jurisprudência.pt

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 53/17.2JABRG.G1.S1-A

Relator: SÉNIO ALVES
Sessão: 29 Setembro 2021
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: RECURSO DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA (PENAL)
Decisão: NEGADO PROVIMENTO

RECURSO DE DECISÃO CONTRA JURISPRUDÊNCIA FIXADA

RECURSO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

OPOSIÇÃO DE JULGADOS **CONVITE AO APERFEIÇOAMENTO**

REJEIÇÃO

Sumário

I - O recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pressupõe uma verdadeira oposição de julgados, em ordem a concluir-se que o acórdão recorrido, numa situação fáctica idêntica à considerada no AUJ, decidiu em sentido contrário a este;
II - É condição necessária ao recurso para fixação de jurisprudência – e sob pena de rejeição do mesmo - a indicação de um único acórdão fundamento: é isso que resulta da letra da lei e este entendimento é o único que dá viabilidade prática a este recurso extraordinário.
I - A indicação de mais do que um acórdão fundamento (no caso, três) determina a rejeição do recurso não sendo legalmente admissível a formulação de convite à correcção da motivação e conclusões do recurso.

Texto Integral

Acordam neste Supremo Tribunal de Justiça, 3ª secção:

I. No processo comum colectivo nº 53/17…. do Juízo central criminal ….., J…, o arguido AA, com os demais sinais dos autos, foi julgado e condenado:

- pela prática de um crime de abuso sexual de crianças, de trato sucessivo, p.p. pelos artºs 14º, nº 1, 26º e 171º, nºs 1 e 2 do Cod. Penal, na pena de 4 anos de prisão;

- pela prática de um crime de actos sexuais com adolescentes agravado, de trato sucessivo, p.p. pelos artºs 14º, nº 1, 26º, 173º, nºs 1 e 2 e 177º, nº 1, al. a), todos do Cod. Penal, na pena de 1 ano de prisão;

- em cúmulo jurídico dessas penas parcelares, o arguido foi condenado na pena única de 4 anos e 4 meses de prisão, suspensa na sua execução, mediante regime de prova.

Foi, ainda, condenado a pagar a BB, a título de indemnização por danos sofridos, a quantia de 5.000 euros, acrescida de juros à taxa legal, desde a data daquela decisão até integral pagamento.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso para o Tribunal da Relação …. que, por acórdão proferido em 13/7/2020, decidiu:

- alterar a matéria de facto fixada na 1ª instância, eliminando a al. f) dos factos não provados e dando nova redacção ao facto provado sob o nº 15, que passou a ter a seguinte redacção: “Sujeita a exame ginecológico no dia 24/2/2017, a assistente BB apresentava hímen sem evidência de lesões vulvares e uma solução de continuidade himenial não recente e cicatrizada, consequência dos actos praticados pelo arguido”;

- revogar o acórdão recorrido e condenar o arguido, pela prática de 11 crimes de abuso sexual de criança, nas penas de 4 anos de prisão, cada um, e pela prática de 14 crimes de actos sexuais com adolescentes, nas penas de 1 ano de prisão por cada um, fixando a pena única em 6 anos de prisão, mantendo inalterada a condenação na indemnização civil.

Inconformado, recorreu o arguido para este Supremo Tribunal de Justiça que, por acórdão proferido em 28 de Janeiro de 2021, negou provimento ao recurso e confirmou o acórdão recorrido.

O arguido interpôs recurso para o Tribunal Constitucional que, por decisão sumária proferida em 24 de Março de 2021, decidiu não conhecer do objecto

do recurso; o arguido reclamou para a conferência que, por acórdão de 12 de Maio de 2021, transitado em julgado no dia 27 de Maio de 2021, indeferiu a reclamação, mantendo a decisão reclamada.

E em 4 de Junho de 2021 o arguido interpôs, neste Supremo Tribunal de Justiça, este recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada e, simultaneamente, para fixação de jurisprudência, ao abrigo dos artºs 446º e 437º do CPP, respectivamente, extraindo da sua motivação as seguintes conclusões (transcritas):

«I. O presente recurso tem por objeto dois fundamentos:

1º. a violação de jurisprudência fixada por este Tribunal (nos termos e para os efeitos do disposto no art. 446º do CPP);

2º. a fixação de jurisprudência (nos termos e para os efeitos do disposto no art. 437º do CPP).

DA DECISÃO PROFERIDA CONTRA JURISPRUDÊNCIA FIXADA

II. Desde já se adianta que o Recorrente considera que o Ministério Público do Tribunal da Primeira Instância não tinha interesse em agir com a interposição de recurso para o Tribunal da Relação, porquanto, não poderia sustentar mais do que aquilo que acusou e alegou, em violação não só do princípio da lealdade processual, mas também de jurisprudência fixada.

III. E isto porque, sucintamente, o Ministério Público deduziu acusação, para julgamento em processo comum, com intervenção do Tribunal Coletivo, contra o arguido, aqui Recorrente, imputando-lhe a prática, em autoria material, com dolo direto e em concurso real, nos termos dos art. 26º, 14º nº 1, e 30º do Código Penal, de Um crime de abuso sexual de crianças, em trato sucessivo, p.e p. pelo art. 171º nº 2 do Código Penal; e Um crime de ato sexual com adolescente agravado, em trato sucessivo, p. e p. pelos art. 173º nº 2, e 177º nº 1 a), do Código Penal.

IV. Procedeu-se à realização da Audiência de Julgamento com observância das formalidades legais, conforme decorre das respetivas atas, em que a digníssima Magistrada do Ministério Público, no final das suas alegações, requereu a condenação do aqui recorrente precisamente pelos crimes de que o acusou, sem qualquer alteração da qualificação jurídica, sequer.

V. E o Tribunal de 1ª instância decidiu condenar o arguido/recorrente pela prática, em autoria material e em concurso efetivo e real, de:

a. Um crime de abuso sexual de crianças, de trato sucessivo, p. e p. pelos art. 14º nº 1, 26º e 171º nº 1 e nº 2 do Código Penal (na redação introduzida pela lei nº 59/07, de 4.09), na pena de 4 (quatro) anos de prisão;

b. Um crime de atos sexuais com adolescentes agravado, de trato sucessivo, p. e p. pelos art. 14º nº 1, 26º, 173º nº 1 e nº 2 e 177º nº 1 a) do Código Penal (na redação introduzida pela lei nº 103/15, de 24.08), na pena de 1 (um) ano de prisão;

c. Em cúmulo jurídico, ao abrigo dos art. 30º nº 1 e 77º do Código Penal, na pena única de 4 (quatro) meses de prisão, cuja execução se suspende, nos termos conjugados dos art. 50º nº 1 a 5, 53º nº 1 e nº 4 e 54º nº 1 a nº 4 do Código Penal (na redação introduzida pela Lei nº 103/15, de 24.08), pelo período de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses, mediante regime de prova, contemplando o plano de reinserção social a frequência de um programa de reabilitação para agressores sexuais de crianças e jovens.

d. Condenar o arguido a pagar à vítima BB, a título de indemnização pelos danos sofridos, a quantia de 5.000€ (cinco mil euros), acrescida dos respetivos juros de mora, calculados à taxa legal dos juros civis em vigor em cada momento, vencidos e vincendos desde a data desta decisão até integral pagamento.

VI. Aqui chegados, temos já claro e evidente que o Recorrente foi acusado precisamente pelos crimes com a mesma qualificação jurídica pelos quais o Ministério Público havia deduzido acusação.

VII. É caso para dizer que, no que respeita à qualificação jurídica, o Ministério Público que viu o Arguido ser condenado nos mesmos termos em que acusou, obteve vencimento de causa.

VIII. (Coisa diferente seria e é a quantificação da pena em face daquela qualificação jurídica, aspeto da questão que abordaremos mais à frente e onde se sustentará, igualmente, a falta e interesse em agir)

IX. Pelo que, nos termos e para o efeito do n.º 2 do art. 401º do CPP, o Ministério Público não tinha interesse em agir, pelo que lhe estava vedado o direito de recurso.

X. Sucede, porém, que estranhamente inconformado com aquela decisão que deu provimento à sua própria acusação, o Ministério Público recorreu dela para o Tribunal da Relação ....., concluindo o Recurso, sucintamente e no que

interessa para o caso, do seguinte modo:

a. À qualificação jurídica penal efetuada pelo tribunal quanto aos crimes de natureza sexual, em trato sucessivo, por entendermos, salvo o devido respeito por opinião contrária, que foi efetuada errada qualificação jurídica penal quanto aos factos praticados pelo arguido e dados como provados, pugnando-se pela prática de 11 crimes de abuso sexual de crianças p. e p. pelo art. 171º nº 1 e nº 2 do Código Penal e de 15 crimes de atos sexuais com adolescentes agravado, p. e p. pelos art. 177º nº 1 do Código Penal;

b. Ainda que se considere correto o enquadramento jurídico-penal efetuado pelo tribunal, designadamente, pela prática de um crime de abuso sexual de crianças em trato sucessivo p. e p. pelo art. 171º do Código Penal e de um crime de atos sexuais com adolescentes agravado, de trato sucessivo, p. e p. pelos art. 177º nº 1 a) do Código Penal na redação da Lei nº 103/15 de 24/08, as penas parcelares aplicadas ao arguido pela prática de tais ilícitos e a pena única deverão ser agravadas por desproporcionais e manifestamente benevolentes face às exigências de prevenção geral e especial e, em consequência, as penas parcelares e pena única deverão ser agravadas;

c. Ainda que se considere corretas as penas parcelares e a pena única aplicadas deverá a pena de 4 anos e 4 meses de prisão ser efetiva afastando-se a suspensão da execução;

d. Não colocamos em causa a matéria de facto dada como provada que corresponde à prova produzida em audiência de julgamento e que aqui se dá por reproduzida.

e. A nossa discordância prende-se, além do mais, com a qualificação jurídica penal dos factos provados efetuada pelo tribunal ao considerar verificado o crime de trato sucessivo.

f. Muito embora tenha sido essa a posição da acusação e que atenta a prova produzida em audiência de julgamento foi a mesma matéria imputada aquela que veio a ser dada como provada, porque da integração dos factos no direito o tribunal é sempre soberano e porque na nossa perspetiva um distinto entendimento numa fase anterior ao julgamento não pode implicar que não possa ser defendida integração distinta daquela anteriormente realizada- uma vez que em entendimento contrário seria quanto a nós um entendimento que violara princípios constitucionais e estatutários básicos com relação à atividade do Ministério Público na representação em julgamento consideramos que o tribunal errou na qualificação jurídica daqueles factos.

XI. Cumprido o disposto no art. 416º do Código de processo penal o Ministério Público junto da Relação emitiu parecer manifestando o entendimento de que se deverá decretar a falta de interesse em agir do Ministério Público recorrente no que concerne à sua pretendida modificação da qualificação jurídica consignada na decisão recorrida com a retirada dela da consignada existência de dois crimes de trato sucessivo, isto em face do disposto no acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 2/2011 de 16.12.2011, a que se deve obediência.

XII. Entendeu então o Ministério Público junto da Relação que deveria permanecer, por via disso, intangível tal subsunção jurídica.

XIII. O Tribunal da Relação decidiu:

a. Alterar a matéria de Facto fixada em 1ª instância eliminando a al. f) dos factos provados e dando nova redação ao facto provado sob o nº 15 que passa a ser do seguinte teor: "sujeita a exame ginecológico no dia 24/02/2017 a assistente BB apresentava hímen sem evidência de lesões vulvares e uma solução de continuidade himenal não recente e cicatrizada, consequência dos atos praticados pelo arguido."

b. Julgar Parcialmente procedente o recurso e em consequência:

c. Revogar o acórdão recorrido e condenam o arguido pela prática de 11 crimes de abuso sexual de criança p.p. art. 171º nº1 e nº 2 do Código Penal, na pena de 4 anos de prisão por cada um dos crimes e pela prática de 14 crimes de atos sexuais com adolescentes p.p. art. 173º nº 1 e 177º nº 1 a) do Código Penal, na pena de 1 ano de prisão por cada um dos crimes;

d. Fixar a pena única resultante do cúmulo jurídico das diversas penas parcelares em 6 (seis) anos de prisão.

e. Manter inalterada a decisão de primeira instância no que concerne à indemnização civil arbitrada.

XIV. Inconformado com esta decisão, o arguido, aqui Recorrente, interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, mas o Supremo Tribunal de Justiça, julgou improcedente o recurso do aqui Recorrente, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

XV. Em relação à primeira questão que o aqui recorrente pretende que seja apreciada e que tenha provimento, refere-se à falta de "Interesse em Agir",

requisito este a par da legitimidade, para que, no caso o Ministério Publico pudesse recorrer.

XVI. Fazendo-nos valer da jurisprudência fixada pelo excelente acórdão de fixação de jurisprudência nº2/2011, do Supremo Tribunal de Justiça, que revogou finalmente o acórdão nº 5/94, decidindo sem restrições que o MP não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo, seja o recurso interposto a favor ou contra o arguido."

XVII. Ora, no caso dos autos, como vimos, de facto, assim é.

XVIII. O Ministério Público acusou o aqui recorrente imputando-lhe a prática, em autoria material, com dolo direto e em concurso real, nos termos dos art. 26º, 14º nº 1, e 30º do Código Penal, de:

a) Um crime de abuso sexual de crianças, em trato sucessivo, p. e p. pelo art. 171º nº 2 do Código Penal; e,

b) Um crime de acto sexual com adolescente agravado, em trato sucessivo, p.e p. pelos art. 173º nº 2 e art. 177º nº 1 a) do Código Penal;

XIX. Em sede de audiência de Julgamento o Ministério Público sustentou a acusação nos mesmos termos em que a mesma foi deduzida, não suscitando, quando na verdade, o poderia fazer, qualquer alteração da qualificação jurídica.

XX. Terminada a produção de prova, foi concedida a palavra à Digníssima Magistrada do Ministério Público, não se pronunciando a mesma, sequer, sobre a escolha e a medida da pena, quando na verdade, como vimos, o seu estatuto assim o exige, nem se pronunciando sobre uma eventual alteração da qualificação jurídica.

XXI. De facto e com todo o respeito, o Ministério Público de uma forma quase como que ardilosa, e em manifesta violação do princípio da lealdade processual (ou da boa fé) interpõe recurso para o Tribunal da Relação requerendo a alteração da qualificação jurídica efetuada, pois considera a mesma errada, requerendo ainda um agravamento das penas parcelares, bem como o afastamento da suspensão da execução da pena de prisão aplicada.

XXII. Mas quanto a esta questão da escolha da medida concreta da pena, veja-se como igualmente aqui o Ministério Público não tem interesse em agir.

XXIII. Convém recordar que, conforme resulta bem vertido nos autos, o Ministério Público, em sede de inquérito, promoveu a Suspensão Provisória do processo, nos termos do art. 281º do Código de Processo Penal e art. 178º nº 4 do Código Penal, que só não foi aplicada, devido à oposição do Exmº Juiz de Instrução Criminal.

XXIV. De facto, a Suspensão Provisório do processo, visa não submeter o arguido a julgamento, o que de facto demonstra a desnecessidade da aplicação de uma pena, no caso em apreço, privativa da liberdade.

XXV. Ora, após esta promoção em sede de inquérito, ora durante a realização da audiência de julgamento, o MP nunca requereu a alteração da qualificação jurídica e também não requereu a aplicação de uma pena privativa da liberdade efetiva, apanhando o arguido/recorrente completamente desprevenido.

XXVI. Note-se que das suas alegações orais, o Ministério Público, além do mais já sobredito, não se pronunciou sequer quanto à medida da pena.

XXVII. Como sabemos, a questão do interesse em agir foi colocada em sede de parecer do MP, junto do Tribunal da Relação, que não decidiu nesse sentido.

XXVIII. Interposto Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, o mesmo manteve o decidido pelo Tribunal da Relação, em clara violação de jurisprudência fixada, pelo Ac. STJ nº 2/2011 de 16/12/2010 in DR I-A de 27/01.

XXIX. O que, de facto, é patente e configura ainda a violação do princípio da lealdade processual, que de facto na nossa opinião é extensível não só à qualificação jurídico-penal, mas também à escolha da pena, violando-se assim, de forma evidente e óbvia a jurisprudência fixada.

XXX. Foi, assim, violada jurisprudência fixada por este Tribunal.

Da fixação de Jurisprudência

XXXI. Sem prescindir do exposto, sucede que em relação aos crimes em trato sucessivo existe divergência jurisprudencial sendo, portanto, necessário fixá-la.

XXXII. Fazendo-nos valer do percurso de decisões tomadas até aqui, nesta parte, o objeto do presente recurso prende-se com o invocado erro de subsunção da conduta do arguido a um concurso real de crimes de forma a

puni-lo tantas vezes quantos os atos praticados integrantes da conduta delituosa e não à simples prática de dois crimes de trato sucessivo, conforme o Arguido vinha acusado e foi condenado em primeira instância.

XXXIII. O crime em trato sucessivo é uma tipologia sem consagração no nosso direito positivo, importada da dogmática alemã, como forma de responder aos casos de prática de uma pluralidade de infrações, cometidas em momentos temporais distintos, sucessivos, mas em que se torna de difícil ou mesmo impossível a sua quantificação.

XXXIV. Esses delitos de trato sucessivo, também denominados de protraídos, protelados ou prolongados ou exauridos, tem merecido bastante referência na nossa jurisprudência, sobretudo a respeito dos crimes de tráfico de estupefacientes, de abuso sexual, pressupondo uma unidade resolutiva, que se não identifica com uma resolução criminosa única, em que se considera haver um só crime, aglutinando vários factos criminosos, cometidos ao longo do tempo, em obediência àquele único desígnio de punir de acordo com conduta mais grave, incluída na totalidade, agravando a responsabilidade a reiteração, algo paredes meias com os ditos crimes permanentes ou habituais.

XXXV. O crime de trato sucessivo supõe, ainda, uma certa conexão temporal e uma certa homogeneidade de factos criminosos, apontando para o mesmo tipo legal de crime ou tipos legais de crimes protegendo os mesmos bens ou valores jurídicos.

XXXVI. E envolve uma realização plúrima de um crime ou vários, que protegem fundamentalmente o mesmo bem jurídico, executado de forma substancialmente homogénea, manifestando através de uma pluralidade de resoluções criminosas na produção do resultado.

XXXVII. A jurisprudência deste Supremo Tribunal de Justiça, já considerou que o crime de abuso sexual poderia preencher um crime de trato sucessivo, nomeadamente no Acórdão de 29.11.2012, que se distingue do crime continuado, segundo o descritivo do art.30º nº2 do CP, porque este, partindo do pressuposto que se trata de uma pluralidade de infrações praticadas em condições substancialmente homogéneas, a solicitação de um conjunto de solicitações exteriores à pessoa do agente, há-de diminuir de forma considerável a culpa do último, abrangidas como estão num dolo continuo, abrangente, que se apresenta como fracasso psíquico do agente (no dizer de Iescheck, in derecho Penal, parte geral, 216), persistente e padronizado, a que a lei concede proteção, por gerar uma situação de tolerada sucumbência e um menor juízo de censura do agente não criar a ocasião favorável a essa

repetição ou a procurar ativamente.

XXXVIII. O crime continuado com ofensa de bens eminentemente pessoais recebeu com a coerente alteração de 2010, uma sentença de morte no sugestivo dizer do citado Ac. STJ, de 12.6.2013, que, aceitando a controvérsia na qualificação jurídica, reputou o crime de abuso sexual como de trato sucessivo, na esteira do referido Acórdão STJ De 29.11.2012, in www.dgsi.pt.

XXXIX. Outras decisões deste Supremo Tribunal se podem convocar no sentido de que, no caso do crime de abuso sexual de crianças, o entendimento é o da integração da pluralidade de condutas à figura do concurso efetivo de crimes, afastando-se a possibilidade de subsunção a outras figuras, designadamente ao crime de trato sucessivo. Neste sentido, de entre outros, acórdãos de 13-07-2011 (Proc. nº 451/05.4JABRG.G1.S1-3ª secção); de 2-09-2012 (Proc. nº 2745/09.0TDLSB.L1.S1-3ª secção).

XL. Pelo exposto, e atendendo à evidente divergência jurisprudencial, torna-se necessário nesta matéria, fixar jurisprudência.

XLI. No sentido do aqui Recorrente e atendendo à notória divergência, deve fixar-se jurisprudência no sentido de os crimes de abuso sexual, em relação ao seu modo de execução, serem considerados de trato sucessivo, nos termos e com os fundamentos supra melhor elencado na motivação.

XLII. Mas essencialmente, porque, ao contrário do crime continuado, nos crimes prolongados "não há uma diminuição considerável da culpa, mas, antes em regra, um seu progressivo agravamento à medida que se reitera a conduta (ou, em caso de eventual «diminuição da culpa pelo facto», um aumento da culpa enquanto negligência na formação da personalidade ou de perigosidade censurável»). Na verdade, não se vê que diminuição possa existir no caso, por exemplo, do abuso sexual de criança, por atos que se sucederam no tempo, em que, pelo contrário, a gravidade da ilicitude e da culpa se acentua (ou, pelo menos, se mantém estável) à medida que os atos se repetem- Ac. STJ, de 29.11.2012, proc. nº 862/11.6TAPFR.S1, in www.dgsi.pt.

XLIII. O crime prolongado ou de trato sucessivo pressupõe uma «unidade resolutiva», realidade que se não deve confundir com «uma única resolução», pois que, «para afirmar a existência de uma unidade resolutiva é necessária uma conexão temporal que, em regra e de harmonia com os dados da experiência psicológica, leva a aceitar que o agente executou toda a sua atividade sem ter de renovar o respetivo processo de motivação» (Eduardo Correia, 1968:201 e 202, citado no Código Penal anotado de P.P.Albuquerque)

– cf. Ac. Do STJ, de 29.11.2012, supra citado.

XLIV. Para além disso, deverá haver uma homogeneidade na conduta do agente que se prolonga no tempo, em que os tipos de ilícito, individualmente considerados são os mesmos, ou, se diferentes, protegem essencialmente um bem jurídico semelhante, sendo que, no caso dos crimes contra as pessoas, a vítima tem de ser a mesma-cf. Ac.do STJ, de 29.11.2012, supra citado; no mesmo sentido, o Ac. da Relação do Porto, de 6.02.2019, proc.nº 966/14.3JAPRT.P1, in www.dgsi.pt.

XLV. Aquele, aresto jurisprudencial, porém, apela ao crime de trato sucessivo, mas para as situações em que a «atividade sexual criminosa» se repita prolongadamente no tempo e em que a contagem do número de atos seja difícil, tornando-se a sua qualificação quase arbitrária.

XLVI. "O QUE NO CASO SUBJUDICE ACONTECE".

XLVII. Neste conspecto, assim concluindo que às várias condutas do arguido está subjacente uma unidade resolutiva (inicialmente formulada, pelo menos, em Setembro de 2013), tendo em conta o curto lapso de temporal que decorreu entre os vários atos sexuais apurados, a regularidade mensal dos mesmos (note-se como em 12 dos factos provados não se prova sequer em concreto o número de vezes das práticas sexuais, mas antes se recorrendo à frequência mensal!!!), a sua verificação no mesmo contexto espacial e sendo uma única a vítima, o arguido praticou, em autoria material, um crime de abuso sexual de crianças, de trato sucessivo, p.e p. artigos 14º nº 1, 26º, e 171º nº 1 e nº 2 do Código Penal, na redação introduzida pela Lei nº 59/07, de 4.09.

XLVIII. Mutatis mutandi para o crime de atos sexuais com adolescentes agravado, p.e p. artigos 14º nº 1, 26º, 173º nº 1 e nº 2, e 177º nº 1 al. a), do Código Penal.

XLIX. Pelo supra exposto, somos da opinião que os crimes sexuais devem ser considerados de trato sucessivo, devendo fixar-se jurisprudência neste sentido.

NESTES TERMOS E NOS DEMAIS DE DIREITO, DEVE SER DADO PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO E, POR VIA DELE, SER RECONHECIDA A VIOLAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, DEVENDO AINDA SER FIXADA JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO SUPRA EXPOSTO».

Respondeu a Exmª Procuradora-Geral Adjunta neste Supremo Tribunal de Justiça, pugnando pela rejeição do recurso no segmento relativo à fixação de jurisprudência e pela improcedência do mesmo, no segmento relativo à alegada violação de jurisprudência fixada, com a seguinte fundamentação (transcrita):

«1. Do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido em 28.01.2021, transitado em julgado em 27.05.2021, interpõe o arguido, em 04.06.2021, recurso extraordinário contra jurisprudência fixada, por considerar que aquela decisão viola a jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ nº 2/2011 de 16.12. 2010, invocando o disposto nos arts. 446º e 437º do CPP.

1.1. Mais alega o recorrente no mesmo recurso que,"Sem prescindir, sucede que em relação aos crimes de trato sucessivo existe divergência jurisprudencial, tornando-se necessário nesta matéria fixar jurisprudência", indicando vários acórdãos do STJ, e pronunciando-se sobre o sentido em que alega dever ser fixada jurisprudência.

O recorrente invoca acórdãos do STJ que "reputaram o crime de abuso sexual como sendo de trato sucessivo- acórdãos de 29.11.2012 e 12.06.2013".

E invoca acórdãos do STJ que entenderam que no caso do crime de abuso sexual de crianças, o entendimento é o da integração da pluralidade de condutas à figura do concurso efetivo de crimes, afastando-se a possibilidade de subsunção a outras figuras, designadamente ao crime de trato sucessivo. Neste sentido, de entre outros, acórdãos de 13-07-2011 (Proc. nº 451/05.4JABRG.G1.S1-3ªsecção); de 2-09-2012 (Proc. nº 2745/09.0TDLSB.L1.S1-3ª secção).

1.1.1. Em alternativa ao recurso extraordinário de decisão contra jurisprudência fixada pretende, pois, o recorrente interpor simultaneamente recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, conforme resulta inequívoco das conclusões apresentadas, não cumprindo, desde logo, os requisitos exigíveis quanto a este recurso extraordinário- o recorrente invoca dois acórdãos do STJ, sem especificar qual deles é o acórdão fundamento, em violação do requisito previsto no art. 438º nº 2 do CPP.

2. Porém, sendo distintos os pressupostos e fins visados com cada um dos recursos extraordinários em causa, torna-se a nosso ver inconciliável a cumulação dos dois recursos.

2.1. Neste mesmo sentido decidiu, designadamente no acórdão do STJ de 30.10.2019 (proc. 2701/11.9T3SNT.L1.-AS1, 3ª S, Cons. Raul Borges), transcrevendo-se excertos do respetivo sumário:

IX – O presente caso tem a especificidade de o recorrente interpor recurso extraordinário de fixação de jurisprudência ao abrigo do disposto nos artigos 437.º, n.ºs 2 a 4 e 438.º, do CPP, mas depois, intromete um outro recurso extraordinário, nos termos do artigo 446.º do CPP (Recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça), (….).

X – A convocação dos dois recursos extraordinários é feita em jeito subsidiário, como resulta da expressão "Caso assim não se entenda", colocada entre as conclusões O) e P) (…)

XI – Cremos ser inconciliável a cumulação dos dois recursos extraordinários, pois que os recursos em causa, partindo de pressupostos diversos, servem objectivos diferentes.

XV – (….)

Não é admissível ao recorrente socorrer-se do recurso previsto no art. 446.º do CPP e, para a hipótese de insucesso, lançar mão, enquanto pedido subsidiário, do recurso para fixação de jurisprudência a que alude o art. 437.º do mesmo Código".

XVI – No acórdão de 11-04-2018, proferido no processo n.º 45/14.3T9FLG.P1-A.S1, desta 3.ª Secção, foi abordada a questão nestes termos: "O recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, previsto no art. 437.º, do CPP, é inequivocamente incompatível com o recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ, previsto no art. 446.º, não se podendo pretender que o STJ fixe jurisprudência, com fundamento na oposição de acórdãos, sobre questão de direito sobre a qual já proferiu decisão de fixação. Interpondo o recorrente um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, considerando que inexiste jurisprudência fixada, está-lhe vedado, lógica e necessariamente, interpor em simultâneo, por via de pedido subsidiário, recurso de decisão contra jurisprudência fixada, obstando tal circunstância, a que este STJ se pronuncie sobre o recurso subsidiário. Existindo jurisprudência fixada no AUJ 9/2013, de 14-03, sobre a questão objecto do presente recurso para fixação de jurisprudência é evidente que o mesmo terá de ser rejeitado.

XIX – É jurisprudência pacífica neste Supremo Tribunal que há que dar cabal cumprimento ao requisito formal deste recurso extraordinário consistente na indicação de apenas um acórdão fundamento e que a menção de mais de um acórdão fundamento conduz à rejeição do recurso.

XXI – No caso sujeito a apreciação o recorrente indica sobre a mesma matéria de direito os apontados acórdãos fundamento, sendo de rejeitar o recurso, por inadmissibilidade, nos termos do artigo 441.º, n.º 1, do CPP.

XXIII – Não é de formular convite à eventual correcção da petição, porque sendo o recurso de fixação de jurisprudência um recurso extraordinário e, por isso, excepcional, deve entender-se que a interpretação das regras jurídicas disciplinadoras de tal recurso, deve fazer-se com as restrições e o rigor inerentes (ou exigidas) por essa excepcionalidade. (….)

3.Não obstante o referido, na eventualidade de se considerar admissível a cindibilidade do recurso interposto em:

i) recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada; e

ii) recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, pronunciamo-nos pela rejeição deste último segmento do recurso, por não preenchimento desde logo dos respetivos pressupostos de natureza formal previstos no art. 438º nº 2 do CPP, ao indicar o recorrente dois acórdãos alegadamente em oposição com o acórdão recorrido, embora o recurso tenha sido atempadamente interposto. (vd o citado ac. do STJ de acórdão de 30.10.2019, proc. 2701/11.9T3SNT.L1.-AS1 e a extensa referência jurisprudencial nele citada)

4. Da apreciação dos pressupostos de natureza formal e substancial do "recurso extraordinário de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ"

4.1. Pressupostos de natureza formal

Do acórdão do STJ proferido em 28.01.2021, interpôs o arguido recurso para o Tribunal Constitucional, vindo este tribunal, a final, a proferir acórdão em 12.05.2021.

Tendo sido o citado acórdão notificado ao MP em 13.05.2021, e considerando-se o arguido legalmente notificado em 17.05.2021, o acórdão do STJ considera-se transitado em julgado em 27.05.2021 (tal como é certificado nos autos).

Tal acórdão do STJ não é já suscetível de recurso ordinário.

Ao interpor o recurso extraordinário de decisão proferida contra jurisprudência fixada, em 04.06.2021, verifica-se ter sido o mesmo atempadamente interposto e por quem tem legitimidade- art. 446º nº 1 e 2 do CPP

4.2. Dos pressupostos de natureza substancial

4.2.1. Alega o recorrente que o acórdão do STJ proferido em 28.01.2021 viola a jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ nº 2/2011 de 16.12. 2010

Alega que o MºPº não tinha "interesse em agir" ao ter interposto recurso do acórdão proferido em sede de tribunal de 1ª instância, já que havia acusado o recorrente com a incriminação jurídica que veio a ser proferida pelo aludido tribunal (um crime de abuso sexual de crianças, em trato sucessivo, p. e p. pelo art. 171º nº 2 do Código Penal; e, um crime de acto sexual com adolescente agravado, em trato sucessivo, p.e p. pelos art. 173º nº 2 e art. 177º nº 1 a) do CP).

E alega que em sede de audiência de julgamento, em alegações orais, o MºPº não se pronunciou sobre a escolha e medida da pena.

Mais alega que tendo sido interposto Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, o mesmo manteve o decidido pelo Tribunal da Relação," em clara violação de jurisprudência fixada, pelo Ac. STJ nº 2/2011 de 16/12/2010 in DR I-A de 27/01, o que configura ainda a violação do princípio da lealdade processual, extensível não só à qualificação jurídico-penal, mas também à escolha da pena, violando-se assim a jurisprudência fixada".

4.3. Cumpre desde já assinalar que a questão da alegada "falta de interesse em agir ", por parte do MºPº recorrente da decisão proferida em sede de tribunal de 1ª instância, não foi colocada à apreciação do STJ, não se tendo o acórdão recorrido pronunciado sobre o teor da jurisprudência fixada no AFJ nº 2/2011 (DR 1ª S de 27.01.2011), desde logo porquanto tal não foi suscitado pelo recorrente, sendo certo que o poderia ter feito.

4.4. Tal questão foi suscitada, e decidida, em sede de Tribunal da Relação …., pelo acórdão de 13.07.2020.

No recurso interposto pelo MºPº do acórdão proferido pelo tribunal de 1ª instância, foi impugnada, para além da questão do enquadramento jurídico

dos factos, a espécie e medida de pena a aplicar ao arguido, pugnando-se, em qualquer das hipóteses apresentadas, pela aplicação de pena de prisão efetiva.

O TR…, por acórdão de 13.07.2020, “estribado no disposto no artigo 428º do CPP, entendeu que, por via de manifesto erro notório na apreciação da prova, bem patenteado na contraditória fundamentação verificada entre os referidos factos dados como provados e não provados, se impunha, para sua sanação, alterar a referenciada matéria de facto dada com provada e não provada por forma a compatibilizá-la.

“Em resultado disso, eliminando a materialidade constante da alínea f) dos factos dados como não provados pelo Tribunal de 1ª instância, a Relação conferiu nova redacção ao facto provado 15.

Como se refere ainda no acórdão do STJ, ora recorrido, “da mencionada alteração, oficiosamente introduzida à matéria de facto pela Relação, não foi — nem podia ser - retirada consequência alguma em sede de qualificação jurídica e de determinação da pena, matérias susceptíveis de serem reexaminadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, nos termos da citada norma do artigo 434º do CPP”.

De salientar que o “Tribunal da Relação ….., enquanto tribunal de recurso, podia sempre proceder oficiosamente à alteração da qualificação jurídica dos factos, - “ainda que para crime mais grave, sem prejuízo da proibição da reformatio in pejus e mediante prévia notificação do arguido para a possibilidade de tal vir a suceder (referido número 3 do artigo 424º do CPP), sendo que, no caso em apreciação, a modificação havida neste conspecto ficou a dever-se, não à sua iniciativa mas à procedência que deu à questão suscitada a tal respeito pelo MºPº no recurso que este interpôs da decisão proferida em 1ª instância e que o arguido conhecia perfeitamente, tanto assim que dela se defendeu” - como se fundamenta ainda no citado acórdão do STJ.

No tocante à jurisprudência fixada pelo AFJ nº 2/2011, considerou o TR…:

“De facto, se a questão fosse apenas analisável sob o ponto de vista da legitimidade e interesse em agir por parte do ministério público para recorrer de decisões concordantes com posições anteriormente assumidas, poder-se-ia vislumbrar alguma violação do princípio da lealdade processual. É que tal como é dito no AFJ 2/2011 ao justificar a alteração da posição que havia sido anteriormente fixada pelo AFJ 5/94 de 19 de outubro, de entre os princípios estruturantes do processo penal democrático deve salientar-se o princípio do processo equitativo. Este princípio, na dimensão de justo processo “é

integrado por vários elementos, um dos quais se afirma na confiança dos interessados nas decisões de conformação ou orientação processual". Significa isto que "os interessados não podem sofrer limitações ou exclusões de posições ou direitos processuais em que legitimamente confiaram, nem podem ser surpreendidos por consequências processuais desfavoráveis com as quais razoavelmente não poderiam contar: é o princípio da confiança na boa ordenação processual determinado pelo juiz".

Mas a questão pode - e deve - ser vista noutro enquadramento. É que tratando-se de uma questão de qualificação jurídica, sempre o tribunal seria livre de a equacionar, porque afinal o que está em causa é a aplicação do direito aos factos e essa é livre para o tribunal, desde que ao arguido seja dada a possibilidade de se pronunciar, o que nos autos já aconteceu.

Portanto, assim sendo, esta questão deverá efetivamente ser abordada e sê-lo-á a seu tempo." (sublinhados nossos)

Em face da legitimidade do MºPº para impugnar, designadamente, a medida e a espécie de pena aplicada ao arguido, em face ainda dos poderes de cognição por parte do tribunal de recurso da existência de vícios de decisão e da qualificação jurídica dos factos tidos como provados, tendo tido o arguido a possibilidade de responder quer ao recurso interposto pelo MºPº junto do tribunal de 1ª instância, quer ao parecer emitido pelo MºPº no TR…, considera-se não ter o acórdão do TR….. violado a jurisprudência fixada no AFJ nº 2/2011.

E sublinha-se não ter sequer o arguido/recorrente colocado tal questão à apreciação do STJ, no recurso que interpôs para este Tribunal.

As questões colocadas pelo recorrente foram, em síntese:

A - Indevida alteração da matéria de facto a que procedeu o Tribunal da Relação, com fundamento em erro notório na apreciação da prova em que incorreu o Tribunal de 1.2 instância, e que deverá ser excluída;

B - Qualificação jurídica dos factos que, no entender do recorrente e ao invés do considerado pelo tribunal recorrido, configuram tão-só um crime de trato sucessivo de abuso sexual de crianças, previsto e punido pelo artigo 171º números 1, e 2 do Código Penal e um crime de trato sucessivo de actos sexuais com adolescentes agravado, previsto e punido pelos artigos 173º números 1, e 2 e 177º, número 1, alínea a), do mesmo diploma legal;

C - Nulidade da decisão em que incorreu o tribunal recorrido ao arredar o crime de trato sucessivo e requalificar juridicamente os factos sem observar o disposto no 3 do artigo 358º do CPP;

D - Medida da pena que, quer se julgue ou não procedente a questão indicada na conclusão B, não deverá exceder 5 (cinco) anos de prisão e ser suspensa na respectiva execução

O acórdão do Supremo tribunal de Justiça, ora recorrido, pronunciou-se sobre as questões suscitadas pelo arguido/recorrente, sem prejuízo de questões de conhecimento oficioso que lhe competisse apreciar

E, o acórdão do STJ, ao manter o decidido no acórdão do TR.… não proferiu decisão contra a citada jurisprudência fixada, pelos fundamentos aduzidos no ponto 4.4. da presente resposta.

5. Em síntese, caso se considere admissível a cindibilidade do recurso interposto em

i) recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada; e

ii) recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, pronunciamo-nos pela rejeição deste último segmento do recurso, por não preenchimento desde logo dos respetivos pressupostos de natureza formal previstos no art. 438º nº 2 do CPP, ao indicar o recorrente dois acórdãos alegadamente em oposição com o acórdão recorrido, embora o recurso tenha sido atempadamente interposto. (vd o citado ac. do STJ de acórdão de 30.10.2019, proc. 2701/11.9T3SNT.L1.-AS1 e a extensa referência jurisprudencial nele citada)

E pronunciamo-nos pela improcedência do recurso no segmento de “recurso de decisão contra jurisprudência fixada pelo STJ”».

II. Instruído o recurso com certidão do acórdão proferido pelo STJ e das duas decisões (sumária e em conferência) proferidas pelo Trib. Constitucional, os autos foram com vista ao Ministério Público (artº 440º, nº 1 do CPP), tendo o Exmº Procurador-Geral Adjunto secundado a argumentação constante da resposta oportunamente oferecida.

III. Colhidos os vistos, cumpre decidir, em conferência.

Na resposta que ofereceu ao recurso agora interposto, a Exmª Procuradora-Geral Adjunta pugna, desde logo, pela rejeição do recurso, por considerar que "sendo distintos os pressupostos e fins visados com cada um dos recursos extraordinários em causa, torna-se a nosso ver inconciliável a cumulação dos dois recursos". Indica, em abono desse entendimento, o decidido no acórdão do STJ de 30.10.2019, Proc. 2701/11.9T3SNT.L1.-AS1.

A inconciliabilidade da cumulação destes dois recursos extraordinários, detectada no acórdão referido pela Exmª Procuradora-Geral Adjunta (e noutros arestos, citados naquele) assentava numa situação de facto distinta da verificada neste processo.

Com efeito, no recurso onde foi proferido aquele acórdão do STJ, o recorrente pedia a uniformização de jurisprudência sobre um determinado segmento normativo, indicando como acórdão fundamento, entre outros, um acórdão uniformizador de jurisprudência proferido nessa matéria e dizendo, mesmo, que o acórdão recorrido havia violado a jurisprudência fixada naquele AUJ.

Aqui, é manifesta a contradição evidenciada: o recorrente pede a uniformização de jurisprudência sobre matéria relativamente à qual já houve lugar à dita uniformização, censurando o acórdão recorrido por ter decidido em sentido contrário ao fixado nessa uniformização.

Nestes casos, como de forma particularmente incisiva se referiu no Ac. STJ de 11-04-2018, Proc. 45/14.3T9FLG.P1-A.S1, "O recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, previsto no art. 437.º, do CPP, é inequivocamente incompatível com o recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ, previsto no art. 446.º, não se podendo pretender que o STJ fixe jurisprudência, com fundamento na oposição de acórdãos, sobre questão de direito sobre a qual já proferiu decisão de fixação. Interpondo o recorrente um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, considerando que inexiste jurisprudência fixada, está-lhe vedado, lógica e necessariamente, interpor em simultâneo, por via de pedido subsidiário, recurso de decisão contra jurisprudência fixada, obstando tal circunstância, a que este STJ se pronuncie sobre o recurso subsidiário. Existindo jurisprudência fixada no AUJ 9/2013, de 14-03, sobre a questão objecto do presente recurso para fixação de jurisprudência é evidente que o mesmo terá de ser rejeitado". E isto porque, como parece claro e dispensa grandes considerações, não pode haver oposição de julgados com um AUJ e, por isso, este nunca pode ser utilizado como

acórdão fundamento: desrespeitada a doutrina fixa nesse AUJ, o recurso a interpor é o previsto no artº 446º do CPP, isto é, o recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada, nunca o previsto no artº 437º do mesmo diploma (recurso para uniformização de jurisprudência).

A situação dos autos é, porém, algo distinta.

É um facto que o recorrente formula um pedido de fixação de jurisprudência e, simultaneamente, imputa à decisão recorrida a violação de jurisprudência fixada num AUF. Contudo – e aqui reside a diferença relevante – sobre questões absolutamente distintas.

De um lado, entende o recorrente que existe uma oposição de julgados entre o acórdão recorrido – que afastou a figura do trato sucessivo nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual – e outros, que identificou, que acolheram tal figura neste tipo de crimes; e – em face de tal oposição – pede a fixação de jurisprudência nesta matéria.

De outro, entende que o acórdão recorrido, proferido neste STJ, ao acolher a tese sustentada no acórdão do Tribunal da Relação ….. (de onde os autos subiram) sobre a alegada falta do interesse em agir do Ministério Público, no recurso que interpôs do acórdão proferido em 1ª instância, violou a jurisprudência fixada no AUJ 2/2011, publicado no DR, I série, de 27/1/2011: "Em face das disposições conjugadas dos artigos 48° a 53º, e 401, do Código de Processo Penal o Ministério Público não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo".

São, então e como se vê, duas questões distintas, sobre as quais são formulados dois pedidos distintos, entre si não incompatíveis ou inconciliáveis.

Daí que sobre ambos nos pronunciaremos.

A) Recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada:

Entende o recorrente que o acórdão recorrido, proferido por este Supremo Tribunal de Justiça, na pura e exacta medida em que "manteve o decidido pelo Tribunal da Relação" (concl. XXVIII) incorreu "em clara violação de jurisprudência fixada" pelo citado AUJ nº 2/2011.

Porém, como bem se refere na resposta oferecida pela Exmª Procuradora-Geral Adjunta, «a questão da alegada "falta de interesse em agir", por parte do MºPº recorrente da decisão proferida em sede de tribunal de 1ª instância, não foi colocada à apreciação do STJ, não se tendo o acórdão recorrido pronunciado sobre o teor da jurisprudência fixada no AFJ nº 2/2011 (DR 1ª S de 27.01.2011), desde logo porquanto tal não foi suscitado pelo recorrente, sendo certo que o poderia ter feito».

Na realidade, como se constata da leitura das conclusões que o recorrente extraiu da motivação do recurso interposto do acórdão do Tribunal da Relação ….., em parte alguma dos seus 107 (cento e sete) artigos, o recorrente suscita a questão da falta de interesse em agir do MºPº na interposição do recurso contra o acórdão proferido em 1ª instância.

As questões que colocou perante o STJ foram por este sintetizadas no acórdão recorrido, por esta forma:

«A - Indevida alteração da matéria de facto a que procedeu o Tribunal da Relação, com fundamento em erro notório na apreciação da prova em que incorreu o Tribunal de 1ª instância e que deverá ser excluída (conclusões 5ª a 31ª);

B – Qualificação jurídica dos factos que, no entender do recorrente e ao invés do considerado pelo tribunal recorrido, configuram tão-só um crime de trato sucessivo de abuso sexual de crianças, previsto e punido pelo artigo 171º, números 1 e 2 do Código Penal e um crime de trato sucessivo de actos sexuais com adolescentes agravado, previsto e punido pelos artigos 173º, números 1 e 2 e 177º, número 1, alínea a), do mesmo diploma (conclusões 32ª a 48ª);

C – Nulidade da decisão em que incorreu o tribunal recorrido ao arredar o crime de trato sucessivo e requalificar juridicamente os factos sem observar o disposto no número 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal (conclusões 49ª a 54ª);

D – Medida da pena que, quer se julgue ou não procedente a questão indicada na conclusão B, não deverá exceder 5 (cinco) anos de prisão e ser suspensa na respectiva execução (conclusões 56ª a 107ª)».

Foram estas as questões colocadas no recurso interposto para o STJ do acórdão proferido pelo TR….. e foi sobre elas – e só sobre elas, posto que são as conclusões extraídas pelo recorrente da sua motivação que delimitam o âmbito do recurso – que este Supremo Tribunal se pronunciou, no acórdão ora

objecto de recurso extraordinário.

Reafirmando: no acórdão recorrido não é emitida qualquer pronúnica sobre o interesse em agir do Ministério Público, na interposição do recurso do acórdão proferido em 1ª instância. Sobre esta matéria, o Supremo Tribunal não confirmou nem infirmou qualquer decisão do Tribunal da Relação ..... Pura e simplesmente, não se pronunciou (desde logo, porque não foi chamado a pronunciar-se). E não se tendo pronunciado, naturalmente que não decidiu contra ou a favor da jurisprudência fixada pelo AUJ 2/2011.

Nos termos do disposto no artº 446, nº 1 do CPP, é admissível recurso directo para o STJ "de qualquer decisão proferida contra jurisprudência por ele fixada".

Não tendo a decisão recorrida sido proferida contra jurisprudência fixada por este Supremo Tribunal, dela não cabia o recurso extraordinário previsto no artº 446º do CPP.

E porque assim é, inexistindo oposição de julgados entre o acórdão recorrido e o AUJ 2/2011, há que concluir pela rejeição do recurso, por força do estatuído no artº 441º, nº 1, 1ª parte, *ex vi* do artº 446º, nº 1, in fine, do CPP.

Sobre esta matéria, uma última nota:

Na parte inicial do seu requerimento de interposição de recurso, o recorrente afirma (sic): "não se conformando com os acórdãos condenatórios e já transitados em julgado…".

Maugrado a terminologia utilizada, entendemos que o recurso vem interposto do último acórdão proferido nos autos, isto é, o prolatado por este Supremo tribunal de Justiça.

De um lado, porque se pretendesse recorrer do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação …., certamente o recorrente o teria feito junto desse tribunal, como manda o artº 637º, nº 1 do Cod. Proc. Civil, *ex vi* do artº 4º do Cod. Proc. Penal.

Depois, porque – como refere Paulo Pinto de Albuquerque, "Comentário do Código de Processo Penal", 4ª ed., 1202, "o recurso previsto no artigo 446º é um **verdadeiro recurso extraordinário** que só pode ser interposto no prazo de trinta dias a contar do trânsito em julgado da decisão recorrida (…). Isto

não prejudica a utilização dos meios de **impugnação ordinária** da decisão, mesmo quando esta tenha contrariado um acórdão uniformizador anterior (…). Portanto, sendo a decisão recorrível pelos meios ordinários, ela pode ser impugnada pelos sujeitos processuais com legitimidade para tanto, com esse fundamento (contradição com um acórdão uniformizador), entre quaisquer outros que o recorrente entenda por bem alegar" (negrito no original).

No mesmo sentido se pronunciam, aliás, Simas Santos e Leal-Henriques, "Noções de Processo Penal", 544: "A admissibilidade do recurso directo não significa, no entanto, que não possam, e a nosso dever não devam, ser interpostos previamente os recursos ordinários, designadamente pelo MºPº".

No mesmo sentido se pronuncia Pereira Madeira, "Código de Processo Penal comentado", 3ª ed., 1431: "Obviamente que a possibilidade de recurso extraordinário não afasta a possibilidade de esgotamento dos recursos ordinários, seja porque a eles se lançou mão sem êxito, seja porque, não importa o motivo, se deixou precludir o direito a recorrer, mormente por trânsito em julgado da decisão recorrida. Porém, se o recurso é interposto antes do trânsito em julgado da decisão, ele deverá seguir o rumo do recurso ordinário, já que, por essa via bem pode acontecer que seja posto termo à impugnada violação de jurisprudência, não se justificando, por isso, o recurso ao meio extraordinário, que justamente porque o é, só deve ser usado quando (já) não seja possível lançar mão dos meios ordinários de solução do litígio".

Assim, mesmo concedendo que, após a revisão introduzida pela Lei 48/2007, é possível recurso directo para o STJ de decisão proferida contra jurisprudência fixada, sem prévio esgotamento dos recursos ordinários a que haja lugar[1], notificado do acórdão proferido pelo TR…., que abordou a questão prévia, suscitada pelo PGA nesse Tribunal, da falta de interesse em agir do MºPº, o arguido de duas, uma:

- ou permitia o trânsito em julgado desse acórdão, não recorrendo e, após trânsito, interpunha o competente recurso extraordinário de decisão proferida contra jurisprudência fixada; ou

- interpunha recurso ordinário para o STJ onde, a par das demais questões que quisesse submeter à apreciação deste tribunal, questionaria – necessariamente – a decisão proferida pelo TR…., sobre a referida falta de interesse em agir do MºPº (invocando, naturalmente, o AUJ cuja doutrina considerava violada).

O arguido e ora recorrente, porém, não fez uma coisa nem outra: recorrendo embora para o STJ, nesse recurso ordinário não teceu uma única consideração sobre a pretensa violação da jurisprudência fixada no AUJ 2/2011 (o que permitiria pronúncia do STJ sobre tal matéria e, naturalmente, eventual correcção da violação alegadamente cometida), de alguma forma demonstrando que se conformara com o decidido nessa matéria pelo TR…..

Ora, como refere Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., 1203, "não tem **interesse em agir** o sujeito processual que se tiver conformado com a decisão contrária ao acórdão uniformizador e não a tiver impugnado pelos meios ordinários" (negrito no original). E, não tendo interesse em agir, não poderia o arguido recorrer agora, através deste recurso extraordinário, do acórdão do TR…. – artº 401º, nº 2 do CPP.

E daí, portanto, que se tenha considerado que a decisão recorrida, neste recurso interposto o abrigo do disposto no artº 446º do CPP, é o acórdão proferido neste Supremo Tribunal de Justiça em 28 de Janeiro de 2021.

Em qualquer dos casos, sempre se dirá que eventual recurso extraordinário interposto do acórdão do TR…. estaria, como este, destinado ao insucesso.

Com efeito:

Como é referido pelo recorrente, o magistrado do MºPº na 1ª instância recorreu do acórdão aí proferido para o Tribunal da Relação …. "requerendo a alteração da qualificação jurídica efetuada, pois considera a mesma errada, requerendo ainda um agravamento das penas parcelares, bem como o afastamento da suspensão da pena de prisão aplicada".

Ora, o Ministério Público tinha, como bem refere a Exmª PGA neste Supremo Tribunal, na resposta que ofereceu, interesse em agir no recurso que interpôs da decisão proferida em 1ª instância, no que concerne à medida das penas (parcelares e única) aplicadas, bem como ao modo da sua execução.

E contra este entendimento não vale dizer, como faz o recorrente, que em determinada fase do inquérito o MºPº terá promovido a suspensão provisória do processo, o que contou com a oposição do juiz de instrução.

Dizer que, pelo facto de em determinado momento do inquérito, o MºPº ter entendido que se justificava a suspensão provisória do processo, fica o mesmo impedido de pugnar pela aplicação de penas de prisão, efectivas na sua execução, carece de razoabilidade: não obtida a concordância do juiz de

instrução, o inquérito seguiu seus termos normais e foi deduzida uma acusação. Ora, a partir do momento em que o magistrado do MºPº deduz uma acusação e imputa ao arguido a prática de crimes punidos com pena de prisão, naturalmente pretende a aplicação dessas penas ao acusado.

E assim sendo, tinha o MºPº interesse em agir, no recurso que interpôs, quanto à medida das penas e quanto ao modo de execução da pena única.

Quanto à alteração da qualificação jurídica, a situação é distinta.

Como bem refere a Exmª Procuradora-Geral Adjunta na sua resposta, o TR….. abordou essa questão por um ângulo distinto do referido pelo recorrente, não recusando a aplicação da doutrina fixada no AUJ 2/2011 nem decidindo em sentido contrário à mesma, antes conhecendo dessa matéria porquanto "tratando-se de uma questão de qualificação jurídica, sempre o tribunal seria livre de a equacionar, porque afinal o que está em causa é a aplicação do direito aos factos e essa é livre para o tribunal, desde que ao arguido seja dada a possibilidade de se pronunciar, o que nos autos já aconteceu".

E por aqui se vê, pois, que inexiste qualquer oposição de julgados, em ordem a concluir que o acórdão do TR…. violou a jurisprudência fixada no AUJ 2/2011: o TR….. não reconheceu ao MºPº interesse em agir, no que à qualificação jurídica dos factos apurados diz respeito; entendeu que dela podia conhecer, por se tratar de mera aplicação do direito aos factos, que o tribunal pode fazer, assegurada a prévia possibilidade de o arguido se pronunciar.

Daí que, mesmo que interposto do acórdão do TR…., sempre este recurso estaria, neste segmento, destinado à rejeição.

B) Recurso para fixação de jurisprudência.

Assinalando a existência de divergência jurisprudencial sobre a qualificação jurídica de factos como os apurados neste processo – crime de trato sucessivo ou concurso real de crimes – pugna o recorrente pela fixação de jurisprudência nesta matéria, naturalmente peticionando que a mesma seja fixada no sentido de que a pluralidade de condutas em causa integra um único crime, de trato sucessivo.

Dispõe-se no artº 437º, nº 1 do CPP:

“Quando, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente â mesma questão de direito, assentem em soluções opostas, cabe recurso, para o pleno das secções criminais, do acórdão proferido em último lugar”.

E, nos termos do nº 2 do mesmo preceito, “é também admissível recurso, nos termos do número anterior, quando um tribunal de relação proferir acórdão que esteja em oposição com outro, da mesma ou de diferente relação, ou do Supremo Tribunal de Justiça, e dele não for admissível recurso ordinário (…)”.

Estatui-se, por outro lado, no artº 438º, nº 1 do mesmo diploma legal que “o recurso para a fixação de jurisprudência é interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar”.

Como esclarecidamente se afirma no Acórdão deste Supremo Tribunal de 12/12/2018, Proc. 5668/11.0TDLSB.E1.C1-A.S1, 3ª sec., “I - O recurso extraordinário de fixação de jurisprudência pressupõe, em face da disciplina consagrada nos arts. 437.º e 438.º do CPP, a verificação de pressupostos, de índole formal e substancial, assunto sobre o qual a jurisprudência do STJ se tem debruçado com frequência. II - Constituem pressupostos, de índole formal: -a interposição no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar (acórdão recorrido); -a identificação do aresto com o qual o acórdão recorrido se encontra em oposição; -indicação, caso se encontre publicado, do lugar de publicação do acórdão fundamento; -o trânsito em julgado dos dois arestos (aresto recorrido e aresto fundamento); - a indicação de apenas um aresto fundamento. Como pressupostos, de índole substancial: - dois acórdãos proferidos no domínio da mesma legislação; - que incidam sobre a mesma questão de direito; - e assentem em soluções opostas” (subl. nosso).

É, assim, pressuposto do recurso de fixação de jurisprudência – e sob pena de rejeição do mesmo - a indicação de um único acórdão fundamento: é isso que resulta da letra da lei e este entendimento é o único que dá viabilidade prática a este recurso extraordinário.

Ora, o recorrente indicou vários acórdãos, sustentando a tese que sufraga e que foi afastada no acórdão recorrido - os Acs. STJ de 29/11/2012 e de 12/6/2013 e o Ac. RP de 6/2/2019 - sem indicar qualquer deles como acórdão fundamento, o que equivale a dizer que os apresenta – aos três - como acórdão fundamento.

Porém, como bem se refere no Ac. deste STJ de 21/9/2016, Proc. 2487/10.4TASXL.L1-A.S1 da 3ª secção, “a exigência de confrontar apenas dois acórdãos - o recorrido e o fundamento - assenta numa lógica de delimitação precisa da questão ou questões a decidir, o que nem sempre constituindo tarefa linear quando são apenas dois os arestos em confronto, decerto aportaria complicações expandidas quando fossem vários os arestos em presença”.

Trata-se de um entendimento uniforme deste STJ que, como se observa no acórdão deste Tribunal de 17/11/1994, relatado pelo Cons. Coelho Ventura, CJ (ASTJ), ano II, T. III, 254, tem sido adoptado desde o primeiro Assento proferido pelo STJ, em 16/12/1927. Desde então, “tem sido uniforme o entendimento de que, para formulação de um Assento, quer de natureza civil, quer de natureza penal (…), e relativamente ao concreto ponto de direito que se diz ter sido decidido em sentidos opostos, é indispensável que se indiquem o Acórdão recorrido e um só acórdão que com ele esteja em oposição, uma vez que se assim não for feito, se não poderá considerar como válida e processualmente relevante a indicação de vários acórdãos fundamento sobre o mesmo ponto de direito e, em consequência, não poderá ter adequado andamento o recurso para fixação de jurisprudência. (…) Verifica-se, assim, que contrariamente à apontada jurisprudência uniforme, se encontram indicados como fundamento do recurso para fixação de jurisprudência, sobre a mesma matéria de direito, não um, mas dois acórdãos deste Supremo. Tal desconformidade com o referido entendimento (…) impede que se possa considerar como verificadas qualquer oposição de acórdãos, por se não saber qual dos indicados deve ser escolhido para servir de fundamento, por não competir a este Tribunal a sua escolha, e por já não ser processualmente viável, neste momento, a respectiva determinação pelo recorrente” (subl. nosso).

E é, temos que o acrescentar, um entendimento que, de forma uniforme e constante, tem sido reiterado por este Supremo Tribunal, como se dá nota no Ac. de STJ de 30/10/2019, Proc. 2701/11.9T3SNT.L1-A.S1, 3ª sec., com abundante citação de jurisprudência.

Como o tem sido, aliás, o relativo à inadmissibilidade de um convite ao aperfeiçoamento das conclusões, atenta a excepcionalidade da norma prevista no nº 2 do artº 438º do CPP, que delimita de forma inequívoca os termos da motivação. Assim e a titulo meramente exemplificativo, entendeu o ST no seu Ac. de 19/6/2013, Proc. 140/08.8TAGVA.L1-A.S1, 3ª sec. que “na verdade, a

norma do art. 438.º, n.º 2, do CPP, é mais precisa do que a norma do art. 412.º, n.º 1, do CPP. Enquanto que o art. 412.º, n.º 1, do CPP, determina que a motivação enuncia especificamente os fundamentos do recurso e termina pela formulação de conclusões deduzidas por artigos, em que o recorrente resume as razões do pedido, o n.º 2 do art. 438.º, é uma norma excepcional que impõe, define e delimita os termos da motivação, que consta de requerimento de interposição do recurso, ao estabelecer que: no requerimento de interposição do recurso o recorrente identifica o acórdão com o qual o acórdão recorrido se encontre em oposição e, se este estiver publicado, o lugar da publicação e justifica a oposição que origina o conflito de jurisprudência. Nesta sequência e, diferentemente do disposto no art. 417.º, n.ºs 3 e 4, o art. 440.º do CPP, que se refere ao exame preliminar, não prevê o convite ao aperfeiçoamento do requerimento de interposição do recurso – apenas prevê que o relator possa determinar que o recorrente junte certidão do acórdão com o qual o recorrido se encontra em oposição –, nem consente tal aperfeiçoamento" – neste sentido cfr., também, os Acs. deste STJ de STJ de 9/10/2013, Proc. 272/03.9TASX, 3ª sec., de 8/3/2007, rel. Cons. Costa Mortágua, www.dgsi.pt, e de 12/3/2008, CJ (ASTJ), ano XVI, T. I, 253, onde se pode ler: "(…) II. O confronto entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento deve, quanto a este último, cingir-se apenas à identificação de um aresto. III. A menção de mais que um acórdão fundamento conduz à rejeição deste recurso extraordinário, não sendo admissível formular qualquer convite à correcção da petição de recurso".

E neste sentido vai, também, o entendimento da doutrina conhecida. Assim, Simas Santos e Leal – Henriques (Recursos em Processo Penal, 5.ª ed., págs. 180), entendem que "o requerimento de interposição do recurso extraordinário de que se fala há-de satisfazer imperativamente as exigências formais referidas, nomeadamente do artigo 438.º, n.º 2, citado. Sem hipóteses de emenda por via de convite. «(…) O que leva a concluir que a ideia do convite para colmatar omissões não flua claro do diploma, como sucede em processo civil. Muito pelo contrário: há até neste novo ordenamento processual penal uma linha de rejeição de tudo quanto seja contemporizar com atitudes das partes que se traduzam numa subtracção ao compromisso de esforço que lhes é pedido. Ora, o requerimento tem como único escopo o estabelecimento da oposição relevante dos dois acórdãos (fundamento e recorrido), pelo que o incumprimento das regras da sua elaboração não se traduz numa falha menor, mas na sua falência total". Também Paulo Pinto de Albuquerque, "Comentário do CPP", 4ª ed., conclui no mesmo sentido: "O relator não tem de convidar o recorrente a especificar qual é o acórdão

fundamento do recurso, havendo ele indicado vários, impondo-se neste caso a rejeição imediata do recurso (…). Trata-se de um requisito estrutural do recurso, cuja omissão prejudica em definitivo o conhecimento do recurso e cuja sanação implicaria a formulação de um novo recurso". Ainda no mesmo sentido se pronuncia Pereira Madeira, "Código de Processo Penal comentado", 2016, 2ª edição revista, págs. 1439/1440: "Não sendo cumpridas as exigências previstas no artigo, não há lugar a «convite» aos recorrentes, para suprir a falha. Por um lado, porque o processo penal não alberga, muito menos em termos genéricos, um qualquer princípio geral de «convite» à correcção ou aperfeiçoamento das peças processuais defeituosas".

Em rigor, aliás, não só o recorrente não deve ser convidado a corrigir o seu requerimento de interposição de recurso como não pode, por iniciativa própria, corrigir tal requerimento.

Como bem se refere no Acórdão deste STJ de 9/10/2013, Proc. 272/03.9TASX, 3ª sec., "As exigências legais formais, quer a nível da génese fáctico-jurídica do recurso, quer a nível da tramitação processual, integram especificidade ou excepcionalidade dos meios procedimentais, e, são de taxativa e rigorosa aplicação, vinculando todos os sujeitos processuais. É jurisprudência uniforme do STJ e do TC, que o texto da motivação constitui um limite intransponível ao convite à correcção: sujeita como está a apresentação da motivação a um prazo peremptório, apresentada a mesma, esta não pode ser aditada, ser substituída por outra (mesmo parcialmente), através da correcção das conclusões, de matéria que o seu texto não contenha"; no mesmo sentido, cfr. Ac. STJ de 19/6/2013, Proc. 140/08.8TAGVA.L1-A.S1, 3ª sec. Ou, como se diz no Ac. STJ de 28/9/2005, CJ ASTJ, ano XIII, T. III, 178, "a indicação de um (único) acórdão fundamento, transitado em julgado, constitui (…) um pressuposto fundamental do recurso extraordinário, que devendo constar do requerimento de interposição (art. 438º, nº 2 do CPP), não poderá ser corrigido", pois que, como salienta Paulo Pinto de Albuquerque, op. e loc. cit., a eventual "sanação implicaria a formulação de um novo recurso".

Há, pois, que concluir, dizendo:

1. O recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pressupõe uma verdadeira oposição de julgados, em ordem a concluir-se que o acórdão recorrido, numa situação fáctica idêntica à considerada no AUJ, decidiu em sentido contrário a este;

2. É condição necessária ao recurso para fixação de jurisprudência – e sob pena de rejeição do mesmo - a indicação de um único acórdão fundamento: é

isso que resulta da letra da lei e este entendimento é o único que dá viabilidade prática a este recurso extraordinário.

2. A indicação de mais do que um acórdão fundamento (no caso, três) determina a rejeição do recurso não sendo legalmente admissível a formulação de convite à correcção da motivação e conclusões do recurso.

IV. E assim concluindo, acordam os juízes deste Supremo Tribunal em rejeitar o recurso, porque inadmissível, condenando o recorrente no pagamento das custas, fixando-se a taxa de justiça em 4 UC's.

Lisboa, 29 de Setembro de 2021 (processado e revisto pelo relator – artº 94º, nº 2 do CPP)

Sénio Alves (Juiz relator); atesto o voto de conformidade da Exmª Srª Juíza Conselheira Ana Maria Barata de Brito (art.º 15º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 de 13 de março na redação dada pelo DL n.º 20/2020 de 1/05 aplicável ex vi do art.º 4 do CPP)

_____

O que não é pacífico – cfr., contra tal possibilidade, o Ac. STJ de 19/1/2011, Proc. 1/08.0GAPRT.S1, relatado pelo Exmº Cons. Pires da Graça: "I- O prazo peremptório de 30 dias após o trânsito em julgado da decisão recorrida, prevenido no art. 446.º do CPP, significa que só é legalmente possível interpor recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada, depois de a decisão proferida não ser passível de recurso ordinário. II- A via extraordinária de recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada, só pode desencadear-se quando a questão já não puder ser solucionada pela via comum, a do recurso ordinário. III- A ratio legal está em que qualquer decisão objecto de recurso extraordinário deve subordinar-se previamente à existência de caso julgado dessa decisão, o que implica que se tenha esgotado a via do recurso ordinário, quando seja admissível».