

**O AFJ 4/2016 e a determinação da pena nos casos em que foi revogada a sentença absolutória proferida pelo tribunal recorrido, que não apurou e fixou factos relativos à vida pessoal e personalidade do arguido<sup>1</sup>.**

1.

Em casos como o presente [ em que foi revogada a sentença absolutória proferida pelo tribunal recorrido – que não apurou e fixou factos relativos à vida pessoal e personalidade do arguido - decidindo-se agora, em substituição, verificarem-se os elementos constitutivos do crime de que foi absolvido e, conseqüentemente, haver lugar à sua condenação do arguido como autor desse mesmo crime ], temos entendido que o processo deve ser devolvido à 1ª Instância para que continue aí a deliberação sobre a determinação da pena a que se reporta o art. 369º do CPP, com eventual reabertura da audiência, nos termos do art. 371º do CPP, para apuramento e eventual discussão dos factos necessários, com subsequente determinação da medida da pena a aplicar.

No entanto, face ao dispositivo e fundamentação do recente AFJ 4/2016, do STJ, colocou-se-nos a questão de saber se a fixação de jurisprudência nele decidida abrange os casos, como o presente, em que o tribunal de primeira instância não apurou e fixou factos relativos à situação pessoal do arguido, necessários à escolha e determinação concreta da medida da pena, o qual é diferente das situações processuais verificadas no acórdão recorrido e no acórdão fundamento, podendo enunciar-se esquematicamente as três hipóteses verificadas, nos seguintes termos:

- 1. O tribunal de julgamento absolvera o arguido de todos os crimes pelo qual foi julgado e, face ao disposto no art. 369º do CPP, não apurou e fixou os factos necessários para a determinação da pena (situação verificada no presente acórdão)

- 2. O tribunal de julgamento absolvera o arguido de todos os crimes pelo qual foi julgado mas, não obstante o disposto no art. 369º do CPP, apurou e fixou os factos

---

<sup>1</sup> Este texto foi incluído no Ac TRE de 5.7.2016, relatora Maria Leonor Esteves (acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), e foi escrito no âmbito da discussão do projeto respetivo pelo ali adjunto, António João Latas.

necessários para a determinação da pena a aplicar ao arguido (situação do acórdão recorrido, do TRG);

- 3. O tribunal de julgamento absolvera o arguido de alguns dos crimes pelos quais foi julgado, condenando-o por outros, e, face ao disposto no art. 369º do CPP, apurou e fixou os factos necessários para a determinação da pena ou penas que aplicou (situação do acórdão fundamento, do TRC).

Ora, apesar de, numa primeira leitura, aquele Dispositivo e partes da fundamentação do AFJ 4/2016 parecerem apontar para que na fixação de jurisprudência se encontrem abrangidos todos os casos em que, revogando decisão absolutória da 1ª instância, a relação concluir pela condenação do arguido, uma leitura mais circunstanciada impõe-nos a conclusão de que aquela fixação de jurisprudência não abrange os casos em que o tribunal de primeira instância não procedeu ao apuramento e fixação dos factos necessários à determinação da pena, que é justamente o que se verifica nos presentes autos.

2.

São as seguintes as razões que nos conduzem àquela conclusão.

Em primeiro lugar, uma leitura da fixação de jurisprudência que considerasse nela abrangida os casos em que o tribunal de primeira instância não apurou todos os factos necessários à determinação da sanção, sempre se mostraria desconforme com os pressupostos do acórdão de fixação de jurisprudência concretamente verificados, pois em nenhum dos casos a que se reportam os acórdãos em oposição o tribunal de 1ª instância deixara de apurar os factos necessários à determinação da pena, pelo que a fixação de jurisprudência com tal amplitude decidiria questão de direito que não foi apreciada ou decidida pelos acórdãos das relações em oposição.

No acórdão recorrido (Ac R.G. de 06.05.2013, proc. 93/02.6TAPT.B.G1, acessível em dgsi.pt), apenas relativamente a uma das arguidas que fora absolvida em 1ª instância (Paula G.) foi ordenado o reenvio para determinação da pena, descrevendo-se relativamente a ela diversos factos relevantes para a determinação da

pena, sob os n.ºs 38 a 46 da factualidade provada, sem que se mencione em passo algum do acórdão recorrido que aqueles factos eram insuficientes para o efeito.

Relativamente ao acórdão fundamento (Ac RC de 19.09.2012), diz-se no AFJ 4/2016: «No acórdão fundamento, estava em causa a prática de vários crimes de furto e de um crime de condução de veículo sem habilitação legal, tendo o arguido sido condenado por esse e por alguns crimes de furto; interposto recurso pelo Ministério Público para o Tribunal da Relação de Coimbra, veio este Tribunal a revogar em parte a decisão recorrida, condenando o arguido por outros crimes de furto de que tinha sido absolvido e aplicando as penas correspondentes, reelaborando também o cúmulo jurídico. Conforme se diz ainda na fundamentação do AFJ 4/2016, «Nessa decisão, aprovada por maioria com voto do presidente da secção e voto de vencida da Senhora Desembargadora adjunta, considerou-se expressamente que “ao tribunal ad quem, ao reexaminar a causa, tal como lhe assiste a faculdade de passar de uma decisão condenatória para uma absolutória, assistir-lhe-á a de passar de uma decisão absolutória para uma decisão condenatória e, neste último caso, dispondo dos necessários elementos, fixar a espécie e medida da pena”».

Ou seja, no caso a que respeita o acórdão fundamento o arguido havia sido condenado por alguns dos crimes pelos quais foi julgado e foi absolvido por outros, sendo relativamente à revogação de alguns destes que o T.R. de Coimbra - dispondo dos elementos factuais necessários para fixar a espécie e medida da pena, maxime os descritos sob os n.ºs 85 e 86 da factualidade provada (vd o citado Ac TRC de 19.09.2012 em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) - decidiu proceder à determinação da pena e não devolver o processo ao tribunal de 1.ª instância.

A oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento verifica-se, pois, na parte em que, dispondo ambos de factos suficientes para a determinação da pena, o acórdão recorrido entendeu caber ao tribunal de 1.ª instância proceder à determinação da pena e o acórdão fundamento considerou que competia ao tribunal da relação proceder a essa mesma operação. Nada dizendo este acórdão quanto à solução a seguir caso não dispusesse de factos suficientes, o que se verifica igualmente quanto ao

acórdão recorrido, nada permite concluir que existiria oposição de julgados entre ambos os acórdãos caso os respetivos tribunais de 1ª instância tivessem deixado de apurar os factos necessários à determinação da sanção. Pelo contrário, poderá mesmo dizer-se que tanto o acórdão recorrido como o acórdão fundamento entenderão que nessas hipóteses o processo deve ser devolvido à primeira instância, pelo que não existiria sequer oposição de julgados que conduzisse à fixação de jurisprudência com o referido objeto.

Em segundo lugar, apenas são feitas referências explícitas aos casos em que o tribunal de primeira instância não apurou todos os factos necessários à determinação da sanção na fundamentação do AFJ, a qual detém apenas valor doutrinário ou argumentativo, devendo o objeto da fixação de jurisprudência constar do Dispositivo do acórdão, conforme cremos ser entendimento comum. No entanto, o Dispositivo do AFJ 4/2016 não refere textualmente que a fixação de jurisprudência abrange os casos em que o tribunal de primeira instância deixou de apurar os factos pessoais necessários para a determinação da sanção, sendo certo que a remissão para as disposições legais citadas naquele Dispositivo não tem inequivocamente esse sentido, pois envolve alguma indeterminação e ambivalência, na medida em que os preceitos citados tanto podem referir-se à definição do objeto da fixação de jurisprudência, como à fundamentação do decidido ou mesmo a finalidade diversa, como sucederá com a referência ao art. 368º, que respeita à questão da culpabilidade.

Em terceiro lugar, a leitura mais ampla da fixação de jurisprudência contraria o que resulta dos termos da declaração do senhor conselheiro Manuel J. Braz, (“Concordo com a jurisprudência proposta. Mas não com parte da fundamentação”), que é igualmente adotada pelo senhor conselheiro Francisco Manuel Caetano, e da designação com que a mesma foi integrada no Acórdão, pois só a consideração de que aquela declaração se reporta à fundamentação do acórdão e não à decisão nele proferida, explica que seja ali designada de Declaração de voto e não de voto de vencido.

O mesmo se diga relativamente à declaração do senhor conselheiro Raúl Borges “(Voto o acórdão de acordo com a posição assumida em 09.11.2011 no processo 43/09.9PAAMD.L1.S1)”, pois também neste acórdão considerou-se, explicitamente, que o poder de substituição da decisão recorrida não abarca a escolha da espécie e fixação da medida da pena (...) se a decisão em exame não contiver os elementos necessários para a determinação da medida da pena, cuja ausência se poderá explicar em virtude da decisão absolutória em 1.<sup>a</sup> instância fazer esquecer essa indagação, conduzindo à verificação do vício previsto no art. 410.º, n.º 2, al. a), do CPP.” – vd ponto VI do sumário; *italico* nosso.

Em quarto lugar, afigura-se-nos que uma leitura mais ampla da fixação de jurisprudência poderia pôr em causa a reserva de lei da AR consagrada em matéria de processo penal no artigo 165º al. c) da CRP, por se traduzir numa alteração significativa do regime legal dos recursos em processo penal, através de decisão do STJ proferida fora dos pressupostos da fixação de jurisprudência propriamente dita, quanto a esta matéria específica, e com a especial força vinculativa que resulta dos artigos 445º e 446º, do CPP. Na verdade, independentemente da questão estrita da separação de poderes, a atribuição inovadora de competência às relações para julgar e decidir factos novos em via de recurso, mesmo que se tratasse de recurso a ser julgado em conferência, parece longe de poder dispensar o debate transparente, participado e aprofundado que a reserva de lei permite, pois, com todo o respeito, é passo que o legislador certamente não dará sem sopesar bem vantagens e desvantagens, mesmo no plano da política legislativa, dadas as implicações de tal opção em diversos pontos dos modelos de julgamento e de recurso.

Por último, sempre fica em aberto a questão de saber em que medida a determinação da pena em primeira mão pelas relações, na sequência de recurso interposto pelo MP ou pelo assistente de sentença totalmente absolutória de arguido, não viola efetivamente o princípio constitucional das suas garantias de defesa, maxime o seu direito ao recurso, caso se consolide no nosso ordenamento positivo a inadmissibilidade de recurso para o STJ de algumas das decisões das relações que

apliquem pena a arguido absolvido em primeira instância do crime ou crimes pelos quais foi sujeito a julgamento.

Falamos em absolvição total contrapondo-a à absolvição do arguido em 1ª instância por apenas alguns dos crimes pelos quais foi sujeito a julgamento, pois nessas hipóteses de prévia condenação do arguido em 1ª instância por alguns dos crimes que lhe vinham imputados, sempre entendemos não haver lugar à devolução dos autos à primeira instância, por tal não ser imposto pelo regime processual de determinação da sanção nem pelo princípio do duplo grau de jurisdição, cabendo ao tribunal de recurso proceder à determinação da nova pena.

Na verdade, quando o arguido é julgado por vários crimes e foi absolvido só por alguns deles, isso significa que das deliberações e votações do tribunal de julgamento sobre a questão da culpabilidade resultou dever ser aplicada ao arguido uma pena ou medida de segurança – a correspondente aos crimes em que foi condenado -, pelo que o tribunal de julgamento deve concluir o procedimento legalmente previsto para a determinação da sanção nos artigos 369º e 371º do CPP, independentemente do número e espécie de penas a aplicar, mostrando-se assim previamente cumprido o regime processual aplicável mesmo que o arguido só venha a ser condenado em primeira mão na relação, por algum dos crimes.

Por outro lado, também a exigência de um segundo grau de jurisdição se mostra respeitada nesses casos, pois no caso de recurso contra decisão só parcialmente absolutória, o arguido pode efetivamente pronunciar-se sobre os factos (já) apurados e os considerandos tecidos pelo tribunal de julgamento, com relevância para a determinação da sanção, contrariamente ao que sucede nos casos de absolvição total. Nestes casos, o tribunal de julgamento não apurou sequer os factos que apenas relevem para a determinação da sanção, ou, mesmo que tal se verifique, não teceu quaisquer considerações na sentença sobre a relação entre eles e os critérios para determinação da pena, o mesmo sucedendo em regra com os recursos do MP ou do assistente, que não têm que pronunciar-se sobre a escolha ou medida da pena a aplicar no caso de o arguido vir a ser condenado em via de recurso e raramente o fazem.

Daí entendermos, como referido, que nos casos em que o arguido é condenado em primeira instância por todos ou alguns dos crimes (como sucedeu no acórdão fundamento), não há lugar à devolução dos autos à 1ª instância, pois desde que tenha sido aplicada pelo menos uma pena ou medida de segurança teve já lugar o procedimento a que se reportam os arts 369º e 371, do CPP, ao mesmo tempo que o 2º grau de jurisdição se mostra suficientemente assegurado, como vimos, tudo se passando no tribunal de recurso em termos semelhantes aos verificados quando este apenas decide pena diferente ou medida mais grave para a pena antes aplicada em primeira instância.

Évora, 5 de julho de 2016

António João Latas