

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 229/17.2PSPRT.P1

Relator: PEDRO VAZ PATO

Sessão: 15 Janeiro 2020

Número: RP20200115229/17.2PSPRT.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FACTOS

Sumário

I - A razão de ser da comunicação a que se reporta o artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal prende-se com as exigências do princípio da vinculação temática, que está estritamente associado às garantias de defesa do arguido.

II - A alteração da qualificação jurídica dos factos deve ser encarada como uma proposta ou uma eventualidade, não como algo já decidido ou deliberado, e o tribunal há de estar aberto à possibilidade de atender às alegações do arguido e recusar essa alteração se tais alegações forem convincentes.

Texto Integral

Proc. nº 229/17.2PSPRT.P1

Acordam os juízes, em conferência, no Tribunal da Relação do Porto

I - B... veio interpor recurso do douto acórdão do Juízo Central Criminal do Porto (Juiz 13) do Tribunal Judicial da Comarca do Porto que o condenou, pela prática de doze crimes de furto qualificado, um crime de furto simples e um crime de detenção da arma proibida, na pena única, resultante de cúmulo jurídico, de seis anos de prisão.

Da motivação do recurso constam as seguintes conclusões:

«1. Vem o presente recurso interposto do douto Acórdão condenatório, proferido a 2 de agosto de 2019, nos termos do n.º1, do artigo 410.º do Código de Processo Penal.

2. O presente recurso abrange não só a matéria de direito, mas também a matéria de facto (Cfr. artigos 410.º, 411.º e 412.º do Código de Processo Penal).

3. O arguido, inconformado com a decisão condenatória, no que se refere aos pontos 12.1, 12.2, 12.3 (que o incluem erradamente e genericamente nesses factos ilícitos e nessa concertação de esforços), 12.5 a 12.11 no que se refere ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT, que constitui o apenso A dos referidos autos, 12.29 a 12.34 respeitantes ao inquérito com o n.º 254/17.3PSPRT, apenso D, 12.40 a 12.48 relativos ao processo n.º 256/17.0PAOVR (apenso L) e no que ao arguido B... diz respeito, 12.49 ao 12.57 factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS (apenso F), 12.58 ao 12.60 do processo n.º 3008/17.3T9MAI (apenso T), 12.113 ao 12.116 do auto de notícia com o n.º 434306/2017 (fls. 785-786 dos autos), 12.175 a 12.178 dos factos provados (para os quais aqui se remete expressamente e aqui se dão por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais), entende que, o Tribunal «*a quo*» deu como provados factos que realmente não o foram em sede de audiência de julgamento,

4. julgando incorretamente alguns pontos, o que teve como consequência direta na sua condenação pelos seguintes crimes:

- «i) Pela prática de um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea a), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT), na pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de prisão - Apenso A;*
- ii) Pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 1, alínea b), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT), na pena de 2 (dois) anos de prisão - Apenso A;*
- iii) Pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alíneas a) e e), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 254/17.3PSPRT), na pena de 3 (três) anos de prisão - Apenso D;*
- iv) Pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alíneas a) e I), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 256/17.0PAOVR), na pena de 3 (três) anos de prisão - Apenso L;*
- v) Pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS), na pena de 3 (três) anos de prisão - Apenso F;*

vi) *Pela prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS), na pena de 3 (três) anos de prisão - Apenso F;*

vii) *Pela prática de um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS), na pena de 2 (dois) anos de prisão - Apenso F;*

viii) *Pela prática de um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 3008/17.3T9MAI), na pena de 2 (dois) anos de prisão - Apenso T;*

ix) *Pela prática de um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea e), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 3008/17.3T9MAI), na pena de 2 (dois) anos de prisão - Apenso T;*

x) *Pela prática de um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 3008/17.3T9MAI), na pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de prisão - Apenso T;*

xiii) *Pela prática de um crime de furto simples, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.ºs 1, alínea b), e 4, do Código Penal (factos respeitantes ao auto de notícia n.º 434306/2017), na pena de 7 (sete) meses de prisão»,*

pelo que conforme supra exposto a decisão sobre tais factos julgados como Provados deverá ser alterada no que ao arguido B... diz respeito julgando-os “Não Provados”.

5. Por outro lado, o Arguido entende que o tribunal «*a quo*» fez uma aplicação incorreta das normas de direito aos factos dados como provados, conforme se indicará na presente motivação de recurso.

6. Nessa medida, o Arguido interpõe recurso da decisão condenatória de 2 de agosto de 2019 limitada à condenação pelos crimes supra indicados no ponto 7. e que correspondem aos crimes relativos aos apensos A (processo n.º 235/17.7PSPRT), D (processo n.º 254/17.3PSPRT), L (processo n.º 256/17.0PAOVR), F (processo n.º 417/17.3PCMTS), T (processo n.º 3008/17.3T9MAI) e ainda auto de notícia com o n.º 434306/2017.

7. No que importa para o presente recurso parcial e apenas no que se refere ao arguido B..., o tribunal «*a quo*» considerou como provados os factos que enumerou na decisão recorrida sob os pontos: 12.1, 12.2, 12.3, 12.5 a 12.11 no que se refere ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT, que constitui o apenso A dos referidos autos, 12.29 a 12.34 respeitantes ao inquérito com o n.º 254/17.3PSPRT, apenso D, 12.40 a 12.48 relativos ao processo n.º 256/17.0PAOVR, apenso L, e no que ao arguido B... diz respeito, 12.49 ao 12.57 factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS (apenso F), 12.58 ao 12.60 do processo n.º 3008/17.3T9MAI (apenso T), 12.113 ao 12.116 do auto de notícia com o n.º 434306/2017 e 12.175 a 12.178 dos factos provados (para os quais aqui se remete expressamente e aqui se dão por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais).
8. O Arguido considera que os pontos 12.1, 12.2, 12.3, 12.5 a 12.11 no que se refere ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT, que constitui o apenso A dos referidos autos, 12.29 a 12.34 respeitantes ao inquérito com o n.º 254/17.3PSPRT, apenso D, 12.40 a 12.48 relativos ao processo n.º 256/17.0PAOVR (apenso L) e no que ao arguido B... diz respeito, 12.49 ao 12.57 factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS (apenso F), 12.58 ao 12.60 do processo n.º 3008/17.3T9MAI (apenso T), 12.113 ao 12.116 do auto de notícia com o n.º 434306/2017 (fls. 785-786 dos autos), 12.175 a 12.178 dos FACTOS PROVADOS foram julgados de forma incorreta,
9. por não ter sido produzida prova suficiente em sede de audiência, nem existir prova documental nos presentes autos, que sustente e fundamente tal decisão judicial quanto aos pontos indicados.
10. Na realidade e seguindo de perto os vários pontos enunciados no Acórdão recorrido relativos a «*C. Fundamentação da convicção do Tribunal*» constata-se que:
11. O tribunal recorrido levou em consideração as declarações dos arguidos que optaram por prestar declarações em sede de audiência de julgamento e as declarações do arguido B..., que confessou apenas os factos que lhe estavam imputados no apenso G, NUIPC 315/17.9PSPRT, apenso W, NUIPC 677/17.8SPPRT e a detenção de uma soqueira de plástico no seu quarto, para além das declarações prestadas pelos senhores agentes das autoridades policiais em sede de audiência de julgamento.
12. Quanto aos factos que integram o objecto dos processos de inquérito com os n.ºs 417/17.3PCMTS, apenso F, e 3008/17.3T9MAI, apenso T, e que foram julgados provados 12.49 a 12.57 e 12.58 a 12.60 respetivamente, convém antes demais indicar que a decisão recorrida padece do vício de Nulidade de Sentença, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 379.º do Código de

Processo Penal, por condenar por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, fora dos casos e das condições previstos nos artigos 358.º e 359.º do Código de Processo Penal (C.P.P.)

13. A 2 de Agosto de 2019 estando apenas presente o Excelentíssimo Juiz Presidente na sala de audiências e uma Excelentíssima Representante do Ministério Público, sem a presença dos demais Juízes-adjuntos que compõe o coletivo, foi comunicado aos arguidos presentes que todas as penas se mantinham iguais, não tendo mudado nada, sendo referidas as penas individuais de cada um dos arguidos, sem exposição da fundamentação da decisão - vide gravação da audiência de Julgamento de 2 de Agosto de 2019 das 14:29:24 até 14:32:41.

14. E só posteriormente o Excelentíssimo Juiz Presidente fez referência ao último requerimento da defensora oficiosa do arguido B... e proferiu despacho com o seguinte teor *«Uma vez que as alegações orais visam permitir aos senhores advogados e ao Ministério Público pronunciarem-se sobre a prova produzida, sendo certo que desde a comunicação efectuada nenhuma prova foi produzida e por outro lado a posição da ilustre requerente encontra-se já devidamente manifestada nos autos julga-se improcedente a arguida nulidade, nessa parte, quanto ao mais é matéria de recurso, que deverá ser dirimida pelo tribunal superior no momento certo. Notifique»* - vide ficheiro 20190802143107_15352750_2871456 da gravação da audiência de 2 de Agosto de 2019 efectuada pelo sistema integrado de gravação do tribunal, que ainda não se encontra exarado em ata ou que o arguido e a sua defensora ainda não podem confrontar com a respectiva ata de audiência de julgamento porque a mesma ainda não se encontra disponível no CITIUS, Irregularidade que aqui se invoca expressamente para todos os devidos e legais efeitos, até porque era importante para a realização das presentes alegações recursivas - juntando-se em anexo comprovativo de que a mesma ata ainda não se encontra disponível no Citius na presente data, assim como não esteve no decurso de todo o mês de Agosto - vide documento junto.

15. O referido despacho para além do resto é Nulo por ter sido proferido após a leitura da decisão final.

16. O tribunal *«a quo»* não poderia realizar qualquer leitura de decisão sem antes se pronunciar sobre as nulidades suscitadas pelos advogados dos arguidos; sem lhes dar oportunidade de requerem o que tivessem por conveniente, assim como dar-lhes oportunidade de realizar alegações finais relativamente aos novos factos, que o tribunal havia alterado e sem fazer uma nova reflexão acerca do decurso da audiência de julgamento reaberta e das novas alegações dos sujeitos processuais.

17. Uma vez declarada reaberta a audiência de julgamento pelo tribunal

teriam de ser permitidos todos os meios de defesa aos arguidos e cumpridas as formalidades essenciais e obrigatórias, não bastando uma mera reabertura formal de audiência, sem concessão da possibilidade de defesa aos arguidos ou de alegações orais dos seus defensores, e ainda mais no que diz respeito aos arguidos mais atingidos com as alterações realizadas pelo tribunal.

18. As alegações orais dos defensores dos arguidos e do Ministério Público estão legalmente previstas no art.º 360.º do Código de Processo Penal e são uma formalidade normal numa audiência de julgamento, essencial para a descoberta da verdade, e no nosso entender obrigatória, pelo que ao não ser concedida a palavra aos mesmos (Ministério Público e defensores dos arguidos) para alegarem o que tiverem por conveniente, como ocorreu, numa reabertura de audiência de julgamento, foi cometida outra nulidade, prevista no art.º 120.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal, o que, foi devidamente e atempadamente invocado, aquando do indeferimento de tal formalidade essencial para a descoberta da verdade, integrante da audiência de julgamento e que se requer agora a sua declaração pelo vosso tribunal superior.

19. A audiência de julgamento de 2 de Agosto de 2019, assim como as decisões nelas tomadas, são também nulas por ter ocorrido preterição do Tribunal Coletivo, uma vez que só estava presente o Sr. Dr. Juiz Presidente e não os demais juízes-adjuntos que compunham o colectivo, na audiência de julgamento reaberta. Tal ainda é mais grave uma vez que a audiência se destinava a colmatar Nulidades anteriores e só por tal motivo terá sido reaberta a audiência de julgamento. - Tal Nulidade é Insanável e prevista no artigo 119.º, alínea a) do CPP, o que aqui expressamente se invoca e se requer a sua declaração para que produza as consequências legais.

20. Prevê o art.º 133.º, n.º 1 da Lei de Organização do Sistema Judiciário que «*O tribunal coletivo é composto, em regra, por três juízes privativos*».

21. De acordo com o artigo 57.º do Regime Aplicável à Organização e Funcionamento Dos Tribunais Judiciais, DL n.º 49/2014, de 27 de Março, n.º 4: «*Nas suas ausências, faltas e impedimentos, os magistrados designados são substituídos por aqueles que se lhes sigam na ordem de designação*».

22. Por conseguinte, para o tribunal coletivo estar representado nas sessões de audiência de julgamento deverão estar presentes os três juízes que o compõe, o que não ocorreu tanto na sessão de 2 de Agosto de 2019 como nas anteriores de 10 de julho de 2019 e 12 de Julho de 2019, que decorreram só com a presença do Sr. Dr. Juiz Presidente e sem a presença dos demais juízes-adjuntos, conforme vem exposto nas respectivas atas de audiência de julgamento, excepto na de 2 de Agosto de 2019 que até à presente data ainda não se encontra devidamente assinada e disponibilizada no Citius para

consulta pelos advogados - outra Irregularidade que aqui expressamente se invoca para os devidos efeitos - vide documento anexo.

23. Da mesma forma, todos os despachos judiciais proferidos após 10 de Julho de 2019, inclusive as comunicações de alterações de factos, foram apenas assinados e subscritos pelos excelentíssimo Juiz Presidente, preterindo-se a subscrição pelos demais juízes-adjuntos, cujo entendimento se desconhece, pelo que são Nulos, também por preterição da decisão colectiva do tribunal Colectivo, Nulidade Insanável que aqui também se invoca para todos os devidos e efeitos legais.

24. Relativamente às alterações de factos realizadas pelo tribunal «*a quo*» que supra se invocaram mantemos a mesma posição que manifestamos nos autos desde 10 e 12 de Julho de 2019: tais alterações não correspondem a meras alterações da qualificação jurídica mas antes a alterações substanciais dos factos, nos termos definidos pela alínea f) do art.º 1.º do Código de Processo Penal, pela imputação de crimes diversos, assim como agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis: o arguido encontrava-se acusado, nos presentes autos, da prática (em co-autoria material) de dois crimes de furto qualificado, um na forma consumada e outro na forma tentada, p. e p. pelos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 2, alíneas e) e g), por referência (no caso do segundo) aos artigos 22.º e 23.º, todos do Código Penal, relativamente aos factos que integram o objecto dos apensos F e T, mas posteriormente o Tribunal modificou os factos descritos na acusação e imputou ao arguido o cometimento efetivo de seis crimes de furto qualificado (dois e quatro respetivamente).

25. A alínea f) do art.º 1.º do Código de Processo Penal define como alteração substancial dos factos aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.

26. A nova factualidade deverá considerar-se não autonomizável daquela que já formava o objecto do processo.

27. Por outro lado, o artigo 77.º, n.º 2 do Código Penal, relativo ao concurso de crimes, estabelece as regras de punição do concurso de crimes e os limites máximos e mínimos da pena aplicável ao concurso, determinando que a pena deverá ser única pelo conjunto dos crimes do concurso.

28. É óbvio que, o somatório das penas de seis crimes é superior ao de dois crimes (os crimes que o arguido vinha acusado), ocorrendo por isso notória agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis ao arguido B...

29. Pelo que, se deverá considerar-se que a alteração efetuada pelo tribunal «*a quo*» correspondeu a alteração substancial dos factos - cfr. alínea f) do art.º 1.º do C.P.P. e art.º 77.º, n.º 2 do C.P. supra indicados.

30. Nessa senda, o regime aplicável a tal alteração será o estatuído no art.º

359.º do Código de Processo Penal (e não o do art.º 358.º do C.P.P) e para tal regime é fundamental o acordo do arguido na continuação do julgamento pelos novos factos, novas imputações criminais, o que o arguido aqui não consentiu, declarando expressamente a sua Oposição a tal alteração e à continuação da audiência de julgamento por tais factos e novas imputações criminais.

31. Conforme determina o n.º 1 do art.º 359.º do C.P.P., as alterações substanciais dos factos descritos na acusação não podem ser tomadas em conta pelo Tribunal para efeito de condenação do arguido no processo em curso.

32. A alteração substancial dos factos é proibida pelo artigo 359.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, com fundamento na estrutura acusatória do processo – cf. artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, à qual é inerente o princípio da acusação, que se projecta materialmente num efeito de vinculação temática do tribunal – e no direito de defesa do arguido (artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa).

33. Como o Tribunal «*a quo*» decidiu prosseguir a audiência de julgamento pelos factos e alterações referidas, sem o acordo dos vários sujeitos processuais para promover tais alterações, incorreu novamente em nulidade processual, que afeta necessariamente a decisão final proferida a 2 de Agosto de 2019, nos termos do preceituado no art.º 379.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal.

34. Pelo que se requer a Vossas Excelências o conhecimento de tais Nulidades, sua Declaração com a conseqüente Revogação da decisão Recorrida, de 2 de Agosto de 2019, e anulação da audiência de julgamento pelas várias razões apontadas.

Sem prescindir,

35. Ainda que assim não se entendesse, o que apenas por mero exercício de patrocínio se equaciona mas não se admite, estaríamos perante uma situação de crime continuado quer no apenso F quer no T e não de seis crimes autónomos, uma vez que as várias situações de cada Apenso ocorreram no mesmo prédio, terão acedido ao local através do mesmo portão de acesso e ocorreram no mesmo edifício ou armazém o que terá facilitado o acesso a diferentes arrecadações, sem que os arguidos pudessem ter percepção de quantas vítimas estariam a lesar ou que bens jurídicos estariam a prejudicar, porque a atuação dos mesmos terá sido indiscriminada dentro do respectivo edifício ou armazém, espaço físico uno e facilitador, sem que tivessem consciência que poderiam estar a praticar 6 crimes.

36. Por parte dos arguidos haveria apenas uma resolução criminosa em cada processo de inquérito/Apenso e não três diferenciadas em cada um deles (no

total 6), sendo que conseqüentemente e na pior das hipóteses só poderiam ser condenados pela prática de dois crimes de furto qualificado e não por seis relativamente a estes apensos F e T.

37. Procedendo os entendimentos supra expostos dever-se-á absolver o B... seguintes ilícitos criminais:

- «i) um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea a), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT) - Apenso A;*
- ii) um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 1, alínea b), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 235/17.7PSPRT) - Apenso A;*
- iii) um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alíneas a) e e), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 254/17.3PSPRT) - Apenso D;*
- iv) um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alíneas a) e I), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 256/17.0PAOVR) - Apenso L;*
- v) um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS) - Apenso F;*
- vi) um crime de furto qualificado, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS) - Apenso F;*
- vii) um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 417/17.3PCMTS) - Apenso F;*
- viii) um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 3008/17.3T9MAI) - Apenso T;*
- ix) um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea e), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 3008/17.3T9MAI) - Apenso T;*
- x) um crime de furto qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 22.º, n.º 1 e 2, alínea c), e 23.º, n.º 1, todos do Código Penal (factos respeitantes ao processo de inquérito n.º 3008/17.3T9MAI) - Apenso T;*

xiii) um crime de furto simples, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203, n.º 1, e 204, n.ºs 1, alínea b), e 4, do Código Penal (factos respeitantes ao auto de notícia n.º 434306/2017)».

O Ministério Público junto do Tribunal da primeira instância apresentou resposta a tal motivação, pugnando pelo não provimento do recurso.

O Ministério Público junto desta instância emitiu douto parecer, pugnando pelo provimento do recurso, no que se refere à verificação da nulidade a que se reporta o artigo 119.º, a), do Código de Processo Penal e à violação dos direitos de defesa do arguido, e reiterando, quanto às restantes questões suscitadas na motivação do recurso, a posição assumida pelo Ministério Público junto do Tribunal de primeira instância.

Colhidos os vistos legais, foram os autos à conferência, cumprindo agora decidir.

II - As questões que importa decidir são, de acordo com as conclusões da motivação do recurso, as seguintes:

- saber se se verifica a nulidade a que se reporta o artigo 119.º, a), do Código de Processo Penal;
- saber se se verifica a nulidade a que se reporta o artigo 120.º, n.º 2, a), do Código de Processo Penal, ou se foram violados os direitos de defesa do arguido por não ter sido cumprido o disposto no artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo Código;
- saber se o acórdão recorrido padece de nulidade, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 379.º, n.º 1, b) e 358.º e 359.º do Código de Processo Penal;
- saber se o acórdão recorrido padece de erro notório na apreciação da prova, ou a prova produzida impõe decisão diferente da que nele foi tomada, quanto aos factos descritos nos pontos 12.1 a, 12.3, 12.5 a 12.11, 12.29 a 12.34, 12.40 a 12 a 12.60, 12.113 a 12.116 e 12.175 a 12.178 do elenco dos factos provados dele constante.
- saber se a factualidade provada que corresponde aos apensos F e T configura um único crime continuado, e não seis crimes autónomos.

III - Vem o arguido e recorrente alegar que se verificam a nulidade a que se reporta o artigo 119.º, a), e também a nulidade a que se reporta o artigo 120.º, n.º 2, a), do mesmo Código, tendo sido violados os seus direitos de defesa por não ter sido cumprido o disposto no artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do

mesmo Código.

Vejamos.

De despacho exarado nos autos e proferido a 22 de julho de 2019 consta o seguinte:

«(...) Nos termos e para os efeitos do preceituado no artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, comunica-se agora aos demais sujeitos processuais – para que os mesmos, querendo, requeiram o que tiverem por conveniente no prazo de 48 horas – que o Tribunal, na sequência das suas deliberações, entende ser de proceder à seguinte alteração de qualificação jurídica dos factos descritos na acusação pública:

O arguido C... – e pelo seu exemplo, presume-se, também os arguidos D..., B... e E... – encontram-se acusados, nos presentes autos, da prática (em coautoria material) de dois crimes de furto qualificado, um na forma consumada e outro na forma tentada, p. e p. pelos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 2, alíneas e) e g), por referência (no caso do segundo) aos artigos 22.º e 23.º, todos do Código Penal, relativamente aos factos que integram o objecto dos apensos «F» e «T».

Acontece, porém, que face à factualidade que funda tal imputação, é entendimento do Tribunal o número de crimes de furto qualificado efectivamente cometidos pelos arguidos nessa ocasião é, pelo menos, de dois e quatro respectivamente (atendendo, precisamente, ao número de potenciais ofendidos com os seus comportamentos, a considerar-se a queixosa F... vítima de apenas uma infracção criminal, em unidade de acção).

Para a reabertura de audiência (com eventual leitura da decisão do Tribunal), designa-se agora o próximo dia 02/08/2019, pelas 14 horas.»

Em requerimento de 24 de julho de 2019, o arguido e ora recorrente alegou que as alterações propugnadas deveriam ser consideradas alteração substancial de factos, segundo o regime estabelecido no art. 359.º do C.P.P., não devendo prosseguir a audiência de julgamento pelos novos factos, novas imputações e alterações comunicadas no referido despacho de 22 de julho de 2019. Caso assim não fosse entendido, deveria ser dada à defensora oficiosa do arguido e ora recorrente a possibilidade de proferir alegações finais orais adicionais e complementares das anteriores.

Na sessão de audiência de julgamento que teve lugar no dia 2 de agosto de 2019 (sem a presença dos juizes adjuntos), foi proferido, em resposta ao referido requerimento, pelo Mº Juiz Presidente do Tribunal Coletivo, o seguinte despacho:

«Uma vez que as alegações orais visam permitir aos senhores advogados e ao Ministério Público pronunciarem-se sobre a prova produzida, sendo certo que na sequência da comunicação efectuada nenhuma prova foi produzida e, por

outro lado, a posição da ilustre requerente encontra-se já devidamente manifestada nos autos, julga-se improcedente a arguida nulidade nessa parte. Quanto aos mais, é matéria de recurso que deverá ser dirimida pelo tribunal superior no momento certo.

Notifique»

De seguida, o M^o Juiz Presidente do Tribunal Coletivo procedeu à leitura do acórdão, anunciando que o mesmo resultou da deliberação de todos os juizes que compõem tal Tribunal e foi por todos assinado.

Vejam.

Estatui o artigo 119.º, a), do Código de Processo Penal que constitui nulidade insanável a falta de número de juizes ou de jurados que deva constituir o tribunal.

Estatui o artigo 358º, n.ºs 1 e 3, do mesmo Código que se no decurso da audiência se verificar uma alteração de qualificação jurídica dos factos que constam da acusação ou da pronúncia, se a houver, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

A razão de ser desta comunicação prende-se com as exigências do princípio da vinculação temática, que está estritamente associado às garantias de defesa do arguido. Estas impõem que o arguido saiba qual a qualificação jurídica dos factos que lhe são imputados e possa defender-se em relação a tal qualificação. Se se verificar uma alteração dessa qualificação, deve o arguido poder defender-se contando com tal alteração, para que não seja surpreendido pela mesma apenas quando lhe for lida a sentença. E, antes dessa leitura deve poder pronunciar-se sobre a alteração em causa. É esse o sentido e finalidade da comunicação a que se reporta o artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal.

É claro que não terá qualquer sentido apresentar ao arguido a alteração de qualificação jurídica com algo já deliberado pelo tribunal. Se assim fosse, de nada serviria a comunicação e a possibilidade de aquele se pronunciar sobre a alteração de qualificação jurídica. Esta alteração deverá ser sempre encarada como uma proposta ou uma eventualidade, não como algo já decidido ou deliberado, e o tribunal há de estar aberto à possibilidade de atender às alegações do arguido e recusar essa alteração se tais alegações forem convincentes.

Ora, não foi isso que se verificou no caso em apreço.

A comunicação da alteração de qualificação jurídica deu-se com a indicação de que a mesma já havia sido deliberada pelo tribunal (os despachos acima transcritos são claros a esse respeito). Sendo assim, na verdade, essa

comunicação não tinha qualquer sentido. É claro que de nada serviriam as alegações do arguido sobre a questão, pois ela já tinha sido objeto de deliberação.

E é claro que o cumprimento correto do artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal exigiria a presença de todos os juizes que compõem o tribunal coletivo. Só os três em conjunto poderiam deliberar sobre a alteração de qualificação jurídica ponderando o que viesse a ser alegado pelo arguido e com abertura à possibilidade de essas alegações levarem à rejeição da alteração de qualificação jurídica sempre apresentada como um eventualidade (não como algo já assente).

No caso em apreço, o juiz presidente do tribunal coletivo procedeu à referida comunicação e veio a afirmar que a alteração em causa resultava de deliberação já tomada por todos os juizes que compõem o tribunal coletivo, incluindo, pois, os que não estavam presentes na sessão da audiência marcada para leitura do acórdão (ver o despacho de fls. 4282 a 4287). Este facto revela bem que a deliberação quanto à alteração de qualificação jurídica já estava tomada e a comunicação dessa alteração se reduziu a um “pró-forma” sem qualquer sentido ou finalidade. O acórdão já estava elaborado de acordo com a alteração de qualificação jurídica em causa e em nada seria alterado fosse qual fosse o sentido das alegações do arguido, as quais nunca levariam à sua modificação (a qual exigiria sempre a intervenção de todos os juizes que compõem o tribunal coletivo, o que era impossível por dois deles estarem ausentes).

Também não é correto dizer, como se diz no segundo dos despachos acima transcritos, que as alegações do arguido depois da comunicação a que se reporta o artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, são apenas relativas à eventual prova produzida na sequência dessa comunicação.

Poderão ser relativas a essa prova se estiver em causa uma alteração não substancial de factos. Mas, mesmo nesse caso, também poderão ser relativas a questões jurídicas suscitadas por tal alteração de factos. E, se estiver em causa, como estava no caso ora em apreço, apenas uma questão de qualificação jurídica, essas alegações serão certamente relativas apenas a tal questão. Mas não deixam de ser, por isso, pertinentes.

Na verdade, no caso em apreço, está em causa apenas uma questão de qualificação jurídica. Não tem razão o arguido e recorrente quando alega que está em causa uma alteração (substancial) de factos. Mas essa alteração de qualificação jurídica é certamente relevante na perspetiva da defesa desse arguido. Saber se os factos em questão (que, como tais, não são alterados) configuram dois ou seis crimes, é, obviamente, relevante na perspetiva dos direitos de defesa do arguido e a tutela desses direitos exige que ele possa

pronunciar-se sobre essa questão.

Verifica-se, pois, a nulidade (insanável) prevista no acima citado artigo 119.º, a), do Código de Processo Penal Na sessão da audiência em apreço o tribunal não era, como devia ser, composto pelos três juízes que compõem o tribunal coletivo. Esta nulidade repercute-se nos atos processuais subsequentes, incluindo o acórdão recorrido (artigo 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Para além dessa nulidade, também deve reconhecer-se que, como alega o Ministério Público junto desta instância, por não ter sido dado cumprimento correto aos artigos 358.º, n.ºs 1 e 3, e 360.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, foram violados os direitos de defesa do arguido constitucionalmente garantidos pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição.

Não se verifica, porém a nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, a), do Código de Processo Penal e invocada pelo arguido e recorrente. Não se verifica qualquer erro na forma do processo.

Deverá, pois, ser dado provimento ao recurso quanto a estes aspetos, ficando prejudicadas as restantes questões suscitadas na respetiva motivação.

Não há lugar a custas (artigo 513.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

IV - Pelo exposto, acordam os juízes da 1ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto em conceder provimento ao recurso, declarando nulas as sessões da audiência realizadas a 22 de julho e a 2 de agosto de 2019, nulidade que se repercute sobre os ulteriores termos do processo, incluindo o acórdão recorrido, e determinando a remessa dos autos ao Tribunal de primeira instância para sanção dessa nulidade, com a realização das necessárias sessões da audiência na presença de todos os membros do tribunal coletivo para cumprimento do artigo 358.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal, nos termos acima indicados, e seguindo-se ou ulteriores termos do processo.

Notifique.

Porto, 15/1/2020

(processado em computador e revisto pelo signatário)

Pedro Vaz Pato

Eduarda Lobo