Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 0210411

Relator: MARQUES SALGUEIRO

Sessão: 02 Outubro 2002

Número: RP200210020210411

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC PENAL.

Decisão: PROVIDO. ANULADA A DECISÃO.

HOMICÍDIO QUALIFICADO

HOMICÍDIO TENTADO

ABANDONO DE FILHO

EXPOSIÇÃO DE MENOR

ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

ALTERAÇÃO NÃO SUBSTANCIAL DOS FACTOS

NULIDADE DE ACÓRDÃO

Sumário

Pronunciados os arguidos por um crime de homicídio qualificado na forma consumada e por um crime de homicídio qualificado na forma tentada, ambos por omissão, é nulo o acórdão que os condenou pelo crime de exposição ou abandono do artigo 138 do Código Penal, porque a comutação da qualificação jurídica não foi comunicada aos arguidos como o impunha o artigo 358 n.3 do Código de Processo Penal.

Assim haverá que proceder-se à reabertura da audiência de julgamento, em 1ª instância, para observância do disposto no citado artigo 358 n.3.

Texto Integral

Acordam na Relação do Porto:

Nos autos de processo comum n.º ../.., do -º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da comarca de....., os arguidos LUÍS..... e MARIA....., com os sinais dos autos, foram pronunciados como co-autores materiais, em concurso real, de um crime de homicídio qualificado por omissão na forma consumada, p. e p.

pelos artº 10º, 131º e 132º, nº 1 e 2, al. a), do C. Penal, e de um crime de homicídio qualificado por omissão, na forma tentada, p. e p. pelos artº 10º, 22º, 23º, 72º, 73º, 131º e 132º, nº 1 e 2, al. a), do mesmo Código.

Foram também demandados pelo Hospital de..... para reembolso da quantia de 171.800\$00, relativa a despesas hospitalares com a vítima, Hugo.....

Submetidos a julgamento, perante Tribunal Colectivo e com documentação dos actos de audiência, veio a ser proferido acórdão, em 14/1/2002 (fls. 489-511), que, no que ao presente recurso importa, decidiu:

1. Condenar a arguida Maria.....:

- pela prática, em autoria material, de um crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 3, al. b), do C. Penal, praticado na pessoa de Rubem....., na pena de cinco anos de prisão;

- pela prática, em autoria material, de um crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 2, do C. Penal, praticado na pessoa de Hugo....., na pena de dois anos e três meses de prisão;

- e, em cúmulo jurídico de tais penas parcelares, na pena única de 6 (seis) anos de prisão.

2. Condenar o arguido Luís.....:

- pela prática, em autoria material, de um crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 3, al. b), do C. Penal, praticado na pessoa de Rubem....., na pena de seis anos e seis meses de prisão;

- pela prática, em autoria material, de um crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 2, do C. Penal, praticado na pessoa de Hugo....., na pena de três anos de prisão;

- e, em cúmulo jurídico de tais penas parcelares, na pena única de 8 (oito) anos de prisão.

3. Condenar os arguidos a pagar solidariamente a quantia de € 856,93, peticionada pelo Hospital de.....

//

Inconformados com esta decisão, dela interpuseram recurso ambos os arguidos.

O arguido Luís..... encerrou a sua motivação com as conclusões seguintes:

1. O arguido foi condenado numa pena única de oito anos de prisão pela prática em autoria material de dois crime de exposição ou abandono praticados nas pessoas de Rubem..... e Hugo.....

2. O arguido foi acusado e pronunciado por dois crimes de homicídio qualificado por omissão, um na forma consumada e outro na forma tentada.

3. O arguido foi condenado por um crime diferente daquele que vinha

pronunciado, sem que o Tribunal a quo, no decurso da audiência após ter verificado uma alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na pronúncia, tivesse comunicado essa alteração ao arguido para lhe conceder, se ele o requeresse, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

4. Deste modo, a sentença deverá ser considerada nula.

5. O Tribunal a quo fundamentou a condenação em factos que, na opinião da defesa, não ficaram de todo provados, nomeadamente os factos dados como provados nos pontos 12, 13, 16, 17, 18, 19, 23, 26, 27, 28 e 30 da dita sentença.

6. Os factos dados como provados na sentença nos pontos 12, 13, 16, 17, 18, 19, 27 e 28 só poderiam ter por base o referido por algumas testemunhas e muito especialmente pelos arguidos na fase do inquérito e nunca nos depoimentos prestados em audiência de julgamento nem através dos documentos juntos aos autos.

7. Assim, tais factos deverão ser dados como não provados, atento o artº 356º, nº 1, al. b), do C.P.P.

8. O Tribunal a quo, face aos factos que deu como provados, considerou que os arguidos cometeram dois crimes de abandono, p. e p. no artº 138º, nº 2 e nº 3, al. b), do C. Penal. O tipo legal deste crime só se preenche com dolo, bastando o dolo eventual. Este dolo tem, evidentemente, de abarcar a criação de perigo para a vida da vítima, bem como a incapacidade para se defender por parte da vítima.

9. Não ficou provado que os arguidos, com a viagem que efectuaram, alguma vez tivessem pensado, como consequência possível da sua conduta, que os menores iriam correr qualquer risco de vida ou de integridade física, ou seja, os arguidos não agiram com dolo.

10. Os arguidos agiram com negligência, pelo que deveriam ter sido condenados pelo crime de homicídio por negligência do menor Rubem.

11. Todas as circunstâncias agravantes referidas na sentença são infundadas, nomeadamente a desvalorização da acção, do resultado e a reincidência.

12. A decisão do tribunal, no processo tutelar nº ../., foi precipitada e irresponsável, bem como a actuação da Segurança Social em todo este processo, uma vez que deveriam ter entregue a guarda dos menores aos arguidos após pelo menos um ano e depois de se ter comprovado que os arguidos já se tinham curado definitivamente dos problemas de alcoolismo.

13. As circunstâncias atenuantes são várias, nomeadamente: os transtornos mentais e comportamentais devidos à ingestão de bebidas alcoólicas, os quais impedem o arguido de ter capacidade para discernir; o facto do arguido, nos momentos de sobriedade, cuidar dos seus filhos com todo o carinho e cuidado

que um pai deve ter; o facto de, como se referiu, serem os arguidos as pessoas menos responsáveis por aquilo que sucedeu.

14. Acresce que os arguidos já sofreram o maior castigo que poderiam ter, ou seja, a morte de um dos seus filhos e o afastamento a que estão obrigados dos outros dois.

15: Todas estas circunstâncias, bem como o comportamento exemplar do arguido no estabelecimento prisional onde se encontra preso, deveriam atenuar substancialmente a pena aplicada aos arguidos, o que não sucedeu.

16. O arguido deveria ser condenado pelo crime de homicídio por negligência em que foi vítima o Rubem..... e numa pena de 2 anos.

17. Quanto ao Hugo....., o arguido deverá ser absolvido, uma vez que não está previsto no nosso Código Penal a tentativa de homicídio por negligência.

18. Se assim não se entender, o arguido deverá ser condenado pelo crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 3, al. b), do C. Penal, praticado na pessoa do Rubem....., numa pena de prisão de 3 anos. Deverá igualmente ser condenado pelo crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 2, do C. Penal, praticado na pessoa do Hugo....., numa pena de prisão de 2 anos.

19. O arguido deverá ser condenado numa pena única nunca superior a quatro anos.

20. Face ao exposto o Tribunal a quo fez errada aplicação da lei e violou as normas dos artº 32º da Constituição da República Portuguesa, 71º, 137º e 138º do C. Penal, 343º, 355º, 356º, nº 1, al. b), 358º, nº 3, e 379º, todos do C. P. Penal.

Por seu turno, a arguida Maria..... formulou as seguintes conclusões:

1. A arguida foi condenada numa pena única de seis anos de prisão pela prática, em autoria material, de dois crimes de exposição ou abandono praticados nas pessoas de Rubem..... e de Hugo.....

2. A arguida foi acusada e pronunciada por dois crimes: de homicídio qualificado por omissão, um na forma consumada e outro na forma tentada.

3. A arguida foi condenada por um crime diferente daquele que vinha pronunciada, sem que o Tribunal a quo, no decurso da audiência, após ter verificado uma alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na pronúncia, tivesse comunicado essa alteração à arguida para lhe conceder, se ela o requeresse, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

4. Deste modo, a sentença deverá ser considerada nula.

5. O Tribunal a quo fundamentou a condenação em factos que, na opinião da defesa, não ficaram de todo provados, nomeadamente os factos dados como

provados nos pontos 12, 13, 16, 17, 18, 19, 23, 26, 27, 28 e 30 da dita sentença.

6. Os factos dados como provados na sentença nos pontos 12, 13, 16, 17, 18, 19, 27 e 28 só poderiam ter por base o referido por algumas testemunhas e, muito especialmente, pelos arguidos na fase do inquérito e nunca nos depoimentos prestados em audiência de julgamento nem através dos documentos juntos aos autos.

7. Assim, tais factos deverão ser dados como não provados, atento o artº 356º, nº 1, al. b), do C.P.P.

8. O Tribunal a quo, face aos factos que deu como provados, considerou que os arguidos cometeram dois crimes de abandono p. e p. pelo artº 138º, nº 2 e nº 3, al. b), do C. Penal. O tipo legal deste crime só se preenche com dolo, bastando o dolo eventual. Este dolo tem, evidentemente, de abarcar a criação de perigo para a vida da vítima, bem como a incapacidade para se defender por parte da vítima.

9. Não ficou provado que os arguidos, com a viagem que efectuaram, alguma vez tivessem pensado, como consequência possível da sua conduta, que os menores iriam correr qualquer risco de vida ou de integridade física, ou seja, os arguidos não agiram com dolo.

10. Os arguidos agiram com negligência, pelo que deveriam ter sido condenados pelo crime de homicídio por negligência do menor Rubem.

11. Todas as circunstâncias agravantes referidas na sentença são infundadas, nomeadamente a desvalorização da acção, do resultado e a reincidência.

12. A decisão do tribunal, no processo tutelar nº ../., foi precipitada e irresponsável, bem como a actuação da Segurança Social em todo este processo, uma vez que deveriam ter entregue a guarda dos menores aos arguidos após, pelo menos, um ano e depois de se ter comprovado que os arguidos já se tinham curado definitivamente dos problemas de alcoolismo.

13. As circunstâncias atenuantes são várias, nomeadamente: o alcoolismo crónico e a imputabilidade com atenuantes para os factos ocorridos, os quais impedem a arguida de ter capacidade para discernir; o facto da arguida, nos momentos de sobriedade, cuidar dos seus filhos com todo o carinho e cuidado que uma mãe deve ter; o facto de, como se referiu, serem os arguidos as pessoas menos responsáveis por aquilo que sucedeu.

14. De acordo com o relatório pericial, a arguida, face ao alcoolismo crónico de que padecia, não era totalmente capaz de avaliar a ilicitude dos seus actos e de se determinar de acordo com essa avaliação; por isso foi-lhe atribuída uma imputabilidade diminuída.

15. Esta circunstância deveria ter ido considerada uma atenuante especial, de acordo com o artº 72º do C. Penal, pelo que a pena a aplicar-lhe deveria ser

especialmente reduzida, nos termos do artº 73º.

16. Acresce que os arguidos já sofreram o maior castigo que poderiam ter, ou seja, a morte de um dos seus filhos e o afastamento a que estão obrigados dos outros dois.

17. Todas estas circunstâncias, bem como o comportamento exemplar do arguido no estabelecimento prisional onde se encontra preso, deveriam atenuar substancialmente a pena aplicada aos arguidos, o que não sucedeu.

18. A arguida deveria ser condenada pelo crime de homicídio por negligência em que foi vítima o Rubem..... e numa pena de 8 meses.

19. Quanto ao Hugo....., a arguida deverá ser absolvida, uma vez que não está previsto no nosso Código Penal a tentativa de homicídio por negligência.

20. Se assim não se entender, a arguida deverá ser condenada pelo crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 3, al. b), do C. Penal, praticado na pessoa do Rubem....., numa pena de prisão de dois anos e seis meses. Deverá igualmente ser condenada pelo crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo artº 138º, nº 2, do C. Penal, praticado na pessoa do Hugo....., numa pena de prisão de seis meses.

21. A arguida deverá ser condenada numa pena única nunca superior a dois anos e oito meses.

22. Face ao exposto, o Tribunal a quo fez errada aplicação da lei e violou as normas dos artº 32º da Constituição da República Portuguesa, 20º, 71º, 72º, 73º, 137º e 138º do C. Penal, 343º, 355º, 356º, nº 1, al. b), 358º, nº 3, e 379º, todos do C. P. Penal.

O Mº Pº respondeu à motivação dos recursos, terminando por dizer que:

- Não é necessária a comunicação aos arguidos quando alterada pelo Tribunal a quo a qualificação jurídica dos factos da pronúncia, mas para infracções que representam um minus, seja na medida da punição, tendo a convolação sido efectuada para crimes menos gravosos e para crimes consumidos pelos da pronúncia, seja na factologia pronunciada;
- O Tribunal a quo, no caso sub judice, apreciou livremente, em toda a sua amplitude, a relevância jurídica dos factos, estando tal decisão dentro dos seus poderes de cognição, não tendo sido cometida qualquer nulidade.
- Tendo-se procedido à documentação dos actos da audiência sem, porém, os recorrentes terem procedido à transcrição da prova gravada, cujo ónus sobre si recaía, o Tribunal ad quem não pode conhecer da matéria de facto, mas apenas da matéria de direito, sem prejuízo do conhecimento dos vícios enumerados no nº 2 do artº 410º do CPP.
- O douto acórdão recorrido não padece de quaisquer dos vícios enumerados no nº 2 do artº 410º do CPP, já que tal não resulta do texto do mesmo, por si só

ou conjugadas as regras da experiência comum.

- As considerações de direito tecidas pelos recorrentes, no que toca à inexistência de circunstâncias agravantes, à existência de circunstâncias atenuantes, especiais ou substanciais, e as suas integrações dos factos ao direito, surgem somente em virtude da sua perspectiva da matéria de facto, daquela que gostariam que fosse dada como provada e daquela que fosse dada como não provada.

- O duto acórdão fez correcta qualificação jurídico-penal e as penas aplicadas são totalmente adequadas, já que correspondem à aplicação aos factos dos critérios legais da determinação das penas.

- Não foram, assim, violadas as normas jurídicas indicadas pelos recorrentes.

Nesta instância, o Ex.mo Procurador-Geral Adjunto é de parecer que, pelas razões expostas pelo M^o P^o no Tribunal recorrido, os recursos não merecem provimento, parecer a que, notificados, os arguidos não responderam.

Assim, cumpridos os vistos e realizada a audiência, cabe agora decidir.

*

Sabido que o objecto do recurso é extremado pelo teor das conclusões que o recorrente extrai da correspondente motivação (art^o 412^o, n^o 1, do CPP) e ponderado que os poderes de cognição deste Tribunal abarcam não apenas a revisão da matéria de direito, mas também a reapreciação da matéria de facto (art^o 364^o e 428^o do CPP), independentemente do conhecimento, mesmo ex officio, dos vícios elencados nos n^o 2 e 3 do art^o 410^o do mesmo Código, importa examinar, em vista das questões suscitadas pelos recorrentes e em obediência a um critério de lógica e cronologia preclusivas, as seguintes questões:

a) do incumprimento do disposto no art^o 358^o, n^o 3, do CPP e consequente nulidade do acórdão revidendo, nos termos prevenidos no art^o 379^o do mesmo Código;

b) do incumprimento do disposto no art^o 356^o, n^o 1, al. b), do CPP

c) do erro de julgamento em matéria de facto;

d) da excessiva severidade das penas aplicadas.

Assim:

a) Do incumprimento do disposto no art^o 358^o, n^o 3, do C. P. Penal:

Nos termos prevenidos no preceito em referência, quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na pronúncia, 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.

No dizer da exposição de motivos que precede a Lei nº 59/98, de 25 e Agosto, que introduziu aquele segmento normativo, “questão discutida tem sido a do regime da alteração da qualificação jurídica dos factos (cfr. os acórdãos de fixação de jurisprudência n.ºs 2/93, de 27 de Janeiro, e 4/95, de 7 de Junho, e o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 445/97, de 25 de Junho), pelo que se entendeu esclarecer que a esta não se aplica o regime da alteração, substancial ou não, dos factos. Reafirma-se, por um lado, o respeito pelos princípios da investigação e do contraditório e pelo inerente poder de o tribunal fundar autonomamente as bases da decisão e apreciar livremente a relevância jurídica dos factos em toda a sua amplitude (art. 339.º n.º 4). Por outro lado, garante-se, em toda a sua extensão, o direito de defesa do arguido, ao qual o tribunal comunica a alteração da qualificação jurídica (art. 358.º n.º 4), de modo a possibilitar-se a mais profunda discussão e direito.”.

No caso dos autos, não restam dúvidas de que se procedeu, da pronúncia para o acórdão condenatório, a uma alteração da qualificação jurídica dos factos – pronunciados os arguidos como co-autores materiais, em concurso real, de um crime de homicídio qualificado por omissão na forma consumada, p. e p. nos termos do disposto nos artº 10º, 131º e 132º, nº 1 e 2, al. a), do Código Penal, e de um crime de homicídio qualificado por omissão, na forma tentada, p. e p. nos termos do disposto nos artº 10º, 22º, 23º, 72º, 73º, 131º e 132º nº 1 e 2, al. a), do mesmo Código, vieram a ser condenados pela prática, em autoria material, de crimes de exposição ou abandono, p. e p. nos termos do disposto no artº 138º, nº 3, al. b), e p. e p. no artº 138º nº 2, do C. Penal.

E dúvidas não restam também, à face da acta da audiência de julgamento, a fls. 455-459, 479-482 e 512 dos autos, de que uma tal comutação da qualificação jurídica não foi comunicada aos arguidos.

Omitiu-se, pois, conforme alegado, o cumprimento do disposto no citado artº 358º, nº 3, do C. P. Penal.

Não cabe, assim, em vista do vigente comando ínsito no referido nº 3 do artº 358º do C. P. Penal e ressalvado sempre o devido respeito pelo esforço argumentativo do digno Magistrado respondente, reeditar a discussão sobre o efeito sobre as garantias de defesa do arguido de uma condenação não comunicada por crime menos grave ou já abrangido na previsão típica do crime acusado (Cfr. neste sentido, por mais recente e significativo, o Ac. da Rel. de Lx, de 31.1.2002, CJ, XXVII, 1º, 144 a 146).

A consequência de tal omissão, expressamente apontada no artº 379º, nº 1, al. b), do mesmo Código, é a nulidade do acórdão revidendo (Cfr., neste sentido, por mais recente, o Ac. do S.T.J., de 17.10.2001, sumariado no Boletim Informático nº 54, 16).

Por isso, não pode deixar de se julgar nula aquela decisão, impondo-se determinar a reabertura da audiência de julgamento, em 1.ª instância, com a comunicação aos arguidos da alteração que o Colectivo entenda verificar-se, concedendo-se-lhes, se for o caso, nos termos previstos no artº 358º, nº 3, do C. P. Penal, o tempo julgado necessário para a preparação da defesa.

Em vista do exposto, ficam prejudicadas as demais questões suscitadas pelos arguidos recorrentes.

*

Assim sendo e com tais fundamentos, acorda-se em conceder provimento aos recursos dos arguidos Luís..... e Maria....., anulando-se o acórdão recorrido e determinando-se a reabertura da audiência de julgamento nos termos e para os efeitos sobre relatados.

Sem tributação.

Porto, 02 de Outubro de 2002

José Henriques Marques Salgueiro

António Joaquim da Costa Mortágua

Francisco Augusto Soares de Matos Manso