, no quadro da moldura penal abstracta, entre o mínimo, em concreto, imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada e o máximo que a culpa do agente consente; entre esses limites, satisfazem-se, quando possível, as necessidades da prevenção especial positiva ou de socialização (Ac. do STJ de 17-09-1997, proc. n.º 624/97).

A medida das penas determina-se, já o dissemos, em função da culpa do arguido e das exigências da prevenção, no caso concreto, atendendo-se a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo, deponham a favor ou contra ele e que se vieram de abordar.

A esta luz, e atendendo aos poderes de cognição que a este Supremo Tribunal assistem, impõe-se concluir que as penas concretas fixadas e que o recorrente contesta, se situam dentro da sub-moldura a que se fez referência e que dentro dela foram sopesados todos aqueles elementos de facto que se salientaram.

Mas igualmente se nota que essa ponderação, designadamente dos elementos favoráveis ao arguido já salientados reforçados pela sua idade ao tempo da prática dos factos, 16 anos, não foi tão longe como devia.

Assim, têm-se por mais justa e adequada a pena de 4 anos e 6 meses para o crime de violação no quadro de uma moldura penal abstracta de 7 meses a 7 anos e 6 meses (com a atenuação especial no art. 4.º do DL n.º 401/82), sendo

que a aplicada pelas instâncias (6 anos de prisão) se situava muito perto do seu limite máximo.

O mesmo se diga quanto às penas pelos dois crimes de roubo (2 anos e 6 meses) que se fixam 1 ano e 6 meses para cada crime.

Quanto às penas pelo crime de coacção sexual tentado, a punir na moldura (duplamente atenuada) de 1 mês a 3 anos e 6 meses, em vez de 1 mês a 5 anos e 3 meses, justifica-se que a pena passe para 10 meses de prisão.

Em relação ao crime de roubo tentado, na moldura (duplamente atenuada) de 1 mês a 6 anos e 8 meses justifica-se que a pena se quede por 10 meses de prisão.

Usando para efectivação do cúmulo jurídico, do critério seguido pelas instâncias e que não merece censura, aplica-se a pena única conjunta de 6 anos de prisão, aliás pedida pelo recorrente.

3.

Pelo exposto, acordam os Juízes da (5.^a) Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça em conceder parcial provimento ao recurso do arguido e, em consequência, em aplicar a dupla atenuação especial e modificar as penas parcelares e única conjunta, nos termos sobreditos, no mais confirmando a decisão recorrida.

Custas, no decaimento pelo recorrente com a taxa de Justiça de 3 Ucs.

Lisboa, 7 de Julho de 2007

Simas Santos (Relator)

Costa Mortágua

Rodrigues da Costa