



UNIVERSIDADE AUTONOMA DE LISBOA *LUÍS DE CAMÕES*

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O NOVO REGIME DA ALTERAÇÃO
SUBSTANCIAL DOS FACTOS NÃO AUTONOMIZÁVEIS.**

Repercussões da revisão de 2007 do Código de Processo Penal.

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Ciências Jurídico - Criminais
pela Universidade Autónoma de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor
Mário Ferreira Monte

Nome: João Augusto Ramos Estrela Santa

Lisboa, 2012

À minha esposa, Patrícia,

e aos meus filhos, Rafael e Leonor,

os meus eternos e sinceros agradecimentos.

Resumo:

O novo regime da alteração substancial dos factos, em especial, os factos não autonomizáveis do objeto do processo e respetivas repercussões, não apenas na instrução e no julgamento, mas também, quanto à concordância prática entre as finalidades do processo penal e os direitos fundamentais do arguido, fruto da revisão processual penal de 2007, é a essência em que reside este estudo. Pela correlação e dependência com o tema, a questão relativa ao grau de maleabilidade do objeto do processo e seus efeitos, por um lado, sobre o regime da alteração substancial dos factos e por outro, sobre os poderes de cognição e vinculação temática do tribunal, foi também aflorado neste estudo. E porque é *conditio sine qua non* na definição do objeto do processo a pré-existência de uma acusação, formal ou material, a qual resulta de uma investigação criminal, é a investigação criminal e algumas das suas vicissitudes, também por nós abordada.

Palavras-chave: alteração substancial dos factos; objeto do processo; finalidades do processo penal; revisão processual penal de 2007.

Abstract:

The new regime of substantial change of facts, in particular, the facts non-autonomously subject object of the process and their repercussions, not only in the instruction and in trial, but also, regarding the agreement between the practical finality of criminal procedural and the fundamental rights of the accused, result of criminal procedural review of 2007, is the essence that resides in this study. By correlation and dependence with the theme, the question concerning the tightness object of the process and its effects, on the one hand, on the regime of substantial changes of facts and on the other, about the powers of cognition and linking theme of the court, was also touched upon in this study. And because it is a *condition sine qua non* in definition the object of the process a pre-existence of a complaint, formal or material, which results in a criminal investigation, is the criminal investigation and some of its vicissitudes, also by us addressed.

Keywords: substantial change of facts; finality of criminal procedural; subject object of the process; criminal procedural review of 2007.

ÍNDICE

Abreviaturas	8
Introdução.	9

CAPITULO I

O Objeto do Processo

1. Investigação Criminal	11
1.1. Vicissitudes da Investigação Criminal	20
2. Acusação	28
3. Correlação entre Objeto do Processo, o Princípio da Vinculação Temática e os Poderes de Cognição dos Tribunais	33

CAPITULO II

Alteração Substancial dos Factos

1. Distinção entre Alteração da Qualificação Jurídica dos Factos e Alteração dos Factos	36
1.1. Alteração da Qualificação Jurídica dos Factos	37
2. Alteração Substancial dos Factos. Conceitos.....	42
2.1. Imputação ao Arguido de Crime Diverso	43
2.1. Alteração dos Limites Máximos das Sanções Aplicáveis	45
3. Alteração não Substancial dos Factos	48

CAPITULO III

Repercussões da Revisão de 2007 do CPP no Regime da Alteração Substancial dos Factos

1. Na Instrução	49
2. No Julgamento	65
3. Na Sentença	87
3.1. A sentença e as Finalidades da Pena	92
Conclusão	94
Bibliografia	99

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
ASJP	Associação Sindical de Juízes Portugueses
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPC	Código Processo Civil
CPP	Código Processo Penal
CPPI	Código Processo Penal Italiano
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Diário da República
DL	Decreto-Lei
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LOIC	Lei de Organização de Investigação Criminal
MP	Ministério Público
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
PJ	Polícia Judiciária
PGR	Procurador-Geral da República
RBCC	Revista Brasileira de Ciência Criminal
RDP	Revista de Direito Penal
RMP	Revista do Ministério Público
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SMMP	Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TIC	Tribunal de Instrução Criminal
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UMRP	Unidade de Missão para a Reforma Penal

INTRODUÇÃO

A escolha do tema para a presente dissertação surge da análise de dois acórdãos do Tribunal Constitucional¹, em cuja causa de decidir erradicava na alegada inconstitucionalidade de interpretação do tribunal *a quo* ao regime da alteração substancial dos factos presente no art. 359.º do Código de Processo Penal. Apesar de distarem entre si cerca de um ano, provavelmente por influência do legislador, ambos os acórdãos caminharam em sentidos distintos, o que demonstra que o Direito não é uma ciência exata, imutável e imune às transformações sociais e políticas das sociedades hodiernas². Consequência da revolução social de abril de 1974³, transforma-se Portugal num Estado de Direito democrático fundado nos alicerces da dignidade da pessoa humana e na maximização da figura do homem, *maxime* nos seus direitos, liberdades e garantias plasmados primeiramente, na Lei Fundamental e ulteriormente, ao nível da produção “normativa jurídico-penal”⁴.

E porque a vivência em sociedade⁵ implica uma “ideia de renúncia, por parte de todos, a um pedaço da liberdade – só aquele indispensável ou absolutamente necessário”⁶ à prossecução das finalidades comuns e à promoção e salvaguarda dos bens jurídicos tutelados jurídico-constitucionalmente, assume o Estado um papel irrenunciável de garante do exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mediatizado na sua ação por princípios

¹ Mais concretamente, Ac. TC n.º 226/2008, de 21 de abril, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008 e Ac. TC n.º 237/2007, de 30 de março, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

² Necessidade de adequação das leis às diferentes transformações societárias e da criminalidade. Neste sentido, anota Isasca que “as normas penais não são comandos perpetuamente cristalizados ou imutáveis”. ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Almedina, 2ª edição, 1995, p. 90.

³ Consta do Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa: “A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais”. Também estatui o art. 1.º da Constituição que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

⁴ ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)* Op. Cit., p. 91.

⁵ Salienta João Castro Mendes, que “o Homem é um animal social: é de sua natureza viver, não isolado, mas em convivência dentro de um grupo organizado: em sociedade. (...) a convivência em sociedade traduz-se na entreatajuda, na solidariedade, na divisão do trabalho; e tudo isto só é possível havendo padrões estabelecidos de conduta, regras que assegurem a harmonização das actividades entre si. Como necessário se torna a resolução de conflitos que a vida social inevitavelmente suscita. O direito é necessário para **promover a solidariedade de interesses** e para **resolver os conflitos de interesses**”. MENDES, João Castro, *Obras Completas Prof. Doutor João Castro Mendes, Introdução ao Estudo do Direito*, edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, 1994, Pedro Ferreira - Artes Gráficas, p. 12 ss.

⁶ COSTA, José de Faria, “Ler Beccaria Hoje”, in Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 2009, p. 17. Salienta Galvão Telles, que a convivência dos homens em sociedade implica uma sujeição à disciplina do Direito, o qual, “diz o que se deve fazer e o que se não deve fazer; consequentemente, por exclusão de partes, o que se pode praticar (...) numa palavra, a realizar a Paz, o Bem Comum, a Justiça”. Veja-se, TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2001, p. 25.

jurídico-constitucionais. Neste concreto, resulta um confronto permanente entre realidades conflitantes e antinómicas, por um lado, o arguido e os seus direitos fundamentais e por outro lado, o Processo Penal e as suas finalidades de realização de justiça, tutela de bens jurídico-criminais, estabilização de normas e paz jurídica dos cidadãos.

Ao se enveredar para a presente dissertação, não se pretendeu versar sobre toda a universalidade relativa à alteração substancial dos factos no Processo Penal, questão essencial e fulcral no Direito Processual Penal, mas apenas se pretendeu cingir e delimitar a algumas das repercussões resultantes das alterações promovidas pela Lei n.º 48/2007⁷, de 29 de agosto, e em particular, no que concerne aos factos não autonomizáveis.

Ainda que a definição de alteração substancial dos factos se tenha mantido imune aos apetites legiferantes, é, no momento da produção de provas e aquisição dos elementos edificadores das decisões dos tribunais, que as repercussões das transformações operadas se iram sentir com maior acuidade. Assim, será na fase de instrução e na fase de julgamento, em particular perante os art.s 303.º e 359.º do Código de Processo Penal, que irá incidir o propósito deste estudo, e concomitantemente, sob pena do mesmo se tornar inócuo, na amplitude do objeto do processo e no grau de vinculação que do mesmo erradia para os poderes de cognição e vinculação temática dos tribunais. Questão de particular importância na justa solução de uma ponderação equilibrada “entre o interesse público da aplicação do direito criminal e da eficaz perseguição e condenação dos delitos cometidos e o direito incondicional do arguido a uma defesa eficaz e ao respeito pela sua personalidade moral”⁸.

E porque é *condito sine qua non* de qualquer procedimento penal a pré-existência de uma fase investigatória, fase não imune aos ventos de mudança, será a investigação criminal e as algumas das vicissitudes que giram em seu torno, alvo de alguma atenção neste trabalho.

⁷ A reforma processual penal operada pela Lei n.º 48/2007, pelas soluções perfilhadas, causou impactos negativos, sendo sujeita a variadíssimas críticas tanto no seio da comunidade jurídica como na sociedade em geral. Para tanto, veja-se o relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa - Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra intitulado “O processo de preparação e debate público da reforma”, de 31 de janeiro de 2008. [Consult. 25 out. 2011]. Disponível em <http://www.opj.ces.uc.pt>. Importante, para acompanhar os vários impactos que a reforma promoveu, observe-se os relatórios elaborados pelo Observatório Permanente para a Justiça Portuguesa. [Consult. 25 out. 2011]. Disponíveis em <http://www.opj.ces.uc.pt>.

⁸ Castanheira Neves, *apud* Ac. STJ, de 15-06-11, Proc. 1417/08.TAVIS.S1, [consult. 20 nov. 11]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

CAPITULO I

O OBJETO DO PROCESSO

1. Investigação Criminal

Fruto da revolução dos cravos de 1974, mudanças muito profundas no ser e no agir da sociedade portuguesa, em especial, no que concerne ao indivíduo e aos seus direitos fundamentais⁹ se verificaram, assumindo estes um papel central, fulcral e primordial na sociedade hodierna. Bastante notório nesta transformação política, social e cultural, foi o modo de encarar o fenómeno do crime¹⁰, as políticas criminais e a forma de execução da investigação criminal¹¹, rastilho¹² do Processo Penal¹³, incutindo no *ius puniedi* a obrigação

⁹ Neste sentido, o Observatory of Fundamental Rights in Europe salienta que o Tratado de Lisboa incute uma série de responsabilidades aos Estados membros da União Europeia relativas à promoção e proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos em áreas como a liberdade, segurança e justiça. Cfr., “Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice – Perspectives and Responsibilities After the Treat of Lisbon”, in *Observatory of Fundamental Rights in Europe*, October 2009. [Consult. 15 jan. 2011]. Disponível em http://www.astrid-online.it/~spazio-e/documenti/FundamentalRightsObservatoryOpinion---Stockholm_2-pdf.

¹⁰ O conceito de “crime” como um conceito cujo conteúdo material “está longe de ser consensual, estável ou universal”, assim, BELEZA, Teresa Pizarro, “Nota Prévia”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1998, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda., p. 10. Para o criminólogo Maurice Cusson, um dos modos de encarar o conceito de crime é como uma “*desviância*”, como uma transgressão, uma violação de normas de conduta social passível de sanção. Veja-se CUSSON, Maurice, *Criminologia*, tradução Josefina Castro, 2ª edição, Casa das Letras, 2007, p. 14. O crime como uma violação de maior gravidade do chamado “contrato social” ou *pactum societatis*, estrutura fundante do viver e agir em comunidade, em que cada cidadão renuncia a uma parcela limitada e renunciável da sua liberdade em prol de um ideal de felicidade, de vivência em segurança, justiça e em comunidade, ou nas palavras de Claus Roxin, numa “coexistência livre e pacífica”. Cfr., ROXIN, Claus, “Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça da pena? Sobre a legitimação das proibições penais”, in *Seminário de Direito Penal Económico, realizado a março de 2004 em Porto Alegre, em homenagem ao Professor Claus Roxin*, [Consult. 15 jan. 2011]. Disponível em <http://albernard.adv.br/wp-content/uploads/2011/03/Legitimacao-das-proibicoes-penais-Claus-Roxin.pdf>.

Essa parcela de liberdade autolimitada é confiada ao Direito, à ordem social e estatal, instituindo-se como tarefa do Estado que os limites das liberdades individuais não sejam postergados e que os seus direitos fundamentais sejam protegidos. Neste sentido, o “contrato social”, decorrência do iluminismo, está na base da autoridade do Estado e das leis, assumindo-se o Direito Penal como um instrumento do Estado na determinação e garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, tanto nas relações entre eles como nas relações com o Estado, ou, nas palavras de Winfried Hassemer, o Direito Penal “é um instrumento da liberdade por meio de repressão” de um “Estado compreendido como *Leviathan*, que tanto protege como ameaça o seu cidadão”. Cfr., HASSEMER, Winfried, “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, tradução de Augusto Silva Dias, p. 18-19. Para acompanhar o conceito de crime nas suas várias perspetivas, por todos, vide DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 106 ss.

¹¹ Para acompanhar a evolução histórica da investigação criminal, veja-se entre outros, MOURA, Adriano Souto, “A investigação e suas exigências no inquérito”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 74 ss. E porque a atividade probatória se assume como o objetivo

de respeitar princípios jurídico-constitucionais, uma vez que, o indivíduo é um ser livre e frágil com direitos e não um mero objeto do processo¹⁴. O Código de Processo Penal de 1987 assumiu um papel muito importante nesta conceção humanitária e reformista de encarar os vários aspetos relacionados com o crime, Código que teve em Figueiredo Dias o seu principal mentor¹⁵.

fundamental da investigação criminal, é conveniente lançar um olhar sobre a evolução histórica da prova que nos é facultado por, BRAZ, José, *Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*, 2ª edição, Almedina, 2010, p. 45 ss.

¹² Neste sentido, VALENTE, Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2ª edição, Almedina, 2009, p. 311.

¹³ A estrutura atual do Processo Penal consiste numa estrutura acusatória mitigada pelo princípio da investigação e está subordinado ao princípio do contraditório, ou, nas palavras de Manuel da Costa Andrade, num “processo de estrutura acusatória, se bem que aberto a um princípio de investigação judicial; construído sobre o dogma da intangível dignidade e integridade pessoal, *maxime* do arguido; que na polaridade dialéctica entre, por um lado, a eficácia na descoberta da verdade e na perseguição dos criminosos, a segurança e a reafirmação da validade das normas e, por outro, a liberdade e as garantias de defesa, privilegiava claramente este lado”. ANDRADE, Manuel da Costa, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 526.

Claus Roxin aborda a estrutura do Processo Penal Alemão, cujo código foi criado em 1877, e após a intervenção do legislador por mais de uma centena de vezes, como um “« processo acusatório mitigado pelo princípio da investigação». Ou seja: o tribunal só poderá actuar por via de uma acusação, que, em regra, é deduzida pelo Ministério Público. O Ministério Público é uma autoridade autónoma, que deve investigar os factos de forma imparcial e, na existência de indícios suficientes, deduzir uma acusação contra o arguido. Após esta acusação, a tutela do processo passa para o tribunal, que averigua os factos [sob sua própria responsabilidade], valora as provas e leva a cabo todas as inquirições”. Por todos, ROXIN, Claus, “Sobre o Desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão”, (tradução por Inês Fernandes Godinho), in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 385.

¹⁴ Durante séculos o homem era apenas um objeto em prol dos objetivos do coletivo, um objeto do processo penal e da investigação criminal, onde a política securitária existente impunha como objetivo primordial, a descoberta da verdade material a qualquer custo, erguendo-se o Estado e a segurança como pilares essenciais em detrimento da liberdade e dignidade da pessoa humana. Com a chamada *revolução dos cravos* e consequente alteração constitucional, o homem passa a ser visto como um indivíduo detentor de direitos, liberdades e garantias que o Estado de Direito democrático, detentor do *ius puniendi*, se sujeita e tem o poder-dever de garantir, assumindo-se o princípio do respeito pela dignidade humana e da liberdade como pilares basilares e irrenunciáveis num Estado de Direito. Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 106 ss., VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, 2ª edição, actualizada e aumentada, Almedina, 2009, p. 48 ss. Sobre a conformação e legitimação constitucional do Direito Penal, cfr., por todos, PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, 2006, p. 33 ss. Consequência da consagração do respeito pela dignidade humana, prescreve o Processo Penal a obrigatoriedade de constituição de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução, art. 57.º CPP, ou ainda nos termos do art. 58.º CPP, assumindo este, os direitos e deveres processuais estatuídos no art. 61.º CPP e no art. 32.º CRP.

¹⁵ Assim, MOURA, Adriano Souto, “A investigação e suas exigências no inquérito”, (...) Op. Cit. p. 74. Foi o Código de Processo Penal de 1987 considerado como um código completamente novo e inovador na Europa”. Cfr., Meirelle Delmas-Marty, *apud* CORREIA, João Conde, “Inquérito: A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma Encoberta?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro, Coimbra Editora, 2008, anot. 1, p. 190. Este perfil transformista promoveu influências além-fronteiras, uma vez que, o “CPP 87 prefigurava as grandes linhas de um processo penal europeu do futuro, um processo penal comum para a Europa”. Assim, *vide* Meirelle Delmas-Marty, *apud* JACINTO, Teodósio, “O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30º, Abril – Junho, n.º 118, 2009, p. 14 ss. Opinião distinta tem Cruz Bucho, salientando que, embora não negando que “o Código de Processo Penal de 1987 tenha sido acolhido com excessivos aplausos pela doutrina nacional e estrangeira, nunca mereceu iguais

Com a notícia de um crime¹⁶ inicia-se, em regra, a investigação criminal¹⁷, investigação a cargo da autoridade judiciária competente, coadjuvada pelos órgãos de polícia criminal, compreendendo o conjunto de diligências que se destinam a averiguar a existência de um crime de que houve notícia, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e, descobrir e recolher as provas necessárias para o processo, ou dito de outro modo, conjunto de técnicas e procedimentos legalmente admitidos e utilizados de uma forma sistemática e metódica¹⁸, no sentido da descoberta dos factos penalmente relevantes e a sua reconstituição histórica. Esta investigação, iniciada com a *notitia criminis*, termina não com a acusação ou o despacho de arquivamento pelo Ministério Público, mas prolonga-se por todo o processo até a sentença transitar em julgado, porque o juiz em sede de julgamento pode e deve requerer as diligências tidas por necessárias para formular o seu juízo de censura ético-jurídico (art. 340.º CP). Esta fase embrionária do processo encontra-se sob *dominus* do Ministério Público, entidade com vocação não de parte¹⁹, mas de uma magistratura autónoma e hierarquizada, que atua sob estritos critérios de legalidade e de objetividade²⁰, unicamente direcionada para a descoberta da verdade e realização do direito, assume, na fase do inquérito²¹, a sua maior

encómios por parte das magistraturas portuguesas que, no seu labor diário, cedo constataram as insuficiências e incongruências daquele diploma legal que em múltiplos domínios ou possibilitou ou continua a possibilitar todo o tipo de abusos e manobras dilatórias com a consequente paralisação da acção da justiça e uma acentuada desigualdade no acesso à justiça”. Cfr., BUCHO, Machado da Cruz, *A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português*, 2010. p. 137. [Consult. 20 dez. 2011]. Disponível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/cruzbucho_revisaocpp2010.pdf.

¹⁶ Cfr., art. 241.º CPP. O modo do Ministério Público obter a notícia do cometimento de um crime pode resultar de conhecimento próprio, através dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia.

¹⁷ Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, Editorial Verbo, 3ª edição revista e actualizada, 2009, p. 55 ss.

¹⁸ Muito do sucesso das investigações criminais resultam essencialmente do uso sistemático e metódico de técnicas de investigação, com o intuito de responder às 6 perguntas fulcrais e preponderantes do ciclo da investigação criminal: O Quê? Quem? Onde? Quando? Como? e Porquê?. Sobre as regras do método e a sua importância, vide DECARTES, René, *Discurso do Método*, Tradução e Organização de Tavares Guimarães, Porto Editora, s/d, p. 72-73.

¹⁹ Sobre a questão doutrinária se o Processo Penal Português é um processo de partes, veja-se, entre outros, DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, reedição fac-similada da 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora 2004 (Colecção Clássicos Jurídicos, 1ª edição – 1974), p. 242 ss; SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Editorial Verbo, 5ª edição revista e actualizada, 2008, p. 148 ss.

²⁰ Cfr., art. 53º, n.º 1 do CPP e art.s 1º e 2º da Lei n.º 60/98, de 27 de agosto. O Ministério Público deve exercer as suas funções com “rigor, consistência e lealdade”, e neste sentido, a autonomia do Ministério Público “será tanto mais perfeita e mais plena quanto mais extenso e transparente for o seu dever de prestar contas à comunidade”. Cfr., Figueiredo Dias, *apud* JACINTO, Teodósio, “O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório (...), Op. Cit. p. 18.

²¹ Segundo Souto Moura, “a direcção do inquérito tem implícita a responsabilização do Ministério Público pela condução da investigação e resultados obtidos, sendo fundamentalmente uma tarefa de planificação, de eventual delegação de investigações ou diligências nos órgãos de polícia criminal e de fiscalização e controlo da actividade de tais órgãos”. Adriano Souto Moura, *apud* JACINTO, Teodósio, “O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório (...), Op. Cit. p. 19.

visibilidade e importância, sofrendo a intervenção²² do juiz de instrução criminal quando estejam diretamente em causa direitos, liberdades e garantias do arguido.

Constituindo a investigação criminal²³ apenas uma das peças do puzzle da ação penal, não se deve limitar à descoberta das provas reais e das provas pessoais que conduzam ao esclarecimento da verdade material dos factos que consubstanciam a prática de um crime²⁴ e a sua autoria. Uma investigação criminal deve diligenciar no sentido de descobrir e recolher elementos probatórios não apenas que permitam acusar, mas também, que permitam inocentar o suspeito ou até justificar ou exculpar²⁵ a conduta do agente, para além de identificar as

²² Cfr., art.s 268.º e 269.º CPP. O juiz de instrução criminal como o juiz das liberdades, “colocado na posição de árbitro, sendo as suas funções não as de investigar ou dirigir a investigação, mas de garantir o controlo da legalidade das investigações efectuadas por outros actores do processo, quando elas afectem a liberdade das pessoas”. Por todos, RODRIGUES, Anabela Miranda, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 718.

²³ A investigação criminal como uma luta entre o real e o imaginário, entre a “aparência e a verdade, como uma reconstrução do puzzle da realidade através dos meios de prova com vista a alcançar a justiça possível”. Cfr., MORGADO, Maria José e VEGAR, José, *O inimigo sem rosto: Fraude e Corrupção em Portugal*, Publicações Dom Quixote, 2003, p. 15. Para José Braz, a investigação criminal é uma área especializada que em termos materiais tem “por objecto de análise o crime e o criminoso e, por objectivo, a descoberta da verdade e reconstituição da verdade material de factos penalmente relevantes e a demonstração da sua autoria”. BRAZ, José, *Investigação criminal: a organização, o método e a prova (...)*, Op. Cit. p. 19. Para Guedes Valente, a “investigação criminal tem como escopo fulcral a realização do direito nas prossecuções de defesa da sociedade, do colectivo, que tem o direito de viver em segurança e em uma ordem social e internacional que lhe garanta a efectivação plena dos seus direitos e liberdades, ou seja, a realização dos fins e interesses da ordem jurídica”, VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, Tomo I (...), Op. Cit., p. 34. Segundo o mesmo autor, a investigação criminal assume-se como “o primeiro patamar da tutela dos direitos e liberdades individuais contra os abusos do *jus puniendi* do Estado”, vide VALENTE, Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, Comentado e Anotado, 3ª edição revista e aumentada, Almedina, 2006, p. 43.

Soares da Veiga formula que a investigação criminal é “circunscrita pela tutela dos direitos fundamentais”, no entanto, por a mesma comprimir e restringir alguns direitos fundamentais dos arguidos, tais restrições, não-de estar, obrigatoriamente, “limitadas por critérios de necessidade e proporcionalidade”. VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 185 ss. O autor a pág. 189, distingue como limites à investigação criminal, três níveis de tutela de direitos fundamentais, a saber: o nível abstrato absoluto; o nível abstrato relativo; e por último, o nível da ponderação concreta pelas autoridades judiciais e *in fine*, pelas entidades policiais.

²⁴ Refere Rui Pereira, Coordenador da Unidade de Missão para a Reforma Penal, no Colóquio Nacional da ASPP-PSP realizado em 30 de março 2006, na Cidade de Peniche, com o tema geral “Na Mira de Fogo”, numa comunicação verbal com o tema *Eficácia e Direitos Fundamentais na Acção da Polícia – O Equilíbrio Necessário*, [Consult. 20 mai. 2011]. Disponível em www.aspp-psp.pt/informacao/Eficacia_Direitos_Rui_Pereira.pdf, que “uma investigação bem-sucedida deverá culminar, em regra, numa condenação”. Não podemos concordar com o teor de tal afirmação. Mal estaria o processo penal se todas as investigações culminassem numa condenação, pois, a ser verdade, estaria a investigação criminal estereotipada em ideias condenatórias pré-concebidas e redutoras da presunção de inocência do suspeito. O Ministério Público enquanto titular da ação penal, deve pautar a sua atuação segundo critérios de legalidade, objetividade e imparcialidade, orientada unicamente pelos fins da descoberta da verdade material e da realização da justiça, e não numa verdade e justiça embutida em critérios estatísticos, pelo que, só deve acusar quando existam fortes indícios que permitam fundamentar a acusação em julgamento.

²⁵ No mesmo trilho, de que a investigação deve valorar todos os elementos probatórios, quer os favoráveis quer os desfavoráveis à acusação, vide GASPAS, António Henriques, “As Exigências da Investigação no Processo Penal Durante a Fase de Instrução”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*,

vítimas diretas e indiretas, “reais e potenciais, presentes ou futuras”²⁶, ofendidos e lesados, danos diretos e indiretos, responsabilidade civil ou disciplinar, etc., isto é, tanto o Ministério Público como os órgãos de polícia criminal devem interpretar o facto delituoso na sua globalidade²⁷ – objetiva e subjetiva.

O inquérito²⁸, fase processual “essencial para a realização das finalidades do processo”²⁹, visa o apuramento dos factos elencados na notícia do crime³⁰ no sentido de recolher indícios probatórios da existência ou não da prática de um crime, quais os autores e responsabilidades e em caso afirmativo, deduzir uma acusação e apresentá-la a juízo. Esta fase, tal como qualquer outra, têm de ser jurisdicionalizada, de modo a garantir que toda a atividade investigatória em que se consubstancia a fase do inquérito se cinja dentro dos limites necessários ao respeito pela dignidade da pessoa humana³¹ e direitos e liberdades fundamentais³² constitucionalmente consagrados e presentes no Código. Apesar da notícia do crime ser o iniciador do *iter processuale* e o Ministério Público a entidade com competência exclusiva para a promoção processual, esta poderá não ser suficiente, i. é., consoante a natureza do crime em perspetiva seja público, semipúblico ou particular, *a notitia criminis*³³ poderá ser insuficiente para a entidade competente dar início à abertura de inquérito e

Coimbra Editora, 2009, p. 89. Em sentido idêntico, DANTAS, António Leonês, “Os factos como matriz do objecto do processo”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 70, Ano 18, Abril – Junho, 1997, p. 116 ss.

²⁶ Figueiredo Dias tem alertado para o facto da inadequação do sistema penal na resposta às necessidades da vítima, cfr., DIAS, Figueiredo, “O Processo Penal Português”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 812.

²⁷ O fenómeno criminal como um processo dividido em três etapas: “1) as normas penais são estabelecidas, 2) são violadas, 3) e isso provoca uma reacção social repressiva”. Assim, Leauté, *apud* CUSSON, Maurice, *Criminologia (...)*, Op. Cit. p. 28.

²⁸ Estatuí o art. 262.º, n.º 1 CPP, que o “inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

²⁹ Cfr., GASPAR, António Henriques, “As Exigências da Investigação no Processo Penal (...), Op. Cit. p. 89.

³⁰ Nas palavras radicais de Stuart Henry e Dragan Milovanovic, “o crime representa efectivamente um poder de negar os outros, de transformar a vítima em uma não-pessoa e em não-humano. Cfr., Stuart Henry e Dragan Milovanovic, *apud* PALMA, Maria Fernanda, “O Problema Penal do Processo Penal”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 50.

³¹ Nulidade das provas obtidas com recurso a métodos que violem a dignidade humana. Nestas situações, caso os métodos utilizados constituam crime, pode o agente ser criminalmente responsabilizado, ou seja, *pode o feitiço virar-se contra o feiticeiro*. Cfr. art. 126.º CPP.

³² A atuação do *jus puniendi* só é legítima e socialmente aceite e compreendida se exercida no estrito respeito pelos direitos fundamentais e pelos direitos humanos. Sobre a natureza e abrangência dos direitos fundamentais, *vide* ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, Principia Editora, Lda, 2007, p. 22 ss. O autor, entende os direitos fundamentais como sendo “situações jurídicas: fundamentais, universais, permanentes, não patrimoniais e indisponíveis”.

³³ A notícia do crime pode ser adquirida pelo próprio Ministério Público, por intermédio dos OPC’s ou mediante denúncia, quer seja verbal, por escrito ou anónima. Qualquer destas formas poderá, salvo determinadas exceções, implicar a abertura de um inquérito. (cfr. art.s 241.º a 246.º CPP).

consequentemente, dar início a uma investigação por falta de legitimidade³⁴. Só nos casos em que o crime indiciado é de natureza público é que o Ministério Público, após ter conhecimento dos factos, pode (e deve) automaticamente e autonomamente investigar e, finda a investigação, determinar pelo arquivamento³⁵, caso deduza pela insuficiência de indícios probatórios da prática de um crime ou dos seus agentes ou, determinar a dedução de uma acusação, caso resultem indícios de prova suficientes para apresentação dos factos a juízo.

Já nos casos em que o crime assume uma natureza semipúblico, o Ministério Público só adquire legitimidade para promover uma investigação e abrir inquérito após a apresentação de queixa pelos legítimos interessados, no entanto, finda a investigação, o Ministério Público é autónomo para proceder ao arquivamento do inquérito ou deduzir a respetiva acusação (art.s 283.º e 284.º CPP).

Procedimento diverso decorre perante crimes de natureza particular. Nestes casos, o Ministério Público, só após a apresentação de queixa e constituição de assistente³⁶ pelo particular, promove as diligências investigatórias entendidas por necessárias. Findo o inquérito, deve o Ministério Público notificar o assistente no prazo de 10 dias do resultado do mesmo (art. 285.º CPP), contendo a indicação se foram recolhidos ou não indícios suficientes da prática do crime e dos seus agentes, donde decorre, que nos crimes particulares, não só o início do procedimento depende da iniciativa dos particulares, como também, a própria apresentação do facto a juízo, pois, ao Ministério Público só é permitido acusar após a acusação daquele e no prazo de 5 dias pelos mesmos factos, parte deles ou por factos que não importem uma alteração substancial dos elencados pela acusação particular, no entanto, caso pretenda por insuficiência de provas arquivar o inquérito deve, antes de o arquivar, dar conhecimento do resultado das investigações e da sua intenção ao particular.

³⁴ Nos crimes de natureza semipúblico, a legitimidade para o Ministério Público investigar está dependente da prévia apresentação de queixa pelos respetivos titulares desse direito, já no que respeita aos crimes de natureza particular, é necessário para além da queixa pelo titular desse direito, a sua constituição como sujeito processual na qualidade de assistente e a dedução de acusação particular (art.s 49.º e 50.º CPP), ou seja, neste tipo de crimes a promoção processual é da iniciativa dos particulares, encontrando-se o Ministério Público até esse momento despojado de legitimidade.

³⁵ Cfr., art. 277.º, n.º 1 e 2 CPP.

³⁶ Os ofendidos ou outras pessoas titulares desse direito, podem constituir-se assistentes no momento da denúncia ou num prazo de 10 dias (art. 68.º, n.º 2 e art. 246.º, n.º 4 CPP). A não constituição de assistente no prazo estabelecido faz precluir o direito do denunciante a constituir-se assistente e cumulativamente, legitimar a ação do Ministério Público. Tema de especial sensibilidade e de opiniões não unânimes, conforme se constata nas declarações de voto do Ac. de fixação de jurisprudência do STJ n.º 1/2011, de 16 de dezembro de 2010, publicado no *Diário da República*, 1ª série, 26 de janeiro de 2011. Disponível em www.dgsi.pt. A figura do assistente é distinta da figura do ofendido, lesado e queixoso. Para acompanhar as diferenças nas várias figuras, veja-se, entre outros, SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit. 2008, p. 337 ss; CARDOSO, Ricardo, “O Controlo Jurisdicional do Despacho de Arquivamento”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998, p. 192 ss.

Fruto do aditamento ao art. 285.º, n.º 2 CPP introduzido pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, foi vedado ao assistente a possibilidade de acusar autonomamente sem o controlo prévio ou posterior do Ministério Público. Esta alteração promove uma dupla consequência, por um lado, o arquivamento do inquérito sempre que o Ministério Público não acompanhe a acusação do assistente, por entender não existirem indícios suficientes que fundamentem uma acusação e por outro, o controlo da legitimidade da acusação, até aqui sob o ónus do arguido, através do requerimento para abertura da instrução, passa para o Ministério Público, autoridade judiciária responsável pelo inquérito e conhecedora da valoração dos indícios probatórios apurados³⁷ e cuja atuação deve obedecer a critério de legalidade, objetividade e imparcialidade.

³⁷ Realidade diferente da anterior, uma vez que, finda a investigação e caso o Ministério Público entendesse no sentido da não acusação por concluir pela inexistência ou insuficiência de indícios da prática do crime ou dos seus autores, só poderia proferir despacho de arquivamento após a notificação ao assistente e este não pretende-se proceder à acusação, já que, caso o particular entende-se pela dedução da acusação, ainda que contra a vontade do Ministério Público, o processo não era arquivado e prosseguia para julgamento, porque ao Ministério Público estava vedada não só a possibilidade de autonomamente arquivar o inquérito, bem como, a possibilidade de requerer a abertura de instrução para aferir da legitimidade da acusação do particular, recaindo essa particularidade sob o ónus do arguido. Esta impossibilidade legal de controlo judicial da acusação particular pelo Ministério Público quando discordasse da acusação do assistente, foi alvo de várias críticas. Assim, entre outros, SANTANA, Cecília, “A acusação particular”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 323 ss.

Com revisão de 2007, o legislador limitou os poderes do assistente no que concerne aos crimes de natureza particular com o intuito essencial de evitar, por um lado, a submissão a julgamento de arguidos contra a vontade do titular do inquérito e por outro, evitar algum tipo de *vindicta privada*. Assim, caso o Ministério Público opte por proferir despacho de arquivamento, o inquérito é arquivado mesmo contra a vontade do assistente, restando a este, porque está impossibilitado de requerer a abertura de instrução nos crimes particulares (art. 287.º, n.º 1, al. b) CPP), requerer a intervenção hierárquica (art. 278.º CPP), no sentido do inquérito ser complementado com novas investigações, protelando a extinção do procedimento criminal. Esta é a solução defendida por Germano Marques da Silva, por entender não fazer sentido o regime mais favorável do assistente quanto aos crimes de natureza particular em contraposição com os crimes públicos ou semipúblicos. Cfr., SILVA, Germano Marques da, “Um olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 1, 2007, p. 146, [Consult. 14 nov. 2010]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.

Opinião distinta tem Paulo Pinto Albuquerque. Para o autor, o presente normativo é inconstitucional por violação do art. 32.º, n.º 7 CRP, por reduzir a figura do assistente de sujeito processual a “escriva do Ministério Público”, ao não permitir que este acuse autonomamente e sem controlo do Ministério Público. Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p 433 ss. Mais continua o autor, se num processo com coarguidos houver discrepância de vontades entre o assistente e o Ministério Público, i. é., “se o Ministério Público proceder a uma pré-acusação contra uns e um pré-arquivamento relativamente a outros e o assistente pretender acusar arguidos em relação aos quais o Ministério Público entenda que não se verificam indícios, o Ministério Público arquivará o processo *in totum*”. Julgamos útil replicar as palavras de Fernanda Palma, “Não é, assim, sustentável nem que o Ministério Público não apoie a prossecução processual quando o interesse do ofendido seja suporte de um interesse geral nem que o ofendido possa autonomamente activar os mecanismos do Processo Penal quando apenas está em causa o seu interesse particular. Os crimes particulares e semipúblicos justificam-se por se entender que o valor de autonomia do ofendido condiciona legitimamente a prossecução processual, mas a prossecução processual não pode ser ela mesma condicionada pela privada percepção do interesse do ofendido. Mesmo nos crimes particulares, só a relevância, segundo critérios de interesse social (...) pode justificar a prossecução do Processo Penal”. Por todos, veja-se PALMA, Maria Fernanda, “O Problema Penal do Processo Penal” (...), Op. Cit. p. 51 ss.

Vedada foi também a possibilidade do assistente requer a fiscalização da legitimidade do despacho de arquivamento³⁸ do Ministério Público através do requerimento de abertura de instrução quanto aos crimes particulares, permanecendo incólume a faculdade do assistente quanto aos crimes públicos e semipúblicos. Ainda que o Ministério Público possa arquivar o inquérito contra a vontade do assistente, continua a ser *conditio sine qua non* não só para os factos poderem ser presentes a tribunal mas também, para o Ministério Público deduzir acusação, a prévia acusação e promoção processual pelo particular, ou seja, o resultado da investigação, ou pelo menos parte dela, só será presente a tribunal para apreciação judicial caso o particular assim o entenda e é próprio particular, não uma autoridade judiciária, quem delimita o conteúdo essencial da acusação e conseqüentemente, o objeto do processo, pois o Ministério Público só acusa se o assistente acusar e nos limites por ele tabelados³⁹ na acusação. É esta acusação particular que vai definir o objeto do processo e em consequência, os poderes de cognição e vinculação temática do tribunal.

Discordamos da posição defendida por Pinto de Albuquerque, uma vez que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal e responsável pela investigação, e, entendendo este, após várias diligências investigatórias, que os indícios apurados são insuficientes para a aplicação de uma pena ou medida de segurança, seria evitável a submissão do arguido a julgamento ou que sobre este recaia-se o ónus de evitar que o caso fosse a julgamento através do requerimento de abertura de instrução. Não colhe também a nossa aceitação a afirmação do autor de que o assistente vê a sua figura reduzida a “escriva do Ministério Público”. Se existe um sistema penal em que a ação ou inação do Ministério Público é sujeito a mecanismos de controlo processual, sem dúvida que o sistema português assume posição central. Para tanto, basta observar que o Ministério Público está sujeito a controlo do superior hierárquico, seja oficiosamente ou a requerimento do assistente (art. 278.º CPP), ou pelo juiz de instrução criminal, através da instrução (art.s 286.º e 287.º CPP). Ainda que o assistente assumira um estatuto de colaboração subordinada à atividade investigatória do Ministério Público e que, nos crimes particulares, a sua margem de ação tenha sido reduzida, continua a recair sobre o assistente a legitimação para a promoção processual e apresentação do facto a juízo, para além, da possibilidade de nos restantes tipos de crime, poder promover *per se* o julgamento, mesmo contra a vontade do Ministério Público, recorrendo ao requerimento para abertura de instrução (art. 287.º, n.º 1, al. b) CPP), requerimento que constitui uma verdadeira acusação. Nesse momento, o assistente assume as funções não de um controlador passivo - aferição da ação/inação do Ministério Público – mas de um controlador ativo, ao sustentar uma verdadeira acusação. Desse modo, “nos crimes públicos e semi-públicos o particular realiza o exercício da acção penal por via de uma *substituição de poderes*, perante o M.P. (...) Onde surjam dúvidas sobre a necessidade da tutela penal devolve-se ao particular o exercício da acção penal”. Cfr., SANTANA, Cecília, “A Acusação Particular” (...), Op. Cit. p. 307 ss.

³⁸ A problemática do despacho de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público e respetivo controlo judicial oficioso, tem sido tema de várias discussões doutrinárias com soluções discordantes, ora no sentido da necessidade de um controlo judicial oficioso pelo juiz de instrução do despacho de arquivamento do inquérito, *vide* nesse sentido, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Noronha do Nascimento, no discurso de abertura do ano judicial de 2009, proferido em 27-01-2009, no Supremo Tribunal de Justiça e disponível em <http://www.dgsi.pt>, ora no sentido inverso, i. é, no sentido da não interferência do juiz de instrução a título oficioso nos despacho de arquivamento do Ministério Público sob pena da “titularidade e *dominus* da acção penal transitar do Ministério Público para o juiz de instrução, o que inculcaria numa subversão da estrutura processual vigente e em graves inconstitucionalidades”. Assim, JACINTO, Teodósio, “O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório (...), Op. Cit., p. 21 ss, em especial p. 38. Neste trabalho, o autor faz um breve estudo quanto à evolução dos sistemas penais a nível europeu relativos à titularidade da ação penal e às competências do Ministério Público e do juiz de instrução, em especial, no que concerne à matéria relativa ao controlo judicial oficioso dos despachos de arquivamento do Ministério Público.

³⁹ Não sendo legítimo ao Ministério Público requerer a abertura de instrução, não poderá, nos crimes particulares, acusar o arguido por factos diferentes dos constantes na acusação do assistente, se esses factos importarem numa alteração substancial ao objeto do processo. (art. 287.º CPP).

O legislador ao promover a intervenção dos particulares⁴⁰, incutindo-os a intervir, a ter uma atitude ativa na atividade judiciária, em especial, quando os interesses violados são próprios, fez com que, nos crimes de natureza particular, recaia sobre o particular o poder de delimitação dos poderes de cognição dos tribunais, porquanto, os factos só serão submetidos a apreciação judicial se o particular assim entender e nos limites por ele definidos, ficando o Ministério Público, em determinadas situações, na dependência do particular⁴¹. Nomeadamente, nos casos em que o assistente, notificado do resultado da investigação, pretender não acusar o suspeito, o Ministério Público é obrigado a arquivar o inquérito não podendo, mesmo havendo fortes indícios da prática de um crime e de quem são os seus autores, prosseguir autonomamente e por sua iniciativa o processo; nos casos em que, notificado do resultado da investigação, o assistente decida pela acusação, o Ministério Público ou acompanha no todo ou em parte a acusação do particular ou, acusa por factos diferentes mas que não impliquem uma alteração substancial dos constantes na acusação, no entanto, o que o Ministério Público nunca pode fazer, é acusar por factos novos que iniciem a suscetibilidade de aplicação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, ou seja, não pode acusar por factos que possam implicar uma alteração substancial dos constantes na acusação e conseqüentemente, no objeto do processo, uma vez que, por imperativos legais – art. 287.º CPP –, o Ministério Público encontra-se impedido de requerer a abertura da instrução e assim arrolar elementos novos suscetíveis de alterar o objeto do processo. Assim, no que aos crimes particulares diz respeito, é o assistente, ainda que servindo-se de elementos fornecidos pela investigação⁴², quem vai definir o objeto do processo e concomitantemente, tabelar os limites de atuação do juiz.

É nesta fase que se define o tema da prova e se aflora o princípio da demanda da verdade material, e se estabelece, em regra, o objeto do processo. Todo o trabalho desenvolvido nesta fase é fulcral para o desenrolar de todo o processo, e como menciona

⁴⁰ A intervenção dos particulares no processo penal é uma realidade cuja aceitação não é unanime, sendo por uns contestada, “por poder constituir um factor de perturbação”, mas em contraponto, é por outros valorada e considerada “como uma *excelente e democrática instituição*”. Cfr., Eduardo Correia, Fairen Guillen, *apud* SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p 334.

⁴¹ Apesar do assistente, assumir, nos crimes particulares, uma especial proeminência relativamente ao Ministério Público, é, porém, em regra, a atividade do Ministério Público dominante relativamente ao assistente. Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p 334.

⁴² Tem sido discutido na doutrina com opiniões divergentes a possibilidade da própria defesa efetuar investigações criminais sobre factos imputados ao arguido. Para um acompanhamento mais desenvolvido sobre o tema, cfr., *Idem*, p. 326 ss. No mesmo trilha, VALENTE, Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal* (...), Op. Cit., p. 36 ss.

Fátima Mata-Mouros⁴³, “o ponto nevrálgico, a fase essencial do processo penal, reside no inquérito, e não propriamente no julgamento”, uma vez que, é a acusação que define o *thema decidendum*. Uma ação penal eficaz e adequada ao interesse público necessita de uma investigação criminal eficaz, eficiente, célere e persecutória da verdade dos factos, pois é ela que vai definir e tabelar o âmbito de atuação dos tribunais. Claro está, que toda a investigação criminal só é legítima e aceitável quando balizada no respeito pelos valores e princípios ínsitos no coração da Lei Fundamental e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

1.1. Vicissitude da Investigação Criminal

As diligências investigatórias próprias do inquérito não são imaculadas e como tal, sofrem de várias vicissitudes, influenciadas tanto pelas opções legislativas e de política criminal, como, do próprio funcionamento das várias instituições e organizações, mas também, de dificuldades que derivam da própria investigação. Dificuldades que derivam da própria evolução do fenómeno criminoso e criminalidade cada vez mais complexa⁴⁴ e transfronteiriça, causadora de enorme alarme social, dificuldades na aquisição de determinados meios de prova⁴⁵, dificuldades e deficiências técnicas e humanas⁴⁶, mas também, muito por culpa da inoperância do Ministério Público, resultado de uma crescente

⁴³ Cfr., Fátima Mata-Mouros, *apud* CORREIA, João Conde, “Inquérito: A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma (...), Op. Cit., p. 197.

⁴⁴ Fenómenos como a corrupção, a fraude, o terrorismo, a criminalidade violenta e a criminalidade organizada são fenómenos criminógenos transnacionais, globalizados e de difícil investigação. Essa dificuldade na investigação de alguns fenómenos criminosos, tais como a fraude e a corrupção, fenómenos que minam a sociedade e o seu normal funcionamento é avivada por, MORGADO, Maria José e VEGAR, José, *O inimigo sem rosto: Fraude (...), Op. Cit., p. 23 ss.*

⁴⁵ Quando em causa estão crimes económico-financeiros, branqueamento de capitais, lavagens de dinheiro, financiamentos ilícitos, etc., existem diligências, em especial, quando envolvem *off-shores*, que demoram vários anos com o conseqüente protelamento nos prazos da investigação colocando-a em sério risco.

⁴⁶ Falta de “meios humanos, materiais e financeiros asfixia o Ministério Público e que matam ou colocam em causa o sucesso das investigações”, esta é a opinião de MORGADO, Maria José, entrevista ao *Jornal Correio da Manhã*, [Consult. em 07 dez. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/asfixia-financeira-trava-investigacao>. A autora, ao longo dos tempos, em variadíssimas intervenções públicas, vem alertando para a inoperância da justiça quanto aos crimes económicos e para a promiscuidade existente entre a política e os vários grupos de interesses. No sentido que as polícias portuguesas estão habilitadas para os fenómenos da criminalidade transnacional e global, inversamente ao que sucede para a criminalidade desorganizada, do dia a dia, *vide* MENDES, Mário Silva, ex-Secretário-geral do Sistema de Segurança Interna, em entrevista ao *Jornal Correio da Manhã*, [Consult. em 17 dez. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/ha-risco-de-favelas-a-volta-de-lisboa>. Reconhecendo a dificuldade no combate à pequena e média criminalidade, por dificuldades na consolidação da prova, o Subintendente Emanuel de Matos, representante da PSP na UMRP, na Ata n.º 1 da UMRP, p. 7, realizada em 3-11-2005 [Consult. em 11 dez. 2010]. Disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/newhome/actas-da-unidade-missao/downloadfile.pdf>.

“policialização da investigação criminal”⁴⁷ em cujo filme o MP “ocupa parcialmente a cena, quando devia dominá-la, enquanto a polícia desempenha plenamente o seu papel”⁴⁸. Adriano Souto Moura⁴⁹ considera haver o perigo da policialização do inquérito, porque o MP deixou de ser “o director do inquérito” para passar a ser “o receptor do inquérito”, uma vez que, o “MP cada vez menos dirige o inquérito e cada vez mais há delegações genéricas de competências”⁵⁰, o que poderá ter como consequência que o Ministério Público passe “para

⁴⁷ Anabela Miranda Rodrigues, *apud* VALENTE, Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal* (...), Op. Cit., p. 64. Opinião partilhada por Rui Pereira, ao afirmar que a “ «policialização» do inquérito constituiu sempre um erro porque só uma magistratura pode conduzir estrategicamente o processo no sentido de deduzir uma acusação bem sucedida”. PEREIRA, Rui “Entre o “Garantismo” e o “Securitarismo””, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 248. Ainda que a condução e a estratégia da investigação criminal recaia sobre o Ministério Público e seja por este definido, sendo coadjuvado nessa atividade pelos órgãos de polícia criminal, na prática, os órgãos de polícia criminal assumem alguma autonomia na sua ação, em especial, enquanto enquadradas nas medidas cautelares e de polícia e num prazo de 10 dias, prazo que medeia entre o conhecimento da notícia do crime pelos órgãos de polícia criminal e a sua comunicação ao Ministério Público (art. 243.º, n.º 3 e art.s 248.º e 249.º CPP), e na prossecução das diligências probatórias ao abrigo do art. 2.º, n.ºs 6 e 7 da Lei de Organização da Investigação Criminal.

⁴⁸ VALENTE, Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal* (...), Op. Cit., p. 64.

⁴⁹ O autor alerta para a necessidade do Ministério Público “retomar as rédeas da investigação criminal” sob pena de colocar em causa o “«princípio da investigação sob o controlo e garantia judicial. A necessidade de intervenção, nesta fase, da autoridade judiciária assenta na ideia de que, a montante do julgamento, a recolha de provas e a sua apreciação com vista a um eventual julgamento é uma actividade que pode ser tão pesada para os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos que a sua legalidade deve ser escrupulosamente resguardada»”. MOURA, Adriano Souto, “A investigação e suas exigências no inquérito” (...), Op. Cit., p. 79 ss.; No mesmo sentido, CORREIA, João Conde, “Inquérito: A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma (...), Op. Cit., p. 192 ss.; Manuel da Costa Andrade alerta para a particularidade de que, um alargamento da atividade policial “fora de um controlo efectivo da autoridade judiciária” poderá, *in fine*, pôr em causa a ação do próprio tribunal, uma vez que é uma “certeza comprovada de que o *output* do labor da policia se converte em premissa decisiva da acção do Tribunal”. Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Métodos ocultos de investigação* (Plädoyer (...), Op. Cit., p. 529.

⁵⁰ Transfiguração da natureza excecional da delegação genérica de competências numa “prática que se tornou rotina, senão a norma, (...) estou-me a referir concretamente à Circular do MP de 2002, que até fui eu que redigi”, MOURA, Adriano Souto, “A investigação e suas exigências no inquérito” (...), Op. Cit., p. 79. Situação agravada com a aprovação da Lei de Organização da Investigação Criminal, agora com a redação dada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto. Contra a LOIC manifestou-se Maia Costa, ao entender a delegação genérica nos órgãos de polícia criminal, reforça a autonomia e os poderes dos órgãos de polícia criminal e constitui uma “redução do papel do MP no inquérito”. COSTA, Maia, “Que processo penal queremos?”, congresso realizado em 27-11-2003. [Consult. 03 mar. 2011]. Disponível em http://www.asfcp.org/temas/diversos/congressojust/maia_costa.pdf. Com o mesmo entendimento, de que a delegação genérica de competências “vertia-se numa redução do papel do MP no inquérito em contraposição com os OPC”, *vide* VALENTE, Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal* (...), Op. Cit., p. 53 ss., CORREIA, João Conde, “Inquérito: A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma (...), Op. Cit., p. 197.

Em sentido inverso, Maria José Morgado por entender que, a “eficácia da investigação depende de uma harmonização ainda não conseguida dos poderes da PJ, que executa materialmente, do MP, que dirige, e do JIC, que fiscaliza a legalidade da prova (...) é fundamental que se deixe à PJ a definição de uma estratégia de combate, quebrando a dependência funcional tradicional do MP, que, actualmente, lhe delega competências.” Segundo a autora, para o sucesso da investigação, é fulcral uma reformulação de poderes com a atribuição efetiva de uma autonomia completa à PJ na condução material do processo, recaindo para o MP apenas a “responsabilidade do enquadramento jurídico da acção”, deste modo, o problema não será tanto a “policialização do processo, mas sim o da independência e transparência do trabalho da PJ, que é tutelada pelo Governo, através do Ministro da Justiça”, pelo que, o grande perigo reside não na policialização mas antes, na politização do processo, em especial, quando se trata de crimes de fraude, corrupção e tráfico de influências, sendo “crucial combinar a autonomia de actuação da polícia com a independência perante a tutela política. Isto porque não há

«uma mera “instância de autenticação” dos actos praticados pelas polícias»⁵¹. Este novo circunstancialismo coloca entraves à investigação sob garantia judicial com claros prejuízos para os direitos individuais dos arguidos.

Para além da questão da policialização da investigação criminal, outra questão que se poderá levantar é relativa à alegada “*politização*”⁵² da política criminal e conseqüentemente, da investigação criminal com a necessária perda de autonomia do Ministério Público⁵³. O acusador público e os órgãos de polícia criminal estão legalmente vinculados a assumirem os objetivos e a adotarem as prioridades e orientações constantes na lei sobre política criminal, prioridades e orientações demasiado amplas e genéricas⁵⁴ e que, são emitidas pelo Governo, através de diretivas, ordens e instruções. Neste sentido, cabe-lhe a ele e não o Ministério Público, a definição das prioridades na prevenção e investigação criminal⁵⁵, podendo ser encarado como uma interferência política numa área da responsabilidade da autoridade judiciária, o que, poderá deturpar *in fine*, o princípio de separação de funções⁵⁶.

combate à corrupção se o sistema não garantir à PJ a actuação independente e livre de quaisquer pressões ilícitas, e não assegurar a formação e os recursos financeiros adequados a tais funções”. MORGADO, Maria José e VEGAR, José, *O inimigo sem rosto: Fraude (...)*, Op. Cit., p. 123.

A juntar às questões da policialização da fase do inquérito, enquanto limitadores de uma correta e eficaz investigação das matérias criminais, temos também, como alerta Souto Moura, um défice na formação dos magistrados do Ministério Público nas matérias relativas à investigação criminal. *Por todos*, MOURA, Adriano Souto, “A investigação e suas exigências no inquérito” (...), Op. Cit., p. 79 ss. Também Maria José Morgado concorda com a impreparação dos magistrados, pois, estes têm por norma “uma atitude sedentária em relação à investigação da grande criminalidade, oscilando entre a não participação, e a direcção perturbadora, por falta de conhecimento das técnicas policiais”. Cfr., MORGADO, Maria José e VEGAR, José, *O inimigo sem rosto: Fraude (...)*, Op. Cit., p. 123.

⁵¹ Neste sentido, Anabela Miranda Rodrigues, *apud* CORREIA, João Conde, “Inquérito: A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma (...), Op. Cit., p. 199.

⁵² Paulo Dá Mesquita, *apud* CORREIA, João Conde, “Inquérito: A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma (...), Op. Cit., p. 198. Opinião divergente tem ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, a pág. 7 e 8 da Ata n.º 1 da UMRP realizada em 3-11-2005, [Consult. em 11 dez. 2010]. Disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/newhome/actas-da-unidade-missao/downloadfile.pdf>, em que, o autor defende que a “existência de uma política criminal não politiza o Ministério Público”.

⁵³ Preocupado com a autonomia ou a falta de autonomia do Ministério Público temos Pinto Monteiro, Procurador-geral da República, nos vários discursos proferidos no Supremo Tribunal de Justiça por ocasião das aberturas solenes dos anos judiciais de 2008, 2009 e 2010. [Consult. em 20 mai. 2011]. Discursos disponíveis em <http://www.pgr.pt>.

⁵⁴ Recentemente, Pinto Monteiro, Procurador-geral da República admitiu, num relatório enviado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que o Ministério Público não teve condições para cumprir a lei de política criminal não só, por a mesma ser demasiado abrangente, mas também, por não haver estudos científicos que a fundamentem. Disponível em <http://www.parlamento.pt>.

⁵⁵ Art.s. 11.º, 12.º da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio – Lei da Quadro da Política Criminal; e Lei n.º 38/2009, de 20 de junho, que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal, em cumprimento da Lei Quadro da Política Criminal.

⁵⁶ Questão abordada por Pedro Aguiar-Branco, referindo o autor que “foi a proposta do governo para a criação do Conselho Superior de Investigação Criminal integrado pelo PGR e presidido directamente pelo PM - o que foi denunciado como uma pernicioso governamentalização das políticas de investigação criminal, com perda de autonomia da Magistratura do Ministério Público face ao poder político”. Entrevista de AGUIAR-BRANCO, Pedro, ao Jornal *Negócios* em 09-02-2009, sob o tema *Separação de poderes ... uma miragem?*, [Consult. em 12 mai. 2011]. Disponível em

Tema quente, atual e com implicações diretas não só, na justa e célere decisão da causa, mas também, nos direitos jurídico-constitucionais do arguido, resulta no grau de valoração probatória das declarações ou confissões do arguido, prestadas no inquérito, quando o arguido em julgamento se remeter ao silêncio⁵⁷. Esta vicissitude, com efeitos tanto a confissão tenha sido prestada no inquérito e/ou na instrução, tem implícita, a não utilização e valoração de qualquer declaração ou confissão prestada pelo arguido, na presença do seu

http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=353406. No mesmo trilho, José António Barreiros, numa entrevista à revista *TABU*, n.º 160 de 2 de outubro de 2009 do semanário *SOL*, referindo-se ao ex-Ministro da Justiça Alberto Costa, como estando de parabéns porque “impôs o que quis e quando quis”. Para o autor, as transformações operadas no poder judicial foram uma retaliação e eram expectáveis, “porque as magistraturas começaram a ser um contrapoder; a interrogar ministros e políticos. Portanto, teriam de estar preparadas para a retaliação política”.

⁵⁷ Sobre a consagração legal da valoração da prova produzida durante o inquérito e a instrução como uma “brincadeira e colocar a Justiça ao serviço do criminoso”, por a “confissão do arguido prestada no primeiro interrogatório de arguido detido, devidamente acompanhado perante o juiz de instrução, não ter qualquer valor jurídico no julgamento, caso o arguido se reserve ao silêncio”. RANGEL, Rui, numa entrevista em 18-02-2011, à revista *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico*, [Consult. em 18 fev. 2011]. Disponível em <http://www.inverbis.net>. No sentido que “a confissão integral e sem reservas do arguido, acompanhado pelo seu defensor, diante do Ministério Público ou juiz de instrução – autoridades judiciárias, de acordo com o modelo do *European interrogation report* ou *statements outside of interrogations do Corpus Iuris*, poder e dever ser valorada em julgamento e ser considerada prova clara e evidente, tal qual se pratica por toda a Europa e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Os princípios estruturantes do processo penal português (...), Op. Cit., p. 436 ss.

Sobre esta e outras questões que na praxis diária dos tribunais se suscitam, foi recentemente publicado em livro as conclusões de um grupo de trabalho do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, coordenado por António João Latas, *Mudar a Justiça Penal – Linhas de Reforma do Processo Penal Português*, Edições Almedina, 2012, onde os autores propõem algumas alterações ao processo penal entre as quais, a valorização das declarações do arguido prestadas perante o juiz de instrução, desde que gravadas e na presença do advogado. Opinião no mesmo sentido tem Paula Teixeira da Cruz, titular da pasta da Justiça, manifestada no seminário do «Projeto Fénix», relacionado com a apreensão e recuperação de ativos resultantes da atividade criminosa realizado em 12-12-11 em Lisboa, sob o tema “Justiça: «vamos mudar o que temos a mudar»”. [Consult. em 11 jan. 12]. Disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/politica/paula-teixeira-da-cruz-justica-projeto-fenix-juiz-mp-tvi24/1307599-4072.html>.

Salientou a Ministra que a recente proposta de revisão do Processo Penal prevê que as declarações ou confissões dos arguidos, prestadas perante os seus advogados e perante uma autoridade judiciária, no inquérito, pudessem ser utilizadas e valoradas no julgamento como meio de prova, mesmo na eventualidade do arguido se remeter ao silêncio, por imposição de uma regra ainda não existente de “lealdade processual, e de não desperdiçar o “grande dispêndio de meios de investigação” utilizados no inquérito”. Sobre a proposta de lei de revisão processual vide, www.parlamento.pt. Opinião contrária tem a Ordem dos Advogados, demonstrada através de um parecer ao Projeto de proposta de lei de alteração ao Código de Processo Penal, por entender tal possibilidade como violadora da norma da Constituição que “assegura ao arguido todas as garantias de defesa das quais faz parte o direito ao silêncio”, juntamente com a violação do “Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos” das Nações Unidas, que Portugal subscreveu e que supõe que qualquer pessoa tem “a garantia de não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”, [Consult. em 11 jan. 12]. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=115190.

Sobre credibilidade e valoração probatória da confissão do arguido e dos coarguidos, vide BELEZA, Teresa Pizarro, “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 19º, Abril – Junho, 1998, n.º 74, p. 45 ss. Bem demonstrativo da sensibilidade das questões que o tema levanta, basta um olhar sobre o Ac. TC n.º 133/2010, de 14 de abril, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 18 de maio de 2010. Disponível em <http://www.dgsi.pt>, onde o Tribunal Constitucional, apesar do expressamente estatuído no art. 345.º, n.º 4 CPP, entende como não inconstitucional, o entendimento do tribunal *a quo*, que valorou como meio de prova as declarações de um coarguido em desfavor do coarguido que, ao abrigo do art. 61.º, n.º 1, al. d) CPP, entenda não prestar declarações sobre o objeto do processo.

advogado e perante uma autoridade judiciária, na eventualidade do mesmo se remeter ao silêncio no julgamento. Só no julgamento e caso o tribunal aceite, é que a confissão integral e sem reservas do arguido assume a sua plenitude e poderá implicar a renúncia à produção de prova relativamente aos factos imputados e a consideração dos mesmos como provados⁵⁸. Neste sentido, não basta a confissão do arguido para fundar uma acusação, assumindo esta, um papel meramente indicativo e complementar aos elementos probatórios recolhidos na investigação. Ainda que o direito ao silêncio seja um direito jurídico-constitucional subsumível a quem adquire o estatuto de arguido, dúvidas não restam, que por vezes, é um expediente usado pela defesa com implicações por um lado, na economia e celeridade processual e por outro, na descoberta da verdade e na justa decisão da causa.

Outra matéria que poderá importar algumas dificuldades ao correto desenvolvimento do inquérito, podendo colocar em causa não só a própria descoberta da verdade dos factos, prejudicando a integridade da investigação e a eficácia da justiça penal⁵⁹, mas também, a proteção dos direitos individuais dos intervenientes, centra-se na querela doutrinária da abolição do segredo de justiça⁶⁰, até aqui regra⁶¹ nesta fase. O segredo de justiça ou a

⁵⁸ Cfr., art. 344.º CPP.

⁵⁹ A alteração ao instituto do segredo de justiça, foi uma das alterações mais relevantes e mais contestadas pela magistratura do Ministério Público da reforma processual penal de 2007, pelo impacto que na prática pode influir sobre a investigação criminal, por poder afetar significativamente a investigação da criminalidade complexa. Sobre algumas das possíveis consequências nos processos mais complexos, *vide* BORGES, Antonieta, “Publicidade do processo Penal e Segredo de Justiça”, in *Revista do Ministério Público*, ano 29, n.º 114, Abril-Junho 2008, p. 151. O instituto do segredo de justiça foi uma das matérias alvo da Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto, que promoveu a décima nona alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/1987, de 17 de fevereiro. Sobre o novo regime do segredo de justiça, *vide* MONTE, Mário Ferreira, “O Que Resta ao Segredo de Justiça Após as Revisões de 2007 do Código de Processo Penal e do Código Penal”, in *Galileu – Revista de Economia e Direito*, Vol. XII, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, p. 185 ss.

⁶⁰ O novo regime restringe o segredo de justiça no inquérito, passando a vigorar, em regra, o princípio da publicidade (art. 86.º, n.º 1), sendo esta regra quebrada se o juiz de instrução, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, entender que a publicidade prejudica os interesses da investigação ou os direitos daqueles sujeitos processuais, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo a segredo de justiça durante a fase do inquérito (art. 86.º, n.º 2).

O Ministério Público pode determinar a aplicação do segredo de justiça, durante o inquérito, se entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justificam ficando, porém, essa decisão sujeita a validação pelo juiz de instrução (art. 86.º, n.º 3), no entanto, oficiosamente ou mediante requerimento do arguido, o assistente ou o ofendido, pode o Ministério Público determinar o seu levantamento em qualquer momento do inquérito (art. 86.º, n.º 4). No caso de o arguido, o assistente ou o ofendido requererem o levantamento do segredo de justiça, mas o Ministério Público não o determinar, os autos são remetidos ao juiz de instrução que decide por despacho irrecorrível (art. 86.º, n.º 5).

⁶¹ Menciona Frederico da Costa Pinto, que não se pode “dizer que no processo penal português, a publicidade é a regra e o segredo a exceção, pois na verdade a publicidade é a regra só para a fase do julgamento, não sendo razoável descrever como exceção o regime que vigora para uma fase de natureza e função completamente distintas. O que temos, pois, é um modelo de processo penal racionalmente estruturado em duas fases com finalidades distintas e regimes diferentes. Duas fases que, cada uma a seu modo e com as características, contribuem para a realização da justiça penal”. PINTO, Frederico da Costa, “Segredo de Justiça e Acesso ao Processo”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 71.

“exclusão da publicidade”⁶² do processo preliminar até então em vigor, assentava numa base tripla: servia o interesse público na realização e exercício da ação penal; servia o interesse das pessoas, protegendo direitos como a dignidade, o bom-nome e a honra, e servia interesses de natureza processual tal como a presunção de inocência.

Como agudamente nota Figueiredo Dias, o legislador ao optar por infetar o inquérito com o regime regra para a fase do julgamento, criou “limites pesados e de consequências nefastas e imprevisíveis à investigação criminal no seu todo”⁶³ prejudicando não só, o

⁶² Cfr., GASPAR, António Henriques, “Processo Penal: Reforma ou Revisão; As Rupturas Silenciosas e os Fundamentos (Aparentes) da Descontinuidade”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro, 2008, p. 350 ss. Para o autor, o novo regime da publicidade do processo “coloca em causa a investigação que se quer secreta e cuja integridade é abalada pela publicidade”. Para Álvaro Laborinho Lúcio, o segredo de justiça tem uma função de tutela que se divide, “por um lado, de valores tributários de direitos individuais fundamentais do cidadão arguido; por outro lado, de protecção da eficácia da investigação”. Para o autor, o segredo deveria respeitar apenas ao inquérito e só a título excepcional, poderia estender-se à instrução e poderia ser abolido no inquérito. Cfr., LÚCIO, Álvaro Laborinho, “A Reforma do Processo Penal: o Que Ficou por Rever?”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998, p. 200 ss. No mesmo sentido, da dupla finalidade do instituto do segredo de justiça, vide SILVA, Germano Marques da, “A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça. Um Novo Paradigma?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro, Coimbra Editora, 2008, p. 259. Para Raul Soares da Veiga, o principal fundamento do segredo de justiça é o “permitir ao Estado recuperar o avanço de tempo que leva o criminoso, pela natureza das coisas, investigando sem que o arguido possa prejudicar tal investigação”. Mais continua o autor, “A nosso ver, a defesa da imagem do arguido não é o principal fundamento do segredo de justiça”. Cfr., VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais” (...), Op. Cit., p. 208. Para acompanhar a temática da jurisprudência do Tribunal Constitucional no que concerne ao segredo de justiça ainda que, em momento anterior às revisões processuais de 2007 e 2010, vide ESTEVES, Maria da Assunção, “A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao Segredo de Justiça”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998, p. 123 ss.

⁶³ Figueiredo Dias é manifestamente contra a substituição do princípio do segredo de justiça da fase de inquérito pelo princípio da publicidade, aliás, segundo o ilustre autor, este regime efêmera de inconstitucionalidade por violar frontalmente a estrutura acusatória do processo penal. Para um acompanhamento mais aprofundado da posição do autor, vide DIAS, Figueiredo, “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro, Coimbra Editora, 2008, p. 371 ss. Opinião perfilhada por ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª edição, 2009. Esta posição do autor é também possível de acompanhar em “Os Princípios Estruturantes do Processo Penal Português (...), Op. Cit., p. 420 ss, ao afirmar que a “regra da **publicidade interna do inquérito** viola frontalmente a estrutura acusatória do processo”, sendo que, o segredo de justiça interno deveria persistir até à dedução da acusação. No mesmo trilho, salienta Maia Gonçalves que, neste “balanceamento de interesses e conseqüente vazamento nos textos legais, afigura-se-nos que o legislador não estabeleceu adequada protecção constitucional ao segredo de justiça”, mais discorre o autor, “consideramos serem inconstitucionais, dentre outros, os n.ºs 1 a 2 deste art. 86.º”. GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal*, Anotado, 17ª edição revista e actualizada, Almedina, 2009, p. 254 ss. Já Costa Andrade, entende como “erradas” algumas modificações no CPP entre as quais “o novo regime de publicidade e segredo”. ANDRADE, Manuel da Costa, entrevista em 24-06-2008, sob o tema “Balanço crítico da reforma penal”, in *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico*, [Consult. em 24 jan. 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net>.

Em sentido contrário, pela não inconstitucionalidade do regime da publicidade, vide SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4ª edição revista e actualizada, Editorial Verbo, 2008, p. 27 ss. Também é possível acompanhar a opinião do autor, “A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça (...) Op. Cit., p. 256 ss, onde, no seu entendimento a “Constituição não impõe que haja sempre segredo de justiça, admite-o desde que adequado. A adequação é feita pela lei directamente (...) o juiz decidirá em cada processo, se na concreta situação é ou não necessário e adequado o segredo e quais os seus limites. Não nos parece que a Constituição exija mais do que isso”. Posição acompanhada na íntegra por BUCHO, Machado da

interesse público na prossecução da justiça e sucesso da investigação mas também, o próprio interesse do arguido na proteção da sua honra e bom nome e da sua presunção de inocência. Perigosidade maior quando vivemos numa sociedade hodierna da informação e da avidez do sensacionalismo e dos julgamentos torpes na praça pública, com claras repercussões perversas tanto para o nome e honra do arguido, como para a justiça em geral⁶⁴. O novo regime⁶⁵, poderá ter como consequência uma reformulação no *modus operandi* do inquérito, com o reordenamento de “métodos e estratégias, redefinir prioridades, perspectivar resultados segundo prognose de eficácia ou de êxito, reservar ou preservar fontes”⁶⁶ de modo a não perigarem com a possibilidade do arguido poder conhecer, em qualquer momento e por completo, o conteúdo e o andamento das investigações⁶⁷. Ao se estabelecer a publicidade

Cruz, *A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português*, 2010, p. 8, [Consult. em 20 dez. 2011]. Disponível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/cruzbucho_revisaocpp2010.pdf., apesar do autor manifestar a sua preferência pelo regime existente à data da revisão de 2007.

Sem tão pouco nos querermos imiscuir nesta querela doutrinária sobre a constitucionalidade do novo regime regra, julgamos que, a regra da publicidade no processo *ad initio ad finem*, importa em mais consequências negativas que positivas. Ainda que, por norma, o processo penal devesse público, para que, como salienta Mário Ferreira Monte, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal (...), Op. Cit., p. 406, “a Comunidade possa apreciar e criticar” a qualidade e a imparcialidade da decisão e da justiça penal, o segredo de justiça deveria imperar, como regra, na fase do inquérito ainda que, o seu campo de aplicação fosse restringido apenas a determinado tipo de crimes que pela sua especificidade, gravidade, complexidade ou qualidade dos arguidos, sejam crimes que provoquem sentimentos de insegurança, impunidade ou alarme na comunidade, donde a violação desse segredo de justiça fosse efetivamente punida. Basta um olhar sobre os jornais ou noticiários para se verificar a devassa da vida privada, a interferência na justiça, a publicitação de notícias relacionadas com os processos sem que ninguém seja responsabilizado. Mais evidente se torna quando em causa estejam arguidos conhecidos da opinião pública, sendo na maioria das vezes julgado previamente na praça pública sem possibilidade de defesa, pois, a sagacidade da opinião pública é profícua em condenações antecipadas. Não menosprezado a importância que a publicidade assume no garante da transparência e controlo da justiça, é fundado o receio que uma transparência total no processo, possa pôr em causa o princípio da presunção de inocência e conseqüentemente, desvalorizar a honra, o bom nome, a dignidade e o respeito devidos não apenas ao arguido, para além, de colocar entraves ao sucesso da investigação, ao normal funcionamento da justiça e ao apuramento da verdade.

⁶⁴ Sobre o (in) relacionamento dos tribunais com a comunicação social, *vide* MONTE, Mário Ferreira, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 404 ss.

⁶⁵ O novo regime foi objeto de variadíssimas críticas pela doutrina portuguesa. Para acompanhar um resumo de algumas das críticas, veja-se Ac. do STJ de fixação de jurisprudência n.º 5/2010, de 15 de abril, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 12 de maio de 2010, [Consult. em 25 jun. 2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁶⁶ No sentido que a inversão ao regime regra do princípio do segredo de justiça na fase de inquérito para o princípio da publicidade importará em profundas mudanças no modo como a investigação criminal é efetuada e conservada, *vide* GASPAREL, António Henriques, “Processo Penal: Reforma ou Revisão; As Rupturas (...), Op. Cit., p. 351.

⁶⁷ Para acompanhar a temática da publicidade e do segredo de justiça no processo, *vide* SILVA, Germano Marques da, “A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça (...), Op. Cit., p. 262 ss, *passim*, *Curso de Processo Penal*, Vol. II (...), Op. Cit., 2008, p. 30 ss. No que concerne à duração do segredo de justiça, anota o autor que, “a regra é que o segredo de justiça finda para os sujeitos processuais com o esgotamento do prazo de duração do Inquérito estabelecida pela lei (art. 276.º) e que esse prazo pode ser prorrogado por um período máximo de três meses, seja qual for a natureza do crime. Tratando-se de criminalidade a que se referem as alíneas i) a m) do artigo 1.º, o acesso aos autos em segredo pode ser adiado pelo tempo objectivamente indispensável à conclusão da investigação”. *Idem*, p. 31 ss.

como regra para todo o processo, independentemente da fase em que o mesmo se encontre, tem implícita uma subversão das fases processuais “antecipando a publicidade e o contraditório para a fase de investigação, convertendo, no fundo, o inquérito num julgamento antecipado”⁶⁸.

A regra da publicidade no inquérito é incompatível com a estrutura acusatória (art. 32.º, n.º 5 CRP) em que assenta o processo penal português, uma vez que este pressupõe uma primeira fase, secreta e sem contraditório sob o *dominus* do Ministério Público e uma fase de julgamento, pública, com contraditório e dominada pelo juiz, i. é, pressupõe uma separação funcional e orgânica entre as duas fases. Para Paulo Pinto de Albuquerque, também é incompatível com a Constituição, a possibilidade do juiz de instrução criminal poder definir em absoluto e em definitivo, por despacho não recorrível, a decisão do Ministério Público sobre o segredo interno do inquérito, o que poderá implicar, na prática, que é o juiz de instrução criminal e não o Ministério Público quem decide o que prejudica e não prejudica à investigação, o que, inculcará que o “JIC já não é só o senhor do inquérito, ele é o senhor absoluto do inquérito”⁶⁹. Neste sentido, a autonomia e função constitucional do Ministério Público do exercício monopolista do inquérito, poderá ser posta em causa caso o juiz de instrução criminal decida em sentido contrário, o que, como alerta o mesmo autor⁷⁰, poderá,

⁶⁸ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Os princípios estruturantes do processo penal português (...), Op. Cit., p. 420 ss.

⁶⁹ *Idem*, p. 422. Opinião contrária tem Germano Marques da Silva. O autor formula que o novo regime “não conflituava com a estrutura acusatória do processo penal, e, por conseguinte, não é inconstitucional, sustentando que, a partir do momento em que a publicidade do inquérito é a regra em todo o processo penal, nada obsta, até se impõe, que a sua restrição só possa ser determinada pelo juiz de instrução”. Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II (...), Op. Cit., 2008, p. 29 ss; Sobre a constitucionalidade da sujeição à validação do juiz de instrução da determinação do Ministério Público em aplicar ao processo o segredo de justiça, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, entre outros, no seu Ac. 234/2011, de 4 de maio, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 7 de junho de 2011. [Consult. em 05 dez. 2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>, tendo concluído pela não inconstitucionalidade “da norma constante do artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP), na redação da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, no segmento em que exige que o Juiz de Instrução valide a decisão do Ministério Público de sujeição de processo crime, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça”.

⁷⁰ Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Os princípios estruturantes do processo penal português (...), Op. Cit., p. 422. Não deixa de ser curioso constatar, que o legislador que alterou o regime da alteração substancial dos factos não autonomizáveis tanto na instrução (art. 303.º), como no julgamento (art. 359.º), por entender que conflituava com a estrutura acusatória do processo penal, seja o mesmo legislador que coloca em causa a mesma estrutura acusatória e a separação funcional e orgânica entre as fases do processo, ao excluir como regra, o segredo de justiça do inquérito, com todas as consequências que poderá acarretar não só, para a descoberta da verdade, mas também, para a honra e bom nome do arguido, limitando a ação penal do Ministério Público ao juízo absoluto e insindivisível do juiz de instrução. Factos que poderão colocar em causa a eficiência e a eficácia da investigação, com clara desproteção das finalidades do processo penal, dos direitos das vítimas e do arguido. Mais curioso se torna, quando um menor monopolismo do Ministério Público no exercício da ação penal, não tem implícita uma menor responsabilização no cometimento da investigação, já que, e apesar das várias vicissitudes intrínsecas e extrínsecas que influenciam e deturpam uma investigação criminal, é o resultado dessa investigação elevado a um patamar de imutabilidade cuja imperfeição é imputada apenas à incompetência do Ministério Público.

na prática, pôr em causa o exercício da ação penal dentro do prazo legalmente estabelecido, o que e de modo incoerente, introduz uma antinomia intrínseca e intransponível na figura do juiz de instrução, comprometendo-o com o “êxito, eficácia ou os resultados da investigação”⁷¹.

2. Acusação

Com a notícia de um crime (art. 248.º CPP), dá-se em regra, o início da investigação criminal e com ela, o processo penal com a abertura de um inquérito (art. 262.º e ss CPP). Findo o inquérito e sem esquecer as especificidades subsumíveis aos crimes particulares⁷², várias são as soluções possíveis de serem adotadas pelo Ministério Público consoante a natureza do crime, nomeadamente: quando respeitar a crimes semipúblicos, o acusador público pode arquivar o inquérito, notificando desse despacho caso existam, o arguido, o assistente, o denunciante com a faculdade de se constituir assistente⁷³, as partes civis e respetivo defensor (art. 277.º CPP); suspender provisoriamente o processo (art. 281.º CPP); ou deduzir uma acusação (art. 283.º CPP). No que respeita aos crimes públicos, a promoção do processo penal é da exclusiva competência do Ministério Público sendo a intervenção do assistente, caso se constitua, meramente facultativa, sem no entanto, menosprezar a possibilidade de este acusar conjuntamente com o Ministério Público (art. 284.º CPP) ou requerer a abertura de instrução (art. 287.º CPP). É a acusação⁷⁴, que por um lado, delimita o conjunto dos factos que se consubstanciaram na prática do desvalor jurídico e por outro,

⁷¹ Henriques Gaspar alerta que ao “envolver-se o juiz de instrução na questão da determinação do segredo ou da exclusão do segredo de justiça do inquérito, extravasa as originais competências de garante dos direitos, liberdades e garantias dos arguidos e terá na prática como consequência, a associação do Juiz ao êxito ou ao fracasso da investigação”. Cfr., GASPARGAS, António Henriques, “Processo Penal: Reforma ou Revisão; As Rupturas (...) Op. Cit., p. 352.

⁷² Vide, também, *infra*, p. 16 ss.

⁷³ Nos termos do art. 277.º, n.º 3 CPP, por remissão do art. 283.º, n.º 5 CPP, serão notificados do teor do despacho o arguido, o assistente ou o denunciante com a faculdade de se constitui assistente e as partes civis, caso existam. Pelo estatuído no disposto no art. 246.º, n.º 4 CPP, com exceção para os crimes particulares, a constituição de assistente não é obrigatória, podendo ocorrer no momento da denúncia, durante o inquérito ou após o conhecimento do despacho de acusação. Nos crimes de natureza particular, a constituição de assistente é *conditio ab initio do iter processuale*.

⁷⁴ Salienta GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal*, (...) Op. Cit., p. 681, que “A dedução da acusação deve revestir-se do maior cuidado, pelas repercussões que tem na tramitação ulterior. Uma acusação mal deduzida pode comprometer irremediavelmente” todo o julgamento e uma futura decisão. Mais contínua o autor “é que, se o tribunal, respeitado o contraditório, é livre na apreciação do direito, não o é na indagação dos factos na fase de julgamento, devido às limitações impostas, designadamente nos art.s 358.º e 359.º CPP, ao apuramento da matéria de facto e aos poderes de cognição do tribunal no domínio dessa matéria”.

estabelece os limites à investigação criminal, ou seja, são os factos constantes na acusação e não os constantes na *notitia criminis*, que está na base da acusação, que definem os poderes de cognição e decisão do tribunal e definem por fim, o âmbito do caso julgado.

A acusação⁷⁵ comporta não apenas os factos constantes na notícia do crime, mas todos os elementos factuais suscetíveis de integrarem elementos do crime ou circunstâncias relevantes para a definição das reações criminais correspondentes, adquiridos no decurso das diligências. Esta, com exceção dos crimes particulares, será deduzida caso o Ministério Público tenha recolhido indícios suficientes⁷⁶ da existência de um crime e de quem foi o seu autor. O despacho de acusação⁷⁷ deverá conter, sob pena de nulidades, todas as matérias mencionadas no art. 283.º, n.º 3 CPP. Esta cominação de nulidade do despacho de acusação por insuficiência de elementos, não é insanável⁷⁸, devendo ser arguida pelos participantes

⁷⁵ Segundo Figueiredo Dias, “A dedução da acusação é pressuposto de toda a actividade jurisdicional de investigação, conhecimento e decisão. Ela afirma publicamente que sobre alguém recai uma suspeita *tão forte* de responsabilidade por uma infracção que impõe uma decisão judicial; é, digamos assim, a afirmação *pública e solene* de que a comunidade jurídica chama um seu membro à responsabilidade”, cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 144.

⁷⁶ O conceito de indícios suficientes para a promoção processual é-nos dado do art. 283.º, n.º 2 CPP e resulta numa probabilidade ainda que razoável de vir a ser aplicada ao arguido, por força deles, uma pena ou medida de segurança no julgamento, definição que, como salienta GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal* (...), Op. Cit., p. 683, acolheu a “orientação da doutrina e jurisprudência seguida na vigência do CPP de 1929”. Sobre este conceito, divide-se a doutrina e jurisprudência em três correntes fundamentais que variam consoante a graduação dos indícios sejam suficientes, justificáveis e admissíveis para a dedução de uma acusação ou para a prolação do despacho de pronúncia:

- Uma primeira corrente, entende que para a promoção processual basta um mínimo de indícios, uma mera possibilidade ainda que mínima, de uma futura condenação em julgamento;
- A segunda corrente, entende que é necessário haver uma maior probabilidade de uma futura condenação para justificar a promoção processual;
- Para uma terceira corrente, só é justificável a continuação do processo quando exista uma possibilidade particularmente forte de uma futura condenação em julgamento;

Para um estudo mais aprofundado e crítico quanto à graduação dos indícios, vide SILVEIRA, Jorge Noronha, “O conceito de indícios suficientes no Processo Penal Português”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 160 ss. Para o autor, “a expressão indícios suficientes tem implícita para a promoção processual, a *conditio* da existência de uma possibilidade particularmente qualificada (e não uma mera probabilidade) de uma condenação em julgamento”. Sobre esta matéria pronunciou-se PALMA, Maria Fernanda, “Acusação e Pronúncia num Direito Processual Penal de Conflito entre a Presunção de Inocência e a Realização da Justiça Punitiva”, in (coord. de Guedes Valente) *I Congresso de Processo Penal - Memórias*, Almedina, Lisboa, 2005, p. 126, salientando que a “exigência da probabilidade dos factos é, por isso, qualificada em função de uma antecipação do que ditaria o *in dubio pro reo* na fase do julgamento. Verificação provável dos factos é aquela que exhibe a potencialidade de ultrapassar a barreira do *in dubio pro reo* na fase de julgamento”.

⁷⁷ Do teor do despacho de acusação, serão notificados o arguido, o assistente ou o denunciante com a faculdade de se constituir assistente e as partes civis, caso existam, nos termos do art. 277.º, n.º 3 CPP por remissão do art. 283.º, n.º 5 CPP.

⁷⁸ Nulidade sanável porque a omissão dos elementos referidos no art. 283.º, n.º 3 CPP não está abrangida pela enumeração taxativa das nulidades insanáveis presente no art. 119.º CPP.

processuais⁷⁹, no entanto, oficiosamente, pode qualquer irregularidade na acusação ser retificada⁸⁰.

Independentemente da possibilidade de qualquer irregularidade na acusação poder ser oficiosamente sanada, esta não deve apenas narrar sinteticamente os factos⁸¹, deve antes sim, discriminar todos os indícios resultantes da investigação e considerados relevantes para a decisão da causa, por respeito por um lado, às garantias de defesa do arguido e por outro, aos princípios do acusatório e do contraditório, pois ao arguido deve ser dado a conhecer todos os factos que sobre ele pendem, para que possa exercer correta e adequadamente a sua defesa, de modo a não ser surpreendido com algo de novo mas já previamente conhecido pelo acusador.

Uma acusação só será legítima e aceitável se contiver todos os elementos probatórios conhecidos pelo Ministério Público à data da acusação, o que, não impede, de no decurso do *iter processuale* e até à prolação da decisão final, possam surgir novos elementos de prova julgados essenciais à descoberta da verdade factual e decorrentes de diligências posteriores requeridas ou oficiosamente solicitadas, declarações de novas testemunhas, etc. Como refere Damião da Cunha, “qualquer acusação (*rectius* qualquer decisão final de inquérito – mesmo a de arquivamento) é já uma “elaboração” – ou seja, contém já opções de valoração jurídico-criminalmente relevantes – quanto ao “pedaço ou recorte de vida” previamente investigado e incorre sempre no risco de conter omissões expressas ou implícitas”⁸², donde resulta, que por muito incisiva, perspicaz e completa que seja uma investigação, existem certos aspetos, nomeadamente, do foro psicológico, interpessoal, emocional e relacional entre arguido e

⁷⁹ A nulidade para ser decretada tem de ser requerida nos termos do art. 120.º CPP.

⁸⁰ Por se tratar de uma nulidade sanável, pode, nos termos previstos no art. 123.º CPP, qualquer irregularidade ser oficiosamente retificada.

⁸¹ Apesar da acusação poder consubstanciar-se numa narração sintética dos factos (art. 283.º, n.º 3 al. b) CPP), entendemos ser essencial para um efetivo direito de defesa do arguido, que a acusação seja a mais completa e perceptível possível, devendo conter a indicação de todos os elementos constitutivos do crime e a respetiva subsunção jurídica, enquanto condição imprescindível para o exercício cabal do direito de defesa do arguido e o controlo da ação penal do Ministério Público, para além de que, os factos constantes na acusação constituírem o objeto do processo. Neste sentido, *vide* SILVA, Germano Marques da, *Curso Processo Penal*, Vol III (...), Op. Cit., 2009, p. 118 ss. Também Leonês Dantas entende que a discriminação da factualidade imputada ao arguido deve ser elaborada de modo conciso, preciso, claro, perceptível e inteligível para permitir ao destinatário da acusação a sua correta compreensão e conseqüente preparação da sua defesa, ao formular que “mostra-se necessário que a descrição nela feita evidencie de uma maneira precisa e imediatamente inteligível aquilo que é imputado ao arguido. É ele o destinatário da acusação e impõe-se que a entenda, para que face a ela possa organizar a sua defesa”. Cfr., DANTAS, António Leonês, “Os factos como matriz do objecto do processo” (...), Op. Cit., p. 117. A matéria relativa ao adequado conteúdo da acusação torna-se ainda mais pertinente quando, fruto da atividade legiferante, não podem, seja na instrução seja no julgamento, ser tidos em conta factos não presentes na acusação e que promovam uma alteração substancial não autonomizável do objeto do processo.

⁸² CUNHA, Damião da, “*Ne bis in idem* e o exercício da acção penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 565 ss. Apesar do autor entender que não existe uma investigação e uma acusação perfeita, entende que esta deve manter-se irretractável e indivisível em tribunal porque fixa não apenas o “*thema decidendum*” mas também o “*thema probandum*”.

vítima, que são exteriormente desconhecidos. Sendo opostos os interesses em confronto, poucas serão as vezes, em que uma acusação abrangerá a universalidade e globalidade dos factos, pois, enquanto uns procuram descobrir a verdade, outros procuram encobri-la ou deturpá-la.

Importa salientar, que na presença de crimes públicos, a competência na promoção processual recai exclusivamente sobre o Ministério Público e por tal motivo, qualquer acusação pelo assistente, caso este se constitua, está dependente de uma prévia acusação⁸³ pelo Ministério Público. De igual forma ocorre caso o crime em análise seja semipúblico, no entanto, este tem a particularidade da necessidade de queixa do particular para legitimar o início do *iter processuale*. Caso o Ministério Público profira despacho de arquivamento e o assistente pretenda submeter o arguido a julgamento, restam-lhe três possibilidades: requerer a abertura da instrução⁸⁴ - art. 287.º, n.º 1, al. b) CPP; requerer a intervenção hierárquica⁸⁵ - art. 278.º CPP; ou, requer a reabertura do inquérito⁸⁶ - art. 279.º CPP, uma vez que, ao assistente, não lhe é permitido de forma isolada deduzir acusação.

⁸³ Estatui o art. 284.º CPP que, só após a notificação da acusação do Ministério Público, e até 10 dias, é que o assistente pode deduzir acusação: ou adere na totalidade à acusação pública (art. 284.º, n.º 1, primeira parte), ou acusa por parte deles (art. 284.º, n.º1, segunda parte), ou por outros factos não incluídos na acusação, desde que, não promovam uma alteração substancial dos factos acusados pelo Ministério Público (art. 284.º, n.º 1, *in fine*), i. é., desde que tais factos não tenham como efeito a imputação de um crime diverso do acusado ao arguido ou a agravação dos limites máximos das sanções previstas (art. 1.º, n.º 1, al. f) CPP). No entanto, na eventualidade do assistente pretender *acusar* por factos distintos, e que, impliquem uma alteração substancial dos constantes na acusação do Ministério Público, deverá, no prazo de 20 dias após a notificação do Ministério Público, requerer a abertura da instrução, art. 287.º, n.º 1, al. b) CPP, equiparando-se o requerimento na prática a uma acusação.

O que o assistente não poderá fazer simultaneamente, é acusar e requerer a abertura da instrução, porque, ou concorda com os elementos elencados pela acusação pública, ainda que apenas em parte e acusa, ou não concorda, e neste caso, deverá requerer a abertura da instrução para apresentação de novos factos, factos esses, suscetíveis de em abstrato corresponder a um tipo diferente de crime ou a uma moldura penal mais grave. O que não pode é tomar as duas ações em simultâneo, i. é., acusar e requer a instrução. Somos a crer que um entendimento distinto é contrário ao espírito e letra da lei, e por esse motivo, sufragamos por completo o entendimento formulado por ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 160 ss.

⁸⁴ O requerimento de abertura de instrução pelo assistente, caso seja aceite pelo juiz de instrução, tem como consequência a pronúncia do arguido pelos factos dela constante, funcionando o requerimento como uma verdadeira acusação material. Daqui decorre que, mesmo nas situações em que Ministério Público por falta de indícios ou identidade dos agentes entenda pelo arquivamento do processo, o assistente pode impor ao arguido a sua presença em tribunal caso seja pronunciado pelo juiz de instrução, i. é., mesmo nos crimes semipúblicos ou públicos, não está vedada ao assistente a possibilidade de definição e limitação do objeto do processo submetido a juízo, uma vez que, o requerimento de instrução funciona na íntegra como uma acusação material, respeitando deste modo, o princípio constitucional do acusatório. Neste sentido, *vide* entre outros, GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal*, Anotado (...) Op. Cit., p. 692 ss.

⁸⁵ A magistratura do Ministério Público ao invés da magistratura Judicial, é hierarquizada, art. 219.º, n.º 4, CRP, sendo a Procuradoria-Geral da República o seu órgão superior, art. 220.º CRP. O assistente ao requerer a intervenção hierárquica, visa a formulação da acusação ou a continuação da investigação. Esta intervenção hierárquica pode, nos termos do art. 278.º CPP, ser da iniciativa do próprio superior hierárquico.

⁸⁶ A possibilidade da reabertura do inquérito, coloca-se, apenas, quando surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos elencados no despacho de arquivamento e pode ser determinada a título oficioso ou após requerimento de quem nele tenha interesse legítimo.

O requerimento para a abertura de instrução é um mecanismo legal que tanto o assistente como o arguido dispõe para submeter a apreciação judicial a atividade do Ministério Público. Será este mecanismo, quando acionado, que irá determinar o objeto final do processo, ao invés, a acusação só determina o objeto do processo e consequentemente, os poderes de cognição e vinculação temática do tribunal se, o mecanismo da instrução não for requerido, no entanto, é com a acusação que a questão da alteração substancial dos factos começa a tomar relevância, pois é ela, ainda não de uma forma estanque, que vai definir o objeto do processo e consequentemente, os poderes de cognição do tribunal e o princípio da vinculação temática. Como refere Isasca⁸⁷, a acusação do Ministério Público não é imutável, não impedindo uma possível alteração ou modificação posterior do objeto do processo caso o assistente requeira a abertura da instrução. A intenção do legislador ao permitir que o assistente recorra a um mecanismo judicial de controlo e fiscalização da acusação pública foi retirar das mãos do Ministério Público, titular da ação penal e representante do *ius imperi* na prossecução da justiça no caso concreto, o monopólio da exclusividade da apresentação do facto a juízo.

Pelo exposto, é a acusação ou o requerimento para a abertura da instrução e não o despacho de pronúncia⁸⁸, que vai delimitar e definir objeto do processo, pois, ao juiz de instrução, para proferir o despacho de pronúncia⁸⁹ ou não pronúncia, apenas lhe é permitido conhecer dos factos constantes na acusação ou no requerimento de abertura da instrução, vigorando nesta fase processual, o princípio da vinculação temática na sua máxima plenitude, estando vedado ao juiz de instrução⁹⁰ a possibilidade de conhecer de novos factos que consubstanciem uma alteração substancial aos constantes na acusação ou no requerimento para a abertura de instrução, bem como, ao Ministério Público abrir inquérito quanto a eles⁹¹,

⁸⁷ ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 161.

⁸⁸ Como anota Germano Marques da Silva, “O objecto do despacho de pronúncia há de ser substancialmente o mesmo da acusação formal ou implícita no requerimento de instrução. Na instrução o juiz está limitado pelos factos constantes da acusação. Existindo duas ou mais acusações, a do Ministério Público e a do assistente ou as dos assistentes, o juiz pode apenas acolher uma delas, quando entre si sejam incompatíveis, ou ambas, quando sejam complementares, mas não pode pronunciar o arguido por factos que sejam substancialmente distintos dos constantes numa daquelas acusações sob pena de nulidade da decisão instrutória”. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2009, p. 159.

⁸⁹ Sustentando um juízo de inconstitucionalidade por violação do art. 32.º, n.ºs 1 e 2 CRP, da norma do art. 310.º, n.º 1 CPP, que estatui a irrecorribilidade do despacho de pronúncia que seja inteiramente concordante com o despacho de acusação, *vide* VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais” (...), Op. Cit., p. 208 e ss, em especial, p. 218.

⁹⁰ Cfr., art. 303.º, n.º 3 CPP.

⁹¹ Diferentemente do que acontecia antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, na eventualidade de surgirem dos atos de instrução ou do debate instrutório novos factos que representassem uma alteração substancial não autonomizável do constante na acusação ou no requerimento para a abertura da instrução, o Ministério Público encontrava-se obrigado a abrir um inquérito sobre eles. Cfr. art. 303.º, n.º 3 *in fine* do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

com exceção dos factos autonomizáveis mas em processo autónomo, pelo que, tem-se por definido e delimitado, pelo menos na sua essência⁹², o objeto do processo e concomitantemente, o âmbito dos poderes de cognição do tribunal e o princípio da vinculação temática.

3. Correlação entre Objeto do Processo, Princípio da Vinculação Temática e os Poderes de Cognição dos Tribunais

O objeto do processo penal tem por base factos, factos humanos, acontecimentos ou pedaços de vida, violadores de bens jurídicos penalmente tutelados que desencadeiam uma perseguição jurídico-penal, cujo resultado se consubstancia numa acusação submetida a apreciação judicial pelos tribunais. É esta acusação, seja ela formal ou material, que fixará o objeto do processo e consequentemente, a vinculação temática e a amplitude dos poderes de cognição dos tribunais. Da problemática da definição e delimitação do objeto do processo deriva também o próprio “problema jurídico do processo criminal: se este terá a solução justa na equilibrada ponderação entre o interesse público da aplicação do direito criminal e da eficaz perseguição e condenação dos delitos cometidos e o direito incondicional do arguido a uma defesa eficaz e ao respeito pela sua personalidade moral”⁹³.

Formula Figueiredo Dias, que “a actividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo *objecto da acusação*. Deve pois firmar-se que *objecto do processo penal* é o *objecto da acusação*, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal* (actividade cognitória) (...) e a *extensão do caso julgado* (actividade decisória). É a este efeito que se chama a *vinculação temática do tribunal*”⁹⁴, princípio que visa garantir ao arguido que apenas tenha de defender-se dos factos trazidos ao processo e constantes na acusação e não outros que posteriormente surjam, vedando os poderes de

⁹² Está definido na sua essência porque é possível ao juiz, seja na instrução ou no julgamento, de conhecer de novos factos, desde que, não impliquem uma alteração substancial ao objeto do processo, sendo claro, notificado o arguido e caso este requeira, atribuído um prazo para se defender dos novos elementos. Uma pequena *nuance* impera sobre a obrigatoriedade de notificação da alteração ao arguido, que se extingue, caso a alteração tenha sido devido a factos alegados pela sua defesa. Cfr., art.s 303º n.º 1 e 358º n.º 1 e n.º 2 do CPP.

⁹³ Cfr., Castanheira Neves, *apud* Ac. STJ, Proc. 1417/08.TAVIS.S1, de 15-06-11, [Consult. em 20 nov. 11]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁹⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 144-145.

cognição do juiz⁹⁵ a factos que não constem na acusação, assumindo este princípio uma dimensão de salvaguarda dos direitos e da posição de defesa do arguido, uma vez que, apenas esses factos e só esses, podem consubstanciar a sentença no processo em curso. Deste princípio derivam valores e interesses que “constituem a pedra angular de um efectivo e consistente *direito de defesa do arguido* – sem o qual o fim do processo penal é inalcançável”⁹⁶, consubstanciando-se a vinculação temática nos princípios da identidade⁹⁷, da unidade ou indivisibilidade⁹⁸ e da consunção⁹⁹ do objeto do processo penal, isto é, “segundo os quais o objecto do processo deve manter-se o *mesmo* da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua *totalidade* (unitária e indivisivelmente) e – mesmo quando não o tenha sido – deve considerar-se *irrepetivelmente* decidido”¹⁰⁰.

A vinculação temática do tribunal aos desvalores jurídicos constantes na acusação ou no requerimento para a abertura de instrução¹⁰¹, resultante na necessária correlação entre a acusação e a sentença¹⁰², constituem o cerne de um efetivo e consistente direito de defesa do arguido, essencial num direito penal e processual penal de um Estado de Direito democrático, em que toda a atuação do *ius puniendi* tem como intuito a prossecução da justiça e da verdade material tendo como limites à sua intervenção, as garantias de defesa e os direitos fundamentais dos cidadãos, sejam eles arguidos ou não¹⁰³. No entanto, sem menosprezar a sua

⁹⁵ Sobre os poderes de cognição do juiz, vide CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz”, in *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, 2ª reimpressão, coleção teses, Almedina, 1996, p. 297 ss.

⁹⁶ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 145.

⁹⁷ Princípio sobre o qual o “objecto da acusação e o da sentença devem ser um e o mesmo, entre aquele e este deve verificar-se uma relação de identidade”. CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 317.

⁹⁸ Os factos devem ser conhecidos e julgados na sua totalidade unitária e indivisível, “princípio de que o juiz deve conhecer não de maneira fragmentária mas esgotante o facto que é submetido a seu julgamento”. *Idem*, p. 359.

⁹⁹ Mesmo quando o objeto do processo não tenha sido conhecido na sua totalidade deve considerar-se irrepetivelmente decidido, e, desse modo, não pode renascer noutra processo, “Na verdade, posta uma questão ante um magistrado, deve este necessariamente resolvê-la. E resolvê-la esgotantemente até onde deva e possa. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo sido, não se decidiu na sentença directamente, tem de considerar-se indirectamente resolvido; aquilo que se não resolveu por via expressa deve tomar-se como decidido tacitamente”. *Idem*, p. 304.

¹⁰⁰ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 145.

¹⁰¹ Com exceção dos crimes particulares, o requerimento para abertura de instrução, art. 287.º, n.º 1, al. a) e b) e o n.º 2 CPP, pode ser requerida pelo arguido ou assistente, devendo conter uma fundamentação de facto e de direito das razões da discordância em relação à acusação ou despacho de arquivamento pelo Ministério Público.

¹⁰² Por variadíssimas ocasiões tem o Tribunal Constitucional alertado para a necessidade de uma correlação entre a acusação e a sentença, porque “um processo penal de estrutura acusatória exige, para assegurar a plenitude das garantias de defesa do arguido, uma necessária correlação entre a acusação e a sentença que, em princípio, implicaria a desconsideração no processo de quaisquer outros factos ou circunstâncias que não constassem do objecto do processo, uma vez este definido pela acusação”. Cfr., Ac. TC n.º 226/2008, de 21 de abril de 2008, publicado no *Diário da República*, 2ª Série, 22 de julho, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁰³ Diferentemente se verifica em regimes ditatoriais com modelos inquisitórios. Nestes, o objetivo primordial na intervenção dos *ius puniendi* é a prossecução da justiça e a descoberta da verdade, seja ela qual for,

importância, não deve este princípio ser entendido de forma completamente rígida¹⁰⁴ num processo penal como o português, de estrutura acusatória e mitigado pelo princípio da investigação. Admitindo o nosso processo, ou melhor, impondo o nosso processo que o juiz promova as diligências adequadas ao esclarecimento autónomo dos factos sujeitos a julgamento e que, a descrição dos factos em que se fundamenta a acusação se consubstancie numa narração sintética¹⁰⁵, é possível ou mesmo provável, que nem todos os factos ou circunstâncias factuais relativas ao crime acusado possam constar desde logo dessa peça, podendo surgir posteriormente, decorrência das diligências oficiosas ou solicitadas pelas partes, tanto na instrução como no julgamento, factos novos que importem em alterações na factualidade descrita.

O carácter estanque do objeto do processo quando em confronto com factos novos não autonomizáveis, transmite repercussões diretas e imediatas tanto nos poderes de cognição dos tribunais como também na figura da vinculação temática, com consequências práticas no novo regime da alteração substancial dos factos, em especial, quando esses novos factos não sejam autonomizáveis relativamente ao disposto no objeto do processo.

relegando para um plano longínquo, os direitos de defesa dos cidadãos, arguidos ou não. Nestas sociedades o *modus operandi* da justiça é o espelho da sociedade, o coletivo acima do individual.

¹⁰⁴ Servindo-nos ainda das palavras de Castanheira Neves, refere o autor que “a identidade do objecto do processo não poderá definir-se tão rígida e estreitamente que impeça um esclarecimento suficientemente amplo e adequado da infracção imputada e da correlativa responsabilidade, mas não deverá também ter limites tão largos ou tão indeterminados que anule a garantia implicada pelo princípio acusatório e que a definição do objecto do processo se propõe justamente realizar”. Vide Castanheira Neves, *apud* Ac. STJ, Proc. 1417/08.TAVIS.S1, de 15-06-11, [Consult. em 20 nov. 11]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁰⁵ Cfr., art. 283.º CPP. Imperando sobre o juiz certas limitações quanto ao objeto do processo, não se compreende o facilitismo atribuído pelo legislador ao acusador no que ao conteúdo da acusação diz respeito.

CAPITULO II

ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DOS FACTOS

1. Distinção entre Qualificação Jurídica dos Factos e Alteração dos Factos

Todos os comportamentos humanos desconformes com a legalidade instituída e cujos atos sejam sujeitos a juízo, têm obrigatoriamente de ser juridicamente qualificados, pelo que, a qualificação jurídica dos factos consiste em verificar se determinados comportamentos humanos desconformes, são subsumíveis a algum comportamento abstratamente consignado numa qualquer lei penal¹⁰⁶ como constituindo um crime. É requisito essencial e fundamental para o decurso do *iter processuale* que todo e qualquer facto¹⁰⁷, sujeito a apreciação judicial, seja previamente qualificado como violador de normas jurídicas merecedoras de tutela jurídico-penal, ou dito de outro modo, todo o comportamento humano desconforme e suscetível de ser criminalmente relevante, tem de ser sempre juridicamente qualificado, assumindo a qualificação jurídica dos factos uma *conditio sine qua non* para o prosseguimento processual.

Por esse motivo, toda a acusação, seja do Ministério Público seja do assistente, tem obrigatoriamente de consignar não só os factos mas também os normativos legais que esses factos violam¹⁰⁸, o que implica, que todos os factos merecedores de tutela jurídico-penal e que constituam o objeto do processo, sejam sujeitos a qualificação jurídico-penal¹⁰⁹.

Tudo na vida se transforma, nada é imutável e muito menos a natureza humana¹¹⁰. Os factos desconformes sobre os quais incidem a qualificação jurídica, consequência de ações ou omissões humanas podem, no decurso do processo, serem alterados devido a novos

¹⁰⁶ A tipificação de crimes não se limita aos previstos no Código Penal. Segundo um estudo recente coordenado por Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, existem cerca de 112 Leis Penais extravagantes, entre Leis e Decretos-Lei atualmente em vigor. Por todos, *vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de e BRANCO, José, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I, Editora Universidade Católica, 2010.

¹⁰⁷ Para Cavaleiro de Ferreira, “o crime é um “facto”. Facto é “feito” pelo homem e supõe um acontecimento externo e concreto.” Cavaleiro de Ferreira, *apud* SANTOS, Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, 2ª edição, Editora Rei dos Livros, 2003, anot. 1, p. 57.

¹⁰⁸ Neste sentido, surge a ideia de crime como uma “conduta humana voluntária e culposa, que preencheu um dos modelos ou tipos onde a lei inscreveu bens jurídicos considerados dignos de proteção”, *cfr.*, SANTOS, Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal* (...), Op. Cit., p. 57.

¹⁰⁹ Como refere Isasca, “qualificar um determinado facto do ponto de vista jurídico-penal é subsumir um determinado acontecimento na descrição abstracta de uma preposição legal, i. é., verificar se aquele comportamento concreto daquele agente, corresponde ou não, ao comportamento abstractamente descrito numa dada lei penal como constituindo um crime. Nisto e só nisto, consiste a qualificação jurídico-penal”, ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., pág 100.

¹¹⁰ No sentido que o crime é intrínseco à natureza humana, *vide* BRAZ, José, *Investigação criminal: a organização, o método* (...), Op. Cit. p. 22.

conhecimentos. Exteriorizando a acusação o puzzle dos factos até então conhecidos e presumíveis, é natural que no desenvolvimento das diligências probatórias surjam certos factos até então desconhecidos e não constantes na acusação. Esta alteração dos factos submetidos a apreciação judicial, pode inculcar numa alteração substancial ou não substancial do objeto do processo, e como tal, sujeitos a critérios de análise e utilização distintos.

Destes critérios de análise resulta, que na eventualidade de surgirem novos factos que constituam alterações não substanciais aos até então conhecidos, tanto o objeto do processo como o seu enquadramento jurídico mantêm-se imutáveis, ao invés, se os factos novos agora conhecidos subsumirem em alterações substanciais aos factos originariamente constantes na acusação, por inculcarem numa alteração do tipo legal de crime ou num agravamento da moldura penal máxima, tem como consequência uma mudança tanto no objeto do processo como na qualificação jurídica dos factos.

1.1. Alteração da Qualificação Jurídica dos Factos

Apesar de intrinsecamente ligadas, a problemática da alteração da qualificação jurídica dos factos ou convolução¹¹¹, surge estreitamente relacionada com o conceito de alteração dos factos submetidos a julgamento. A questão centra-se por um lado, em saber, se mantendo-se os factos, tem o tribunal total liberdade para promover alterações na sua qualificação jurídica ou, pelo contrário, tem o tribunal as suas ações limitadas às opções do acusador, ou seja, em determinar qual a amplitude e limite do tribunal na subsunção de determinados factos em valorações jurídicas distintas das constantes na acusação e por outro, na eventualidade de serem produzidas alterações no enquadramento jurídico, deverão os intervenientes ser ou não previamente notificados antes da decisão.

Como já foi manifestado, é requisito legal sob pena de nulidade, a subsunção legal dos factos que recaem sobre o arguido, i. é, é pressupostos legal e constitucional (art. 205.º, n.º 1 CRP) que todos os factos sujeitos a julgamento estejam juridicamente enquadrados, seja na acusação (art. 283.º, n.º 3 CPP), seja no despacho de pronúncia (art. 308.º, n.º 2 CPP) ou seja na sentença (art. 374.º, n.º 3 CPP), no entanto, o tribunal tem de ser livre na alteração da qualificação jurídica dos factos que lhe são submetidos a julgamento sob pena, de se impor ao

¹¹¹ Sobre este tema, cfr., SOARES, António Quirino, “Convolações”, in *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano II, 1994, Tomo III, p. 15 ss.

tribunal que julgue e decida sobre certos factos erroneamente enquadrados juridicamente. Concordamos plenamente que ao juiz seja atribuído o poder¹¹² de alterar a qualificação jurídica atribuída anteriormente a determinados factos trazidos perante si para julgar e decidir, pois, caso não se permitisse que ao juiz fosse possível alterar a qualificação jurídica¹¹³ atribuída numa fase prévia, estar-se-ia a impor ao juiz, que julgasse e decidisse sobre certos factos, que no seu entender, foram erroneamente interpretados enquanto violadores de certos normativos legais.

Acompanhamos a Doutrina¹¹⁴ que defende que uma alteração da qualificação jurídica não implica uma alteração da matéria de facto, porque o pedaço de vida ou acontecimento que se submete a julgamento e objeto da qualificação jurídica mantêm-se imutável¹¹⁵, não se

¹¹² Para Cavaleiro de Ferreira, “A apreciação jurídica é livre, e por isso o tribunal não está nunca impedido de dar qualificação jurídica diferente a tais factos, muito embora contrária à que lhe fora dada na pronúncia”. Por todos, *vide* Cavaleiro de Ferreira *apud* BRITO, Mário de, “Poderes de cognição do tribunal e garantias de defesa” (comentário a três acórdãos do Tribunal Constitucional), in *Revista do Ministério Público*, n.º 65, Ano 17, Janeiro – Março, 1996, p. 48. Vários são os autores que trilham pelo caminho da liberdade da qualificação jurídica por parte do juiz. *Cfr.*, entre outros, ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 102 ss.

¹¹³ A qualificação jurídica dos factos e em especial, o erro na qualificação jurídica, como a “matéria nobre, o coração daquilo que poderia ser uma noção de erro judiciário”. *Cfr.*, FERREIRA, Paulo Marrecas, “O Recorte Impreciso e Fluido do que Poderia ser Subsumível ao Erro Judiciário na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 5, 2008, p. 67 ss., [Consult. em 22 mai. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>. O autor aborda a intervenção do TEDH para efeitos da aplicação da CEDH perante a chamada “Teoria da pena justificada” ou, “théorie de la peine justifiée”.

¹¹⁴ *Cfr.*, entre outros, Cavaleiro de Ferreira *apud* BRITO, Mário de, “Poderes de cognição do tribunal e garantias de defesa” (...), Op. Cit., p. 48-49.; ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 106 ss. Importa anotar que não é possível modificar a qualificação jurídica, se essa modificação for feita com base num facto não acusado, i. é., qualquer modificação jurídica só pode ter por base factos, acontecimentos, pedaços de vida que constem na acusação ou pronúncia e não sobre factos que surjam à posteriori.

¹¹⁵ Opinião contrária, pela vinculação temática estrita do juiz à qualificação jurídica da acusação, tem Germano Marques da Silva, defendendo que uma “alteração da qualificação jurídica dos factos objecto do processo pode significar a alteração substancial do objecto do processo, ainda que naturalisticamente os factos descritos na acusação ou pronúncia se mantenham os mesmos (...) do mesmo modo que à alteração factual, também entendíamos que se deveria considerar como alteração substancial a mera alteração da qualificação jurídica quando da alteração resultasse que a nova qualificação não era a mesma da qualificação constante da acusação ou pronúncia”. *Cfr.*, SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p. 386 ss.

Não concordamos com o autor quando afirma que uma alteração da qualificação jurídica dos factos pode implicar uma alteração substancial do objeto do processo, apesar de ser inegável que as consequências enquadram-se na perfeição no conceito deste último, estatuído no art. 1.º, al. f) CPP. Do objeto do processo fazem parte os pedaços de vida, a realidade factual com relevância penal e respetiva subsunção jurídica. Sendo o Direito Penal Português um Direito do facto, do facto violador de normas jurídico-penais, este, independentemente dos normativos em que seja enquadrado, mantêm-se inalterável, ainda que sob diferente normativo ou moldura penal. Se tivermos por base o conceito de alteração substancial dos factos, verifica-se a necessidade do surgimento de um novo facto e que esse novo facto, até ai desconhecido da acusação ou pronúncia, conjuntamente com os constantes na acusação ou pronúncia, vai operar uma modificação no objeto do processo. É devido a esse novo facto, que o enquadramento jurídico ou a moldura penal se transforma e não o inverso, i. é., se os factos forem naturalisticamente os mesmos, não é uma diferente qualificação jurídica deles que os vai modificar e conseqüentemente, promover uma alteração substancial no objeto do processo.

Para justificar o nosso entendimento, tome-se o seguinte exemplo: A vem acusado de ter praticado um homicídio sob a forma de autoria moral, o que, segundo as regras da punibilidade da autoria – art. 27.º CP – a

alterando com alguma modificação da qualificação jurídica eventualmente perpetrada pelos tribunais em sede instrução ou de julgamento, pois os juízes não deverão estar como que umbilicalmente ligados e completamente dependentes da qualificação proposta na acusação, e como tal, é essencial terem liberdade e independência para promover a alteração da qualificação jurídica dos factos proposta pela entidade acusadora, independentemente de resultar em crimes diferentes com molduras penais abstratas mais gravosas para o arguido, não se aplicando aqui, o princípio da vinculação temática na sua plenitude.

A total liberdade e independência do tribunal na promoção das alterações jurídicas que entender por adequadas têm implícita, a comunicação ao arguido de qualquer alteração que haja sido efetuada, devendo-lhe ser concedido tempo para que prepare conjuntamente com o seu defensor a sua defesa, com exceção, nas situações em que a alteração da qualificação jurídica derivar de posições da defesa¹¹⁶. Por esse motivo, afastamo-nos da tese¹¹⁷ que

pena aplicável ao autor moral é a aplicável ao autor material mas especialmente atenuada. Ao invés, o tribunal entende que aqueles mesmos factos são subsumíveis não na figura da autoria moral mas antes na figura da instigação – art. 26.º CP *in fine* –, o que, segundo as regras da comparticipação criminosa, o instigador é punido de acordo com o desvalor do facto praticado pelo autor, mas não pelo mesmo grau de culpa. Estas regras podem ter como consequência, em determinadas situações, que ao instigador possa ser-lhe aplicável uma pena superior do que ao autor material. Cfr., SILVA, Fernando, *Direito Penal Especial – Crimes Contra as Pessoas*, 2ª edição, revista e actualizada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 88 ss. Deste exemplo, resulta que a modificação na qualificação jurídica inicialmente proposta, não tem implícita a mutabilidade da factualidade.

¹¹⁶ Eduardo Correia servindo-se das palavras de Beleza dos Santos, entendia pela total liberdade do tribunal em modificar a qualificação jurídica dos factos originalmente proposta na acusação ainda que tivesse por efeito a imputação de uma pena mais grave. Para o autor “sendo os mesmos elementos de facto em que se apoia a acusação constante dos despachos de pronúncia ou equivalente e da sentença final, não se pode dizer que o réu seja prejudicado no seu direito de defesa, já que se trata tão só duma questão de interpretação e aplicação da lei a que se não pode vincular o tribunal. A qualificação jurídica «pode evidentemente ser alterada sem que se prejudiquem os legítimos interesses do réu, a quem fica sempre aberto o caminho de a discutir livremente recorrendo contra sentenças que façam uma apreciação ou interpretação da lei que julgue erróneas» «da mesma maneira seria injustificado e vexatório que se vinculasse o tribunal que tem de julgar a certa interpretação da lei seguida pelo juiz que pronunciou». Beleza dos Santos, *apud*, CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 394 ss. No mesmo sentido, *vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República* (...), Op. Cit., p. 759.

¹¹⁷ A tese da não comunicação de alterações no enquadramento jurídico é defendida, entre outros, por BRITO, Mário de, “Poderes de cognição do tribunal e garantias de defesa” (...), Op. Cit., p. 45, ao defender que “a consequente possibilidade de condenar o arguido em pena mais grave, sem que ele seja previamente prevenido dessa possibilidade, não põe em causa as garantias de asseguradas pelo preceito constitucional”. Também Isasca acompanha esta tese, entendendo que “não recai sob o tribunal o dever de informar o arguido da nova subsunção que fez dos factos mesmo nos casos em que condene o arguido com fundamento noutra qualificação jurídica”, cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 104 ss. Discordamos por completo desta tese, por entendermos ser violadora das garantias de defesa do arguido, pois permitiria que um arguido acusado de um determinado crime com uma determinada moldura penal, pudesse ser posteriormente na sentença, condenado com fundamento num outro qualquer tipo de crime com uma moldura penal distinta, sem que lhe fosse possível dela defender-se no decurso do julgamento, a não ser em sede de recurso.

Maia Gonçalves no trilho da jurisprudência maioritária entende pela necessidade de comunicação ao arguido da alteração da qualificação jurídica quando a nova subsunção implique a imputação de um crime mais grave ao arguido, mas não entende necessário “comunicar ao arguido quando essa alteração da qualificação represente um *minus* relativamente à acusação ou pronúncia”. GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal*, Anotado (...), Op. Cit., p. 815 ss, com especial atenção à variadíssima jurisprudência mencionada.

defende a não necessidade de dar conhecimento prévio ao arguido da alteração da qualificação jurídica por este a ficar a conhecer no momento da sentença, podendo sempre recorrer da alteração da qualificação em sede de recurso, uma vez que os factos são os mesmos que os constantes na acusação não podendo por esse motivo, o arguido alegar qualquer desconhecimento. Ora, para completo respeito das garantias de defesa do arguido, deve-lhe ser dado conhecimento de todos os elementos de facto e de direito que compõe a acusação, onde se inclui, é claro, toda e qualquer alteração da qualificação jurídica à originalmente constante no processo¹¹⁸.

Compreende-se e é essencial com vista à descoberta da verdade material e à própria proteção dos visados, que apesar do princípio da publicidade do processo penal, possa em algumas situações, imperar o segredo de justiça na fase do inquérito e o arguido, apenas tenha conhecimento de todos os elementos probatórios recolhidos para o processo com a acusação e em fase de julgamento, caso não seja requerida a instrução. A segurança e a certeza jurídica ficariam decerto afetadas caso o arguido apenas em fase de recurso¹¹⁹ pudesse defender-se de um crime não constante na acusação mas presente na sentença. Por analogia, é aplicável à alteração da qualificação jurídica no julgamento o regime da alteração não substancial dos factos¹²⁰, ou seja, o tribunal comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer,

¹¹⁸ Tal como o regime português, o regime alemão (§265 n.º 1 Stpo) atribui liberdade ao juiz na alteração da qualificação jurídica impondo que essa alteração tenha de ser comunicada ao arguido e, caso requerido, atribuído prazo para nova defesa. Em sentido oposto, o regime italiano (art. 521.º, n.º 1 CPP italiano) onde não existe obrigatoriedade do tribunal comunicar ao arguido qualquer alteração ao enquadramento jurídico dos factos constantes da acusação ou pronúncia, porque o arguido apenas tem de defender-se dos factos que lhe são imputados e não da qualificação jurídica. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., anot. 3, p. 105. Não sufragamos este último regime, por entendermos, que o arguido tem de defender-se não apenas dos factos imputados mas também da sua qualificação jurídica, pelo que, uma condenação com base numa diferente qualificação jurídica, ainda que a base factual não tenha sofrido qualquer alteração, só deveria ser possível, se o tribunal previamente comunicasse ao arguido a alteração jurídica ocorrida e lhe concedesse oportunidade de defesa perante a nova subsunção, com exceção das situações em que a alteração derivar da própria defesa.

¹¹⁹ Seria certamente inadmissível num Estado de Direito se, só na leitura da sentença, é que o arguido tivesse conhecimento da nova subsunção jurídica e só em fase de recurso, é que pudesse-se defender perante uma qualificação jurídica dos factos diferente daquela de que era acusado e da qual discorda.

¹²⁰ Há como que uma equiparação entre o regime da alteração da qualificação jurídica dos factos e o regime da alteração não substancial dos factos. Neste sentido, Tolda Pinto ao afirmar que a “alteração da qualificação jurídico-criminal não constitui alteração substancial, mas sim mera alteração não substancial sujeita ao princípio do contraditório e da legalidade processual”, vide PINTO, Tolda, *A Tramitação Processual Penal*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001, p. 919.

Para SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2009, p. 387, só se poderá equiparar a alteração da qualificação jurídica à alteração não substancial dos factos da acusação “quando não implique a imputação ao arguido de um crime substancialmente diverso, ou seja, quando o sentido da acusação se mantiver o mesmo, ainda quando diversa a sua gravidade”. Julgamos que o legislador ao de alguma forma equiparar os dois regimes teve em vista, tão só, que em ambas as situações, a essência da realidade factual mantêm-se inalterável, independentemente da nova qualificação jurídica poder ter como consequência a imputação ao arguido de um crime diverso ou uma agravamento da moldura penal, a verdade é que, o pedaço de vida contínua igual. No entanto é inegável, tendo em conta unicamente as consequências possíveis, que o regime mais identificativo com o da modificação da qualificação jurídica seria o da alteração substancial dos factos,

o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa¹²¹, exceto se a alteração da qualificação jurídica derivar da defesa¹²². Julgamos que resulta do espírito da lei que o tribunal deverá produzir alterações na qualificação que entenda por convenientes, devendo no entanto as comunicar aos sujeitos processuais, sendo requisito legal que da decisão conste a fundamentação de todos os factos elencados na acusação, tanto os provados como os não provados.

Dúvidas não restam que o arguido apenas tenha de defender-se dos factos que lhe são imputados, mas a sua defesa é também elaborada de acordo com o enquadramento jurídico aplicável aos factos sujeitos a juízo e, caso este mude, poderá a sua defesa mudar também, uma vez que todo e qualquer crime têm requisitos específicos e distintos. Se um arguido consta na acusação como estando indiciado pela prática do crime de furto simples (art. 203.º CP) e no decurso do julgamento o juiz entende que aqueles mesmos factos, objeto do processo, são indiciadores não do crime de furto simples primeiramente indiciado mas do crime de furto qualificado (art. 204.º CP) e condena-o com fundamento no crime qualificado sem que ao arguido fosse dada a possibilidade de se defender deste *novo crime* a não ser posteriormente, em sede de recurso¹²³, decerto seria uma situação constrangedora, surreal e atentatória dos direitos fundamentais dos arguidos.

Referindo-se à necessidade do juiz ter liberdade na qualificação jurídica, Isasca afirma “uma tal vinculação do juiz à qualificação jurídica, só permitiria uma de duas possibilidades e

mas, caso a equiparação fosse feita a este regime, ao juiz estaria vedada a possibilidade de alterar a qualificação jurídica dos factos trazidos perante si para apreciação e decisão, o que seria vexatório e atentatório aos princípios enformadores do Direito Penal.

¹²¹ Ac. STJ n.º 7/2008, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 30 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹²² Nesta situação, em que a alteração deriva de alegações da defesa, não pode a mesma alegar o desconhecimento no novo enquadramento jurídico.

¹²³ Opinião diferente tem Isasca. Para o autor, “a principal preocupação da defesa é, em primeira linha, a refutação dos factos imputados, esta, poderia em sede de recurso, dirimir a questão da legitimidade das razões de direito em que se fundamenta a decisão”. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., anot. 3, p. 105. Tese que não colhe a nossa aceitação, pois julgamos inconcebível que só em fase de recurso fosse possível ao arguido defender-se do novo enquadramento jurídico, entendimento que julgamos viola o direito a uma defesa adequada pelo arguido. No mesmo sentido, Germano Marques da Silva ao entender que “não nos pareça correcto dizer-se que o arguido só tem de defender-se dos factos materiais que constituem os elementos de facto típico; ele tem também de defender-se da imputação subjectiva”, cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2009, p. 381 ss.

Parece-nos útil reproduzir as palavras de Raul Soares da Veiga, escritas no prefácio do livro de Frederico Isasca “*será ademais admissível, independentemente do concreto sistema processual-penal entre nós vigente e de outras locubrações jurídicas, que, num Estado de Direito democrático, possam, em caso algum, os órgãos repressivos do Estado condenar alguém por um crime, no sentido fáctico mas também no sentido normativo da palavra, sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de dizer fosse o que fosse sobre o tipo e a forma do crime com base no qual é feita a condenação? É que uma nova e inesperada subsunção dos factos pelos quais o arguido vinha acusado, feita pelo Juiz de Julgamento, pode ter exactamente esse efeito inadmissível.*” (sublinhado nosso). VEIGA, Raul Soares da, *Prefácio*, Frederico Isasca, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Almedina, 2ª edição, 1995.

ambas igualmente injustas: ou a absolvição do arguido, ainda que a sua conduta fosse merecedora de pena, ou uma punição absolutamente desfasada face à culpa concreta do agente”¹²⁴.

Em sentido idêntico, e que abordaremos em fase ulterior, entendemos que uma vinculação absoluta do tribunal ao objeto do processo em situações de novos pedaços de vida que induzam a alterações substanciais não autonomizáveis ao objeto do processo, pode ter como consequência soluções desconectadas e desfasadas face à realidade factual, à culpa e às finalidades das penas.

2. Alteração Substancial dos Factos. Conceitos

O conceito de alteração substancial dos factos encontra-se estatuído no art. 1.º, alínea f) CPP. Este conceito prevê a sua aplicação tendo por base dois critérios autónomos, distintos e não cumulativos. Esta autonomicidade, alternatividade dos critérios não impede que por vezes possam ser cumulativos. A independência e autonomia de cada um dos critérios, em que cada um de *per si* faz operar o critério da alteração substancial, não impede a possibilidade do funcionamento simultâneo de ambos. Na realidade, quando uma alteração dos factos objeto do processo implique uma alteração num dos critérios, é recorrente ocorrer uma modificação no outro.¹²⁵ Não se pretendendo fazer um estudo aprofundado, é conveniente abordar o regime existente à data das recentes alterações processuais penais, mais concretamente, a preconizada pela 15ª alteração ao Código de Processo Penal¹²⁶, apesar de até

¹²⁴ No sentido de que a liberdade do juiz na qualificação jurídica é uma decorrência do princípio do acusatório, nomeadamente, “impor ao juiz de julgamento a qualificação dos factos feita pela acusação (ou até pelo juiz de instrução) traduzir-se-ia numa frontal violação” do princípio do acusatório. Mais continua o autor, “se pensarmos em todos aqueles casos em que na audiência de discussão e julgamento, se demonstra e comprova a errada qualificação jurídica feita pela acusação, ver-no-íamos, em face de uma alegada exigência de vinculação do tribunal àquela qualificação jurídica, perante a própria negação e inquinamento da justiça do caso concreto e portanto, em aberto conflito com um dos fins últimos do próprio Processo Penal”. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 102.

¹²⁵ Veja-se por exemplo o caso em que o arguido vem acusado pelo crime de furto simples, art. 203.º CP com molduras penais entre até 3 anos ou pena de multa e, no decorrer do processo, surgem factos novos que qualificam o ato do arguido graduando-lhe a culpa. Estes novos factos implicam a modificação do regime legal para furto qualificado, art. 204.º CP, com molduras penais entre 2 a 8 anos. Como este exemplo muitos mais se poderão dar sendo notório, que em regra, quando ocorre uma modificação na tipologia jurídico-penal aplicável na violação do bem jurídico ocorre uma modificação na moldura penal máxima abstratamente aplicável.

¹²⁶ O CPP foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro. Sofreu a 15ª alteração através da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto; a 16ª alteração com o Decreto-Lei n.º 348/2008, de 26 de fevereiro; a 17ª com a Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto; a 18ª com a Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro; e até ver, a última, a 19ª através da Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto. Dúvidas não restam que o legislador tem dedicado muito da sua

ao momento que nos encontramos a elaborar o trabalho, o Código Processo Penal foi sujeito à 19ª alteração e mais se avizinham a breve trecho.

2.1. Imputação ao Arguido de Crime Diverso

No que ao critério de delimitação de crime diverso diz respeito à que primeiramente definir qual o(s) conceito(s) adequado(s) para determinar a identidade do facto e desse modo, a delimitação de crime diverso, i. é., importa definir qual o critério a aplicar aos factos novos que surjam no decurso do julgamento e consoante o tipo de factos apurados, verificar se os mesmos se traduzem num crime diverso do que está acusado e em apreciação judicial e consequentemente, se produzem transformações no objeto do processo.

E porque uma análise mais aprofundada sobre os critérios adequados para a identidade do facto extravasarem o âmbito do presente estudo, e não poderem ser tratados de forma leviana, tomamos por adquiridos alguns conceitos fornecidos pela Doutrina¹²⁷. Segundo estes, o critério adequado para identidade do facto, o critério sob o qual as provas produzidas em audiência de julgamento devem ser analisadas, é o critério da valoração social do comportamento, da experiência social, da experiência de vida de um homem médio fiel ao direito, às “regras da experiência do comportamento e dos acontecimentos”¹²⁸. Como bem refere Isasca, se é com base na experiência da vida que as provas devem ser analisadas e valoradas e consequentemente, os “factos devem e têm que ser apreciados”¹²⁹, se são as regras

atividade legiferante ao CPP, no entanto, julgamos que um assunto tão importante num Estado de Direito democrático por dirimir o conflito entre o *ius puniendi* do Estado e as liberdades individuais dos cidadãos, não deva ser tão levemente tratado como o tem sido. Apesar de algumas das modificações operadas serem necessárias e até bem-vindas, outras á que, certamente, apenas vieram trazer mais confusão, mais situações irreais, mais sentimento de impunidade e mais dificuldades na prossecução das finalidades do processo penal.

¹²⁷ Ainda que de um modo muito sucinto, para determinar a identidade do facto, a doutrina divide-se maioritariamente em três correntes:

- a) corrente naturalista: a ação é encarada no âmbito do ser, defendida por Cavaleiro Ferreira, em que a tarefa do processo é a reconstituição histórica dum acontecimento;
- b) corrente neo-Kantiana ou normativa defendida entre nós, entre outros, por Eduardo Correia, em que a ação é encarada no âmbito do dever ser, donde o facto para o direito penal só interessa se abordado como um desvalor jurídico;
- c) corrente da valoração social do comportamento, defendida entre nós por Figueiredo Dias, o facto como o pedaço de vida que é representado ou valorado do ponto de vista do homem médio.

MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução”, in *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 136 ss; ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 115 ss.,

¹²⁸ ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 141.

¹²⁹ *Idem, ibidem.*

da experiência e a livre convicção do julgador os critérios exigidos pelo legislador¹³⁰ para apreciar e valorar a prova, deverá ser também o critério das regras da experiência social, o critério usado na “determinação da identidade ou diversidade do crime, quando exactamente o que lhe está na base é a apreciação de novos factos”¹³¹ dos constantes na acusação. No entanto, para se determinar pela diversidade do crime e conseqüentemente, determinar se a alteração dos factos é substancial ou não, o critério da valoração social do acontecimento não deve ser visto isoladamente, autonomamente. Dever-se-á correlacionar com o critério da imagem social do pedaço de vida que forma o objeto do processo¹³².

Importa salientar que nem todas as modificações dos factos poderão consubstanciar um crime diverso, ou seja, existem factos cuja alteração não significa a aplicação de um crime divers. Como exemplo, se um furto foi praticado às 10 horas e não às 10.10 horas, se um homicídio foi praticado na EN125 ao Km 30 em vez de ao Km 31, etc., são alterações de factos que muito possivelmente não consubstanciaram um crime diverso por não serem alterações substanciais, ainda que, assumam relevo para a decisão da causa. Isto significa, que nem todas as alterações dos factos constantes na acusação ou na pronúncia impliquem necessariamente a imputação de um crime diverso ao arguido e conseqüentemente, a alteração do objeto do processo¹³³.

Ainda analisando a diversidade do crime tendo como base o critério da valoração social e o critério da imagem social dos comportamentos desconformes sujeitos a avaliação judicial, constata-se que a diversidade do crime tanto pode ocorrer para crimes mais graves ou crimes menos graves ou cometidos de uma forma menos grave (v.g., cumplicidade em vez de coautoria, privilegiado em vez de qualificado). À luz dos critérios da valoração social e da

¹³⁰ Cfr., art. 127.º CPP.

¹³¹ Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 141.

¹³² A qualificação de uma alteração como substancial deve derivar da conjugação dos critérios da valoração social e da imagem social. Neste sentido, Isasca, ao defender que “Só a combinação destes critérios nos permite, com segurança, concluir pela diversidade do crime e determinar se a alteração dos factos é substancial. Decisivo será, quer a **valoração social**, quer a **imagem social** do acontecimento ou comportamento trazido a juízo e conseqüentemente, a forma como o pedaço de vida é representado ou valorado do ponto de vista do homem médio – da experiência social se se preferir -, quer a salvaguarda da posição da defesa do arguido. Sempre que ao pedaço individualizado da vida, trazido pela acusação, se juntem novos factos e dessa alteração resulte uma imagem **ou** uma valoração não idênticas àquela criada pelo acontecimento descrito na acusação, **ou** que ponha em causa a defesa, estaremos perante uma alteração substancial dos factos. Estes critérios, possam embora coincidir – caso em que teríamos a maximização óptima – não têm necessariamente que ser cumulativos. Qualquer deles tem autonomia própria suficiente para possibilitar a qualificação da alteração factual operada como substancial”. Cfr., *Idem*, p. 144.

¹³³ Tome-se como exemplo o crime de homicídio. **A** está acusado de às 10 horas ter morto **B** com uma facada, no entanto, para a hora acusada, **A** tem um alibi o que tornaria impossível que fosse o agente material do facto. No decurso da audiência é dado como provado que o facto foi praticado não às 10 horas mas às 11 horas, hora em que **A** já não tem alibi. Esta alteração na hora da prática do facto poderá ser deveras importante para a decisão da causa, apesar de não consubstanciar num crime diverso, já que o crime é o mesmo, independentemente da hora em que ocorreu.

imagem social, podem ocorrer alterações substanciais dos factos que resultem numa imputação ao arguido de um crime diverso, ainda que de menor gravidade (quer seja pelo crime em si, quer pela forma de cometimento) e conseqüentemente com uma pena mais leve¹³⁴.

O facto da moldura penal abstratamente aplicável poder ser menor, não significa que possa e deva sempre considerar-se como não substancial a alteração dos factos. Tal entendimento, não contraria os critérios que o legislador fornece para a promoção de uma alteração substancial dos factos, ainda que, aparentemente, se possam contradizer. Apesar de á primeira vista, o suspeito sair sempre beneficiado com a imputação de um crime menos grave e com uma pena inferior, podem os factos novos, nalgumas situações, colocar o arguido numa posição mais melindrosa do que previamente se encontrava por pôr em causa toda uma defesa estruturada para a contestação do crime mais grave tendo como última finalidade, a absolvição pela não produção de prova dos factos originalmente acusados¹³⁵.

2.1.2. Agravação dos Limites Máximos das Sanções Aplicáveis

Outro dos critérios que o legislador se serve para qualificar uma alteração dos factos como substancial, é o critério da agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, e segundo este critério, na eventualidade do surgimento de novos factos que em correlação com os factos objeto do processo impliquem um agravamento em abstrato da pena máxima aplicável, estar-se-á perante uma alteração substancial dos factos e conseqüentemente, uma qualificação diferente da constante na acusação¹³⁶. A agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis é aferida, tendo por base uma determinada moldura penal padrão que servirá como termo de comparação.

Este critério não deve ser analisado segundo a representação normativa levada a cabo pela acusação ou pelo requerimento de abertura de instrução por parte do assistente – nos

¹³⁴ É atual o entendimento de Marques Ferreira ao defender que o “tribunal não poderá condenar por crime diverso, ainda que de penas mais leve, se para o fazer tiver de conhecer de factos diferentes dos da acusação”, Marques Ferreira, *apud* ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., anot. 1, p. 145.

¹³⁵ Assim chama a atenção Beza dos Santos, *apud* ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 146.

¹³⁶ Podemos dar como ex., novos factos que revelem especial censurabilidade ou perversidade no comportamento do agente que permitem graduar a culpa do agente, art. 132.º CP em vez do art. 131.º CP, entre outros.

casos em que haja instrução, i. é., na qualificação jurídica dos factos que constituem o objeto do processo. Como anteriormente se demonstrou, o juiz tem a plena liberdade para alterar a qualificação jurídica da realidade factual feita pela acusação, qualificando a mesma, da forma que entender adequada, aliás, diríamos mais, sobre os tribunais incide um poder-dever de agir, de livremente alterar a qualificação dos factos provinda da acusação ou pronúncia, com o intuito de tutelar pela legalidade de atuação do *ius puniendi* e defender os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos¹³⁷. Logo, qualquer aferição dos limites máximos das sanções aplicáveis, a ter em conta uma perspetiva exclusivamente normativa, teria que incidir nas sanções penais decorrentes da perspetiva jurídico-penal que os tribunais subsumiram determinada base factual, já que, se entendemos que os tribunais têm liberdade para alterar a qualificação jurídica, não seria lógico que fosse a qualificação do comportamento do agente formulada pela acusação que servisse de matriz.

Encontrando-se o tribunal apenas vinculado aos acontecimentos, aos pedaços de vida, à base factual aduzida pela acusação e conseqüentemente, aos limites máximos das sanções penais a que esses factos correspondem¹³⁸ e não, à qualificação jurídica feita pela acusação sobre esses mesmos factos, todo o *iter processuale* terá que ter sempre por base, a subsunção jurídico-penal que determinado comportamento desconforme teve pelos tribunais. Ora, tal entendimento para os factos constantes e que constituem o objeto do processo em apreciação deverá ser o mesmo em face de factos novos, diferentes dos aduzidos pela acusação, e de outra forma não podia ser. A sua liberdade de qualificação é imperativa, mantendo-se inalterada quer diga respeito a factos novos ou a factos já alegados, e por conseguinte, aos tribunais importa no uso do seu poder-dever, verificar se os novos factos são qualificantes e portanto agravantes do limite máximo da moldura penal e conseqüentemente, se constituem uma alteração substancial dos factos que fundam o objeto do processo, uma vez que, são os factos que determinam os limites das penas e não a qualificação deles previamente feita.

Diferentemente do entendimento do critério de *crime diverso*, em que o legislador tem um olhar mais lato, ao permitir a ativação do regime da alteração substancial dos factos independentemente, do regime normativo em que os novos factos foram subsumidos fosse mais ou menos gravoso que o regime anterior, para o critério da *agravação dos limites*

¹³⁷ Cfr., art. 202.º CRP.

¹³⁸ Segundo Isasca, “O tribunal não se encontra vinculado à qualificação jurídica que dos factos formulou a acusação, mas apenas aos limites máximos da pena que corresponde aos factos aduzidos pela acusação. São aqueles e não esta, que vinculam o tribunal. É a base factual enunciada pela acusação que nos dá o *quantum* abstrato da pena aplicável, independentemente da forma como a acusação a qualificou e portanto do tipo penal referido”. ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 149 e ss.

máximos das sanções aplicáveis, o legislador restringiu o campo de aplicação do regime da alteração substancial dos factos. Olhando unicamente para este critério, de forma autónoma e independente e não numa relação de complementaridade entre o primeiro e o segundo que na realidade existe, nos casos em que a nova realidade factual se traduza num aumento do limite mínimo da moldura abstratamente aplicável¹³⁹ ou na diminuição do limite máximo da moldura abstratamente aplicável¹⁴⁰, o regime da alteração substancial dos factos não opera, o que não significa que não exista uma alteração dos factos objeto do processo. Estes novos acontecimentos, sem dúvida que provocam alterações substanciais no desenrolar de todo o processo, apesar de serem consideradas pelo legislador como não substanciais.

Julgamos que a forma de os critérios abrangerem uma maior realidade era, tal como o critério de *crime diverso*, independentemente se mais ou menos grave, o critério da *agravação do limite máximo da sanção*, ser mais *lato* e abranger todas as modificações nas sanções, seja no limite máximo ou no limite mínimo. No entanto, essa solução tornar-se-ia insustentável e era contrária à intenção do legislador de proteger a posição do arguido contra eventuais circunstâncias não constantes na acusação, pois impediria o tribunal de conhecer de novos factos que beneficiariam a posição do arguido ao reduzir os limites mínimos das penas aplicáveis. O legislador ao permitir que ambos os critérios funcionem de modo autónomo e independente ou numa relação de complementaridade, permite uma certa elasticidade na prossecução da justiça e da verdade material e consequentemente, a justa decisão da causa tendo como limites a garantia dos direitos de defesa do arguido, ou seja, o conceito de alteração substancial dos factos definido pelo legislador, permite encontrar um ponto de

¹³⁹ Os casos de reincidência, art. 75.º CP, tem como consequência o aumento em um terço do limite mínimo da pena aplicável ao crime e a manutenção do limite máximo, art. 76.º CP, mas nesta situação, a defesa não poderá alegar que desconhecia as circunstâncias, uma vez que o arguido é obrigado por lei a responder com verdade sobre os antecedentes criminais, art. 342.º CPP.

¹⁴⁰ Imagine-se as seguintes situações:

- **C** vem acusado pelo crime de exposição ou abandono na pessoa de um menor **D**, seu filho previsto no art. 138.º n.º 1 al. a) e n.º 2 do CP com pena de prisão entre 2 a 5 anos. Durante o julgamento e após alguns testemunhas, o juiz manda fazer um teste de paternidade onde é detetado que **D** não é filho de **C**. Assim, o crime praticado por **C** encontra-se abrangido unicamente art. 138.º, n.º 1, al. a) CP com pena entre 1 a 5 anos. Esta nova realidade tem como consequência uma diminuição da pena mínima aplicável. Este novo elemento, essencial e preponderante para a aplicação da justiça no caso concreto não é, de acordo com a definição presente na alínea f) do art. 1.º CPP, uma alteração substancial dos factos. No mesmo sentido, **A** vem acusado do crime de ofensas à integridade física simples por ter agredido fisicamente **B**, art. 143.º, n.º 1 CP, com pena até 3 anos ou pena de multa. No decorrer do julgamento, surgem novos factos que indiciam que **A**, unicamente exerceu retortão sobre o agressor **B**, art. 143.º, n.º 1 e 3 al. b) CP, podendo ser-lhe a pena dispensada. Apesar deste novo facto, o enquadramento jurídico da realidade factual continua idêntico, ou seja, o crime indiciado continua a ser o do art. 143.º CP e a moldura penal máxima abstratamente aplicável mantêm-se, no entanto, os novos factos tornaram possível a dispensa de pena pelo tribunal. Nestes exemplos, apesar de ser inegável a presença de novos factos, tendo em conta os critérios de aplicação, constituem alteração não substancial dos factos objeto do processo e por conseguinte, pode o juiz conhecê-los e valorá-los no processo em curso.

equilíbrio entre os princípios e os fins do processo penal e os direitos fundamentais do arguido.

3. Alteração Não Substancial dos Factos

Ainda que o tema deste trabalho vise essencialmente o regime da alteração substancial dos factos e respetivas repercussões, consequência da recente revisão processual penal, não podemos deixar de abordar, ainda que de modo muito fugaz, o regime da alteração não substancial dos factos estatuído no art. 358.º CPP, regime que não foi alvo da recente da intervenção do legislador.

Este regime prevê a possibilidade de serem tidos em conta pelo tribunal na prolação da decisão, novos factos não constantes na acusação ou pronúncia desde que, não impliquem, nos termos do art. 1.º al. f) CPP, a imputação ao arguido de um crime diverso ou o agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis e que tenham relevo para a decisão da causa. Sobre estes novos factos, com relevo para a decisão da causa, notificará o tribunal a alteração ao arguido concedendo-lhe, caso o arguido assim o requeira, o tempo estritamente necessário para a preparação da sua defesa, direito que se extingue caso a alteração tenha derivado de factos alegados pela defesa. Pelo exposto, quando os novos factos não se encontrem abrangidos pelos critérios de alteração substancial dos factos estatuídos no art. 1.º, al. f) CPP, subsumem-se como alterações não substanciais, podendo tribunal deles conhecer e valorar na sua decisão.

CAPITULO III

**REPERCUSSÕES DA REVISÃO DE 2007 DO CPP NO REGIME
DA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DOS FACTOS**

1. Na Instrução

Não é por demais evidenciar que a fase da instrução é uma fase processual facultativa de controlo jurisdicional da ação ou inação penal do Ministério Público, que se situa entre a fase do inquérito e a fase do julgamento e cuja direção compete a um juiz (art. 288.º CPP), ficando o seu acionamento ao critério do assistente e do arguido, estando vedado ao Ministério Público o exercício desta prerrogativa¹⁴¹. A natureza da instrução, intimamente imbricada na estrutura acusatória do Processo Penal, estrutura-se numa dupla finalidade: por um lado, a de obter a comprovação judicial da acusação¹⁴², e por outro, a de proceder ao controlo judicial da decisão processual do Ministério Público de arquivar o inquérito¹⁴³. Esta fase facultativa de controlo judicial¹⁴⁴ prévia ao julgamento pode ser requerida pelo arguido, quanto aos factos¹⁴⁵ que constem na acusação do Ministério Público ou do assistente, no caso

¹⁴¹ Concordante com o impedimento legal do Ministério Público requer a abertura de instrução, *vide* entre outros, MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução” (...), Op. Cit., p. 116.

¹⁴² O ato de dedução da acusação como “um acto de promoção processual, no sentido de que, através dele, o MP solicita a intervenção jurisdicional com vista a que se venha a debater – segundo uma determinada forma e os princípios específicos da fase de julgamento – uma questão jurídico-criminalmente controvertida”, cfr., CUNHA, Damião da, “As Revisões do Código de Processo Penal – Algumas Questões de Técnica e Lógica Processuais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nº 2 e 3, Abril - Setembro, Coimbra Editora, 2008, p. 213.

¹⁴³ Como salienta Germano Marques da Silva, “o controlo judicial da decisão de arquivar o inquérito só pode ser promovida pelo assistente através de requerimento para abertura de instrução, consubstanciando este requerimento uma acusação que, nos termos que a acusação formal, condiciona e limita a actividade investigatória do juiz e conseqüentemente, a decisão instrutória”. Por todos, *vide* SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, (...), Op. Cit., 2009, p. 134.

¹⁴⁴ Instrução como fase processual que funciona como “garantia para o arguido e cumulativamente, como sindicância da legalidade de actuação do Ministério Público”. Cfr., *Idem*, p. 152. A instrução como uma garantia constitucional da judicialização da fase preparatória, ao critério do direito “disponível” do assistente e do arguido visando contrariar a decisão com que terminou o inquérito. Neste sentido, *vide* MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução” (...), Op. Cit., p. 118 ss.

¹⁴⁵ Não é admissível a abertura de instrução apenas com o intuito de discutir a qualificação jurídica dos factos, já que, ela visa essencialmente, a discussão dos factos acusados ou não acusados. Para um acompanhamento mais desenvolvido, *vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República* (...), Op. Cit., p. 738.

de acusação particular; ou pelo assistente¹⁴⁶, quando não depender de acusação particular e relativamente a factos não constantes na acusação do Ministério Público e que constituam uma alteração substancial¹⁴⁷, encontrando-se o Ministério Público legalmente limitado de ter nesta fase intermédia uma atitude ativa, apenas atuando caso os outros intervenientes processuais requeiram a sua abertura.

Concordamos com Conde Correia¹⁴⁸ quando menciona que o legislador, na versão originária do Código de Processo Penal, não tinha hipotecado na fase da instrução a descoberta da verdade em prol dos direitos da defesa, i. é., os dois pratos da balança, os fins do processo penal num dos pratos e as garantias e os direitos de defesa do arguido no outro, encontravam-se num ponto de equilíbrio, conseguindo dessa forma o legislador harmonizar valores conflituantes, no entanto, com a recente alteração ao regime da alteração substancial dos factos, decorrência da Lei n.º 48/2007, este ponto de equilíbrio subverteu-se, pendendo demasiado um dos pratos da balança em benefício do arguido “num cego apego aos direitos da defesa”¹⁴⁹ e, diríamos mais, num preocupante desapego aos direitos da vítima e das finalidades do processo penal.

Como iremos tentar demonstrar, em algumas situações, este novo regime poderá colocar seriamente em perigo não só a prossecução dos fins do Processo Penal como também, a própria figura do juiz de instrução criminal enquanto juiz das liberdades e garantias, bem como, numa fase ulterior do processo, o juiz do julgamento, podendo conduzir a “soluções absolutamente insustentáveis (...) por representarem um sacrifício intolerável das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de realização da justiça e de pacificação

¹⁴⁶ Já foi declarado como não sendo inconstitucional, o direito do assistente requerer a abertura da instrução. Cfr., entre outros, Ac. TC n.º 27/2001, proc. n.º 189/00, de 30 de janeiro de 2001, [Consult. em 11 jan. 2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴⁷ A chamada “ação popular penal” consubstanciada na possibilidade conferida ao assistente de requerer a abertura da instrução, promove o controlo da transparência da ação penal sem sacrificar o modelo acusatório. Veja-se, BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro, Coimbra Editora, 2008, p. 230 ss. Em sentido crítico, SILVA, Augusto Santos, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 60.

¹⁴⁸ O autor salienta que “O Código de Processo Penal de 1987 realizava a difícil tarefa da concordância prática entre as finalidades inevitavelmente conflitantes subjacentes ao processo penal. Por um lado, a descoberta da verdade e a realização da justiça, por outro lado a proteção dos direitos individuais e o imprescindível restabelecimento, tão célere quanto possível, da paz jurídica perturbada pela prática do crime e a consequente reafirmação da validade e da vigência da norma jurídica violada”. Por todos, CORREIA, João Conde, “Inquérito, A Manutenção do Paradigma ou a Reforma (...)”, Op. Cit., p. 189. Em sentido idêntico, BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 176. Também Tolda Pinto subscreve que o regime (estabelecido no CPP 87) estabelecia um “equilíbrio entre os interesses da investigação e descoberta da verdade material e os da defesa”. Cfr., PINTO, Tolda, *A Tramitação Processual Penal* (...). Op. Cit., p. 920.

¹⁴⁹ Cfr., CORREIA, João Conde, “Inquérito, A Manutenção do Paradigma ou a Reforma (...)”, Op. Cit., p. 189.

social”¹⁵⁰. Esta situação torna-se ainda mais preocupante, quando em causa está um órgão jurisdicional que não intervêm nem no inquérito¹⁵¹, nem no julgamento¹⁵², e portanto, é independente na apreciação das realidades factuais e respetivas subsunções jurídicas que lhe são presentes para controlo da legalidade¹⁵³, com respeito pelo princípio da separação de funções entre quem acusa, quem instrui e quem julga, princípio basilar num Estado de Direito democrático.

Não demonstrando o art. 303.º do Código de Processo Penal de 1987, o pensamento originário do seu autor¹⁵⁴, projeto que atribuía ao juiz de instrução uma maior amplitude de

¹⁵⁰ Nuno Brandão assume uma posição muito crítica e negativa quanto ao novo regime da alteração substancial dos factos. Para acompanhar as posições do autor, *vide* BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 248 ss.

¹⁵¹ As exceções verificam-se quando em causa esteja o segredo de justiça e direitos, liberdades e garantias dos arguidos – art.s 86.º, 268.º e 269.º CPP.

¹⁵² Toda a instrução, independentemente de quem a requeira, pressupõe uma investigação efetuada pelo Ministério Público, devendo a instrução ser encarada como um mecanismo de fiscalização da ação penal e não como um novo inquérito ou antecipação do julgamento, ou um complemento do inquérito, pelo menos, esse é o sentido que se extrai do art. 286.º CPP. Neste sentido, *vide* SANTOS, Gil Moreira dos, “A Estabilidade Objetiva da Lide em Processo Penal, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, nº 4, Outubro – Dezembro 1992, p. 605 ss. Também Henriques Gaspar defende que “A finalidade da instrução não é continuar a investigação ou completar o inquérito (...) na parte em que se manifestam as exigências de investigação e de produção de provas, é sempre, material e funcionalmente, algo complementar da averiguação, não do inquérito, é certo, mas de factos apurados no inquérito. (...) Mas, por isso mesmo, dentro de tais limites, a actividade de esclarecimento probatório é, não rigorosamente suplementar, mas de algum modo complementar da anterior fase do processo em tudo quanto seja estritamente necessário à finalidade da instrução e à decisão de acusação, mas apenas nisso”. GASPARD, António Henriques, “As Exigências da Investigação no Processo Penal Durante a Fase de Instrução” (...), Op. Cit., p. 94 ss.

Para Soares da Veiga, o arguido, ao requerer a abertura de instrução, exerce pela primeira vez o direito ao contraditório no processo penal e como “não existem riscos de aquisição no processo de posições definitivas, pois, de acordo com os princípios da oralidade e da imediação, só valerá para a decisão final, de condenação ou de absolvição, a prova que for produzida ou examinada em audiência (...) permite a adopção de uma estratégia prática de defesa consistente em considerar a instrução, mais não seja, como um ensaio geral da defesa, com futuros ganhos na sua maturação e aperfeiçoamento e sem prejuízo de se ficar necessariamente vinculado a certos contornos de uma primeira formulação, porventura menos feliz”. Cfr., VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais” (...), Op. Cit., p. 196. Já para Germano Marques da Silva, a instrução é um complemento da investigação realizada no inquérito e não um julgamento prévio. A instrução “é uma fase importante em dois aspectos: como modo de fiscalização da insuficiência do inquérito e conseqüentemente seu complemento nos casos de lacunas da investigação, quer na perspectiva dos ofendidos, quer na perspectiva dos arguidos, e como modo de fiscalização da decisão do Ministério Público, sobretudo em caso de não arquivamento do inquérito”, cfr., SILVA, Germano Marques da, “Um olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do Código (...), Op. Cit., p. 146 ss. Nuno Brandão lança duras críticas às alterações efectuadas na fase da instrução, ao manifestar que a instrução deveria ser um instrumento de controlo judicial da decisão do Ministério Público e “não uma repetição do inquérito ou uma antecipação do julgamento”. Continua o autor, mas servindo-se das palavras de Mouraz Lopes, após o Código de Processo Penal de 1987, a instrução foi “sacrificada a ritos processuais inúteis e, a expedientes processuais dilatatórios e abusivos e que não raras vezes foi na prática transformada num simulacro de julgamento”. Cfr., Mouraz Lopes, *apud*, BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 232 ss.

¹⁵³ Para Raul Soares da Veiga, os “Juizes de Direito oferecem maiores garantias de isenção e respeito pelos direitos fundamentais que os magistrados do Ministério Público, não estando nunca comprometidos com a acusação”. Cfr., VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais” (...), Op. Cit., p. 190 ss.

¹⁵⁴ Segundo o projeto da autoria de Figueiredo Dias e cuja solução não vingou no nosso ordenamento jurídico, estaria consignado que o juiz de instrução teria “*poderes para pronunciar por factos que constituíssem uma alteração substancial dos descritos na acusação, pois se estaria ainda numa fase anterior à fixação do*

atuação, adquirindo a instrução um cariz de instância de investigação - situando-se numa fase prévia à fixação do objeto do processo - em vez do cariz de instância de controlo, de um pré-julgamento que ficou consagrado, garantia o respeito dos princípios constitucionais¹⁵⁵, pois o arguido não se presumia culpado, sendo-lhe dado a conhecer todos os elementos constantes na acusação ou no requerimento da abertura de instrução, e só sobre esses é que teria de exercer o seu direito de defesa, ainda que, a acusação pode-se sofrer alguma alteração decorrência da abertura de um novo inquérito pelo Ministério Público, ou seja, a não estanquidade total dos poderes de cognição do tribunal de instrução à acusação (formal ou material), ao ser-lhe permitido conhecer de factos essenciais ao caso concreto, não era violadora de princípios constitucionais de um processo penal de estrutura acusatória, já que, na eventualidade de acionamento deste mecanismo, o arguido seria sempre notificado dessa alteração, sendo-lhe atribuído um prazo para exercer na plenitude os seus direitos de defesa constitucionalmente consagrados, pois os novos factos constariam da acusação e seria sobre esses que o arguido, coadjuvado pelo seu defensor, teria de defender-se.

A verificação no decurso dos atos de instrução ou do debate instrutório¹⁵⁶ de uma alteração dos factos descritos na acusação ou no requerimento para a abertura da instrução é pressuposto para a aplicação do art. 303.º CPP. Este artigo foi alvo de uma atenção redobrada do legislador, nem sempre correta, impondo alterações muito profundas e que vão ter repercussões em fase posterior do processo. Dos três números que compunham este artigo, um sofreu alterações, mantendo-se dois deles inalterados, o n.º 1 e 2, sendo-lhe no entanto, aditados dois novos números. Estas alterações não produzem efeitos quando em causa estejam

*objecto do processo: antes do julgamento, pressupunha esta solução, tudo consiste numa fase preparatória de investigação, de que o inquérito e também a instrução – acentuando o seu cariz de instância de investigação - fariam parte como sub-fases. Apoiava-se ainda esta solução em razões (...) de economia processual e na consideração de que poderia comportar situações altamente gravosas para o arguido obrigá-lo a um novo processo com uma nova abertura de inquérito”. Cfr., Anabela Miranda Rodrigues, *apud* ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 177; GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal*, Anotado (...), Op. Cit., p. 713. O “Anteprojecto não vingou em sede de Comissão Revisora, argumentando-se então que a mesma feria o princípio do acusatório por não impor qualquer vinculação temática ao juiz de instrução”. Assim, Ivo Manuel Barroso, *apud* MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 761.*

¹⁵⁵ Por diversas vezes foi o modelo de instrução assacado de inconstitucionalidade junto do Tribunal Constitucional por diversos prismas mas, em todos, o Tribunal Constitucional defendeu que o modelo de instrução até então em vigor respeitava os princípios da igualdade, da garantia da tutela jurisdicional efetiva, da restrição excessiva da plenitude do direito de defesa, da presunção de inocência, do princípio do contraditório, da estrutura acusatória e do direito ao recurso. Por todos, *vide*, entre outros, Ac. TC n.º 694/96, Processo n.º 461/95 em especial, a opinião contrária do Juiz Conselheiro, Guilherme da Fonseca, plasmada na Declaração de Voto, [Consult. em 20 jun. 2010]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>; BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., anot. 20 a 22, p. 234.

¹⁵⁶ Dispõe o art. 289.º, n.º 1 CPP, que “A instrução é formada pelo conjunto de atos de instrução que o juiz entenda dever levar a cabo e, obrigatoriamente, por um debate instrutório oral e contraditório”.

alterações não substanciais do objeto do processo, ou seja, só quando os novos factos, resultado dos atos de instrução levados a cabo pelo juiz, a título oficioso ou solicitados no requerimento de abertura da instrução ou do debate instrutório, tenham como consequência uma alteração substancial dos factos objeto do processo¹⁵⁷, sejam estes autonomizáveis ou não¹⁵⁸, é que as alterações vão-se fazer notar e, é apenas sobre estas que nos iremos debruçar¹⁵⁹.

Antes de se analisar especificamente as alterações ao regime da alteração substancial dos factos em sede de instrução, apesar da equiparação desta fase à fase do julgamento¹⁶⁰,

¹⁵⁷ O objeto do processo é fixado com a acusação ou com o requerimento para abertura de instrução, passando a vigorar o princípio da vinculação temática. Este princípio “estabelece o círculo dentro do qual o juiz instrutor é livre na sua tarefa de investigar”. Cfr., MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 757 ss. Quando mencionamos que (mesmo havendo instrução) a acusação pode definir o objeto do processo, estamos a enquadrar na possibilidade que é dada ao arguido de requerer a abertura de instrução, mas cujo limite e âmbito desse requerimento está traçado pela acusação do Ministério Público ou do assistente, no caso de crimes particulares. Já quando é o assistente a requerer a instrução, esta incidirá sobre factos não acusados e desse modo, consubstanciará uma verdadeira acusação distinta da do Ministério Público.

Assim defende Germano Marques da Silva, ao manifestar que “na definição do objecto processual que vai ser submetido ao conhecimento e decisão do juiz há, assim, uma similitude processual de função e, por isso, uma assimilação funcional entre a acusação do Ministério Público e o requerimento do assistente para a abertura de instrução no caso de não ter sido deduzida acusação. Deste modo, o requerimento do assistente não pode, em termos materiais e funcionais, deixar de revestir o conteúdo de uma acusação alternativa, de onde constem os factos que considerar indiciados e que integrem o crime, de forma a possibilitar a realização da instrução, fixando os termos do debate e o exercício do contraditório: o requerimento de abertura de instrução formulado pelo assistente constitui uma verdadeira acusação, que é a acusação que o assistente entende que deveria ter sido deduzida pelo Ministério Público”. Germano Marques da Silva, *apud* GASPAR, António Henriques, “As Exigências da Investigação no Processo Penal (...)”, Op. Cit. nota 5, p. 93.

¹⁵⁸ Como refere Isasca, “a aferição ou constatação da alteração, bem como a sua qualificação como substancial ou não, não estar dependente do exclusivo critério do juiz de instrução, mas ser partilhada com qualquer um dos restantes sujeitos processuais”. ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 179.

¹⁵⁹ Quando os factos novos constituam uma alteração não substancial por não influírem na essência do objeto do processo, a única alteração existente foi o aumento de cinco para oito dias do prazo para o arguido preparar a sua defesa, caso este a requeira, conforme o estatuído no art. 303.º, n.º 3 CPP. Por esse motivo, não irá ser por nós analisada.

¹⁶⁰ A equiparação da fase da instrução à fase do julgamento, funcionando esta quase como que um *treino* para o julgamento, não deriva unicamente da quase total igualização do regime da alteração substancial dos factos em ambas as fases (art.s 303.º e 359.º CPP). Deriva também do legislador consagrar, sob pena de nulidade, a publicidade na instrução e a regra do contraditório nos atos de instrução. Neste sentido, *vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição* (...), Op. Cit., p. 739 ss. O legislador inverteu a ideologia presente no CPP 87 aproximando a instrução do julgamento ao invés do inquérito. Neste sentido, entre outros, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Os princípios estruturantes do processo penal português (...)”, Op. Cit., p. 430. Já Nuno Brandão, referindo-se ao novo regime da publicidade na instrução, utiliza a expressão “cereja em cima do bolo” do desastre. Cfr., BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 240 ss. Ainda segundo o mesmo autor, a pág. 254, “a mimetização antecipatória do julgamento na instrução é a todos os títulos indesejável. Transforma o julgamento num *déjà vu*”. Partilhando a ideia que o novo regime transformou o paradigma do modelo da instrução de um formato preliminar de discussão sobre o valor indiciário das provas para um modelo de um “formato de pré-julgamento”, cfr., GASPAR, António Henriques, “Processo Penal, Reforma ou Revisão; as Rupturas (...)”, Op. Cit., p. 359.

continua o legislador a não permitir, tal qual não permitia no anterior regime¹⁶¹, que o juiz de instrução possa pronunciar o arguido por factos novos apurados nos atos ou no debate instrutório, que importem numa alteração substancial do objeto do processo – independentemente de os novos factos serem ou não autonomizáveis - na eventualidade de tanto o arguido, o Ministério Público e o assistente manifestarem a sua concordância¹⁶². Tal solução, por aplicação análoga do previsto no art. 359.º, n.º 3 CPP, resultaria num alargamento dos poderes de cognição do juiz de instrução¹⁶³.

Se os novos factos se subsumirem na imputação ao arguido de um crime diverso ou na graduação do limite máximo das sanções aplicáveis e portanto, constituírem uma alteração substancial do objeto do processo, dois são os caminhos possíveis consoante o tipo de autonomização dos novos factos perante o objeto do processo, ou seja, ou os novos factos apurados podem, por si, de modo individual e autónomo, constituir objeto de um novo processo, independente do processo em curso; ou, pelo contrário, existe uma relação de dependência entre os novos factos apurados e os factos constantes na acusação ou no requerimento de abertura da instrução, em que, os novos factos, isoladamente, de nada valem, apenas podendo ser valorados se interligados conjuntamente com os constantes no objeto do processo, formando deste modo uma unidade.

Na primeira situação, caso decorra dos atos de instrução ou do debate instrutório fundada suspeita da verificação de novos factos - autónomos do objeto do processo - que representem uma alteração substancial do constante da acusação ou do requerimento para abertura da instrução, o juiz de instrução comunica essa alteração ao Ministério Público, arguido e assistente – caso esteja constituído – valendo essa comunicação como uma denúncia¹⁶⁴ ao Ministério Público para que este proceda a um inquérito¹⁶⁵ pelos novos factos,

¹⁶¹ Para Isasca, caso tivesse sido adotada solução diferente, seria possível obter ganhos em economia e celeridade processual no respeito pelos princípios do acusatório, do contraditório e demais direitos de defesa do arguido. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 178.

¹⁶² Solução diferente da adotada na fase do julgamento, art. 359.º, n.º 3 CPP, com o chamado julgamento de consenso.

¹⁶³ No sentido da consagração de um alargamento dos poderes de cognição do juiz de instrução na sequência da possibilidade conferida pelo art. 359.º, n.º 2, agora n.º 3 CPP para a fase do julgamento, *vide* entre outros, FERREIRA, Marques, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano I, 2º, Abril - Junho, Aequitas e Editorial Noticias, 1991, p. 239; MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução” (...), Op. Cit., p. 135.

¹⁶⁴ No regime revisto, sempre que dos atos de instrução ou do debate instrutório surgissem novos factos suscetíveis de representarem uma alteração substancial aos factos constantes no objeto do processo e passíveis de enquadramento num processo autónomo e independente, o Ministério Público estava obrigado a abrir inquérito quanto a esses novos factos, se consubstanciassem num crime público, porque quanto aos outros pendia a necessidade de queixa pelo titular desse direito, continuando o processo originário a prosseguir nos seus termos normais, i. é., a ação do Ministério Público abrir inquérito não estava pendente de qualquer iniciativa do juiz, inversamente do que parece aparentar atualmente.

os quais, não podem ser tidos em conta no processo originário, mas sim, num processo autónomo e independente, caso existam indícios suficientes para aplicação de uma sanção ou medida de segurança¹⁶⁶.

Solução mais conflituosa e que se centrou a atividade legiferante surge-nos na segunda situação, ou seja, quando dos atos de instrução ou do debate instrutório surjam novos factos não autonomizáveis do objeto do processo e como tal, por funcionarem como uma unidade, não podem por um lado, ser alvo de um inquérito em separado do processo principal¹⁶⁷ e por

No regime agora em vigor, caso esses novos factos surjam na fase da instrução, i.é., surjam do debate instrutório ou da exposição sumária do juiz sobre os atos de instrução requeridos e/ou oficiosamente ordenados (art. 302.º e 291.º CPP), cuja presença do Ministério Público é obrigatória, este, aparentemente, só pode atuar após a comunicação do juiz de instrução, valendo a mesma como uma denúncia (art. 303.º, n.º 4 CPP), ou seja, a ação do acusador público fica, aparentemente, dependente de uma prévia decisão judicial do juiz de instrução (ou posteriormente, do juiz de julgamento), pelo menos é o que parece sobressair da letra da lei, senão vejamos: previamente no art. 303.º, n.º 3 CPP *in fine* mencionava “(...) o Ministério Público abre obrigatoriamente inquérito quanto a eles.”; agora o n.º 4 menciona “ A comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público vale como denúncia para que proceda pelos novos factos (.....)” (sublinhado nosso), ora, parece que se passou de uma imposição legal, decorrência dos princípios processuais penais, para a necessidade de uma comunicação da magistratura judicial. Certamente, esta não era a intenção do legislador nem é a interpretação que se adequa aos princípios enformadores do processo penal.

A atividade do Ministério Público dever-se-á pautar por critérios de legalidade (art. 219.º, n.º 1 CRP), devendo todas as suas intervenções processuais obedecer a critérios de estrita objetividade (art. 53.º, n.º 1 CPP) e imparcialidade. O Ministério Público aquando da notícia de um crime (art. 241.º CPP) e independentemente da forma como ele se verifica (art. 246.º CPP), tem o poder-dever de abrir um inquérito e investigar (art. 262.º, n.º 1 CPP), desde que cumpridos os requisitos legais (art.s 48.º, 49.º e 50.º CPP), pelo que, o acusador público tem o dever de investigar sempre que resultem indícios suficientes da ocorrência de um crime e do seu autor, já que, havendo indícios da existência de um crime, está vedado ao Ministério Público o *onus* de decidir se deve ou não investigar.

Deste modo, e independentemente de haver ou não comunicação do juiz, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, sempre que entenda que dos novos factos resultem indícios do cometimento de um crime autónomo e independente do originário, deverá abrir inquérito quanto a eles, ou seja, a ação do Ministério Público não poderá ficar dependente nem ao critério do juiz. Claro está que apenas nos referimos aos crimes públicos, já que, quanto aos outros, a legitimação para a promoção processual está dependente de queixa pelo titular desse direito. Julgamos que seja esta a intenção do legislador e só neste sentido concordamos com Isasca quando este, referindo-se à fase de julgamento, refere que “o Ministério Público mantém toda a sua independência” porque apenas “procederá pelos novos factos, **se e na medida** em que tal se imponha” face aos critérios legais e constitucionais de atuação do Ministério Público a que está obrigado, não se devendo entender a comunicação do juiz de julgamento como uma interferência “na autonomia do Ministério Público”. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 202 ss.. Julgamos que um entendimento em sentido não consentâneo com o exposto, constituirá um freio à ação do Ministério Público o que implicará, uma limitação à sua atuação e independência.

¹⁶⁵ Sobre a abertura do inquérito não implicar obrigatoriamente a formulação de uma acusação, anota Isasca que “uma coisa é a obrigatoriedade da abertura de inquérito, outra a de deduzir acusação. Enquanto que para aquele basta a fundada suspeita da verificação de determinados factos que possam consubstanciar um crime (...), portanto um juízo de possibilidade e probabilidade da ocorrência de factos, já para a dedução de uma acusação, o juízo de possibilidade e probabilidade se refere à subsunção dos factos apurados numa certa norma penal incriminadora”. *Idem*, p. 181.

¹⁶⁶ Para Paulo Mendes, a regra nos factos autonomizáveis tem exceções, “os crimes complexos, crimes com relação de especialidade entre dois ou mais tipos legais de ilícitos penais, onde se inclui o roubo, ainda que autonomizáveis, não devem os seus elementos típicos serem atendíveis em processos penais independentes”. Cfr., MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 758 ss.

¹⁶⁷ Pensemos no seguinte exemplo: A vem acusado da prática do crime de homicídio simples (art. 131.º CP) no entanto, no decurso da instrução, surgem novos factos que permitem depreender uma relação até aqui desconhecida entre o arguido e a vítima análoga à dos cônjuges mas sem coabitação e a premeditação da ação do

outro, ser valorados pelo juiz de instrução. Este, para efeitos do despacho de pronúncia ou não pronúncia, não pode tomar em conta os novos factos, mesmo que provindos das diligências solicitadas pelo arguido ou de testemunhos do próprio, desde que, estes indiciem suficientemente a prática de um crime diferente e não necessariamente mais grave¹⁶⁸ ou uma graduação nos limites máximos da pena, para além de que, sendo estes factos não autonomizáveis, não pode haver denúncia ao Ministério Público para que por eles proceda, nem podem, porque indissociáveis dos iniciais e insuscetíveis de preencherem uma norma penal e não ser permitido a extinção da instância¹⁶⁹, serem posteriormente conhecidos sob pena de se violar o princípio do caso julgado e o princípio *non bis in idem*. Sobre esta solução agora escolhida pelo legislador já Isasca se havia pronunciado como sendo uma solução “absolutamente inaceitável” e “em aberto conflito com a prossecução da verdade material e justiça do caso concreto”¹⁷⁰, comentários que colhem por completo a nossa aceitação.

Sobre o regime revisto, *mutatis mutandis* para a fase do julgamento, as soluções defendidas pela jurisprudência e pela doutrina variavam entre o afastamento de qualquer solução formal de encerramento da instância, ordenando o prosseguimento do processo e rejeição dos factos novos para efeitos de prolação de decisão e o entendimento, maioritário, que tanto os factos dependentes dos iniciais e os que, mesmo independentes, devessem ser

arguido. Os novos factos por si sós, não fundamentam qualquer tipo de enquadramento penal, ou seja, não são fundamento para inquérito autónomo, no entanto, se analisados conjuntamente como um todo, como uma unidade, todos os factos conhecidos são suscetíveis de consubstanciarem o crime de homicídio qualificado previsto no art. 132.º, nº 1 e no nº 2, al.s b) e j) CP.

¹⁶⁸ Nem sempre um crime diferente do acusado tem implícitas consequências mais gravosas. Não se pretendendo imaginar situações muito rocambolescas, certo é que por vezes a realidade suplanta a imaginação, no entanto, tomemos como exemplo uma situação em que **B**, sufoca com uma almofada **C**, seu pai, pessoa muito doente e particularmente indefesa. **B**, pelo seu ato perverso e censurável incorre no crime de homicídio qualificável p.p. no art. 132.º, nº 1 e nº 2, al.s a) e c) CP, com pena de 12 a 25 anos. Com o desenvolvimento das diligências, constata-se que **C**, havia muito tempo que pedia insistentemente que alguém o matasse por estar farto de estar acamado e sem possibilidade de recuperação e **B**, movido por compaixão e desespero em ver **C** seu pai, naquela situação degradante, faz-lhe a vontade. Caso o tribunal pudesse ter em conta os novos factos, muito possivelmente **B** veria a sua responsabilidade criminal diminuir e os seus atos serem eventualmente subsumíveis no crime de homicídios privilegiado p.p. no art. 135.º CP com pena de 1 a 5 anos. Tendo em conta o regime atualmente em vigor, **B** ou era punido nos exatos termos constantes na acusação ou era absolvido de qualquer responsabilidade criminal.

¹⁶⁹ Art. 303.º, nº 3 CPP: “Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no processo em curso, nem implica a extinção da instância”.

¹⁷⁰ Para o autor, a solução que melhor se adequa é a reabertura do inquérito, mas agora, com todos os factos, ou seja, não só os factos constantes na acusação ou no requerimento para abertura de instrução mas também, com os novos factos resultantes dos atos de instrução (requeridos pelas partes ou oficiosamente) ou do debate instrutório e por esse motivo, havia como que uma “reabertura do inquérito” para que o Ministério Público investigasse os novos factos e caso fossem recolhidos indícios suficientes de que os novos factos conjuntamente com os já conhecidos consubstanciassem uma nova realidade factual subsumível num crime, o Ministério Público deduziria a acusação por todos eles, suspendendo-se a instância nesse período. Mais refere o autor, que esta “reabertura do inquérito” não provoca situações de litispendência, uma vez que, o processo é o mesmo, regressando à fase da investigação para, se for caso disso, ser complementado. (sublinhado nosso). Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*. Op. Cit., p. 183 ss.

conhecidos em conjunto com eles, não poderia o juiz tomar decisão do mérito da causa, devendo devolver o processo ao acusador público para que este abrisse inquérito quanto à totalidade dos factos, devendo a instrução ser encerrada¹⁷¹, proferindo o juiz despacho de

¹⁷¹ No que tange à natureza jurídico-formal do despacho de encerramento da instrução e o destino quanto aos factos novos não autonomizáveis, variadíssimas são as soluções defendidas pela Doutrina e Jurisprudência. Para um acompanhamento mais desenvolvido, *vide* entre outros, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição (...)*, Op. Cit., p.760 e ss.; BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 246 ss.

Para Isasca, não é possível a aplicação nem do regime da extinção da instância, nem da absolvição da instância mas apenas, o regime da suspensão da instância por analogia com os arts 276.º e 279.º CPC. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., anot. 1 p. 185 ss.

Contra as teses de suspensão ou absolvição da instância, entre outros, *vide* SANTOS, Gil Moreira dos, “A Estabilidade Objectiva da Lide em Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 602 ss.; Teresa Pizarro Beleza, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição (...)*, Op. Cit., p. 760. No mesmo sentido, cfr., MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo (...)”, Op. Cit., p. 761 ss. O autor mostra-se contrário tanto à tese de repetição do inquérito com a suspensão da instância, como à tese de organização de um novo processo com todos os factos com a absolvição da instância.

Contra a suspensão da instância por o processo ficar “à espera de coisa nenhuma”, mas, em prol da solução de absolvição da instância e remeter para inquérito toda a realidade factual, não só os factos constantes na acusação mas também, os resultantes das diligências dos atos e da audiência de instrução, MOURA, Adriano Souto, “Notas Sobre o Objecto do Processo (A Pronúncia e a Alteração Substancial dos Factos)”, in *Revista do Ministério Público*, ano 12, n.º 48, p. 70 ss.

António Leonês Dantas, defendia a solução da impossibilidade superveniente da instrução e do respetivo arquivamento, por aplicação analógica do disposto no art.º 277, n.º 1 CPC. “Este arquivamento por ser uma decisão de forma não impede que novo processo seja instaurado para indagação dos factos objecto do processo inicial”, DANTAS, António Leonês, “A Definição e Evolução do Objecto do Processo no Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, ano 16, Julho – Setembro, 1995, n.º 63, p. 104 ss.

Já Germano Marques da Silva, defendia a solução do despacho de não pronúncia e complemento do inquérito por ter-se verificado uma “*exceção inominada*” que determina que o processo seja remetido à fase de inquérito” podendo ocorrer uma reformulação da acusação. Cfr., MARQUES, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, 2ª edição, Revista e actualizada, Editorial Verbo, 2000, p. 281. Para o autor, “o juiz de instrução não ordena ao MP que deduza acusação nos termos que julga correctos, antes simplesmente não recebe a acusação nos termos em que foi deduzida por a considerar violadora do princípio da legalidade do exercício da acção penal”, mais, “esta liberdade do tribunal recusar a acusação por considerar que ela viola o princípio da legalidade da acção penal não colide com a estrutura acusatória do processo (...) o que o princípio do acusatório impede é que seja o tribunal a tomar a iniciativa de conformar os termos da acusação, mas não impede que o tribunal a aceite por quaisquer factos, senão conformes com a lei a que o Ministério Público está vinculado”, Germano Marques da Silva, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição (...)*. Op. Cit., p. 762. A opinião do autor mudou em face do novo regime, admitindo agora, que a solução atualmente consagrada pelo legislador é a que melhor realiza a estrutura acusatória, uma vez que, assim, “o juiz não determina nem directa nem indirectamente o conteúdo da nova acusação e que a finalidade da instrução não é tanto a de continuar a investigação realizada no inquérito, mas a de comprovar a legalidade da acusação já deduzida com base nas provas recolhidas no inquérito e completadas na instrução”. Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2009, p. 157.

A tese aprovada pela Lei n.º 48/2007, consagra a solução do prosseguimento da instrução com os factos anteriores, “com inexorável sacrifício parcial do conhecimento da verdade material”. Solução defendida entre outros, por Fernanda Palma, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição (...)*, Op. Cit., p. 762; SANTOS, Gil Moreira dos, “A Estabilidade Objectiva da Lide em Processo (...)”, Op. Cit., p. 614; MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo (...)”, Op. Cit., p. 763 ss.

Sem deixar de defender e concordar com a solução adotada pelo legislador de continuação do processo em curso, com preterição absoluta do conhecimento da alteração substancial dos factos, Paulo Sousa Mendes apresentou junto do Conselho da UMRP, aquando dos trabalhos da proposta de Lei n.º 109/X, uma alteração ao articulado então escolhido:

“Art 303.º

[...]

absolvição (ou suspensão ou extinção) da instância. O Ministério Público, caso se comprovassem os indícios, procederia a nova acusação, agora com a totalidade dos factos.

Através da Lei n.º 48/2007, resolveu o legislador cristalizar o destino a dar ao processo e à natureza jurídica do despacho de instrução, até então entregue à doutrina e jurisprudência, proibindo expressamente a extinção da instância e impondo que o processo prossiga com preterição absoluta de conhecimento pelo juiz da alteração substancial de factos, obrigando o novo regime a que o juiz, para efeitos de proferir a decisão sobre o mérito da causa, tenha de *esquecer* quaisquer novos factos surgidos *a posteriori* e decorrentes do debate instrutório ou dos atos de instrução requeridos oficiosamente ou pelas partes. Independentemente da discussão em torno da natureza jurídica do despacho, era entendimento pacífico entre a doutrina e a jurisprudência maioritária, a ideia que o juiz (instrução ou julgamento) não poderia ignorar os novos factos, *hoc sensu*,¹⁷² apurados e essenciais à causa, devendo a nova factualidade ser investigada pelo titular da ação penal, variando as soluções consoante fossem factos autonomizáveis ou não. A solução até então em vigor, tanto para a instrução como para o julgamento “respeitava cabalmente o princípio do acusatório sem sacrificar o desiderato da descoberta da verdade material”¹⁷³ e acrescentaríamos nós, respeitando as garantias de defesa do arguido e o princípio da legalidade da ação penal¹⁷⁴.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. Se a alteração substancial de factos referida no número anterior não puder só por si dar lugar à abertura de inquérito pelo Ministério Público, a instrução prossegue com sacrifício definitivo da possibilidade de conhecimento desses factos.

5. Se a alteração substancial de factos referida no n.º 3 implicar a subsunção num tipo legal de crime alternativo com respeito àquele que é pressuposto no objecto do processo em curso, o juiz profere despacho de não pronúncia e comunica a alteração ao Ministério Público para que proceda pelos novos factos.” Cfr., MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo (...), Op. Cit., p. 767 ss.

¹⁷² Como salienta Nuno Brandão, “devido à extrema complexidade da questão do objeto do processo (...) entendeu-se não ser prudente cristalizar na lei adjectiva determinada solução (...) recair sobre a doutrina e a jurisprudência o labor (...) criar modelos de resolução dos problemas concretos com que a prática fosse confrontada. (...) tornou-se relativamente pacífico que perante a suspeita fundada de novos factos, *hoc sensu*, haveria que distinguir entre os autonomizáveis e os não autonomizáveis (...). Se, pelo contrário, os novos factos não fossem autonomizáveis, por serem indissociáveis dos iniciais ou ainda que o fossem deverem ser conhecidos em conjuntos com eles, a jurisprudência e a doutrina maioritária consideravam que não poderia ser tomada uma decisão de mérito e o juiz deveria “devolver” o processo ao Ministério Público para que este abrisse inquérito (arts 303º - 3 e 309º -1 do CPP revisto)”. Cfr., BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 246.

¹⁷³ *Idem*, p. 247.

¹⁷⁴ O princípio da legalidade na promoção processual tem implícitos dois deveres que recaem sobre o titular da ação penal: por um lado, o “*dever de investigar*”, quando exista a notícia de um crime, e por outro, o “*dever de acusar*”, quando da investigação resultem fortes indícios da existência de um crime e dos seus autores. Pedro Caeiro aborda a dicotomia entre princípio da legalidade *versus* princípio da oportunidade. Cfr., CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema”, in *Revista do Ministério Público*, Ano n.º 21, n.º 84, Outubro – Dezembro, 2000, p. 32.

O legislador entendeu promover a solução da preterição absoluta do conhecimento de factos novos que alterem substancialmente o *thema decidendum* constante na acusação pois só assim, seria respeitado o princípio do acusatório sob pena de se comprometer irremediavelmente “a paz jurídica do arguido”¹⁷⁵ e o “seu direito constitucional a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”¹⁷⁶. Argumentos que não colhem a nossa aceitação e sobre os quais já o Tribunal Constitucional¹⁷⁷ se manifestou, pelo que, a solução ora imposta pelo legislador é uma solução que consagra um “*inexorável sacrifício parcial do conhecimento da verdade material*”¹⁷⁸, com a correspondente amputação da justa decisão, ao *endeusar* a figura do arguido sacrificando de forma incongruente as finalidades do processo penal e aumentando o sentimento de impunidade, de vitimação, de inoperância da justiça e do crime sem punição. Esta solução terá implicitamente várias consequências futuras “absolutamente insustentáveis no plano político-criminal por representarem um sacrifício intolerável das finalidades do processo penal”¹⁷⁹.

Tendo em conta o já defendido pelo Tribunal Constitucional, não compreendemos o argumento da violação do princípio do acusatório por ingerência do juiz de instrução na investigação, pois, na eventualidade do reenvio do processo para investigação, por haver indiciados novos factos, essa investigação seria da exclusiva competência do Ministério Público sem qualquer intervenção do juiz de instrução. Não sendo a ação penal do Ministério Público orientada por ordens ou instruções de qualquer magistratura, mas antes, por critérios de legalidade, objetividade e imparcialidade¹⁸⁰, encontrando-se “empenhado na descoberta da verdade e na realização do Direito, ou seja, na obtenção de uma sentença justa e, por isso, a

Do princípio da legalidade decorre a obrigação do Ministério Público deduzir acusação e promover a ação penal sempre que sejam recolhidos indícios suficientes. Assim, SILVA, Fernando, “Representação dos menores em processo penal” (...), Op. Cit., p. 772.

¹⁷⁵ Cfr., SANTOS, Gil Moreira dos, “A Estabilidade Objectiva da Lide em Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 608.

¹⁷⁶ Para Teresa Beleza, um dos fundamentos para a necessidade de alteração do regime legal era o direito constitucional do arguido ser julgado no mais curto prazo possível, direito que ficaria afetado se o processo transita-se novamente para o inquérito. Cfr., Teresa Pizarro Beleza, *apud* BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 248.

¹⁷⁷ A alegada violação do princípio do acusatório, concomitantemente com o direito à decisão em prazo razoável foi abordada pelo TC entendendo este que “não ocorre a violação do *princípio do acusatório* nem o desrespeito do *direito a um processo equitativo* (...) tal solução assegura integral respeito pelos direitos de defesa e não afectará, de modo intolerável, o direito a decisão em prazo razoável, não se vislumbrando razões para crer que o novo julgamento pela totalidade dos factos (que as instâncias consideram ser o mais adequado em termos de asseguramento da justiça material, que é o objectivo último do processo criminal) seja necessariamente muito mais moroso que um novo julgamento apenas incidindo sobre os «factos novos»” – Ac. TC n.º 237/2007, disponível no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007 ou em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁷⁸ Os próprios defensores desta solução assumem que uma das finalidades do Processo Penal fica indubitavelmente colocada em causa, cfr., Paulo Mendes e Fernanda Palma, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição* (...), Op. Cit., p. 762.

¹⁷⁹ Cfr., BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 248.

¹⁸⁰ Cfr., art. 219.º CRP.

sua actuação deve pautar-se por uma incondicional busca da verdade e da Justiça”¹⁸¹, não existe qualquer afrontamento ou violação ao modelo de separação de funções entre magistraturas.

No mesmo sentido, não parece proceder o fundamento que seria ofendido a *paz jurídica* do arguido e afrontado seu *direito constitucional a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa* com a interrupção da instrução e o reenvio do processo para a fase do inquérito para investigação. Como já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça¹⁸², o arquivamento do processo em curso e o reenvio para o Ministério Público abrir inquérito pela totalidade dos factos, não restringe nem limita os direitos constitucionalmente consagrados do arguido, pois não há uma recusa de decisão mas apenas um protelamento da decisão final. Ainda que se possa alegar que este protelamento na decisão tenha consequências negativas na paz jurídica do arguido, importa salientar que todo o procedimento criminal obedece a regras e prazos de prescrição legalmente estabelecidos¹⁸³ e que condicionam a decisão final.

Uma das consequências possíveis de imputação ao novo regime, é a suscetibilidade da decisão do juiz ser assacada de inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade, ao não realizar a “justiça penal, obtendo a condenação judicial de *todos* os culpados e *só* dos culpados pela prática de uma infracção”¹⁸⁴. Perante a impossibilidade de reenvio do processo para inquérito e o alargamento dos poderes de cognição do juiz a novos elementos, assumido que está a inviolabilidade do princípio da vinculação temática, o juiz, em determinadas situações, ver-se-á obrigado a proferir e a fundamentar as decisões de mérito tendo em conta uma realidade factual desconforme da real, o que poderá implicar a punição do arguido por um crime diferente do realmente praticado, inculcando-o a decisões contrárias aos princípios jurídico-constitucionais e às finalidades do processo penal.

Para exemplificar esta nossa preocupação, e tendo em conta que estamos a analisar o regime na fase de instrução, mas *mutatis muntandis*, poder-se-á colocar também na fase do

¹⁸¹ VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais (...) Op. Cit. p. 212.

¹⁸² Defende o STJ, que a solução de arquivamento do processo e a comunicação ao Ministério Público para a abertura de inquérito quanto a todos os factos “não beliscava os direitos do arguido constitucionalmente garantidos, pois ela, “não corresponde a recusa de decisão, mas tão-só a protelamento da decisão (...) e este protelamento tem em vista, como é de todo evidente, tão-só a real eficácia das garantias de defesa do arguido, possibilitando-lhe exercer cabalmente os seus direitos de defesa””. Cfr., Ac. STJ, de 17 de dezembro de 1997, processo n.º 1347/97, disponível em *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano V, 1997, Tomo III, p. 257 ou em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁸³ No mesmo sentido, *vide* BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 248 ss.

¹⁸⁴ Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 125 ss.

juízo, lançamos as seguintes questões: como deverá atuar o juiz de instrução¹⁸⁵: profere despacho de pronúncia, pronunciando o arguido pelo crime constante na acusação (material ou formal) mesmo havendo fortes indícios que não foi o crime efetivamente praticado? Ou, profere despacho de não pronúncia, porque o crime sobre o qual o arguido vem acusado não foi o indiciariamente praticado sim mas outro? Mais aprofundaríamos nós, sendo o juiz de instrução criminal o juiz das liberdades e garantias e da aferição da legalidade da ação do *ius puniendi*, como pode ele proferir despacho de pronúncia ou não pronúncia quando resultem dos atos de instrução ou do debate instrutório que a factualidade acusada não coincide com a realidade praticada, sendo uma decorrência do princípio da legalidade que ninguém pode ser punido (pronunciado) por um crime que não tenha praticado.

Outra consequência, é o facto de a instrução ser presidida por uma entidade judicial que não participou no inquérito e não interferiu na acusação ou arquivamento, nem irá posteriormente imiscuir-se no julgamento e portanto, imparcial, vê os seus poderes de cognição e de atuação, nesta circunstância concreta, limitada ao labor investigatório¹⁸⁶ do Ministério Público, mesmo quando seja insuficientemente feito ou nalgumas situações, incompetentemente feito, seja por culpa própria ou consequência de vicissitudes próprias duma investigação criminal. Ainda que o *rácio legis* do novo regime seja a responsabilização¹⁸⁷ do Ministério Público pela investigação efetuada, terá também como consequência, uma corresponsabilização do juiz de instrução e posteriormente do juiz de julgamento na investigação, já que, ambos, ao terem de ignorar factos essenciais para a prolação da decisão, terão de engendrar e viciar uma decisão que sabem “ser com toda a

¹⁸⁵ Também Isasca alerta para a incongruência desta situação. Segundo o autor, “sendo fundada a suspeita do próprio juiz de instrução, qualquer daqueles despachos” (pronúncia ou não pronúncia) “seria um verdadeiro contrasenso e até contraditório quanto aos seus pressupostos – se há fundada suspeita de que os novos factos alteram substancialmente a acusação ou o requerimento de abertura de instrução, é porque os factos que fundamentam qualquer destas peças processuais estão mais do que suficientemente indiciados.” (sublinhado nosso) Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., anot. 1, p.184.

¹⁸⁶ Como assertivamente anota Souto Moura, “os factos novos que só surgem na instrução podem não revelar incúria ou incompetência do MP ou OPC. Depois, se o juiz não pudesse conhecer os factos novos e ninguém mais os pudesse vir a ter em conta, chegaríamos à conclusão de que o mecanismo processual encontrado pelo art. 303º do NCPP estaria muito aquém duma justiça penal dominada no aspecto substantivo também, pelo princípio da legalidade”. Cfr., MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução” (...), Op. Cit., p. 132.

¹⁸⁷ Vários são os autores que entendem que é o Ministério Público, enquanto *dominus* do inquérito, quem deve assumir as responsabilidades pelo não conhecimento cabal de todos os factos imputáveis ao arguido, entre outros, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição (...)*, Op. Cit., p.763 e 839.

probabilidade uma mentira”¹⁸⁸, pois como assertivamente refere Grunwald, “o juiz adquiriu o saber proibido e é uma evidência que já não pode apagá-lo da sua cabeça”¹⁸⁹.

Sendo a instrução uma instância de controlo e fiscalização da ação penal, situada entre o inquérito e o julgamento e que acrescenta ao inquérito uma discussão pública, contraditória¹⁹⁰ e vinculada tematicamente à matéria de facto e de direito, com confronto da prova da acusação e da defesa diante de um juiz¹⁹¹, deveria nesta fase, nas situações em que é requerida, ser alargado o âmbito dos poderes de cognição do tribunal de modo a permitir ao juiz de instrução a possibilidade de se pronunciar sobre todos os factos trazidos a seu conhecimento¹⁹², ainda que, houve-se de encerrar a instância independentemente do modelo

¹⁸⁸ Cfr., MOURA, Adriano Souto, “Notas sobre o Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 70. Estatui o CPP que o tribunal pode ordenar a produção dos meios de prova necessários à descoberta da verdade e à boa decisão da causa e que, só as provas produzidas e examinadas em audiência podem ser por ele valoradas e servir de fundamento à sua decisão, devendo estas ser apreciadas segundo a sua livre convicção (art.s 127.º, 340.º e 355.º CPP). Estas regras tornam-se inaplicáveis caso promovam uma alteração substancial dos factos, mesmo que provenham da livre confissão do arguido, pelo que, não podemos deixar de concordar com Souto Moura, quando resulta do normativo legal (art. 344.º, n.º 2, al. a) CPP), que a confissão livre, integral e sem reservas pelo arguido implica a renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e conseqüente consideração destes como provados.

¹⁸⁹ Cfr., Grunwald, *apud* FERREIRA, Marques, “Meios de Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 236.

¹⁹⁰ Cfr., art.s 289.º e 298.º CPP. A constitucionalidade da contraditoriedade do debate instrutório já foi por diversas vezes assacada, no entanto, o Tribunal Constitucional sempre manteve a afirmação da conformidade constitucional do preceito estatuído no art. 289.º, n.º 2 CPP, tanto na perspetiva do princípio do contraditório, como na perspetiva das garantias de defesa. Cfr., Ac. TC n.º 339/05, de 22 de julho de 2005, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 11 de novembro de 2005, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Para Figueiredo Dias, a instrução, deveria ser eliminada como fase processual autónoma e deveria admitir-se uma instrução ao estilo da tradição anglo-americana de “*preliminary hearing*, a existência de um *debate instrutório*. (...) rápida e contínua audiência pública, exclusivamente oral e contraditória e versando sobre questões – de facto e/ou direito – prévia e rigorosamente determinadas pelo juiz de instrução e por ele decididas no seu despacho final”. Por todos, *vide* DIAS, Figueiredo, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo (...)”, Op. Cit., p. 376.

¹⁹¹ O jornalista Nuno Rogeiro, referindo ao muito badalado processo “Casa Pia” não deixa de focar um ponto essencial no processo penal, ou seja, a valoração atribuída aos testemunhos e provas prestadas na instrução perante “magistrados de instrução, juristas de formação, antes do julgamento. Não em segredo, numa cela húmida e escura, sob a ameaça de tortura de verdugos boçais, mas com garantias (...), e na presença de múltiplos advogados”. Nuno Rogeiro, entrevista em 28-01-2011, à revista *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico*. [Consult. em 18 fev. 2011]. Disponível em <http://www.inverbis.net>.

¹⁹² Não concordamos com Damião da Cunha, quando afirma “parece-nos ser imposta a conclusão de que não se pode conhecer em julgamento daquilo que teve, tem ou teria tido, remédio próprio na fase de instrução (tenha ela sido requerida ou não)”. CUNHA, José Damião da, “*Ne bis in idem* e o exercício da acção penal” (...), Op. Cit., p. 557. Não concordamos porque, não só a fase de instrução é sempre facultativa, cujo acionamento depende exclusivamente do arguido ou do assistente, não podendo o juiz, *ex-officio*, avaliar da legalidade da acusação ou arquivamento, como também, a recente revisão processual em nada favoreceu a instrução, equiparando esta à fase do julgamento, impondo restrições aos poderes de cognição do juiz de instrução mais apertados do que ao juiz de julgamento, porquanto, só lhe é permitido conhecer dos factos constantes na acusação ou no requerimento para abertura de instrução, estando-lhe vedado aferir da validade e veracidade de qualquer outro facto surgido dos atos de instrução ou do debate instrutório, ainda que houvesse porventura anuência do arguido, assistente e Ministério Público.

Concordaríamos com a opinião do autor se, ao juiz fosse permitido dar execução prática ao poder/dever de investigar todos os factos surgidos nessa fase processual e ligados umbilicalmente à acusação ou requerimento de abertura de instrução, ainda que dela não constassem originalmente e tidas por essenciais para

jurídico-formal a adotar e promover uma nova investigação¹⁹³. Claro está que apenas nos referimos aos não autonomizáveis, pois quanto aos autonomizáveis a lei prevê e muito bem, o seu regresso ao inquérito para um processo à parte.

Deste modo e na linha do que acontece noutros ordenamentos jurídicos europeus¹⁹⁴, julgamos que deveriam ser alargados os poderes de cognição e de decisão do juiz de instrução¹⁹⁵, pelo que, e tendo em conta as disposições conjugadas dos art.s 1.º, al. f), 4.º e 303.º, n.º 3 CPP e art.s 289.º e 493.º, n.º 2 CPC, julgamos que melhor solução é a defendida por alguma doutrina e jurisprudência¹⁹⁶, e subsumia-se na absolvição da instância e remessa

uma decisão compatível com a realidade material. Nos moldes atuais, arriscamo-nos a afirmar que a instrução não é digna de assumir as responsabilidades inerentes aos princípios da unidade e indivisibilidade do objeto do processo, por funcionar por vezes, como mero expediente dilatatório e de preparação para o julgamento. Como assertivamente menciona há largos anos Figueiredo Dias, a instrução transformou-se num “simulacro de julgamento, antecipado e provisório, inadmissível à luz dos princípios gerais e de um mínimo de eficiência, jurídica e socialmente exigível, do processo penal”. Cfr., DIAS, Figueiredo, “O processo penal português: problemas e perspectivas” (...), Op. Cit., p. 808.

¹⁹³ Não se alegue que, caso fosse permitido ao juiz de instrução intervir na definição do objeto do processo, estaria este, já a tomar partido na causa e a proceder a uma espécie de julgamento. O juiz de instrução não intervém na fase no inquérito, à exceção quando em causa estejam direitos, liberdades e garantias do arguido cabendo-lhe a ele, o controlo e a garantia da legalidade na atuação do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal (art.s 268.º e 269.º CPP). Além do mais, esta é a primeira vez, após a investigação criminal e a última, antes do julgamento, em que os vários intervenientes estão em posição de igualdade, assumindo o arguido a plenitude dos seus direitos e onde, também pela primeira vez, haverá um debate contraditório onde as posições das partes serão também pela primeira vez, afloradas e cujo confronto será arbitrado por uma entidade imparcial e sem intervenção num futuro julgamento, cabendo-lhe a ele indagar da existência ou não de indícios suficientes da prática do crime e averiguar da legitimidade do constante na acusação ou no requerimento de abertura de instrução.

A letra da lei não deixa dúvidas na interpretação e na intenção de intangibilidade do objeto do processo, ao determinar a nulidade do despacho na parte em que pronunciar o arguido por factos que impliquem uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura de instrução (art. 309.º, n.º 1 CPP), o qual, por não ser de conhecimento officioso é sanável, devendo a nulidade ser arguida pelo Ministério Público, assistente ou arguido no prazo de oito dias após a notificação da decisão, conforme art. 309.º, n.º 2 em conjugação com os art.s 118.º, 120.º e 121.º CPP.

¹⁹⁴ Solução não unanime e que diverge consoante o ordenamento jurídico observado: “no italiano – art. 428.º do CPP de 1988 – o MP tem de modificar a acusação de harmonia com o entendimento do juiz; no alemão, o juiz recebe a acusação com modificações, deduzindo depois o MP nova acusação, de harmonia com a decisão judicial - § 207 StPO – e no francês a Câmara de Acusação define com ampla liberdade o objecto do processo sem que seja necessária promoção complementar do MP – arts. 202º e segs. do CPP francês”. Cfr., GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal* (...), Op. Cit., p. 719. No sentido de um despacho reformador da acusação após investigação sumária do Ministério Público tal como prevê o art. 423.º do CPP italiano, vide FERREIRA, Marques, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal” (...). Op. Cit., p. 237.

¹⁹⁵ A Doutrina maioritária considera como “excessiva” a vinculação temática do juiz de instrução à acusação, considerando que não violaria o princípio da acusação, a possibilidade do juiz de instrução de conhecer de factos novos que representassem uma alteração substancial da acusação ou do requerimento para abertura de instrução. Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição* (...), Op. Cit., p. 760 ss.

¹⁹⁶ Adriano Souto Moura defende que, “realizado o debate e concluindo o juiz pela alteração substancial dos factos, produzirá uma decisão instrutória de absolvição da instância”. Para o autor, “O J.I.C. não poderá na verdade, amputar o evento na pronúncia, fccionando que ocorreu de certo modo, quando ele até tem a “fundada suspeita” de que ocorreu de modo diverso. E por isso até se abriu um inquérito. A tal se oporiam pelo menos, os princípios da legalidade e da verdade material, considerando como pano de fundo o princípio “*ne bis in idem*””, por todos, vide MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução” (...), Op. Cit., p. 131 ss. Solução idêntica foi a defendida entre outros, no Ac. TC n.º 237/2007, de 30 de março, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>; Ac. STJ, de 17 de dezembro de 1997, processo n.º

para inquérito de todo o conjunto unitário, para que o Ministério Público possa proceder pela totalidade dos factos (e não somente quanto aos factos novos), nas situações em que, findo o debate instrutório, e concluindo o juiz resultarem fortemente indiciados novos factos não autonomizáveis dos constantes na acusação e que, por implicarem a imputação ao arguido de um crime diferente ou um agravamento da moldura penal máxima aplicável, extravasam o objeto do processo e concomitantemente, os poderes de cognição do tribunal, o que implicaria, a verificação de uma exceção dilatória¹⁹⁷ impeditiva do tribunal conhecer do mérito da causa.

Tal conjuntura permitiria por um lado, que o juiz não *engendra-se* nenhuma decisão que sabia ser falsa, decidindo conscientemente sobre a totalidade dos factos indiciados, no respeito pelos princípios da legalidade da investigação e da verdade material, e por outro, permitiria ao arguido o exercício pleno da sua defesa, podendo contrariar e contraditar sobre toda a realidade factual. Deste modo, não nos antolha o regime atualmente escolhido pelo legislador, aliás, somos a crer que a solução agora adotada vai contra o equilíbrio¹⁹⁸ que deve coexistir entre as finalidades do Processo Penal e os direitos e garantias do arguido. Não pode o legislador apenas olhar para o Processo Penal tendo em conta apenas os superiores interesses do arguido¹⁹⁹, terá de ter também em conta, para além da descoberta da verdade material validamente obtida, a justiça no caso concreto, a pacificação social e os interesses da vítima²⁰⁰, sob pena de esta sofrer dupla ou triplamente, não só, pelos factos praticados pelo

1347/97, disponível em *Colectânea de Jurisprudência* – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano V, 1997, Tomo III, p. 257 ou em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁹⁷ Dispõe o art. 494º, n.º 2 CPC, que as “As exceções dilatórias obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal”, o que implica, não a extinção do direito da ação, mas, tão-só, um protelamento, um adiamento da decisão da causa.

¹⁹⁸ Batista Coelho, ex-presidente da ASJP, referindo-se ao equilíbrio que deve haver entre os interesses conflitantes no Processo Penal, salienta que a revisão do “CPP não defende a investigação nem a vítima (...) «há a ideia de garantir os direitos de defesa do arguido que não tem uma correspondência na defesa e que deve existir relativamente aos direitos da parte lesada e da vítima». «Isso prejudica os direitos da vítima e não há aqui um equilíbrio razoável das coisas. Nessa medida há uma parte que tem a sua posição processual extremamente garantida e outra que não a tem». Entrevista em 24-06-2008, à revista *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico*, [Consult. em 24 jan. 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net>. Em sentido idêntico, João Palma, secretário-geral do SMMP, ao afirmar que as “alterações ao CPP traduziram-se, efectivamente, num reforço das garantias de defesa dos arguidos e no acentuar dos desequilíbrios entre o estatuto do arguido, reforçado, e os interesses das vítimas e os valores e interesses da comunidade que, em primeira linha, o ordenamento jurídico-penal visa proteger”. Cfr., entrevista em 24-06-2008, à revista *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico*, [Consult. em 24 jan. 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net>.

¹⁹⁹ Devido à essência da instrução, Nuno Brandão manifesta-se contra a amplitude de direitos atribuídos ao arguido nesta fase porque “na instrução o que está em causa é apreciar se o arguido deve ser submetido a julgamento e não se deve ser condenado pelo crime que lhe é imputado, não é razoável antecipar para essa fase interlocutória o catálogo e a amplitude dos direitos de defesa consagrados para a fase de julgamento”, *vide* BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução”(…), Op. Cit., p. 254.

²⁰⁰ Figueiredo Dias, tem demonstrado preocupações com a vítima e a sua posição no Processo Penal, ao defender um equilíbrio de valores em confronto porque, para se elevar o valor “da defesa do arguido, tem de se

arguido, mas também, pelas opções legislativas e de política criminal e *in fine*, pela inoperância da justiça.

2. No Julgamento

Não menosprezando qualquer fase do processo penal, a fase do julgamento²⁰¹, por tudo o que encerra, assume particular importância, sendo nesta fase que as consequências da alteração legislativa do regime da alteração substancial dos factos se irão repercutir com maior intensidade. Esta é a fase onde o *thema decidendum* da acusação ou pronúncia será

fazer isso com a consciência de que ao aumentá-lo, está a desfavorecer a vítima”. Entrevista ao jornal *Público* em 26-11-2009, [Consult. em 15 mar. 2011]. Disponível em <http://www.publico.pt/Sociedade/se-o-jornalista-investigar-nao-ha-violacao-do-segredo-1411128?p=3>. A vítima no nosso Processo Penal tem sido, e infelizmente continua a ser, algo esquecida pelo legislador, em contraponto, com a preocupação mostrada pelo arguido, pelos seus direitos e garantias. É tempo do legislador tomar medidas no sentido de equilibrar o estatuto da vítima com o do arguido. Não nos manifestamos contra, aliás, aplaudimos essa preocupação, o que não podemos concordar, é com a valorização excessiva e protecionista da figura do arguido em detrimento da vítima e dos fins do Processo Penal. Afinal quem sofre mais com os ilícitos criminais, as vítimas e suas famílias alvo da fúria e da ação dos arguidos, ou os próprios arguidos. Poder-se-á sempre alegar que a vítima pode trazer novos elementos ao processo, bastando constituir-se assistente e requerer a abertura de instrução. É verdade, mas quantas vítimas terão capacidade financeira e psicológica num país onde o acesso à justiça, além de ser bastante dispendioso, é também, bastante moroso e traumático.

Sobre o excesso de garantismo e os perigos que daí advêm, são importantes as palavras proferidas pelo ex-Presidente da República, Jorge Sampaio, no Discurso por ocasião da sessão solene de abertura do ano judicial de 1997: “É preciso que convenhamos de modo definitivo em que, se é indispensável uma forte garantia de direitos, de legítimos interesses e de liberdades tão duramente conquistadas, o excesso de garantismo tornando ineficaz o funcionamento das instituições judiciárias retirará toda a proteção aos direitos, interesses e liberdades que afinal se visava acautelar – o excesso de garantismo é a via mais rápida e perigosa para a denegação da Justiça que as próprias garantias se destinam a tutelar, criando nos cidadãos uma crescente desconfiança nas instituições e no seu papel protector”. Cfr., Jorge Sampaio, *apud* AZEVEDO, Maria de, “O Interrogatório do Arguido na Fase de Inquérito”, in *Revista de Direito Penal*, Ano I, n.º 1, 2002, p. 12. Na mesma linha, salienta Cunha Rodrigues que, “o excesso de garantismo e a sobredosagem burocrática diminuem a função pacificadora do Direito Criminal”. Cfr., RODRIGUES, Cunha, “Intervenção do Moderador”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998, p. 113. Excesso de garantismo que se traduz, frequentemente, “na multiplicação de diligências processuais de carácter puramente dilatatório”. Veja-se, SILVA, Germano Marques da, “Perspectivas de Evolução do Direito Processual Penal Português”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998, p. 36. Em sentido crítico, quanto aos incidentes dilatatórios e possíveis repercussões no processo penal, dando como exemplos de *case study*, os casos de Isaltino Moraes e do “Aveiro Conection”, *vide* Noronha do Nascimento, entrevista ao Jornal *Público*, no dia 11-11-2011. [Consult. em 12 nov. 2011], disponível em <http://publico.pt/Sociedade/presidente-do-supremo-tribunal-defende-que-isaltino-ja-devia-estar-presos>.

²⁰¹ Para Germano Marques da Silva, a fase do julgamento é a fase nobre do processo penal, encontrando-se ajustada aos “ideais democráticos da plena oralidade e publicidade, da contrariedade, da concentração e da participação dos sujeitos processuais, mormente do arguido”. SILVA, Germano Marques da, “Perspectivas de Evolução do Direito Processual (...)”, *Op. Cit.*, p. 29.

submetido a juízo²⁰², exigindo-se uma correlação entre a acusação e a sentença, consequência de um processo penal de estrutura acusatória.

Diferentemente do sucedido com o regime da alteração não substancial dos factos objeto do processo previsto no art. 358.º CPP, o regime do art. 359.º CPP, que contemplava a alteração dos factos em razão do adicionamento de um elemento factual, que implicasse que a nova factualidade resultante da alteração se subsumisse num outro tipo legal de crime, a descoberta de um outro evento, ou a violação de uma outra norma jurídico-penal, ou a descoberta de uma nova circunstância que agravasse a pena máxima aplicável ou a descoberta de um crime inteiramente distinto, em especial, quando em causa estejam factos não autonomizáveis do objeto do processo e como tal, insuscetíveis de investigação e acusação autónoma e individualizada, por apenas fazerem sentido e terem relevância jurídica quando analisados como um todo, em unidade ao objeto do processo, porque desprovidos de fundamento para originar uma acusação em separado, foi alvo de uma atenção redobrada, mas no nosso entender, nem sempre correta pelo legislador.

E porque o regime previsto no art. 358.º CPP não sofreu alterações, facilmente se justifica e se compreende o porquê, de apenas se analisar o regime objeto da atenção do legislador, onde, tentaremos abordar algumas das questões que se suscitam possíveis consequências futuras que se prevê não distante e que, certamente, trará implicações reais na amputação da descoberta da verdade material²⁰³, na justa decisão da causa e na pacificação social, pois como já no sec. XVIII mencionava Beccaria, “todo o delito, mesmo privado, ofende a sociedade”²⁰⁴.

Partindo do pressuposto que os novos factos que constituem uma alteração substancial ao objeto do processo não invalidam a competência²⁰⁵ do tribunal, duas são as situações que se

²⁰² Para Marques Ferreira, “o direito probatório, abrangendo as normas relativas à produção e valoração de provas, constitui o verdadeiro cerne de qualquer processo”. Assim, FERREIRA, Marques, “Meios de Prova” (...), Op. Cit., p. 221.

²⁰³ Neste sentido, salienta João Palma que “sem prejuízo das necessárias e suficientes garantias de defesa o caminho tem que ser o da procura da verdade material, valorizando-a. A verdade apenas formal conduz a decisões injustas porque desfasadas da realidade subjacente”. Cfr., João Palma, entrevista em 24-06-2008, na revista *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade* – Portal Verbo Jurídico, [Consult. em 24 jan. 2010], disponível em <http://www.inverbis.net>.

²⁰⁴ Cfr., BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, (tradução do original italiano intitulado *Dei Delitti e Delle Pene*, edição de Harlem, Livorno, 1766, de José de Faria Costa e revista por Primola Vingiano, com dois ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, p. 78.

²⁰⁵ É importante salientar, que a análise que se irá fazer deste regime, será no pressuposto que os novos factos não afetam a competência do tribunal, porque, na eventualidade de afetarem, i. é., na eventualidade de os novos factos implicarem a incompetência do tribunal – art. 32.º CPP, deverá, sob pena de nulidade insanável – art. 119.º, al. e) CPP – ser o processo remetido para o tribunal competente – art. 33.º CPP, o qual, promoverá a anulação dos atos que entenda por desnecessários e ordenará a repetição dos atos que entenda necessários para o andamento do processo e conhecimento da causa.

nos apresentam: ou há acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente para que o julgamento continue com os novos factos²⁰⁶, é o chamado caso julgado de consenso, ou não há acordo entre os intervenientes e nesta situação resultam duas sub-hipóteses. Na primeira situação, i. é., na eventualidade de um acordo entre os sujeitos processuais, verificar-se-ia uma modificação ou redefinição do objeto do processo tendo em conta os novos factos indiciadores surgidos em audiência de julgamento, sejam eles autonomizáveis ou não autonomizáveis. Nesta eventualidade, ao se permitir que o tribunal conheça e valore todos os factos e não apenas os originalmente constantes na acusação ou pronúncia, permite-se por um lado, o exercício do princípio da investigação pelos tribunais sem comprimir os direitos de defesa do arguido e por outro, obter-se-á um ganho em economia e celeridade processual, o que tornará a justiça seria mais célere e mais justa. É importante salientar que a aceitação do arguido no prosseguimento do processo com a totalidade dos factos, sejam eles autonomizáveis ou não, não tem implícita qualquer confissão²⁰⁷.

²⁰⁶ Cfr., art. 359.º, n.º 3 CPP. O regime legal ao exigir o mútuo acordo entre o Ministério Público, o assistente e o arguido para o prosseguimento do processo com a totalidade dos factos, coloca de parte a possibilidade de um consentimento ou acordo tácito, mesmo nas situações em que os novos factos fossem carreados pela defesa. Julgamos que em nada violaria os princípios jurídico-constitucionais e ganhava-se em economia e celeridade processual, se os novos factos trazidos ao processo pela defesa integrassem o objeto do processo, ficando apenas dependentes da anuência do Ministério Público e do assistente, caso exista, o que permitiria ao tribunal conhecer todos os factos elencados pela defesa. Sobre esta questão, *vide* ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 199. Contra, por entender violar flagrantemente o princípio constitucional do acusatório, cfr., FERREIRA, Marques, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo (...)”, Op. Cit., p. 238 ss. Para este autor, a possibilidade do juiz de julgamento poder conhecer de factos que não constam no objeto do processo, enferma de inconstitucionalidade por violação do princípio do acusatório, mas, entende por válido, porque não intervém no julgamento, que solução idêntica fosse adotada na fase de instrução. Já em sentido contrário, por entender não haver inconstitucionalidade, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição* (...), Op. Cit., p. 896.

²⁰⁷ Não se pode retirar da aceitação do arguido o entendimento que confessou a autoria de todos os factos, nem implicar nenhum pré-juízo do tribunal sobre a indicação dos factos novos. Os únicos entendimentos que se poderão retirar da aceitação a que todos os factos sejam investigados, discutidos e contraditados são a pretensão de que não subsistam sobre o arguido qualquer tipo de suspeição e que se obtenha uma decisão célere e justa sobre toda a realidade factual no respeito pelos seus direitos de defesa.

Já noutro ramo que não o Penal, o TC no acórdão n.º 135/2009, de 18 de março, publicado no *Diário da República*, 1ª Série, 4 de maio de 2009, disponível em <http://www.dgsi.pt>, manifestou-se pela declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma constante no art.º 175.º, n.º 4 do Código da Estrada, quando interpretada no sentido de “paga voluntariamente a coima, ao arguido não é consentido, na fase de impugnação judicial da decisão administrativa que aplicou a sanção acessória de inibição de conduzir, discutir a existência da infração”, ou seja, caso o arguido optasse por efetuar no momento da alegada infração, o pagamento voluntário do valor da coima pelo mínimo, havia como que uma presunção inilidível de culpa do arguido que derogaria o seu direito de defesa quanto à infração (não contra a sanção acessória), facto inconcebível perante a CRP, ora, *mutatis mutandis* e decorrência do princípio da presunção de inocência, o arguido ao dar o seu consentimento para o conhecimento da totalidade dos factos no mesmo processo não está, nem pode ser entendido como tal, a assumir previamente qualquer responsabilidade pelos factos alvo de juízo e a derogar o seu direito de defesa, estaria apenas, a adensar a existência de suspeitas e a evitar a possibilidade de um novo processo quanto aos factos autonomizáveis.

Esta solução, excluída na fase de instrução, harmoniza os direitos do arguido²⁰⁸, os direitos da vítima e as finalidades do processo penal ao deixar ao critério de cada um dos sujeitos processuais a possibilidade de *per si*, inviabilizarem o acordo. É uma solução que funciona numa “perfeita trilogia Estado/agente/vítima”²⁰⁹ ao deixar em aberto e ao critério unânime das partes a resolução de um conflito “pelas regras do diálogo, do consenso e da tolerância”²¹⁰. Mas, não funcionando a trilogia prevista nos n.ºs 3 e 4 do art. 359.º do CPP, funcionam as regras estatuídas nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, variando as soluções consoante se trate de factos autonomizáveis ou de factos não autonomizáveis. Na primeira realidade, por fundamentarem um processo autónomo e independente, o juiz comunica esses novos factos ao Ministério Público para que por eles proceda, valendo essa comunicação como denúncia.

O processo originário continua a prosseguir nos seus trâmites normais, independentemente do resultado das investigações entretanto iniciadas e de uma eventual acusação num processo autónomo. Essa é a letra da lei e de outra forma não fazia sentido, pois, seria decerto inconstitucional por violação dos princípios do caso julgado e do *ne bis in idem*, se, os novos pedaços de vida entretanto surgidos fossem concomitantemente utilizados, valorados e apreciados juridicamente em dois processos distintos. Qualquer sentença em sentido oposto está inquinada de nulidade, art. 379.º, al. b) CPP, devendo esta nulidade ser arguida nos termos do art. 120.º, n.º 2 ou do art. 309.º n.º 2 CPP²¹¹.

Não nos merecendo dúvida ou discussão quando em confronto com novos factos autonomizáveis, situação diferente e sobre a qual existem soluções muito dispares tanto na doutrina como na jurisprudência quando na presença de novos factos não autonomizáveis do *thema decidendum* da acusação ou pronúncia e que alterem substancialmente o objeto do processo submetido a juízo, promovendo o legislador nesta questão alterações importantes e de consequências ainda não totalmente previstas, até porque, a realidade transpõe muitas vezes a imaginação mais audaz²¹². A “pressa”²¹³ nas revisões penais e processuais penais nem

²⁰⁸ A faculdade conferida ao arguido de “deixar valorar num processo aquilo que não lhe fora imputado inicialmente”, como uma decorrência da salvaguarda da paz jurídica do arguido. Assim, *vide* SANTOS, Gil Moreira dos, “A Estabilidade Objectiva da Lide em Processo (...)”, Op. Cit., p. 608.

²⁰⁹ ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 201.

²¹⁰ *Idem, ibidem*.

²¹¹ O regime das nulidades obedece ao regime do *numerus clausus*, pelo que, a sentença só estará inquinada de nulidades nos casos expressamente previstos na lei – art. 379.º, n.º 1, al. b) CPP. Destas nulidades só são insanáveis e de conhecimento oficioso as previstas no art. 119º CPP, nas restantes, a produção dos seus efeitos depende da arguição dos legalmente interessados, art. 120.º, n.º 3 CPP. A arguição das nulidades pode ocorrer na motivação, caso haja recurso ou, não havendo recurso, rege-se pelo estabelecido no regime geral do art. 309.º, n.º 2 CPP, ou seja, no prazo de 8 dias após a notificação da sentença. Para um olhar mais profundo sobre o regime das nulidades, *vide*, GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal, Anotado (...)*, Op. Cit., p. 872 ss.

²¹² Para permitir um melhor entendimento, tome-se em conta os seguintes exemplos:

sempre augura bons resultados, esta na nossa opinião, de resultados que se preveem algo amargos, foi ao encontro do desejado por alguma doutrina mas em sentido contrário ao defendido pela doutrina e jurisprudência dominante.

A principal alteração feita pela Lei n.º 48/2007 ao regime proposto no art. 359.º CPP consta no seu n.º 1 e diz respeito aos factos não autonomizáveis em relação ao objeto do processo. O novo regime exclui expressamente duas possibilidades até então aceites pela doutrina e jurisprudência maioritária, por um lado, a utilização dos novos factos para efeitos de condenação no processo em curso e por outro, a adoção pelo juiz de julgamento de qualquer solução de extinção da instância. São duas situações que nos merecem a maior atenção e sobre a qual iremos depor o nosso estudo. Tal qual subjaz das palavras de Germano Marques da Silva²¹⁴, diferentemente do estabelecido no regime revisto, o legislador não deixou margem de manobra tanto para a doutrina como para a jurisprudência, uma vez que é claro tanto à solução a dar ao processo em curso como à valoração que os novos pedaços de vida devem ter no processo donde surgiram. O citado autor já se havia mostrado contra esta solução ao entender como “não razoável a interpretação”²¹⁵ de que, um novo facto surgido em audiência de julgamento e que provoque uma alteração substancial indissociável da acusação, não possa ser conhecido pelo tribunal. Esta não razoabilidade é ainda mais notória quando na descrição dos factos da acusação é apenas exigida uma narração sintética (art. 283.º, n.º 3, al. b) CPP) e, é em sede de audiência de discussão e julgamento que o juiz obtém uma imagem da realidade factual e que as provas são produzidas e valoradas no respeito pelos direitos de defesa do arguido.

-
- a) Estando **A** acusado do crime de homicídio simples (art. 131.º CP), conhecem-se, na audiência do tribunal dois novos factos, **M** (suscetível de provar a descendência entre o arguido e a vítima) e **N** (que se traduz na orientação sexual da vítima – motivo da ação);
 - b) Acusado **B** de homicídio negligente (art. 136.º CP) por condução imprópria, surgem, em audiência, factos que permitem concluir pela atitude intencional e consciente do arguido;
 - c) Acusado **C** do crime de ofensas à integridade física simples (art. 143.º CP), conhecem-se, em audiência, dois novos factos, **Y** (suscetível de provar o conhecimento do arguido que a vítima estava grávida) e **R** (da sua intenção de provocar o aborto);

²¹³ Para Figueiredo Dias, as reformas penais “tem sido feitas com demasiada pressa” e com consequências “péssimas”. Entrevista ao jornal *Público* em 26-11-2009, [Consult. em 15 mar. 2011]. Disponível em http://www.publico.pt/Sociedade/se-o-jornalista-investigar-nao-ha-violacao-do-segredo_1411128?p=3. Já Bernad Schünemann, numa clara crítica ao sistema legislativo alemão, mas julgamos que *mutatis muntandis*, pelo menos em algumas situações, também se aplica ao sistema legislativo português, anota que as “leis são feitas por burocratas que não só nada sabem de Direito, como que não têm qualquer compromisso com os princípios do Estado de Direito”. Cfr SCHÜNEMANN, Bernad, entrevista à *Revista Liberdades*, n.º 4, maio – agosto, 2010, [Consult. em 30 Abr. 2011]. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/site/revistaliberdades/_pdf/04/entrevista/pdf.

²¹⁴ Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2009, p. 273 ss.

²¹⁵ Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...). Op. Cit., 2000, p. 281. No entanto, como iremos posteriormente abordar, a posição do autor mudou face ao novo regime.

Sendo o Processo Penal, por essência, uma realidade de valores conflitantes e antitéticos, entre por um lado, o interesse público da aplicação do direito criminal mediante a eficaz perseguição dos delitos cometidos e por outro, o direito impostergável do arguido a um processo que acautele todas as garantias de defesa, exige-se soluções que encontrem um ponto de equilíbrio entre ambos sem que uns se sobressaiam de forma absoluta perante outros. Como prescreve Marques Ferreira “a aplicação ao caso concreto não deve viabilizar, antes evitar, soluções jurídicas que viabilizem a insegurança e a falta de paz jurídica dos cidadãos ou impossibilitem o exercício pleno do *jus puniendi* do Estado”²¹⁶.

Não tendo o legislador até à revisão de 2007 cristalizado qualquer solução, várias eram as soluções apontadas pela doutrina e jurisprudência quanto ao valor a atribuir aos novos pedaços de vida entretanto surgidos e a natureza jurídico-formal do despacho da instância. Para Germano Marques da Silva, a “única solução razoável é considerar que se verifica uma *excepção inominada*”²¹⁷. Este modelo jurídico-formal de encerramento da instância, permitiria a absolvição da instância e a remissão do processo “à fase do inquérito para que, mais bem investigado, possa a acusação abranger, se for o caso, o facto que a audiência de julgamento indiciou”²¹⁸. Caso contrário, “a consequência seria a necessária absolvição do arguido, pelo menos no caso de alteração que implicasse a imputação de crime diverso, pois o tribunal não pode condenar o arguido pelo crime acusado, porque não foi cometido, nem pelo crime praticado, porque não foi acusado”²¹⁹.(sublinhado nosso)

Para Isasca, é de “repudiar qualquer solução de abertura de novo inquérito quanto a todos os factos – por geradora de uma situação de litispendência e violadora do princípio *ne bis in idem*”²²⁰ – ou a “reformulação da acusação ou acusação suplementar, em que se

²¹⁶ Assim, FERREIRA, Marques, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 224.

²¹⁷ Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2000, p. 281. Contra, por entender não haver fundamento para a exceção dilatória inominada, vide FERREIRA, Marques, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 236.

²¹⁸ Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2000, p. 281.

²¹⁹ *Idem, ibidem*. Ac. STJ, de 17 de dezembro de 1997, processo n.º 1347/97, disponível em *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano V, 1997, Tomo III, p. 257 e em <http://www.dgsi.pt>.

²²⁰ Neste sentido, ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...)*, Op. Cit., p. 204 ss. O autor não defende para a fase do julgamento a solução de suspensão da instância que defendeu para a fase da instrução. Os argumentos escolhidos por Isasca não nos parecem corretos, porque qualquer solução de abertura de novo inquérito, agora com a totalidade dos factos, teria como consequência o encerramento da instância e a remoção do processo para a fase de inquérito para melhor investigação. Sendo o processo o mesmo, não ocorre uma duplicação de processos, e por isso, não compreendemos como se criaria uma situação de litispendência. Estranhámos ainda mais os argumentos apresentados por Isasca, quando o mesmo, referindo-se à fase de instrução, salienta na sua obra, a p. 183, que a reabertura do inquérito com a totalidade dos factos não implica “nenhuma situação de litispendência, pois não se instaura nenhum novo processo”. Ainda quanto ao presente argumento, é de replicar o conceito de litispendência e caso julgado disposto no art. 497.º, n.º 1 do CPC: “1- As excepções da litispendência e do caso julgado pressupõem a repetição de uma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a

integrassem os novos factos pelo Ministério Público – por contrariar o regime do caso julgado de consenso”²²¹, e dessa forma, as teses da extinção, suspensão ou absolvição da instância são para ele, pouco aceitáveis. Para o autor, deveria ser vedado ao tribunal a possibilidade de conhecer da mutação fáctica surgida no julgamento, ainda que, tivesse como consequência um corte definitivo com a verdade material, pelo que, a única solução possível, era o prosseguimento do processo com o objeto inicial da acusação ou pronúncia, sendo os novos factos apenas utilizados pelo tribunal enquanto fundamentadores de uma agravação da pena concretamente a aplicar, i. é., os novos factos não poderiam ser utilizados pelo tribunal como justificativos de uma imputação de um crime diverso, mas apenas e só, enquanto circunstâncias agravantes na ponderação do *quantum* efetivamente a aplicar, dentro da moldura penal máxima aplicável ao desvalor jurídico objeto do processo. Concordamos com Leonês Dantas por entender que tal entendimento é de “rejeitar como critério geral”²²² por só ter soluções aceitáveis quando em causa estejam circunstâncias agravantes do desvalor jurídico. Ainda que nos apraz atendível o critério da graduação do *quantum* da pena a aplicar, dentro da moldura penal máxima do crime correspondente ao objeto do processo, não temos por aceitável que, se porventura esses mesmos factos corresponderem a um crime diverso do acusado, por consistirem num diferente desvalor jurídico ou lesarem um bem jurídico diverso, a solução conduziria “à absolvição do arguido”²²³. Tal solução inviabilizaria de modo definitivo a descoberta da verdade material e a justiça do caso em concreto em prol de uma vitimação do arguido por uma alegada compressão dos seus direitos.

repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à excepção do caso julgado”.

Pegando na anterior definição, também demonstramos relutância quanto ao argumento da alegada violação do princípio *ne bis in idem*. Julgamos útil recorrer à jurisprudência do Tribunal Constitucional que sobre esta matéria já por variadíssimas vezes se pronunciou: “há que concluir que, no presente caso – em que «os novos factos apurados formam, juntamente com os constantes da acusação, um unidade de sentido que não permite a sua autonomização» -, a sujeição a «novo julgamento», recaindo quer sobre os «factos novos» detetados na audiência de julgamento quer sobre o facto já constante da acusação, não violará o princípio *ne bis in idem*, desde logo porque não chegou a ser proferida decisão de mérito (...) sendo pacífico o entendimento de que a repetição de julgamentos (...) não viola o referido princípio constitucional (...) e a não prolação de decisão de mérito resultou (...) da deteção pelo tribunal de factos novos relevantes para a prossecução da justiça material” – Ac. TC n.º 237/2007 de 30 de março, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²²¹ A imposição de aceitação pelo arguido deveria cingir-se apenas aos factos autonomizáveis. Ao colocar-se nas mãos do arguido a possibilidade de proibir totalmente que o tribunal conheça de factos surgidos em audiência e tidos por essenciais para a descoberta da verdade no caso em concreto, poderá provocar “um verdadeiro eclipse do princípio da verdade material. A garantia e a tranquilidade que, **nestes casos**, se acabou por conceder ao arguido, têm, para nós, um preço demasiado alto: o da própria justiça no caso concreto”. Cfr., ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 207.

²²² Neste sentido, DANTAS, António Leonês, “A definição e Evolução do Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 104 ss.

²²³ *Idem*, p. 105.

Já Marques Ferreira defende uma solução nos moldes prescritos no ordenamento jurídico italiano (art. 516.º CPPI), onde é admitido o prosseguimento do processo com os factos originários, não valorando o tribunal os factos novos se eles não forem autonomizáveis dos da acusação ou da pronúncia, sem excluir a possibilidade de o Ministério Público, após investigação sumária, introduzir um “despacho reconformador da acusação ou pronúncia”²²⁴, sempre que em causa estiverem “situações não passíveis de ser conhecidas autonomamente”²²⁵.

Já no entendimento de Damião da Cunha, a solução a aplicar diverge consoante a origem dos factos sejam incidíveis ou não autonomizáveis, ou seja, entende que o Tribunal não pode conhecer de quaisquer factos incidíveis ou não autonomizáveis que decorram dos elementos probatórios que serviram de base à acusação mas que dela não constam “porque ou não foram, pura e simplesmente, investigados, ou foram mal investigados ou, eventualmente foram arquivados”²²⁶. Para além do efeito preclusivo sobre o conhecimento de novos factos, deverá, cumulativamente, recair sobre o Ministério Público a responsabilidade por todo o procedimento investigatório que lhe está subjacente e da consequente decisão de acusar ou de arquivar o inquérito, havendo um impedimento de “retrocesso à alternatividade recusada”²²⁷. Já na eventualidade dos factos incidíveis ou não autonomizáveis derivarem de uma base probatória distinta da acusação, o autor, apesar de não o indicar explicitamente, deixa em aberto a possibilidade do Tribunal deles tomar conhecimento.

Uma tese²²⁸ mais radical quanto à imaleabilidade dos limites à delimitação do objeto do processo e subsequentemente, a amplitude dos poderes de cognição do tribunal e a

²²⁴ “Art. 516.º do CPP italiano :« *Se nel corso dell’istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio, e non appartiene alla competenza di un giudice superiore, il pubblico ministero modifica l’imputazione e procede alla relativa contestazione.*»”, apud SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2009, p. 274.

²²⁵ Cfr., FERREIRA, Marques, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 237 ss. Para este autor, quando em causa estivessem casos de concurso ideal ou de circunstâncias que provocassem alterações substanciais não autonomizáveis do objeto do processo, deveria ser permitido ao Ministério Público, após uma investigação sumária, reconformar a acusação através de um despacho reconformador. Tal situação dever-se-ia não apenas a critérios de economia processual mas também, porque tais factos essenciais estarem fora do objeto do processo. Contra, entre outros, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição* (...), Op. Cit., p. 899 ss.

²²⁶ Cfr., CUNHA, Damião da, “Ne bis in idem e o exercício da acção penal” (...), Op. Cit., p. 577 ss. O autor entende, que o efeito consumptivo da ação penal deve-se repercutir não na fase final do processo, mas logo na fase do inquérito, o que, teria como efeito, fazer precludir “qualquer conhecimento posterior quanto a aspectos que deviam ter sido conhecidos (no sentido de investigados) pelo MP”. *Idem*, p. 571.

²²⁷ *Idem*, p. 579.

²²⁸ Tese da continuação do processo em curso, tese abraçada pelo legislador e que pressupõe, a preterição absoluta de conhecimento da alteração substancial dos factos, defendida entre outros por, Teresa Belezza, Fernanda Palma, Gil Moreira dos Santos, Paulo Sousa Mendes e Paulo Pinto Albuquerque. Sobre os vários defensores desta solução, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção* (...), Op. Cit., p. 893 ss; O STJ, no seu acórdão de 28

vinculação temática, foi a escolhida pelo legislador. Tese que defende que, no caso de na audiência de julgamento surgirem factos novos indissociáveis e não autonomizáveis dos da acusação ou da pronúncia, o tribunal, embora deles tomasse conhecimento, deveria prosseguir o julgamento sem os valorar nem os tomar em conta para efeitos de decisão. Para os defensores desta tese, o processo em curso deveria continuar nos moldes originais do *thema decidendum*, devendo o tribunal decidir tendo em conta, apenas e só, os factos originalmente constantes no objeto do processo, preterindo em absoluto e em definitivo, o conhecimento da alteração substancial resultante da nova factualidade incidível ou não autonomizável. Esta seria “«a única resposta compatível com a concreta estrutura acusatória do nosso actual processo penal» e que com ela «não se trata aqui de arruinar o interesse público na punição do criminoso – quando for caso disso! -, mas trata-se apenas de escamotear alguns concretos factores de avaliação da quantidade de pena», i.é., trata-se circunstâncias modificativas agravantes especiais nominadas ou de exemplos-padrão que «nunca teriam, por definição, a relevância suficiente para sustentar sozinhos um objecto de processo à parte»”²²⁹.

Mais defendem, que esta solução é a necessária à salvaguarda dos princípios *non bis in idem* e do acusatório²³⁰ e que, qualquer outra solução, poderia comprometer irremediavelmente a “«paz jurídica» do arguido e o seu direito constitucional a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”²³¹, conciliando o novo regime os “vários interesses contraditórios: os da vítima e os do arguido; os direitos do arguido e a celeridade processual; a investigação e a defesa”²³². Para além de ser a solução indicada, é a que “promove a realização de uma instrução completa e penaliza quem efectivamente deve arcar com a responsabilidade pela insuficiência da instrução do processo”²³³. Já Paulo de

de novembro de 1990, processo n.º 40909, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano xv, 1990, Tomo V, p. 12, disponível em <http://www.dgsi.pt>, também perfilhou esta solução.

²²⁹ Teresa Belez, Paulo Mendes, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção (...)*, Op. Cit., p. 900.

²³⁰ Exposição de motivos da proposta de Lei n.º 109/X – “No âmbito da alteração substancial de factos, introduz-se a distinção entre factos novos autonomizáveis e não autonomizáveis, estipulando-se que só os primeiros originam a abertura de novo processo (artigo 359.º). Trata-se de uma decorrência dos princípios *non bis in idem* e do acusatório, que impõe, no caso de factos novos não autonomizáveis, a continuação do processo sem alteração do respectivo objecto”. [Consult. em 18 jan. 2010]. Disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/justica-e-tribunais/justica-criminal/unidade-de-missao-para-proposta-de-lei-n109-x.pdf>.

²³¹ Tese defendida entre outros por, SANTOS, Gil Moreira dos, “A Estabilidade Objectiva da Lide em Processo (...), Op. Cit., p. 898; Teresa Belez, *apud*, BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 247 ss.

²³² Neste sentido, Rui Pereira na ata n.º 25 da reunião da UMRP, realizada em 24-06-2006, [Consult. em 18 jan. 2010]. Disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/newhome/atas-da-unidade-missao/downloadfile.pdf>.

²³³ Para Paulo Pinto de Albuquerque, a “responsabilidade pela omissão de qualquer facto na acusação deverá recair exclusivamente sobre o Ministério Público porque não diligenciou por uma instrução cabal dos factos imputados”. Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código de Processo Penal à luz*

Sousa Mendes, não negando que esta seria a solução que melhor se adequava à estrutura acusatória do processo penal português, propôs um articulado²³⁴ no Conselho da UMRP diferente do ora em vigor, na esteira do também defendido para a fase de instrução.

Desde já e sob pena de nos estarmos a adiantar, salientamos que os argumentos defendidos por esta tese não colhem a nossa aceitação. E não colhem porque, para além de assentarem em premissas que não concordamos, chocam frontalmente com as finalidades do processo penal e quiçá, com o princípio da legalidade. Assumida que está a equiparação das soluções legais do regime da alteração substancial dos factos, seja na fase do julgamento seja na fase da instrução, temos por válidos e atuais toda a problemática e fundamentação por nós elencada na fase da instrução, sem evitar o aprofundamento e a complementaridade tidas por necessário, nunca esquecendo que é nesta fase e com a decisão final²³⁵, que as consequências da problemática do grau de maleabilidade do objeto do processo se irão repercutir com maior acuidade²³⁶.

da Constituição (...), Op. Cit., p. 893. Em sentido crítico, MOURA, Adriano Souto, “Notas Sobre o Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 69.

²³⁴ “Art. 359.º

[...]

1. [...]

2. Se a alteração substancial de factos referida no número anterior não puder só por si dar lugar à abertura de inquérito pelo Ministério Público, o julgamento prossegue com sacrifício definitivo da possibilidade de conhecimento desses factos.

3. Se a alteração substancial de factos referida no n.º 1 implicar a subsunção num tipo legal de crime alternativo com respeito àquele que é pressuposto no objecto do processo em curso, a mesma não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, mas deve ser comunicada ao Ministério Público para que proceda pelos novos factos.

4. [Actual n.º 2]

5. [Actual n.º 3]”

Cfr., MENDES, Paulo Sousa, “O Regime da Alteração Substancial dos Factos no Processo (...), Op. Cit., p. 767 ss.

²³⁵ Cfr., MOURA, Adriano Souto, “Notas Sobre o Objecto do Processo (...), Op. Cit., p. 57.

²³⁶ Para um olhar a talhe de foice sobre alguns exemplos das repercussões práticas do novo regime, *vide* entre outros, Ac. TRC, proc. 1065/08.2TAFIG.C1, de 20 de maio de 2009, Ac. TRC, proc. 418/08.0GAMLD.C1, de 14 de outubro de 2009, [ambos consultados em 05 nov. 2010]. Ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>. Neste último acórdão, o tribunal critica severamente a nova solução, ao entender que “ela pode ser em muitos casos chocante e aparentemente absurda. Suponha-se, por exemplo, que alguém é acusado de um crime de homicídio por negligência, e em julgamento apura-se que tal pessoa agiu com dolo. O arguido deve ser julgado pelo crime na forma negligente? Ou, por exemplo, alguém é acusado por um crime de furto. No julgamento verifica-se que afinal ele usou uma arma para a execução do crime: deverá ele ser julgado pelo crime de furto simples ou pelo crime de roubo? Muitos outros exemplos se poderiam invocar para perceber que aquela solução vai contra valores fundamentais do nosso ordenamento jurídico-processual, nomeadamente da verdade material, da eficácia preventiva das normas penais (da sua aplicação correcta), da defesa dos interesses da vítima”. Mais continua o mesmo tribunal, “estamos agora no domínio duma sombria ficção em que o legislador sacrifica no altar dos interesses do arguido (a sua sacralizada paz jurídica) outros valores tão ou mais importantes que aquele, ou seja, não podendo os factos novos dar origem a novo processo se não forem susceptíveis de relevância criminal autónoma tem de aceitar-se que o legislador optou por admitir a impunidade, pelo menos a não consideração da sua qualificação criminal pelo crime efetivamente praticado”. O mesmo tom crítico é possível de constatar no coletivo de juízes do Tribunal Judicial de São João Novo referente ao processo conhecido por “Gangue de Valbon” onde a Juíza presidente, na leitura da sentença, criticou fortemente o novo regime estabelecido por só permitir que os arguidos sejam julgados por factos novos em pleno decorrer do

A alteração do objeto do processo em fase de julgamento constitui uma situação de tensão entre vários princípios jurídico-constitucionais, nomeadamente, entre os princípios do acusatório e das garantias de defesa do arguido, por um lado, e os princípios da legalidade da ação penal, da verdade material, da investigação, da proteção dos bens jurídicos e da paz social, por outro. Constituindo o anterior regime um ponto de equilíbrio entre os vários princípios em litigância, decidiu o legislador, optar por consignar um regime que confere “mais intensa realização ao princípio do acusatório, com possível sacrifício da verdade material e da legalidade”²³⁷, facto aceite pelos próprios defensores desta tese ao reconhecerem que é uma solução conflituante com a verdade material pois consagra um “*inexorável sacrifício parcial*”²³⁸ da descoberta da verdade material, mas era a solução exigida com vista a assegurar a estrutura acusatória do processo penal, o princípio *ne bis in idem* e a paz jurídica do arguido, conseguida com um julgamento célere e uma decisão em prazo compatível com as garantias de defesa.

O regime ora revisto já havia sido por diversas vezes apreciado constitucionalmente²³⁹, sendo a norma do art. 359.º CPP declarada como não inconstitucional quando interpretada no sentido de permitir, nas situações em que os novos factos indiciados na audiência fossem não autonomizáveis em relação ao objeto do processo, a absolvição da instância e a comunicação ao Ministério Público para que este procedesse pela totalidade dos factos (e não apenas pelos factos novos). O acórdão citado, não subscreveu a solução agora preceituada pelo legislador e defendida por alguns autores, ou seja, a de que o tribunal tem de proferir sentença de mérito,

julgamento se estes concordarem. O tribunal de 1ª instância declarou a norma inconstitucional por minorar direitos constitucionais devido a “um princípio de oportunidade. Há um tácito pacto entre arguido e Estado. Isto é o Estado a subtrair outra parcela do Estado que tem legitimidade para a acção penal. Os direitos dos arguidos estão blindados. A liberdade é um luxo de que nem todos podem usufruir”. [Consult. em 22 jul. 2010] no Semanário *i*, disponível em <http://www.ionline.pt>. No mesmo trilho, a sentença do Tribunal Coletivo do Circulo Judicial de Faro, proc. n.º 81/07.6GCFAR, de 26 de Novembro de 2007 (sentença que está na base do Ac. TC n.º 226/2008, no *Diário da República*, 2ª série, 22 de Julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>;) e sentença do Tribunal da Comarca de Beja, proc. 782/09, de 4 de Junho de 2009 (processo que está na base do Ac. TC n.º 253/2010, de 18 de Junho, disponível em <http://www.dgsi.pt>). Nestas duas situações, ambos os tribunais de 1ª instância, afastaram a aplicação do recente normativo do art. 359.º CPP com fundamento em inconstitucionalidade.

²³⁷ Cfr., Ac. TC n.º 226/2008, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²³⁸ Cfr., Fernanda Palma, Paulo Mendes, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição* (...), Op. Cit., p. 762. Ainda que o novo regime não conduza a uma total “desproteção penal” dos bens jurídicos tutelados, ao permitir que determinados factos fiquem absoluta e definitivamente impunes, conduz, por opção legislativa, a uma efetiva redução dessa proteção penal. Neste sentido, *vide*, Ac. TC n.º 226/2008, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²³⁹ *Vide*, entre outros, Ac. TC n.º 237/2007, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Para acompanhar a posição do TC após a Lei n.º 48/2007 e pela Doutrina e Jurisprudência nele constante, *vide* entre outros, Ac. TC n.º 226/2008, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>

absolutória ou condenatória, “relativamente ao objeto do processo definido pela acusação, com a consequente desconsideração do significado agravativo específico dos factos novos não autonomizáveis”,²⁴⁰, sob pena dos tribunais aplicarem uma pena injusta, solução contrária à justa aplicação do direito penal e inibidora da promoção dos direitos, liberdades e garantias das pessoas a cargo do Estado, entendendo que a “possibilidade de o tribunal estender o seu poder de cognição a condutas novas indiciadas e provadas²⁴¹ que resultem da prova produzida em audiência, mesmo que não constantes da acusação ou da defesa (...) respeitava integralmente o princípio do acusatório, com diferenciação das entidades acusadora e julgadora”,²⁴².

Não menosprezado a vital importância no Processo Penal do princípio da vinculação temática e a limitação dos poderes de cognição²⁴³ dos tribunais aos factos descritos na acusação, em articulação com as normas consideradas infringidas pela sua prática e que, definem e fixam o objeto do processo, não pode esta, ser entendida de forma estanque e imutável. Neste sentido, reiterou o Tribunal Constitucional ao entender que “um processo penal de estrutura acusatória²⁴⁴ exige, para assegurar a plenitude das garantias de defesa do

²⁴⁰ Ac. TC n.º 226/2008, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²⁴¹ “Factos novos indiciados e provados em audiência de julgamento como um mero *juízo provisório e condicional* e não definitivo pelo tribunal por não haver sido ainda proferida decisão definitiva”, Ac. TC n.º 387/2005, *apud* Ac. TC n.º 237/2007, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²⁴² Cfr., Ac. TC n.º 237/2007, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>. A estrutura acusatória do processo penal “articula-se entre uma *dimensão material* – distinção entre instrução, acusação e julgamento; e uma *dimensão orgânico-subjectiva* – diferenciação entre o juiz de instrução e juiz julgador e entre ambos e órgão acusador”. Cfr., CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, (...), Op. Cit., p. 522. Para Rodrigo Santiago, a estrutura acusatória do Processo Penal português, nos termos do art. 32º n.º 5 da CRP baseia-se em três ideias chave:

- “a distinção material entre o órgão que investiga e acusa e aquele que julga;
- a participação constitutiva e tendencialmente igualitária dos sujeitos processuais, máxime do Ministério Público e do arguido, na declaração do direito do caso;
- o poder-dever que incide sobre o juiz, de investigar autonomamente e para além dos contributos que lhe sejam fornecidos pelas «partes»”. SANTIAGO, Rodrigo, “O Saneamento no Código de Processo Penal”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998, p. 93.

²⁴³ No sentido da não estanqueidade dos poderes de cognição dos tribunais, “que o tribunal aguarde a acusação por *outros* factos além dos acusados para que deles conheça, compreende-se. Que encontre, porém, vedada a sua actividade cognitiva no que toca a aspectos de um mesmo acontecimento, que lhe foi submetido a julgamento, só porque eles não foram indiciados na acusação e não constam da pronúncia, é coisa que energeticamente se tem de repudiar”. Cfr., CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 318. Para Tolda Pinto, os poderes de cognição encontravam-se devidamente tabelados, compreendendo, não só os factos que constituem o objeto do processo, mas também, “os factos relevantes para a determinação das causas atenuantes, agravantes ou dirimentes da ilicitude ou da culpa; e (...) os factos inerentes à culpabilidade e dosimetria penal”. PINTO, Tolda, *A Tramitação Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 920.

²⁴⁴ O princípio do acusatório é um princípio lapidar do processo penal e de garantia de um julgamento independente e imparcial, estando constitucionalmente consagrado no art. 32.º, n.º 5, 1ª parte CRP. Este princípio significa essencialmente “que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime

arguido, uma necessária correlação entre a acusação e a sentença que, em princípio, implicaria a desconsideração no processo de quaisquer outros factos ou circunstâncias que não constassem do objecto do processo, uma vez definido este pela acusação. (...) Porém, este princípio não deve ser rigidamente entendido”²⁴⁵, uma vez que, admitindo o processo penal que a descrição dos factos da acusação se consubstancie numa narração sintética, é natural que nem todos os factos ou circunstâncias factuais relativas ao crime acusado possam constar desde logo dessa peça, podendo eventualmente surgir durante a discussão.

Como assertivamente expõe Eduardo Correia, “a exigência de uma total identidade corresponderia a um insuportável exagero do princípio da acusação. Há, com efeito, que conciliar o que pode haver de verdade nessa ideia com interesses não menos ponderosos e decisivos”²⁴⁶. Concordamos plenamente com Castanheira Neves, quando afirma que “a identidade do objecto do processo não poderá definir-se tão rígida e estreitamente que impeça um esclarecimento suficientemente amplo e adequado da infração imputada e da correlativa responsabilidade, mas não deverá também ter limites tão largos ou tão indeterminados que anule a garantia implicada pelo princípio acusatório e que a definição do objecto do processo se propõe justamente realizar”²⁴⁷.

Os argumentos da violação do princípio do acusatório não colhem a nossa aceitação²⁴⁸, assumindo-se que as garantias de independência, objetividade e imparcialidade do Ministério Público não sofrem alterações com a possibilidade do tribunal extinguir a instância e comunicar os novos factos ao Ministério Público para que por eles proceda nem conflitua com a estrutura acusatória do processo penal, uma vez que, tanto materialmente como organicamente, as funções/órgãos são e continuam a ser autónomos e independentes, i.

de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento”. Cfr., CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, (...), Op. Cit., p. 522.

²⁴⁵ Cfr., Ac. TC n.º 237/2007, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 24 de Maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>

²⁴⁶ Cfr., CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 317.

²⁴⁷ Cfr., Castanheira Neves, *apud*, Ac. TC n.º 226/2008, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Em sentido idêntico, Ac. TRC, Proc. 122/07.7GCACB.C1, de 17 de junho de 2006, disponível em <http://www.dgsi.pt>, ao anotar que “o processo penal não é um processo acusatório puro e o legislador não deixou o juiz na completa dependência dos sujeitos processuais relativamente ao esclarecimento dos factos. Estando subjacentes ao processo penal preocupações de justiça, impõe-se uma mais completa indagação da verdade de modo a permitir que a versão dos factos construída no processo – verdade formal, se aproxime da realidade histórica – verdade material. Só com esta aproximação se visualiza a realização da justiça – fim último do processo penal, devendo-se para tal encontrar-se soluções equilibradas que garantam uma tutela efectiva do bem jurídico violado no respeito pelas garantias de defesa do arguido”.

²⁴⁸ Remetido o processo à fase de inquérito, “não havia nenhuma decisão judicial” sobre o mérito da causa, “nem qualquer afronta ao modelo de separação de funções” entre o inquérito, a instrução e o julgamento, funções a cargo de magistraturas distintas e independentes. Surgindo novos factos e regressando o processo à fase de inquérito, “o Ministério Público estaria obrigado a investigar” decorrência de princípios jurídico-constitucionais que obrigam-no a investigar sempre que tenham conhecimento da prática de um crime. Cfr., BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 249.

é., a investigação e inquérito é titulada pelo acusador público e o julgamento é titulado pelo juiz de julgamento, não tendo o segundo o poder de dar ordens nem interferir na ação do primeiro. O dever que recai sobre o Ministério Público de investigar e posteriormente acusar, deriva não de uma ordem de um juiz²⁴⁹ ou de um ónus do Ministério Público, mas da lei e dos princípios de promoção processual que sobre ele recaem.

Tal poder-dever não tem implícito a acusatoriedade obrigatória pelos novos factos denunciados pelo tribunal, esta, só está implícita se e quando do inquérito, surgirem fortes indícios da existência de um crime e dos seus autores. Em sentido idêntico, o tribunal ao denunciar certas circunstâncias e a remeter o processo à fase de inquérito, não está de antemão a proferir decisão condenatória, está apenas, em obediência ao princípio da investigação²⁵⁰, a tomar as providências no sentido de reunir todas as provas necessárias à decisão da causa, até porque, a “acusação ou a pronúncia, por muita qualidade que tenham, raramente conseguem conter uma descrição tão completa e precisa dos factos tal como resultam da discussão no julgamento, ou como efectivamente ocorreram”²⁵¹.

Servindo-nos das palavras de Figueiredo Dias, o “*ónus de investigar e esclarecer oficiosamente (...) o facto submetido a julgamento (...) em nada se opõe ao princípio da*

²⁴⁹ Neste sentido Germano Marques da Silva, ao defender que “da consagração da estrutura acusatória resulta inadmissível que o juiz possa ordenar ao Ministério Público que deduza acusação ou os termos em que deve ser formulada. O juiz tem de ser imparcial relativamente às posições assumidas pela acusação e pela defesa e, por isso, não pode nunca assumir a veste de acusador, ainda que indirectamente, provocando a acusação pelo Ministério Público ou definindo-lhe os termos. A diferenciação entre o órgão que dá a acusação e o órgão que a vai julgar há-de ser uma diferenciação material e não simplesmente formal”, *vide* SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p. 61.

²⁵⁰ Para Figueiredo Dias, o princípio da investigação ou da verdade material assume-se como um “poder-dever que ao *tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o «facto» sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão*”. Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal (...)*, Op. Cit., p. 148; ou, nas palavras de Eduardo Correia, “na formação da prova cumpre ao juiz uma actividade tendente a averiguar a verdade material, actividade essa que comporta a possibilidade de, *ex-officio*, ele se mover para além dos limites neste aspecto traçado pelas partes (...) em nome da realização da verdade material, princípio dominante no processo penal, exige-se que os tribunais tomem em conta todos os elementos probatórios que possam manifestamente influir sobre a decisão da causa, embora não apontados pelas partes, e ainda mesmo quando o seu conhecimento sobrevenha só durante a discussão e julgamento. Sem deixar, todavia, de se garantir aos interessados a possibilidade de contraditarem devidamente esses novos elementos. E para tanto, vai-se a ponto de admitir que a audiência de julgamento seja adiada o tempo indispensável”. Por todos, *vide* CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 310 ss.

No mesmo trilho aponta Germano Marques da Silva, anotando que “definido o objecto do processo pela acusação e delimitado o objecto do julgamento, o tribunal deve procurar a reconstrução histórica dos factos, deve procurar por todos os meios processualmente admissíveis alcançar a verdade histórica, independentemente ou para além da contribuição da acusação e da defesa; (...) não existe ónus da prova no processo penal. O tribunal pode e deve ordenar oficiosamente toda a produção de prova que entenda por necessária ou conveniente para a descoberta da verdade. Este poder-dever do tribunal, poder-dever de procurar oficiosamente a verdade, é geralmente justificado pela necessidade de procurar a *verdade*, ou seja, a reconstrução hipotética dos factos (...) designada por *verdade material*”. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p. 85 ss.

²⁵¹ Glaser, *apud* CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 307.

acusação, nem sequer a uma estrutura basicamente *acusatória* do processo penal (...) só significa (...) a actividade investigatória do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende *autonomamente* a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes”²⁵², pelo que, o princípio da investigação vê a sua ação limitada pelo princípio da acusação²⁵³ apenas na fase inquisitória (ou nem tanto) do processo penal – inquérito - e não na fase do julgamento, fase intrinsecamente ligada à produção de prova adquirindo a acusatoriedade e a contrariedade²⁵⁴ a sua plenitude. Este princípio estruturante tem intrínsecas duas perspetivas, a recolha de elementos probatórios com vista à boa decisão da causa, por um lado, e assegurar a defesa efetiva dos arguidos, por outro.

Ao se inferir pela total rigidez da identidade do objeto do processo, em prol da maximização da estrutura acusatória e *in fine* da acusação, proíbe-se que o juiz indague²⁵⁵ sobre toda a matéria submetida à sua apreciação e que proceda a um efetivo controlo da acusação, seja esta do Ministério Público ou do particular, o que colocará em causa, não só a

²⁵² Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...). Op. Cit., p. 192 ss.

²⁵³ *Idem*, p. 196. Para o autor, o princípio da acusação “só pode conceber-se como *limite* do princípio da investigação quando este se veja integrado em uma estrutura nalguma medida *inquisitória* do processo penal, mas já não quando, como aqui, ele se repute princípio integrante de uma estrutura basicamente acusatória e predominantemente referido à matéria das provas”.

²⁵⁴ No direito do arguido contraditar a acusação que sobre ele recai, engloba-se, não apenas os factos mas também as provas. O contraditório, como assertivamente afirma Damiano da Cunha, “é ele próprio o verdadeiro método de descoberta da Verdade material, enquanto forma de assegurar uma decisão judicial justa e verdadeira”, *vide* CUNHA, José Damiano da, “Ne bis in idem e exercício da acção penal” (...), Op. Cit., p. 567. Este princípio, tem implícita uma discussão frontal e sem rodeios entre os dois lados da trincheira sobre os elementos de facto e de direito que compõem a acusação, bem como, das provas existentes ou a produzir no processo e, tendo este choque de titãs a finalidade da prossecução da descoberta da verdade material - *da discussão surge a luz* –, seria porventura atendível, que da contrariedade surgissem os limites aos poderes de cognição do juiz, quando perante pedaços de vida indissociáveis e umbilicalmente ligados aos constantes na acusação ou pronúncia. Mais atendível seria porventura, quando é decorrência do princípio da imediação, princípio instrumental do da investigação, que toda a prova tem de ser produzida diante do juiz para que ele possa ter uma percepção direta, própria e imediata da prova, ou nas palavras de Figueiredo Dias, “*relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão*”. Por todos, *vide* DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 232. Em sentido idêntico, Teresa Beleza ao afirmar que “uma das regras básicas do nosso Processo Penal é que, pelo menos em princípio, só valem as provas directamente apresentadas em audiência de julgamento – é o chamado princípio da imediação (art. 355.º CPP), que é uma das mais importantes garantias de funcionamento do contraditório”, aliás, é imposição constitucional (art. 32.º, n.º 5 CRP) a obrigatoriedade de submissão ao contraditório de todos os meios de prova apresentados em audiência, pelo que, assume-se o princípio do contraditório, como “a pedra de toque da verdade processualmente correcta”, *cfr.*, BELEZA, Teresa Pizarro, “«Tão amigos que nós éramos» (...), Op. Cit., p. 51 ss. O princípio da imediação apresenta-se como “o meio pelo qual o tribunal realiza um acto de credibilidade sustentada sobre determinados meios de prova em relação a outros”. *Cfr.*, Ac. STJ n.º 11/2008, de 29 de outubro, publicado no *Diário da República*, 1.ª Série, de 11 de dezembro de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²⁵⁵ Para Germano Marques da Silva, no processo penal português, o juiz não tem uma atitude passiva, “o juiz participa *activamente* na produção de prova e se, em primeira linha, compete à acusação e à defesa a adução do material probatório para a decisão, o juiz tem poderes para instruir autonomamente em busca do seu esclarecimento, realizando-se assim um *processo basicamente acusatório integrado com o princípio da investigação judicial*”. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p. 151.

prosecução da justiça mas a própria credibilidade da Justiça. Situação que assume uma maior gravidade quando esse controlo judicial – decorrência do novo regime – deixou também de ser efetivamente efetuado em momento anterior, arriscando-se a que o juiz passe a assumir o papel de mero espectador, ao estilo do direito romano²⁵⁶, cabendo-lhe apenas confirmar ou negar os factos literalmente acusados²⁵⁷. Com esta opção, de completa rigidez da identidade do objeto do processo, o legislador sobrevaloriza exponencialmente o princípio do acusatório, arriscando que se torne num valor totalitário, incomensurável e incompatível com outros valores.

Relativamente ao argumento da *paz jurídica do arguido*, já em fase anterior deste trabalho manifestámos a nossa opinião, e para lá remetemos²⁵⁸, não nos parecendo aceitável a alegação da ofensa à paz jurídica do arguido e o seu direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, consequência da interrupção do andamento do processo e a reabertura do inquérito para nova investigação com a totalidade dos factos. A paz jurídica do arguido não se adquire com o decurso do processo, mas antes, com a decisão transitada em julgado, que “pressupõe uma decisão de absolvição ou de condenação fundada numa apreciação judicial sobre o mérito da causa”²⁵⁹. Ainda que a rápida decisão da causa seja um objetivo a ter em conta, e que a possibilidade do processo regressar ao inquérito implicar um protelamento no tempo, também não raras vezes são utilizadas certas diligências e expedientes pela defesa, com o único intuito de protelamento do processo no tempo, com a finalidade de prescrição dos crimes e da responsabilização penal. Mas não só a paz jurídica do arguido deve ser tida em conta. Na equação dever-se-á ter também presente a vítima e os seus direitos e legítimas expectativas, bem como, a própria comunidade. Estes só adquirem a paz jurídica e a tranquilidade quando o culpado é responsabilizado na exata medida do crime praticado.

Também não subscrevemos o argumento da salvaguarda do princípio *ne bis in idem* como justificativo do novo regime. Este princípio de que “ninguém pode ser julgado mais do

²⁵⁶ Cfr., CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 306.

²⁵⁷ Eric Alt faz uma crítica ao sistema judicial francês por certas decisões tomadas durante a fase da instrução determinarem a decisão do julgamento. No sistema português, arriscamo-nos, a que as decisões tomadas na instrução e julgamento, sejam determinadas pelas decisões tomadas na fase inicial do processo, no inquérito. Cfr., ALT, Eric, “A Qualidade da Decisão Judicial”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 5, 2008, p. 13, [Consult. em 20 Jan. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.

²⁵⁸ *Infra*, p. 60 ss.

²⁵⁹ Neste sentido, BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 249 ss. Em trilho idêntico, *vide* Ac. TC n.º 237/2007, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 24 de Maio de 2007 e disponível em <http://www.dgsi.pt>. Saliava anteriormente Germano Marques da Silva, que era do próprio “interesse da paz jurídica do arguido, a lei admite geralmente que o tribunal atenda a factos ou circunstâncias que não foram objecto da acusação, desde que daí não resulte insuportavelmente afectada a defesa”. Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2000, p. 273.

que uma vez pela prática do mesmo crime” está constitucionalmente consagrado no art. 29.º, n.º 5 da CRP e art. 4.º da CEDH²⁶⁰. É entendimento doutrinal e jurisprudencial que este preceito visa, não só proibir um duplo julgamento pelo mesmo facto, evitando a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infração, mas também, proibir uma dupla incriminação, proibindo renovações de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo crime²⁶¹. Neste sentido, o argumento de que o preceito na sua versão original podia conflitar com o princípio *ne bis in idem*, não parece proceder²⁶², uma vez que, ainda não foi proferida pelo tribunal qualquer decisão definitiva sobre o mérito da causa²⁶³ (seja no sentido da acusação ou no sentido da absolvição), tanto pela factualidade já presente na acusação como pelos novos pedaços de vida. O ato de por termo ao prosseguimento processual e remeter o processo para inquérito para investigação sobre a totalidade dos factos, não pode ser entendido como uma decisão sobre o mérito da causa, mas antes, como um adiamento da decisão, e ser encarada como mais uma diligência praticada pelo tribunal com o intuito de promover a reconstrução histórica dos factos.

Bastante crítico quanto ao novo regime da alteração substancial dos factos não autonomizáveis surge Nuno Brandão, assumindo que conflita com o “*princípio do caso julgado* e seu efeito consumptivo, e ofende o mandato constitucional de «*esgotante apreciação* de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à consignação do tribunal num

²⁶⁰ Art. 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

“1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo [...] se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do processo.”

²⁶¹ Cfr., entre outros, PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal* (...), Op. Cit., p. 133; CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* (...), Op. Cit., p. 497.

²⁶² Ac. TC n.º 237/2007, de 30 de março, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>, donde emana que o regime ora revogado não só, não era violador do princípio constitucional *ne bis in idem* ou de qualquer outro princípio, como era um regime que promovia a concordância prática e efetiva entre as finalidades do Processo Penal e os direitos fundamentais do arguido.

²⁶³ Para Damião da Cunha, a construção dogmática do princípio *ne bis in idem* encontra o seu fundamento não na decisão do tribunal proibindo a sujeição de um arguido a um novo julgamento pelos mesmos factos, mas a montante do processo, i. é., nas decisões finais do Ministério Público e na proibição de que nenhum cidadão deveria poder ser por mais do que uma vez, investigado e constituído arguido pelos mesmos factos. Para o autor, a única exceção à proibição de revisão e discussão dos mesmos factos assenta no caso de revisão “*propter reum*”. Nas palavras do autor “a construção dogmática do *ne bis in idem* tem de assentar no princípio de que o poder punitivo do Estado está representado na e pela acção penal. (...) na proibição de alguém ser constituído duas vezes “arguido” pelos mesmos factos (...) Por outras palavras: ninguém deve ser investigado – e sofrer as consequências que dessa investigação resultam – duas vezes pelos mesmos factos, abrangendo este impedimento os factos em toda a sua problemática jurídica”. Na mesma linha de pensamento, o autor a pag. 571, entende que o conceito de alteração substancial e não substancial dos factos tem pouco a ver com a fase do julgamento, sendo um conceito de aplicação logo na fase do inquérito. Neste sentido, “qualquer decisão do Ministério Público (acusação ou arquivamento) teria o efeito de precluir qualquer conhecimento posterior quanto a aspectos que deviam ter sido conhecidos, investigados e valorados pelo Ministério Público”. Por todos, CUNHA, Damião da, “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal” (...), Op. Cit., p. 570 ss.

certo processo penal”²⁶⁴. A extensão do *caso julgado* e o seu efeito consumptivo, surge intrinsecamente ligado ao objeto do processo penal. Este fixa e estabelece os limites aos poderes de cognição e vinculação temática do tribunal, consequência dos princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção do objeto do processo penal.

Abrangendo o *caso julgado* apenas a sentença e não os seus fundamentos de direito²⁶⁵, e estando a sentença algemada ao conteúdo da acusação, que por sua vez, determina o objeto do processo e concomitantemente, a força consuntiva da sentença²⁶⁶, e tendo em conta o entendimento da estanquidade entre o facto acusado e a sentença, conjuntamente com a proibição que recai sobre o tribunal de apreciar esgotantemente factos novos e indissociáveis dos constantes na acusação surgidos em audiência de julgamento e discussão, temos que, não é o juiz no fim do processo através da sua sentença que determina a extensão e a força consuntiva do caso julgado, mas sim, o Ministério Público ou o assistente com a acusação.

Assumindo também uma posição crítica, escreveu a Conselheira Maria Lúcia Amaral, na sua Declaração de Voto, que o novo regime poderá implicar numa violação do “«mandato [constitucional] de esgotante apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do Tribunal num certo processo penal», mandato esse decorrente do princípio *ne bis in idem*, que torna afinal decisiva a determinação do que seja «o mesmo crime»”²⁶⁷. Ao se impedir que ao juiz seja possível interromper a marcha do processo e remetê-lo para inquérito²⁶⁸, com o intuito de diligenciar pela valoração probatória dos novos factos não autonomizáveis que possam influir sobre a decisão da causa, impede-se, não só, que o juiz indague da real extensão e importância dos pedaços de vida, mas também, que decida de modo consentâneo à realidade histórica e à sua convicção²⁶⁹. Dúvidas não restam que a

²⁶⁴ BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 250 ss. No mesmo sentido crítico quanto à reforma de 2007, vide BUCHO, Machado da Cruz, “Alteração Substancial dos Factos em Processo Penal”, in *Questões Práticas na Reforma do Código Penal, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, Revista on-line Julgar*, n.º 9, Setembro – Dezembro, 2009, p. 43 ss., [Consult. em 22 mai. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>

²⁶⁵ Cfr., PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VIALONGA, José Manuel, *Dicionário Jurídico*, 2ª edição, Vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal, Almedina, Abril 2009, p. 80.

²⁶⁶ Cfr., CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 304.

²⁶⁷ Cfr., Juiz Conselheira Maria Lúcia Amaral na sua *Declaração de Voto* no Ac. TC n.º 226/2008, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>

²⁶⁸ A solução de absolvição da instância e remessa do processo para inquérito é entendida por Adriano Souto Moura como a única defensável. Por todos, vide MOURA, Adriano Souto, “Notas Sobre o Objecto do Processo (...)”, Op. Cit., p. 70. Concordamos com o autor por entendermos que é uma solução que se adequa à possibilidade de surgimento na audiência de novos factos indissociáveis dos constantes na acusação mas importantes para uma justa decisão e que, de outra forma ficam irremediavelmente e definitivamente intocáveis.

²⁶⁹ Neste sentido, salienta Baumann que “el tribunal debe investigar la verdad material y no conformarse com lo que el ministerio público y el imputado somenten a su consideración, le exponen y solicitan”, cfr., Baumann, *apud QUIROGA*, Barja de, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. Mendonza:Ediciones jurídicas cuyo, 2001, p. 251. Sobre esta temática, Vives Antón salienta “lo que importa sobre todo es determinar si ese hecho ha ocurrido realmente o no, y, a tal efecto, no hay ni puede haber más verdad que la verdad

obrigação constitucional que é exigida ao juiz do “conhecimento esgotante do facto acusado”²⁷⁰ constante na acusação ou resultante da discussão da causa, tendente à realização da verdade material e da justa resolução da causa, é colocada em causa pelo legislador ao colocar o juiz - à parte - de todo o processo, assumindo meramente uma função de *validação* da ação dos acusadores públicos ou privados.

Na senda das críticas ao novo regime preconizado pelo legislador, Nuno Brandão aborda várias perspetivas distintas mas interligadas quanto à essência do problema, nomeadamente, que a nova lei é contrária ao “*princípio da legalidade e da finalidade de comprovação judicial, da prossecução das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de administração da justiça e de pacificação social*”²⁷¹.

Resulta claro que o novo regime coloca o juiz numa posição delicada e conflagradora²⁷², na eventualidade de no decurso das audiências de julgamento resultar fortemente indiciado pela prova produzida que determinada realidade acusada não corresponde na íntegra à realidade ocorrida²⁷³. O juiz ver-se-á obrigado a decidir tendo em conta apenas os factos constantes na acusação, mesmo que estes não correspondam à realidade e assim, poderá ser colocado na situação de punir injustamente um indivíduo ou então absolvê-lo, não porque ele seja inocente mas porque praticou um outro tipo de crime diferente do constante na acusação. Como agudamente anota Figueiredo Dias, “é seguro não poder o Estado demitir-se do seu dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer

histórica. Cfr., ANTÓN, Tomás Vives, “El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 28 ss. O autor defende que a pretensão a uma justa decisão só poderá ser alcançada se respeitados os direitos fundamentais do arguido, assumindo neste particular, o princípio da presunção de inocência lugar primordial.

²⁷⁰ Assim, CORREIA, Eduardo, “Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz” (...), Op. Cit., p. 304. Também defendendo que recai sobre o tribunal o poder/dever de reunir as todas provas necessárias à prolação de qualquer decisão condenatória, consequência do princípio da investigação, vide FERREIRA, Marques, “Meios de Prova” (...), Op. Cit., p. 233.

²⁷¹ Para um olhar mais completo sobre as críticas ao novo regime, vide BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 250 ss.

²⁷² Utilizando as palavras de Germano Marques da Silva, ainda que utilizadas por nós em sentido diferente do defendido pelo autor, por ser diferente o nosso entendimento, “não entendemos por que razão há de ser vexatório para o tribunal ficar vinculado a uma dada qualificação jurídica dos factos e não o ser quando fica vinculado à apreciação dos factos constantes da acusação. Tanto a limitação resultante da vinculação aos factos da acusação quanto a resultante da vinculação à qualificação jurídica dada a esses factos constituem limitações ao objecto de cognição do tribunal”. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I (...), Op. Cit., 2008, p. 378 ss. Tal como defendemos, no âmbito da qualificação jurídica, que seria vexatório o juiz ficar completamente dependente da subsunção jurídica constante na acusação, entendemos ser vexatório, o juiz de instrução ou de julgamento, ficar completamente dependente dos factos presentes na acusação quando da audiência de instrução ou julgamento (consoante a fase em que se encontre o processo) resultem factos indissociáveis e dependentes dos constantes na acusação e que impliquem uma alteração substancial dos factos objeto do processo.

²⁷³ Situação conflagradora quando, e tomando como credíveis as palavras de António Pragal Colaço, “a minha experiência como advogado ensina-me que é muito fácil negar uma realidade por evidente que ela seja”. Cfr., COLAÇO, António Pragal, *A Vida de Vale e Azevedo, Toda a História de um Condenado Procurado pela Justiça*, Edição Presselivre, 2009, p. 12.

negligenciá-lo, sob pena de minar os fundamentos em que assenta a sua legitimidade. (...) Este dever é o correlato da necessidade, pelo Estado sentida, de tomar sobre os seus ombros, de forma exclusiva, a tarefa de investigar, esclarecer, perseguir e sentenciar os crimes cometidos dentro da sua «jurisdição»; é só, por diferentes palavras, a outra face do princípio da exclusão da auto-defesa ou princípio do monopólio estadual da função jurisdicional, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades hodiernas, fundado como é por valores tão essenciais como as da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social”²⁷⁴.

As finalidades do Processo Penal e as finalidades das penas só atingem os seus objetivos se o Estado não se autonegar das suas obrigações de garante da tutela efetiva do bem jurídico violado e se todos, arguido, vítima e sociedade, tiverem a perceção e a convicção que a pena se adequa ao ilícito criminal praticado, porque de outra forma, a justiça perde a sua legitimação e o seu poder vinculante. Já Beccaria realçava a importância necessária da correlação entre o delito efetivamente cometido e a pena aplicada, ao afirmar que “*Quanto mais pronta e mais perto do delito cometido esteja a pena, tanto mais justa e útil ela será*”²⁷⁵, sendo “*importante que todo o delito evidente não fique sem punição*”²⁷⁶.

Uma correlação entre o *thema decidendum* e a sentença é importante, mas, não é de somenos importância, a correlação entre a sentença e a realidade crua e dura dos factos, sem esquecer, que a fase do julgamento é a fase processual onde o arguido está no usufruto da plenitude dos seus direitos constitucionalmente consagrados, e, é no julgamento, que “um juiz não «empenhado» na indiciação funcionará em obediência ao princípio da investigação da prova em ordem à descoberta da verdade material”²⁷⁷. Independentemente do tipo de modelo jurídico-formal do despacho de encerramento da instância e do encaminhamento a dar ao processo original, discussão doutrinal e jurisprudencial agora encerrada pelo legislador, ao se impor a continuação do processo com a preterição absoluta e definitiva dos novos factos não autonomizáveis com o consequente efeito consumptivo quanto aos factos constantes na acusação ou na pronúncia, são de prever consequências futuras melindrosas, uma vez que, “o novo regime transforma a decisão judicial numa farsa, o que não deixará de violentar o próprio juiz e de descredibilizar o exercício da função judicial”²⁷⁸.

²⁷⁴ Figueiredo Dias, *apud* BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), *Op. Cit.*, p. 252.

²⁷⁵ Cfr., BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas* (...), *Op. Cit.*, p. 104.

²⁷⁶ *Idem*, p. 93.

²⁷⁷ Cfr., MAXIMIANO, Rodrigues, “Acusação manifestamente infundada – Poderes do Juiz de julgamento”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 13º, Julho - Setembro 1992, n.º 51, p. 107.

²⁷⁸ Cfr., BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), *Op. Cit.*, p. 251.

Pelo exposto, não anuímos com os argumentos elencados pelo legislador e alguma Doutrina para justificar a presente alteração, a qual, parece-nos, despromove desproporcionadamente os princípios processuais penais da prossecução da verdade material, da investigação, da realização da justiça e da pacificação pública, em prol do princípio do acusatório e da paz jurídica do arguido, princípios que o antigo regime salvaguardava. Ainda que se tratem de finalidades antinómicas, de interesses conflitantes e de harmonização prática nem sempre possível, o processo penal deve provir por uma “ponderação de valores conflitantes”²⁷⁹ com o propósito de reequacionar a “concordância prática”²⁸⁰ entre os extremos em tensão e não absolutizar unilateralmente um deles, sob pena, de provocar um desmoronamento no tão desejado equilíbrio lembrado por Mário Ferreira Monte, quando afirma que “a concordância prática das finalidades que entre si são antiéticas, concretamente da protecção dos direitos fundamentais, por um lado, e da realização da justiça e da verdade material, por outro, não implica que deva ser concedida mais importância a uma que a outra”²⁸¹.

Na esteira do já defendido para a instrução²⁸², e tendo em conta as disposições conjugadas dos art.s 1.º, al. f), 4.º e 359.º, n.º 1 CPP e art.s 289.º e 493.º, n.º 2 CPC, segundo a qual, comunicada ao arguido a alteração substancial dos factos descritos na acusação, resultante da prova produzida em audiência de discussão e julgamento - nas situações em que os novos factos por serem indissociáveis, formarem uma unidade de sentido que não permite a sua autonomização – e, opondo-se o arguido à continuação do julgamento pelos novos factos, o tribunal, por os novos elementos extravasarem o objeto do processo e os seus poderes de cognição, não os pode conhecer nem valorar na prolação da decisão. Tal situação implica a existência de uma excepção dilatária²⁸³, pelo que, deveria ser possível ao tribunal

²⁷⁹ Figueiredo Dias chama a atenção para haver no cerne do processo penal uma “ponderação de valores conflitantes”, DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal (...)*, Op. Cit., p. 45.

²⁸⁰ Cfr., Figueiredo Dias, *apud* LOUREIRO, Flávia Novera, “A (i)mutabilidade do paradigma processual respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 275. A autora alerta para “a necessidade de reajustar a concordância prática entre (...) por um lado, a eficácia no combate ao crime para defesa da comunidade, por outro, a protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos em geral e dos arguidos em particular”. *Idem, ibidem*.

²⁸¹ Vide, MONTE, Mário Ferreira, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal (...), Op. Cit., p. 416.

²⁸² *Infra*, p. 63 ss.

²⁸³ Neste particular, salienta Augusto Pais de Amaral, que as “excepções que obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal denominam-se dilatárias”. AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 7ª ed., Almedina, 2008, p. 209. Continua o autor, salientando que as “excepções dilatárias, como o próprio nome parece indicar, obstam a que se entre na apreciação da relação jurídica material, por faltar alguma coima a essa pronúncia final; elas não afectam o direito de acção: elas dilatam, protelam, adiam a decisão do litigío. Em vez de extinguirem a acção,

decidir no sentido da absolvição da instância e remeter o processo para o Ministério Público, para que mais investigado, possa a acusação abranger, se assim for entendido, todo o conjunto unitário. Solução defendida por alguma Doutrina e Jurisprudência²⁸⁴ e que, julgamos, promove a prossecução das finalidades do Processo Penal no respeito pelos direitos de defesa do arguido, pois como Luigi Ferrajoli anota, “a legitimação do julgamento penal reside na garantia do imparcial apuramento da verdade”²⁸⁵, uma vez que “nenhuma maioria, por muito esmagadora que seja, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado”²⁸⁶.

O desejo de imputar responsabilidades ao Ministério Público pela má investigação, levou o legislador a preconizar numa solução contrária ao princípio da legalidade da ação penal e de consequências danosas nas vítimas e na pacificação social, solução sem paralelo nos ordenamentos jurídicos (alemão e italiano) que mais influenciaram o Código de 1987. Concordamos com Cruz Bucho, quando refere que “os ganhos obtidos em nome do acusatório, da celeridade e das garantias de defesa são muito inferiores aos prejuízos causados na prossecução da verdade material, na justiça do caso concreto e na função preventiva do direito penal”²⁸⁷. É, porém, previsível que alguns tribunais, confrontados com a obrigação legal de ignorar factos²⁸⁸, de prosseguir o julgamento com base numa acusação que não corresponde à realidade, e de aplicar penas injustas ou absolvições incompreensíveis, vejamos-

apenas a retardam. Embora afastem a possibilidade do conhecimento do mérito da causa naquele momento, não a afastam definitivamente”. *Idem, ibidem*. Mais anota o autor, “não se tendo chegado a conhecer do mérito da causa, nenhum obstáculo existe a que o autor proponha uma nova acção contra o mesmo réu, como o mesmo pedido e a mesma causa de pedir”. *Ibidem*, p. 214-215.

²⁸⁴ MOURA, Adriano Souto, “Inquérito e instrução” (...), Op. Cit., p. 131 ss. Solução também defendida entre outros, no Ac. TC n.º 237/2007, de 30 de março, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>; Ac. STJ, de 17 de dezembro de 1997, processo n.º 1347/97, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano V, Tomo III, 1997, p. 257, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²⁸⁵ Luigi Ferrajoli faz um estudo sobre a corrente filosófica do “Garantismo” e o “Direito Penal mínimo”, “assente na minimização da violência de intervenção punitiva do Estado, condicionada aos limites rígidos da tutela dos direitos das pessoas”. Por todos, FERRAJOLI, Luigi, “Garantismo e Direito Penal”, (tradução de Pedro Vaz Patto), in *Revista on-line Julgar*, edição especial, 2008, p. 51 ss, [Consult. em 25 fev. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.

²⁸⁶ *Idem*, p. 56.

²⁸⁷ BUCHO, Machado da Cruz, “Alteração Substancial dos Factos em Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 41 ss.

²⁸⁸ Inversamente ao processo civil, em que recai sobre as partes o ónus de afirmar, contradizer e impugnar, no processo penal, impõe-se ao tribunal, decorrência do princípio da investigação, que se socorra dos meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Neste sentido, Marques Ferreira, chama a atenção para a “não coincidência necessária entre o objecto do processo factualizado na acusação ou na pronúncia e os factos que relevantemente poderão ser objecto de prova. Tema da prova serão não apenas todos os factos relevantes para a existência ou inexistência *do crime* imputado ao arguido na acusação ou pronúncia (...) mas também *novos factos* que consubstanciem uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou pronúncia – consoante a fase em que tiver lugar a prova – e, eventualmente, comprovem a existência de um crime diverso”. Cfr., FERREIRA, Marques, “Meios de Prova” (...), Op. Cit., p. 222.

se tentados a recuperar as soluções até aqui existentes, ou ainda, a possibilidade de declararem a inconstitucionalidade do novo regime²⁸⁹. Ainda que seja de todo evitável, pode passar a ocorrer que o Ministério Público passe a acusar por excesso, mesmo nas situações em que sejam poucos e frágeis os indícios apurados. Esta opção legislativa, culpabiliza não apenas o Ministério Público, mas também, os tribunais e *in fine*, a vítima e a sociedade, desprotegendo-os²⁹⁰ e provocando um aumento nos sentimentos de impunidade e insegurança.

3. Na Sentença

O momento essencial de todo o direito, em especial do Direito Penal, “é o da justa decisão do caso jurídico concreto, o da sua aplicação a cada caso por forma, *hic et nunc*, justa”²⁹¹, aliás, “a **sentença** é *tudo* no processo. De facto, é na sentença – e só na sentença – que tudo se decide”²⁹². A sentença ou a decisão final, é a meta para o qual caminha todo o processo, é o momento esperado, não só, para o restabelecimento da paz jurídica da comunidade colocada em causa pelo crime, mas também, para reafirmar a validade e legitimidade da norma que havia sido violada.

O julgamento visa a discussão da causa, promovida no respeito pelos direitos fundamentais do arguido, de modo a habilitar o tribunal com todos os elementos conducentes a proferir uma decisão que se pretende justa. A decisão justa pressupõe a descoberta da verdade (não apenas formal), a qual, passa pela produção das provas lícitamente adquiridas²⁹³,

²⁸⁹ É de prever “o aparecimento de engenhosas interpretações jurisprudenciais que desfigurarão o sentido da nova lei para salvar a justiça material da decisão do caso concreto ou então, quando nem isso for possível, declararão justamente a sua inconstitucionalidade”. Neste sentido, *vide* BRANDÃO, Nuno, “A Nova Face da Instrução” (...), Op. Cit., p. 251.

²⁹⁰ “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei”. Cfr. art.º 7, 1ª parte da DUDH de 10 de dezembro de 1948. Texto oficial português publicado no *Diário da República*, 1ª série, n.º 57, de 9 de Março de 1978.

²⁹¹ Figueiredo Dias, *apud* ISASCA, Frederico, *Alteração Substantial dos Factos e sua Relevância* (...), Op. Cit., p. 72.

²⁹² Assim, POÇAS, Sérgio, “Da sentença final – fundamentação de facto”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 3, 2007, anot. 3, p. 21, [Consult. em 20 jul. 2010]. Disponível em <http://www.julgar.pt>. Em sentido contrário, que o momento essencial do processo reside não na sentença mas no inquérito, *vide* Fátima Mata-Mouros, *apud* CORREIA, João Conde, “Inquérito, A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma (...), Op. Cit., p. 197. Para a autora “«o ponto nevrálgico, a fase essencial do processo penal, reside no inquérito, e não propriamente no julgamento». Os erros cometidos neste momento, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis ao arguido, dificilmente podem ser depois corrigidos”. Tendo em conta o regime em vigor, somos levados a concordar com a autora.

²⁹³ Se é certo e inegável que toda a investigação criminal coarctada e limita direitos e liberdades individuais, não é menos certo e inegável, que a mesma se encontra sujeita a rigorosos regimes e mecanismos de escrutínio e controlo jurisdicional. Neste sentido, concordamos na íntegra com José Braz quando escreve que

pelo que, é questão preponderante do julgamento e decorrência do princípio da oficialidade e da imediação, que o juiz deva procurar a verdade onde quer que ela se encontre²⁹⁴. Nesta procura, o juiz deve ter em conta duas preocupações: por um lado, que a verdade formal presente no processo coincida ou pelo menos, se aproxime o mais possível da verdade material, assumida que está a inexequibilidade da verdade absoluta e global, por outro, que a procura da verdade, se faça de modo jurídica e processualmente válido e no respeito pelos direitos constitucionalmente consagrados não só dos arguidos, mas também das vítimas e de terceiros. Qualquer decisão só é boa, diríamos antes, justa, se se compaginar com a verdade, no entanto, esta não pode ser obtida a qualquer preço²⁹⁵, pelo que, é imperioso que o conhecimento de qualquer facto seja obtido de uma forma legalmente conformada e não por via da prova proibida (art. 126.º CPP).

O Processo Penal, enformado em princípios jurídico-constitucionais²⁹⁶, produz efeitos diretamente na esfera dos direitos e liberdades individuais dos seus destinatários, tendo como função principal a solução do conflito, do tal pedaço de vida trazido a julgamento. Se o Juiz falha na apreciação do facto, falha, *in fine*, no exercício da sua função de defensor da legalidade e de administração da justiça em nome do povo (art. 202.º, n.º 1 CRP), já que, para dizer o direito ou *jurisdictio*²⁹⁷, terá necessariamente de dizer e interpretar, primeiro e bem, o tal pedaço de vida²⁹⁸. É, pois, essencial, conciliar o facto objeto de apreciação, à realidade histórico-factual, por meio de um julgamento justo e conseqüentemente, uma justa decisão.

“toda a produção da prova há-de ter lugar no respeito e na observância de um conjunto de princípios axiológicos, e de direitos e garantias fundamentais que caracterizam, disciplinam e limitam a sua acção”. Cfr., BRAZ, José, *Investigação criminal: a organização, o método* (...), Op. Cit., p. 44.

²⁹⁴ Concordamos com Anabela Rodrigues quando afirma que “só em audiência o Juiz de julgamento assume o princípio da investigação, corolário do princípio da verdade material”, veja-se Anabela Rodrigues, *apud* MAXIMIANO, Rodrigues, “Acusação manifestamente infundada – Poderes (...)”, Op. Cit., p. 102.

²⁹⁵ A verdade material que se pretende atingir no processo penal implica, necessariamente, que a prova foi obtida de modo legal, legítimo e nos pressupostos processualmente estabelecidos, e neste sentido, nunca poderão ser valoradas pelo tribunal as provas obtidas com violação do princípio da legalidade ou legitimidade dos meios de prova. Nesta esteira, o pensamento de Heidegger que “*toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa*”. Heidegger, *apud* FERREIRA, Marques, “Meios de Prova” (...), Op. Cit., p. 224.

²⁹⁶ Maria João Antunes menciona que, “na história do constitucionalismo português a Constituição em vigor ser aquela que mais preceitos dedica directamente ao processo penal”, ANTUNES, Maria João, “Direito processual penal – “direito constitucional aplicado””, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 746.

²⁹⁷ A função soberana de administração da justiça, “A *jurisdictio* (dizer o direito) constitui a função de decidir, de definir a existência, a titularidade, o conteúdo e os modos de exercício de um direito e tem pressuposta a eficácia do sistema, das instituições e dos agentes que as servem”. Cfr., GASPAR, António Henriques, “O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 5, 2008, p. 20, [Consult. em 10 dez. 2010]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.

²⁹⁸ Fernanda Palma coloca a questão que “quem profere uma sentença confronta-se inevitavelmente com a sua convicção pessoal, que pode equivaler ao desejo. Tem, por conseguinte, a obrigação de testar o rigor da sua convicção. Mas a questão fundamental, independentemente da ordem entre os fundamentos e a decisão, é saber se os primeiros são a “energia interna” da segunda ou apenas “razões” artificiais, inventadas a título

A convicção do julgador, convertida na decisão de mérito, obter-se-á por vezes, através de conclusões baseadas em deduções e não diretamente verificadas: a conclusão funda-se num juízo de relação normal entre os indícios e o *thema decidendum*. É sabido que o tribunal forma a sua convicção valorando os diferentes meios de prova sem obediência a critérios legais pré-fixados, mas segundo as regras de experiência comum²⁹⁹ e livre apreciação da prova³⁰⁰, apreciação esta, necessariamente objetivável e motivável³⁰¹, pelo que,

póstumo”. PALMA, Fernanda, “A sentença Penal”, in *Sentir o Direito, Correio da Manhã*, artigo de opinião publicado em 17-01-2010, [Consult. em 19 nov. 2010]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniaof/fernanda-palma/a-sentenca-penal>. Já Nilo Brum anota, que é no momento da decisão “cotejando e avaliando as provas dos autos, necessita [o magistrado] demonstrar que o fato ocorreu de determinada forma e não de outra. Precisa, por outro lado, dizer qual o direito a ser aplicado e os porquês de tal aplicação. Enfim, é aqui que o juiz reconstrói discursivamente o fato *sub judice*, procede à sua consumação ao direito que entende aplicável, acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais pelos quais decide”, Nilo Brum, *apud* BIANCHINI, Alice, “Aspectos Subjectivos da Sentença Penal”, in *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, São Paulo, v. 22, 1998, p. 1, [Consult. em 12 ago. 2011]. Disponível em <http://www.atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini>.

²⁹⁹ Para Arthur Kaufmann, “o Juiz que pensa que baseia a decisão apenas na lei e não vê que o faz também de forma necessária, na sua própria pessoa, comete um erro, pois ele permanece, sem consciência disso, dependente de si mesmo. Cfr., Arthur Kaufmann, *apud* VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais” (...), Op. Cit., anot. 4, p. 191. Os juízes não são angelicamente neutros ou imparciais, são seres humanos, influenciáveis por critérios culturais, educacionais, ideológicos, de valores e de preconceitos. Neste sentido assevera Walter Haller, “o juiz consciente dos elementos subjectivos do processo de decidir e que não se rende à ilusão de perfeita neutralidade, é mais capaz de controlar os seus gostos e desgostos. Esse mesmo juiz também será mais apto para uso responsável da liberdade que possui quando interpreta disposições legais e põe na balança interesses conflitantes sem refugiar-se atrás de fórmulas aparentemente objectivas”. Por todos, Walter Haller, *apud* BIANCHINI, Alice, “Aspectos Subjectivos da Sentença Penal” (...), Op. Cit., p. 1.

³⁰⁰ O critério da livre apreciação da prova pelo juiz significa essencialmente que o juiz tem o dever de “perseguir a chamada «verdade material» (...) uma verdade *prático-jurídica*, (...) uma das funções primaciais de toda a sentença (máxime da penal) é a de *convencer* os interessados do bom fundamento da decisão (...) uma convicção *objectivável e motivável*, portanto capaz de impor-se aos outros. Uma tal convicção existirá quando e só quando (...) o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos *para além de toda a dúvida razoável*”. Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 202 ss. Neste sentido, tal critério significa, “por um lado, a ausência de critérios legais que predeterminem o valor a atribuir à prova ou hierarquizem o valor probatório dos diversos meios de prova, por outro lado, livre convicção ou apreciação não poderá nunca confundir-se com apreciação *arbitrária* da prova produzida nem com a mera *impressão* gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova”. Cfr., Figueiredo Dias, *apud* FERREIRA, Marques, “Meios de Prova” (...), Op. Cit., p. 228.

³⁰¹ A motivação ou fundamentação da sentença assume-se como peça essencial na legitimação do exercício democrático da função jurisdicional consubstanciada num processo transparente, justo e equitativo, constituindo um “instrumento de ponderação e de legitimação da própria decisão judicial e de garantia ao recurso”, de modo a “permitir ao destinatário da decisão e ao público em geral apreender o raciocínio que conduziu o juiz a proferir tal e tal sentença (...) em ordem a garantir a transparência da justiça, a persuadir os interessados e a permitir-lhes avaliar as probabilidades de sucesso nos recursos”. A motivação das decisões judiciais, imperativo constitucional (art. 208º n.º1 CRP) é obtida através da “exposição concisa e completa dos elementos de facto e das razões de direito que justificam a decisão”. Cfr., ROCHA, António Lopes, “A Motivação da Sentença”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 75/76, 1998, p. 99 ss, [Consult. em 25 set. 2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/ce-convencao-dh/cons-europa-conv-dh-lobes-rocha.html>. Marques Ferreira, utilizando as palavras de Taruffo, salienta que a fundamentação ou motivação da sentença produz efeitos intraprocessualmente e extraprocessualmente. Intraprocessualmente, ao permitir “aos sujeitos processuais e ao tribunal superior o exame do processo lógico ou racional que lhe subjaz, pela via do recurso”; e extraprocessualmente, pois a motivação permite aferir “da legalidade da sentença e a própria independência e imparcialidade dos juízes uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade”. Taruffo, *apud* FERREIRA, Marques, “Meios de Prova” (...), Op.

qualquer sentença, seja ela condenatória ou absolutória, não deve deixar qualquer laivo de dúvida tanto a internamente como externamente sobre os motivos de facto e de direito³⁰² que estão na *essendi* da decisão³⁰³, pois, só assim, é que por um lado, se atinge o restabelecimento da paz jurídica e social³⁰⁴ que havia sido posta em causa pelo ilícito criminal, e por outro, se torna suscetível legitimar a decisão judicial e reafirmar a validade e a imperatividade da norma jurídica que havia sido violada e conseqüentemente, se reafirma a tutela dos bens jurídicos.

O art. 379.º CPP prevê e comina com nulidade³⁰⁵ a sentença, que não respeitando os limites cotejados pelos art.s 358.º e 359.º CPP, condene o arguido por factos não constantes do objeto do processo. A nova abordagem imposta pelo legislador ao art. 359.º CPP, estiolou

Cit., p. 230. No mesmo sentido, SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III (...), Op. Cit., 2009, p. 287 ss.

Servindo-se Maia Costa também dos ensinamentos de Taruffo, transcreve, “Tratando-se assim, de permitir um controlo exterior ao processo sobre o fundamento da decisão, mudam os destinatários da motivação, ou seja, os sujeitos que devem poder controlar se a decisão é justificada. Evidentemente, a motivação deve ser dirigida à generalidade dos cidadãos, que são os titulares do controlo sobre o exercício do poder jurisdicional. A motivação torna-se portanto o meio para um controlo extraprocessual, geral, difuso e democrático sobre a justiça da decisão: a estabelecer se a decisão é «boa», porque fundada em «boas razões», é chamado em primeiro lugar o povo, entendido quer como soma de indivíduos, quer como colectividade, e é o povo, antes mesmo que às partes ou ao tribunal superior, que o juiz deve dar a justificação racional da sua decisão.” Por todos, *vide* Taruffo, *apud* COSTA, Maia, “Motivação da matéria de facto da sentença penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20, Abril – Junho, 1999, n.º 78, p. 149 ss. Em idêntico sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, “«Tão amigos que nós éramos» (...), Op. Cit., p. 41.

Fernanda Palma salienta que “fundamentar é apresentar razões reconhecíveis e aceitáveis pelos destinatários”. Para a autora, o dever de “fundamentar não é contrário à livre convicção do juiz. A livre apreciação da prova constitui um corolário da independência dos tribunais e pressupõe critérios objectivos. É, como disse Castanheira Neves, uma liberdade para a objectividade. A fundamentação da sentença constrói-se através da indicação e do exame crítico das provas. Não basta, por exemplo, indicar as provas testemunhais. É necessário analisar a veracidade dos testemunhos”. Cfr., PALMA, Maria Fernanda, “Fundamentação da Sentença”, in *Sentir o Direito, Correio da Manhã*, 12 Set. 2010. [Consult. 20 Dez. 2010]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniaio/fernanda-palma/fundamentacao-da-sentenca>.

³⁰² Tendo em conta as conseqüências das repercussões das decisões judiciais na esfera dos direitos, liberdades e garantias dos arguidos, o dever de fundamentação da decisão incide não apenas sobre a matéria de facto, mas também, sobre a matéria de direito. Neste sentido, entre outros, *vide* COSTA, Maia, “Motivação da matéria de facto da sentença penal” (...), Op. Cit., p. 140. O autor faz um breve estudo sobre a evolução e transformação verificada na jurisprudência no que a esta matéria diz respeito.

³⁰³ Cfr., POÇAS, Sérgio, “Da sentença final – fundamentação de facto” (...), Op. Cit., p. 21.

³⁰⁴ Escreve Eduardo Correia que “só racionalizada, motivada, a decisão judicial realiza aquela altíssima função de procurar, ao menos “convencer” as partes e a sociedade da sua justiça, função que em matéria penal a própria designação do condenado por “convencido” sugere”. Eduardo Correia, *apud* COSTA, Maia, “Motivação da matéria de facto da sentença penal” (...), Op. Cit., p. 139. Em sentido idêntico, menciona Amelung que “O dano social causado pelo delito pode afectar uma pessoa em particular (...), mas atenta contra a comunidade em potencial ao lesionar o ordenamento jurídico. Quer dizer, o dano social derivado do bem jurídico lesionado (desvalor de resultado) e do modo como se produziu a conduta delitativa (desvalor da ação)”. Cfr., Amelung, *apud* PALERMO, Pablo Galain, “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, anot. 48, p. 631. Para Nilo Brum, “Toda a decisão, para adquirir a devida coesão social, há-de ser legítima, válida e justa”. Nilo Brum, *apud* BIANCHINI, Alice, “Aspectos Subjectivos da Sentença Penal” (...), Op. Cit., p. 1.

³⁰⁵ As nulidades presentes no art. 379.º CPP são sanáveis se não forem arguidas. Para um melhor acompanhamento, *vide* SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, (...), Op. Cit., 2009, p. 298 ss.

o poder criativo do intérprete na solução dos problemas práticos que diariamente se colocam ao aplicador da lei, colocando-o perante situações no mínimo inquietantes. Neste disposto: que ilações se poderão retirar de uma decisão imposta por critérios processuais mas em nada conducentes com a convicção do julgador e a livre apreciação de prova produzida no julgamento com todas as garantias processuais e constitucionais ao dispor do arguido?³⁰⁶ Como *convencer* os interessados, o arguido mas em especial as vítimas, da *justiça* da decisão quando o próprio tribunal tem *dúvidas para além das razoáveis* sobre a mesma? Que atitude deverá tomar o tribunal quando o constante na acusação não corresponder à sua convicção, quando o crime acusado divergir do crime praticado? Deverá punir o arguido pelo crime acusado em vez do crime praticado ou, ao invés, deverá absolvê-lo porquanto o crime praticado é diferente do crime porque vem acusado? Estará o interesse jurídico do arguido protegido se for condenado por um crime que não cometeu? Perguntas que deixo em aberto e cujas respostas poderão importar ou em violações dos normativos legais ou em constrangimentos inadmissíveis de princípios e finalidades do processo penal, nomeadamente, da legalidade da ação penal, da realização da justiça, da tutela de bens jurídicos, e da estabilização das normas e paz jurídica dos cidadãos.

3.1. A Sentença e as Finalidades da Pena

O Direito Penal e Processual Penal e *in fine*, as sanções penais, ou seja, as penas e as medidas de segurança, só se justificam - quer na sua própria existência, quer no seu «*quantum*» -, enquanto tenham por finalidade primordial a tutela dos bens jurídicos através do restabelecimento das normas e da paz jurídica da sociedade civil³⁰⁷ abalada pelo

³⁰⁶ Julgamos úteis reproduzir as palavras proferidas por Orlando Afonso, no artigo de opinião “Juiz boca da lei?”, in *Correio da Manhã* publicado no dia 05-03-2011, [Consult. em 05 mar. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/.../opinio/orlando-afonso/juiz-boca-da-lei>, onde o autor afirmou que “é errado pensar que o princípio segundo o qual o juiz está sujeito “apenas à lei” seja o retorno ao ideal iluminista e mais tarde jacobino do “juiz boca de lei”. A constituição não condena o juiz a um serviço passivo da vontade do legislador, coloca-o, antes, numa posição extraordinária e difícil de conseguir fazer viver o direito segundo os princípios que ela coloca acima da lei e segundo as necessidades da sociedade. A lei é apenas uma parte do direito e da vida. Mudando constantemente a lei não se muda, ipso facto, o direito e muito menos a vida”.

³⁰⁷ “A qualidade do sistema de justiça afere-se pela qualidade da resposta processual (...) pela qualidade substancial das decisões, em relação à qual pontificam como critérios aferidores o respeito pelos princípios da legalidade e da igualdade; e pela razoabilidade temporal das decisões. Tais predicados hão-de verificar-se quer no momento de “dizer o direito” quer no momento de efectivar a decisão através da execução – e é na confluência deles que é possível criar confiança nos cidadãos, também ela condição necessária da eficácia do

comportamento criminal e, na medida possível, na reinserção do agente na comunidade³⁰⁸, através da socialização e reintegração do agente na comunidade e na reeducação dos valores socialmente relevantes, sendo que a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa³⁰⁹, o que significa, que não pode haver pena sem culpa nem pena acima da culpa, ou nas palavras de Cusson, “a pena é o preço a pagar pelo crime, e a sua severidade é a medida da gravidade deste”³¹⁰. Esta foi a posição assumida pelo legislador e declarada explicitamente no art. 40.º, n.ºs 1 e 2 CP³¹¹.

As penas tal como o Direito, só têm validade material e eficácia, quando e a partir do momento em que tanto a comunidade como o próprio indivíduo em si mesmo, reconhece e aceita a sentença. Caso o reconhecimento e a aceitação não ocorra, a finalidade das penas de prevenção especial, numa primeira fase, e de prevenção geral, numa fase ulterior será inatingível e tanto a tutela dos bens jurídicos, através da prevenção de futuros crimes, como a socialização do arguido na sociedade, será uma miragem. Como ensina Anabela Miranda Rodrigues, “a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado”³¹², que a par do estímulo pela sua participação, promove “o seu sentido de responsabilidade”³¹³, uma vez que, a “compreensão exacta do que vai sendo decidido é uma exigência de prevenção geral positiva, pois é necessário que todos possam compreender quais os critérios da decisão”³¹⁴ e que

sistema de justiça”. Assim, GASPAR, António Henriques, “O tempo judiciário e a qualidade da decisão (...), Op. Cit., p. 19.

³⁰⁸ Para um acompanhamento sobre as várias teorias das finalidades e legitimação das penas e a sua evolução em Portugal, bem como, para a bastante doutrina e jurisprudência existente, *vide* DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I (...), Op. Cit., p. 43 ss., passim, Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2009, p.82 ss.*

Para um olhar sobre o crime, as penas e a evolução penal, *vide* CUSSON, Maurice, *Croissance et décroissance du crime, édition électronique, Paris: Les Presses Universitaires de France, 1990, Collection “sociologies”, p. 79 ss.*

³⁰⁹ Cfr., SANTOS, Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal (...), Op. Cit., p. 166 ss.* Salienta sabiamente Figueiredo Dias, que “a culpa não é fundamento da pena, mas constitui o seu **pressuposto necessário** e o seu **limite inultrapassável**”. Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I (...), Op. Cit., p. 82 ss.*

³¹⁰ CUSSON, Maurice, *Criminologia (...), Op. Cit., p. 211.* Para o autor, as funções utilitárias das sanções penais sob o prisma do controlo social, para além da função retributiva, uma vez que “a justiça em si mesma não pode ser esquecida enquanto finalidade da pena”, consistem na “ressocialização, a neutralização, a dissuasão e a censura”. *Idem*, p. 210-211. Sobre a medida da pena, anota o autor que “para que a mensagem não seja incoerente, é preciso que a severidade da pena seja adequada ao crime. Uma sentença demasiado severa, ou que não o seja suficientemente, não traduz a verdade do crime e perde a sua virtude persuasiva. Neste ponto, o justo junta-se ao útil, uma vez que a sanção bem proporcionada é justa e conveniente”. *Idem*, p. 216.

³¹¹ Art. 40.º CP, sob a epígrafe Finalidades das penas e das medidas de segurança:

“1. A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.”

³¹² Cfr., Anabela Miranda Rodrigues, *apud* VALENTE, Guedes, *Prisão – A Metamorfose da Benevolência*, Almedina, 2003, p. 27.

³¹³ *Idem, ibidem.*

³¹⁴ Cfr., PALMA, Maria Fernanda, “O Problema Penal do Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 43. Concordamos com a autora mas quando o versado na sentença não corresponder á realidade material, será que a

fiquem convencidos da justeza³¹⁵ da mesma, uma vez que a eficácia das penas depende inteira e basicamente, da impressão que produz no ânimo dos delinquentes. Ainda que as atuações processuais sobre o arguido não possam ser utilizadas “como puro meio de pacificação da ordem pública”³¹⁶, sob pena de subverter a *ratio essendi* do Processo Penal, é indubitável para os fins das penas³¹⁷ que a comunidade e os destinatários diretos, as apreendam e compreendam³¹⁸, pois como salienta Mário Ferreira Monte, “se a comunidade se convencer que a decisão é mesmo injusta, afinal os fins que se pretendem atingir não só não serão atingidos como se pode correr o risco de serem vistos ao contrário”³¹⁹. Tememos que casuisticamente possa ser esta a imagem que o legislador transmitiu.

vítima, a sociedade, o cidadão comum e por último, o próprio arguido compreenderão o teor e o alcance da sentença e desse modo, fazer funcionar a função preventiva geral e especial positiva da pena? Será que a paz jurídica e a estabilização do conflito social gerado pela violação das normas serão readquiridas? Não nos quer parecer que tal suceda e portanto, em algumas situações, os fins das penas e mais concretamente, a ressocialização e reintegração do indivíduo na sociedade, poder-se-á tornar inatingível. Neste âmbito, salienta Perelman que “os juristas não se ocupam unicamente com a verdade, e que é também seu dever procurar a justiça e a paz social”, *vide* Perelman *apud* MATA-MOUROS, Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador do Poder Judicial”, in *Comunicação ao Congresso da Justiça -Dezembro de 2003*, p. 6, [Consult. em 21 Jan. 2012]. Disponível <http://www.crise-da-justica.com/Ultimas.html>. A autora, a pág. 7 e 8, anota que “o juiz não deve (nem pode legitimamente) deixar de decidir segundo a sua exclusiva convicção e interpretação da lei”, uma vez que, a “alma da decisão reside, com efeito, na convicção do julgador. O corpo, na definição dos factos. É a explicação da convicção que, juntamente com o enquadramento jurídico explanado, vai conferir legitimidade à decisão”. Em idêntico caminho, menciona Rui Rangel que a “justiça perde a sua matriz e concomitantemente, a legitimidade perante o povo se deixar de ter correspondência com a realidade social e a pena fixada não for compreendida e aceite pelo povo”. RANGEL, Rui, “Pensar o futuro – Estado das coisas”, in *Correio da Manhã*, artigo de opinião publicado em 06-01-2011, [Consult. em 20 set. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/.../rui-rangel/pensar-o-futuro>.

³¹⁵ Salienta Cusson que uma das quatro condições para uma pena ser persuasiva é ser justa. “A pena é justa e equitativa. Se é verdade que constitui uma lição prática de justiça, deve parecer justa no conteúdo e na forma. É por isso que os juízes procuram apenas punir os culpados e proporcionar a severidade da pena à gravidade do delito”. Cfr., CUSSON, Maurice, *Criminologia* (...), Op. Cit., p. 217.

³¹⁶ Cfr., PALMA, Maria Fernanda, “O Problema Penal do Processo Penal” (...), Op. Cit., p. 44.

³¹⁷ Veja-se, ac. STJ de 21-10-2009, proc. nº 589/08, [Consult. a 10 out. 2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>, onde consta “Na verdade, a prevenção geral atinge as suas exigências mais prementes ou mais elevadas, o seu expoente máximo de maior intensidade dissuasora na punição do crime de homicídio, em que a reposição contrafáctica da norma violada pressupõe o restabelecimento da confiança da comunidade na norma violada, pois que ninguém se sentirá seguro, nem haverá sociedade que subsista se a punição das actuações dos homicidas ficar aquém da necessidade, forem inadequadas ou desproporcionais ao âmbito de protecção da norma na defesa e salvaguarda da vida humana”.

³¹⁸ A necessidade da comunidade compreender o sentido e alcance das decisões judiciais é salientada por Noémia Anacleto ao afirmar que “todo o poder, ainda que legítimo, carece de justificação. Precisa de se impor à comunidade sobre a qual se exerce, com a aceitação geral dos seus membros ou, pelo menos, da maior parte deles”. Cfr., ANACLETO, Noémia, “Legitimação do Poder Judicial”, in *Comunicação ao Congresso da Justiça - Dezembro de 2003*, p. 141. [Consult. em 21 Jan. 2012]. Disponível <http://www.crise-da-justica.com/Ultimas.htm>. A autora faz um estudo sobre a legitimação do poder judicial. Sobre este particular, afirma Fátima Mata-Mouros, que a legitimação do poder judicial, encontra o seu fundamento na motivação e validade das suas decisões, sendo entendido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que a motivação de facto e de direito das decisões é uma “decorrência do direito a um processo equitativo”. Cfr., MATA-MOUROS, Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador (...), Op. Cit., p. 4 ss.

³¹⁹ O autor aborda criticante a (in)relação da justiça com a comunicação social e com o próprio cidadão ao permanecer fechada, imune à evolução da sociedade de informação, ao uso de linguagem hermética apenas acessível a alguns que não os diretamente interessados e por remeter-se à enclausura no “palácio da justiça”. Por todos, *vide* MONTE, Mário Ferreira, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal (...), Op. Cit., p. 409.

Conclusão

Neste breve trabalho cursado sobre o tema da alteração substancial dos factos no Processo Penal, em especial, dos factos não autonomizáveis, tentou-se demonstrar a importância que a definição, delimitação e (i)mutabilidade do objeto do processo assume no âmbito do Processo Penal, e quais as suas consequências relativamente à amplitude dos poderes de cognição dos tribunais e sua vinculação temática, por um lado, e a sua correlação com a matéria relativa à alteração substancial dos factos não autonomizáveis, por outro, matéria propensa a variadíssimas e distintas soluções doutrinárias e jurisprudenciais, agora tamponada pelo legislador.

Encontrando-se o Estado alicerçado em “valores tão essenciais como os da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social”³²⁰ donde deriva que o Estado, no respeito pela dignidade da pessoa humana, não se pode demitir “do seu dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer negligenciá-lo, sob pena de minar os fundamentos em que assenta a sua legitimidade”³²¹, assume-se a imposição de uma pena justa, necessária e proporcional um “instrumento imprescindível da colectividade para a manutenção da paz e da ordem social”³²², a qual se enraíza na realização da justiça e na descoberta da verdade. Nesta correlação de interesses distintos e conflitantes “entre o interesse do Estado, na perseguição dos criminosos para defesa da sociedade, e da pessoa, na defesa da sua liberdade, honra e património”³²³ intervêm o Direito Penal e Processual Penal, ancorando a sua ação punitiva³²⁴ na “legitimidade e na eficácia e escorada na legalidade, na dignidade da pessoa humana”³²⁵.

Ainda que estas realidades por tudo o que encerram, sejam de valores antagónicos e nem sempre conciliáveis, deve o Processo Penal providenciar no sentido de não absolutizar unilateralmente qualquer dos extremos em confronto com o intuito de obter um ponto de equilíbrio entre os lados em litígio. Com a reforma operada em 2007, o legislador ao defender a continuação do processo com a preterição absoluta pelo tribunal do conhecimento da

Também em tom crítico, quanto à exagerada codificação das decisões judiciais, vide MATA-MOUROS, Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador (...), Op. Cit., p. 2.

³²⁰ Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 25.

³²¹ *Idem*, p. 24.

³²² *Idem*, p. 27.

³²³ Cavaleiro de Ferreira, *apud* SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, (...), Op. Cit., 2008, p. 17-18.

³²⁴ Para Mourice Cusson, “le droit pénal n'est pas un droit purement public. Il est aussi un droit privé. Le crime n'offense pas seulement la société mais aussi, le plus souvent, un particulier. C'est même lui qui a subi le”. Cfr., CUSSON, Maurice, *Pourquoi punir?*, Paris, Librairie DALLOZ, Collection Criminologie et droits de l'homme, 1987, p. 192.

³²⁵ VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, Tomo I (...), Op. Cit., p. 11-12.

alteração substancial dos factos não autonomizáveis, em prol dos valores da máxima acusatoriedade, da celeridade processual e dos direitos de defesa do arguido, que alegadamente se encontravam comprimidos, promoveu na *praxis* “um sacrifício intolerável das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de realização da justiça e de pacificação social”³²⁶. Não havendo soluções milagrosas, a solução defendida pelo legislador³²⁷, contraria o entendimento da doutrina e jurisprudência maioritária que entendia que o “quadro legal revisto oferecia uma concordância prática razoável e, não menos importante, conforme à Constituição entre os interesses e finalidades que ai se contrapõem”³²⁸, ou seja, a solução até então em vigor, ao não prescrever a rigidez completa do objeto do processo, respeitava cabalmente o princípio do acusatório e os direitos de defesa do arguido sem sacrificar o desiderato da descoberta da verdade material, da realização da justiça e da pacificação social.

Encontrando-se a fundamentação e motivação das decisões do tribunal enquadradas pelo princípio do contraditório, princípio que obriga a submissão de todas as provas produzidas a um debate contraditório entre as partes, e incidindo sobre o tribunal o princípio da investigação, princípio que se traduz no “poder-dever que ao *tribunal* pertence esclarecer e instruir autonomamente – i. é., independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o «facto» sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão”³²⁹, à sua convicção, não nos parece compreensível, que nas situações em que resulte fortemente indiciado da audiência, fase em que o arguido dispõe da plenitude dos seus direitos de defesa, *pedaços de vida* que apesar de não constarem da acusação, seja ela material ou formal, estejam a ela umbilicalmente ligados e que, por serem indissociáveis e não fundamentarem um processo à parte, por apenas fazerem sentido funcionando em unidade com os da acusação, não seja permitido ao tribunal remeter para inquérito a acusação e os novos *pedaços de vida*, para assim os poder oportunamente apreciar e valorar na sua globalidade, implica que os novos factos sejam definitiva e absolutamente insuscetíveis de conhecimento e valoração pelo tribunal na prolação da decisão, seja na instrução ou no julgamento ou em momento ulterior. Tanto mais incompreensível quando, decorrência do princípio da oralidade e da imediação, só podem servir para fundamentar a decisão dos tribunais, as provas produzidas ou

³²⁶ Souto Moura, Frederico Isasca, Ivo Barroso, *apud* BRANDÃO, Nuno, “A nova face da instrução” (...), Op. Cit., p. 248-249.

³²⁷ Cruz Bucho anota a necessária reformulação da matéria relativa ao regime da alteração substancial dos factos não autonomizáveis. Cfr., BUCHO, Machado da Cruz, *A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português* (...), Op. Cit., p. 136.

³²⁸ *Idem*, p. 254.

³²⁹ Cfr., DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal* (...), Op. Cit., p. 72.

discutidas oralmente na audiência de julgamento, com todas as garantias de defesa, e apreciadas segundo as regras da experiência e a *sua livre convicção*.

Tal solução tem implícita não só, que quando em causa estejam factos novos não autonomizáveis que tenham como consequência a imputação ao arguido de um crime diferente ou um agravamento da moldura penal máxima aplicável, é a acusação – do Ministério Público ou assistente – que define e estabelece em absoluto e em definitivo, o objeto do processo, mas também, é a mesma acusação que estabelece o âmbito dos poderes de cognição e os limites à vinculação temática do tribunal. Tendo o tribunal um estatuto de independência e de garante na administração da justiça, poderá ficar refém de uma acusação nem sempre completa e imune a várias vicissitudes e ver-se forçado a decidir ainda que em sentido não consentâneo com a sua convicção e a produzir uma decisão que sabe não corresponder à realidade constatada³³⁰, o que, como agudamente nota Nuno Brandão, “transforma a decisão judicial numa farsa, o que não deixará de violentar o próprio juiz e de descredibilizar o exercício da função judicial”³³¹. Tal facto impulsiona uma compressão insustentável, senão mesmo inconstitucional, do princípio da legalidade, porquanto alguém só pode ser punido na exata medida do crime efetivamente praticado e não do crime acusado.

Sendo um estandarte dos ideais reformistas fundantes da reforma de 2007, a responsabilização do Ministério Público pela incompleta ou incompetente investigação, que se subsumirá numa incompleta acusação, o novo regime promove não apenas uma responsabilização do Ministério Público mas, *in fine*, dos decisores da causa, com consequências nefastas que incidiram particularmente sobre as vítimas, as quais serão triplamente violentadas, não só pela ação delituosa do arguido, mas também, pela inação ou inoperância da justiça e pelo aumento do sentimento de impunidade.

A produtividade legislativa não se quedou pelo julgamento, também brotou alguns salpicos sobre a instrução, alguns dos quais por nós abordados, nomeadamente, no que concerne ao regime da publicidade, ao novo quadro legal da alteração substancial dos factos e na atribuição ao arguido do catálogo e amplitude dos direitos de defesa consagrados para a fase do julgamento. Apesar de continuar adstrito à instrução a finalidade de obter a comprovação judicial da acusação e a de proceder ao controlo judicial da decisão processual do Ministério Público de arquivar o inquérito, com a atribuição ao arguido da extensão de

³³⁰ Refere Pedro Barbas Homem que, “uma decisão não pode ser justa se não for verdadeira”. Cfr., Pedro Barbas Homem, *apud* MATA-MOUROS, Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador (...), Op. Cit., p. 13.

³³¹ BRANDÃO, Nuno, “A nova face da instrução” (...), Op. Cit., p. 251.

direitos conformes à fase do julgamento, passou a instrução a assumir-se e a ser tratada cada vez mais como uma fase preparatória ou de pré-treino para o julgamento.

Também na fase de inquérito o legislador deu um laivo da sua graça, ao antecipar para esta fase, a publicidade e o contraditório, ao prescrever a abolição do segredo de justiça na fase do inquérito. Esta problemática foi também afluída neste trabalho constatando-se que foi uma medida infeliz e quiçá, inconstitucional, e nada conducente com os valores que o processo penal pretende salvaguardar, importando em implicações negativas, não só, quanto à integridade da investigação, da descoberta da verdade material e eficácia da justiça penal, mas também, quanto à proteção dos direitos individuais, como a dignidade, o bom-nome e a presunção de inocência dos intervenientes que não apenas o arguido.

De tudo o que ficou dito podemos, pois, concluir, e tendo em conta a jurisprudência e doutrina dominante, que nem todos os ideais transformistas que estiveram na essência da revisão 2007 se basearam em premissas corretas e promoveram na prática, um retrocesso no tão desejado equilíbrio entre as finalidades do processo penal e os direitos e garantias de defesa do arguido, com um claro excesso de garantismo³³² da posição do arguido. Fazer recair sobre o inquérito, fase inicial da promoção processual sujeita às mais amplas vicissitudes ou, sobre o requerimento para abertura de instrução, a possibilidade de definir *in fine* e em absoluto o objeto do processo, quanto a factos novos não autonomizáveis e indissociáveis do conteúdo da acusação e que promovam uma alteração substancial, por haver um impedimento legal do tribunal deles tomar conhecimento e valorar para efeitos da prolação da decisão, ainda que surjam fortemente indiciados nas audiências em completo respeito pelos direitos e garantias de defesa do arguido, implica um indesejável descrédito na decisão judicial porque se sabe ser injusta por não refletir a verdade. Implica também, uma desproteção da paz social e um incremento no sentimento de impunidade e nesse sentido, enquanto o arguido e a comunidade não compreenderem o sentido e o alcance da sentença, serão as finalidades de prevenção e ressocialização da pena inalcançáveis. Voláteis são algumas das questões abordadas neste trabalho e que, irão por certo criar alguns entraves e incongruências na

³³² Sobre os direitos fundamentais e suas implicações no campo penal, salienta Alexandre Moraes que “os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou criminal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (...) Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando um redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com as suas finalidades precípua”. Cfr., MORAES, Alexandre, *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art.s 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2003, p. 46-47.

engrenagem do labor diário da *praxis* na prossecução e administração da justiça, tendo em conta, como salienta Pedro Barbas Homem, que “Os juízes não podem mentir”³³³.

³³³ Pedro Barbas Homem, *apud* MATA-MOUROS, Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador (...)”, Op. Cit., p. 13.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de,

_____, “Os Princípios Estruturantes do Processo Penal Português – que Futuro?”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

_____, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de e BRANCO, José, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I, Editora Universidade Católica, Edição 2010.

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, Príncipeia Editora, Lda, 2007.

AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 7ª ed., Almedina, 2008.

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schuts der Gesellschaft*, Atehnäum Verlag, Frankfurt, 1972.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

AZEVEDO, Maria de, “O Interrogatório do Arguido na Fase de Inquérito”, in *Revista de Direito Penal*, Ano I, n.º 1, Universidade Autónoma de Lisboa Editora, 2002. p. 7–20.

BARJA DE QUIROGA, Pedro Lopez, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed. Mendonza:Ediciones jurídicas cuyo, 2001.

BARROSO, Ivo Miguel, *Estudos sobre o objecto do processo penal*, Lisboa:Vislis, 2003.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, (tradução do original italiano intitulado *Dei Delitti e Delle Pene*, edição de Harlem, Livorno, 1766, de JOSÉ DE FARIA COSTA e

revista por PRIMOLA VINGIANO, com dois ensaios introdutórios de JOSÉ DE FARIA COSTA E GIORGIO MARINUCCI, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009.

BELEZA, Teresa Pizarro,

_____, “Nota Prévía “, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998.

_____, “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 19, n.º 74, Abril – Junho, 1998. p. 39-58.

_____, “O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. III, AAFDL, 1995.

_____, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, AAFDL, 1993.

BORGES, Antonieta, “Publicidade do processo Penal e Segredo de Justiça”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 29, n. 114, Abril-Junho 2008. p. 148-155.

BOTERO BERNAL, Andrés, “La Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 2001/2002. p. 201-212.

BRANDÃO, Ana Paula, “A security artorness europeia e o terrorismo transnacional”, in *A União Europeia e o Terrorismo Transnacional*, Almedina, 2010.

BRANDÃO, Nuno, “A nova face da instrução”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril - Setembro, Coimbra Editora, 2008. p. 227-255.

BRAZ, José, *Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*, 2ª edição, Almedina, 2010.

BRITO, Mário de, “Poderes de cognição do tribunal e garantias de defesa (comentário a três acórdãos do Tribunal Constitucional) ”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 17, Janeiro – Março, n.º 65, 1996. p. 35.57.

BRITO, Wladimir, “Processo penal internacional”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

- BRUM, Nilo, “Requisitos retóricos da sentença penal”, in *São Paulo: Revista dos Tribunais*, Coleção Studium, 1980.
- CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n.º 84, Outubro – Dezembro, 2000. p. 31-47.
- CALHEIROS, Maria Clara, “Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 29, n.º 114, Abril – Junho, 2008. p. 71-84.
- CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, Vol. I, artigos 1º a 107º, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- CARDOSO, Ricardo, “O Controlo Jurisdicional do Despacho de Arquivamento”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998.
- COLAÇO, António Pragal, *A Vida de Vale e Azevedo, Toda a História de um Condenado Procurado pela Justiça*, Edição Presselivre, 2009.
- CORREIA, Eduardo,
- _____, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal –II Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Coimbra, Livraria Almedina, colecção teses, 2ª reimpressão, 1996.
- _____, “Terão os assistentes legitimidade para deduzir acusação em crimes públicos, quando o MP se tiver absterido de a formular?”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1991.
- _____, “Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre o artigo 653.º do Projecto em 1ª Revisão Ministerial, de alteração do Código de Processo Civil, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVII, 1961.
- CORREIA, João Conde, “Inquérito, A Manutenção do Paradigma ou uma Reforma Encoberta?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril - Setembro, Coimbra Editora, 2008. p. 189-209.
- COSTA, José de Faria, “Ler Beccaria Hoje”, in Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 2009.

COSTA, Maia, “Motivação da matéria de facto da sentença penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20, n.º 78, Abril – Junho 1999. p. 133-157.

CUNHA, José Damião da,

_____, “Ne bis in idem e o exercício da acção penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

_____, “As Revisões do Código de Processo Penal – Algumas Questões de Técnica e Lógica Processuais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril - Setembro, 2008. p. 211-225.

CUSSON, Maurice,

_____, *Criminologia*, tradução Josefina Castro, 2ª edição, Casa das Letras, 2007.

_____, *Croissance et décroissance du crime*, édition électronique, Paris: Les Presses Universitaires de France, 1990, Collection “sociologies”.

_____, *Pourquoi punir?*, Paris, Librairie DALLOZ, Collection Criminologie et droits de l’homme, 1987.

DANTAS, António Leonês,

_____, “Os factos como matriz do objecto do processo”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 18, n.º 70, Abril – Junho, 1997. p. 111-124.

_____, “A definição e Evolução do Objecto do Processo no Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 16, n.º 63, Julho – Setembro, 1995. p. 89-107.

DECARTE, René, *Discurso do Método*, Tradução e Organização de Tavares Guimarães, Porto Editora, s/d.

DELMAS-MARTY, Mireille,

_____, *Código de Processo Penal*, Lisboa, Assembleia da República, 1999, Vol. II, Tomo II.

_____, “A Caminho de um Modelo Europeu de Processo Penal, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, n.º 2, Abril – Junho, 1999, p. 229 – 243.

DIAS, Augusto Silva, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, in (Maria Fernanda Palma - Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

DIAS, Figueiredo,

_____, “O processo penal português: problemas e perspectivas”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

_____, *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2009.

_____, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.

_____, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008. p. 367-385.

_____, “Autonomia do Ministério Público e o seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 2, Abril – Junho 2007, 196-208.

_____, *Direito Processual Penal*, reedição fac-similada da 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora 2004 (Coleção Clássicos Jurídicos, 1ª edição – 1974).

ESTEVES, Maria da Assunção, “A jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao Segredo de Justiça”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998.

FAIREN GUILLEN, Vitor, *Temas del Ordenamiento Procesal*, Tomo II, Madrid, 1969.

_____, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 18ª edição revista e actualizada, Almedina, 2007.

FERREIRA, Cavaleiro de,

_____, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Lisboa, 1981.

_____, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, Lisboa, 1958

_____, *Lições de Direito Penal*, Vol. I.

FERREIRA, Manuel Marques,

_____, “Meios de Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

_____, “Da alteração dos factos objecto do Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, Abril – Junho, Aequitas e Editorial Noticias, 1991. p. 221-239.

_____, “Julgamento e Sentença”, in *Revista do Ministério Público – Jornadas de Processo Penal*, Cad. 2, Lisboa, 1987, p. 132 ss.

GALAIN PALERMO, Pablo, “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009. GASPAR, António Henriques,

_____, “As Exigências da Investigação no Processo Penal Durante a Fase de Instrução”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

_____, “Processo Penal, Reforma ou Revisão; As Rupturas Silenciosas e os Fundamentos (Aparentes) da Descontinuidade”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro, Coimbra Editora, 2008. p. 347-365.

GLASER, “Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage”, in *Gerichtssaal*, Vol. 36.

GONÇALVES, Maia,

_____, *Código de Processo Penal*, Anotado, 17ª edição revista e actualizada, Almedina, 2009.

GRUNWALD, *Beweisverbot im Strafverfahren*, *Juristenzeitung*, 1966.

HASSEMER, Winfried, “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in (Maria Fernanda Palma - Coord.) tradução de Augusto Silva Dias, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

HENRY, Stuart, MILOVANOVIC, Dragan, “The Constitution of Constitutive Criminology: a Postmodern Approach to Criminal Theory”, in *Futures of Criminology*, edição David Nelken, Londres, 1995.

HOMEM, António Pedro Barbas, *O que é o Direito? Uma explicação curta para jovens leitores com pouca paciência para longas explicações*, 1ª ed., Principia, 2007.

ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e a sua Relevância no Processo Penal Português*, Almedina, 2ª edição, 1995.

JACINTO, Teodósio, “O Modelo de Processo Penal entre o Inquisitório e o Acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do

- inquérito”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 118, Abril – Junho, 2009. p. 12-44.
- KAUFMANN, Arthur, *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, Beck, München, 1997.
- LATAS, António João, *Mudar a Justiça Penal – Linhas de Reforma do Processo Penal Português*, Obras colectivas (António João Latas – Coord.), Edições Almedina, 2012.
- LÉAUTÉ, J., *Criminologie et Science Pénitentiaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1972.
- LOUREIRO, Flávia Novera, “A (i)mutabilidade do paradigma processual respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.
- LÚCIO, Álvaro Laborinho, “A Reforma do Processo Penal: o Que Ficou por Rever?”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998.
- MARIANUCCI, Giorgio, “Cesare Beccaria, Um nosso Contemporâneo, in Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 2009.
- MATA-MOUROS, Fátima, *Direito à inocência*, S. João do Estoril, Principia, 2007.
- MAXIMIANO, Rodrigues, “Acusação manifestamente infundada - Poderes do Juiz de julgamento”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 13, n.º 51, Julho – Setembro, 1992. p. 99-107.
- MENDES, João Castro, *Obras Completas Prof. Doutor João Castro Mendes, Introdução ao Estudo do Direito*, edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa 1994. Pedro Ferreira - Artes Gráficas.
- MENDES, Paulo de Sousa, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009. p. 755-768.
- MESQUITA, Paulo Dá, “Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de direito democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação criminal), in *Revista do Ministério Público*, 2000, p. 137 ss.

MONTE, Mário Ferreira,

_____, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009. p. 399-418.

_____, “O Que Resta ao Segredo de Justiça Após as Revisões de 2007 do Código de Processo Penal e do Código Penal”, in *Galileu – Revista de Economia e Direito*, Vol. XII, n.º 2, 2007/XIII, n.º 1, 2008, p. 185-195.

MORAES, Alexandre, *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art.s 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2003.

MORGADO, Maria José, VEGAR, José, *O inimigo sem rosto: Fraude e Corrupção em Portugal*, Publicações Dom Quixote, 2003.

MOURA, Adriano Souto,

_____, “A investigação e suas exigências no inquérito”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

_____, “Inquérito e instrução”, in *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

_____, “Notas sobre o Objecto do Processo (A Pronúncia e a Alteração Substancial dos Factos)”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 12, n.º 48, 1991. p. 41-73.

MOURAZ LOPEZ, José, *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da Instrução*, Coimbra Editora, 2000.

NEVES, Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

PALMA, Maria Fernanda,

_____, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, 2006.

- _____, "Acusação e Pronúncia num Direito Processual Penal de Conflito entre a Presunção de Inocência e a Realização da Justiça Punitiva", in (coord. de Guedes Valente) *I Congresso de Processo Penal - Memórias*, Almedina, Lisboa, 2005.
- _____, "O Problema Penal do Processo Penal", in (Maria Fernanda Palma – Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.
- PEREIRA, Rui, "Entre o "Garantismo" e o "Securitarismo"", in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.
- PERELMAN, Chaïm, *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*, Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, ed. Martins Fontes.
- PINTO, Frederico da Costa, "Segredo de Justiça e Acesso ao Processo", in (Maria Fernanda Palma – Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.
- PINTO, Tolda, *A Tramitação Processual Penal*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001.
- PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel, *Dicionário Jurídico*, 2ª edição, Vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal, Almedina, Abril 2009.
- RODRIGUES, Anabela Miranda,
- _____, "As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu", in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.
- _____, "A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português", in *STVDIA IVRIDICA - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, n.º 61, Coimbra Editora, 2001.
- _____, *O Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- _____, " O Inquérito no Novo Código de Processo Penal", in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

RODRIGUES, Cunha,

_____, “Que futuro para o processo penal na Europa”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

_____, “Intervenção do Moderador”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998.

ROXIN, Claus, “Sobre o Desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão, (tradução por Inês Fernandes Godinho)” in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

SANTANA, Cecília, “A Acusação Particular”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

SANTIAGO, Rodrigo, “O Saneamento no Código de Processo Penal”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998.

SANTOS, Beleza dos,

_____ “A sentença condenatória e a pronúncia em processo criminal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 63 e 64, 1931.

_____, “Os Tribunais Colectivos Criminais e os seus Poderes de Alterar a Incriminação da Pronúncia”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 60, 1927.

SANTOS, Gil Moreira dos, “A estabilidade objectiva da lide em processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Outubro – Dezembro, 1992. p. 593-615.

SANTOS, Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Noções Elementares de Direito Penal*, 2ª edição, Editora Rei dos Livros, Lda., 2003.

SEIÇA, Medina de, “Legalidade da Prova e Reconhecimentos «Atípicos» em Processo Penal: Notas à Margem de Jurisprudência (Quase) Constante, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.

SIEBER, Ulrich, “O futuro do Direito Penal Europeu – uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de Direito Penal Europeu”, (tradução por Inês Fernandes Godinho), in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, *Simpósio em Homenagem*

a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Fernando,

_____, *Direito Penal Especial – Crimes Contra as Pessoas*, 2ª edição, Revista e actualizada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, Quid Juris, Lisboa, 2008.

_____, “Representação dos menores em processo penal”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Germano Marques da,

_____, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 5ª edição revista e actualizada, Editorial Verbo, 2008.

_____, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4ª edição revista e actualizada, Editorial Verbo, 2008.

_____, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, 2ª edição revista e actualizada, Editorial Verbo, 2000.

_____, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, 3ª edição revista e actualizada, Editorial Verbo, 2009.

_____, “A Publicidade do Processo Penal e o Segredo de Justiça. Um Novo Paradigma?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2 e 3, Abril – Setembro 2008. p. 257-275.

_____, “Perspectivas de Evolução do Direito Processual Penal Português”, in *O Processo Penal em Revisão, Comunicações, Universidade Autónoma de Lisboa*, 1ª edição, Editora Barbosa & Xavier, Lda, 1998. p. 27-47.

SILVEIRA, Jorge Noronha, “O conceito de indícios suficientes no Processo Penal Português”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

TARUFFO, Michele, “Note sulla garanzia costituzionale della motivazione”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LV, 1979.

TELLES, Inocêncio Galvão,

_____, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2001.

_____, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2001.

VALENTE, Guedes,

_____, “A construção de um espaço penal Europeu sob o primado dos direitos fundamentais”, in *Contributos para um Direito Penal Supranacional*, Abdul’s Angels, lda, 2010.

_____, “La cooperación en matéria procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales”, in *Contributos para um Direito Penal Supranacional*, tradução de Adán Carrizo González-Castell, Abdul’s Angels, lda, 2010.

_____, *Processo Penal*, Tomo I, 2ª edição revista, actualizada e aumentada, Almedina, 2009.

_____, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2ª edição, Almedina, 2009.

_____, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, Comentado e Anotado, 3ª edição revista e aumentada, Almedina, 2006.

_____, *Do Mandato de Detenção Europeu*, Almedina, 2006.

_____, *Prisão – A Metamorfose da Benevolência*, Almedina, 2003.

VEIGA, Raul Soares da, “ Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in (Maria Fernanda Palma – Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

DOCUMENTOS ELETRÓNICOS (INTERNET):

- AFONSO, Orlando, “Juiz boca da lei?”, in *Correio da Manhã*, (05-03-2011). [Em linha]. [Consult. 05 mar. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/.../opinioao/orlando-afonso/juiz-boca-da-lei>.
- AGUIAR-BRANCO, Pedro, *Separação de poderes ... uma miragem?*, *Jornal Negócios* (09-02-2009). [Em linha]. [Consult. em 12 mai. 2011]. Disponível em http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=353406.
- ALT, Eric, “A Qualidade da Decisão Judicial”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 5, [Em linha]. 2008. p. 11-17. [Consult. 20 jan. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
- ANACLETO, Noémia, “Legitimação do Poder Judicial”, in *Comunicação ao Congresso da Justiça - Dezembro de 2003, publicado na Revista on-line Julgar*, n.º 8, [Em linha]. 2009. [Consult. 21 jan. 2012]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
- ANDRADE, Manuel da Costa, - “Balanço crítico da reforma penal”, in *In Verbis – Revista Digital de Justiça e Sociedade – Portal Verbo Jurídico*, [Em linha]. 2008. [Consult. 24 jan. 2010]. Disponível em <http://www.inverbis.net>.
- BIANCHINI, Alice, “Aspectos Subjectivos da Sentença Penal”, in *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, [Em linha]. São Paulo, v. 22, 1998. p. 1-5. [Consult. 12 ago. 2011]. Disponível em <http://www.actualidadesdodireito.com.br/alicebianchini>.
- BUCHO, Machado da Cruz,
_____, “Alteração Substancial dos Factos em Processo Penal”, in *Questões Práticas na Reforma do Código Penal, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, Revista on-line Julgar*, n.º 9, setembro – dezembro, [Em linha]. 2009. p. 43-71.[Consult. 22 mai. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
_____, *A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português*, [Em linha]. 2010. [Consult. 20 dez. 2011]. Disponível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/cruzbucho_revisaocpp2010.pdf.
- COSTA, Maia, “Que processo penal queremos?”, in *Congresso da Justiça*, [Em linha]. (27-10-2003). [Consult. 03 mar. 2011]. Disponível em http://www.asfcp.org/temas/diversos/congressojust/maia_costa.pdf.

- CRUZ, Paula Teixeira da, “Justiça: «vamos mudar o que temos a mudar»”, (12-12-2011), [Em linha]. [Consult. em 11 jan. 2012]. Disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/politica/paula-teixeira-da-cruz-justica-projeto-fenix-juiz-mp-tvi24/1307599-4072.html>.
- FERRAJOLI, Luigi, “Garantismo e Direito Penal”, com tradução de Pedro Vaz Patto, in *Revista on-line Julgar, edição especial*, [Em linha]. 2008. p. 51-64. [Consult. 25 fev.2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
- FERREIRA, Paulo Marrecas, “O Recorte Impreciso e Fluido do que Poderia ser Subsumível ao Erro Judiciário na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 5. [Em linha]. 2008. p. 59-71. [Consult. 22 mai. 2011]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
- GASPAR, António Henriques, “O tempo judiciário e a qualidade da decisão – eficiência do sistema e eficácia da decisão”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 5. [Em linha]. 2008. p. 19-27. [Consult. 10 dez. 2010]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
- MATA-MOUROS, Fátima, “A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador do Poder Judicial”, in *Comunicação ao Congresso da Justiça - Dezembro de 2003*, [Em linha]. p. 9-13. [Consult. 21 jan. 2012]. Disponível em <http://www.crise-da-justica.com/Últimas.htm>.
- MENDES, Mário Silva, em entrevista ao *Jornal Correio da Manhã*, (17-02-2011), [Em linha]. [Consultado em 17 dez. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/ha-risco-de-favelas-a-volta-de-lisboa>.
- MORGADO, Maria José, entrevista ao *Jornal Correio da Manhã*, (07-12-2011), [Em linha]. [Consult. em 07 dez. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/asfixia-financeira-trava-investigacao>.
- OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA - Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, relatório intitulado “O processo de preparação e debate público da reforma”, (31-01-2008). [Em linha]. [consult. 25 out. 2011]. Disponível em <http://www.ces.uc.pt>.

- OFRE - “Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice – Perspectives and Responsibilities After the Treat of Lisbon”, in *Observatory of Fundamental Rights in Europe*, October 2009. [Em linha]. [Consultado 15 jan. 2011]. Disponível em http://www.astrid-online.it/--spazio-e/documenti/FundamentalRightsObservatoryOpinion---Stockholm_2-pdf.
- PALMA, Maria Fernanda,
_____, “Fundamentação da Sentença”, in *Sentir o Direito, Correio da Manhã*, (12-09-2010). [Em linha]. [Consult. 20 dez. 2010]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniao/fernanda-palma/fundamentacao-da-sentenca>.
- _____, “A sentença Penal”, in *Sentir o Direito, Correio da Manhã*, (17-01-2010). [Em linha]. [Consult. 20 dez. 2010]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/opiniao/fernanda-palma/a-sentenca-penal>.
- PEREIRA, Rui, - *Eficácia e Direitos Fundamentais na Acção da Polícia – O Equilíbrio Necessário*, (30-03-2006). [Em linha]. [Consult. 30 mai. 2010]. Disponível em www.aspp-psp.pt/informacao/Eficacia_Direitos_Rui_Pereira.pdf.
- POÇAS, Sérgio, “Da Sentença Penal – Fundamentação de Facto”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 3. [Em linha]. p. 21-44. 2007. [Consult. 20 jul. 2010]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.
- RANGEL, Rui, “Pensar o futuro – Estado das coisas”, in *Correio da Manhã*, (06-01-2011). [Em linha]. [Consult. 20 set. 2011]. Disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/.../rui-rangel/pensar-o-futuro>.
- ROCHA, António Lopes, “A Motivação da Sentença”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 75/76. [Em linha]. p. 96-114. 1998. [Consult. 25 set. 2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/ce-convencao-dh/cons-europa-conv-dh-lobes-rocha.html>.
- ROXIN, Claus, - “Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais”, in *Seminário de Direito Penal Económico em homenagem ao Professor Claus Roxin*, Porto Alegre. [Em linha]. 2004. [Consult. 15 jan. 2011]. Disponível em <http://albernard.adv.br/wp-content/uploads/2011/03/Legitimacao-das-proibicoes-penais-Claus-Roxin.pdf>.

SILVA, Germano Marques da, “Um olhar sobre o projeto e o acordo político para a revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista on-line Julgar*, n.º 1. [Em linha]. p. 137-153. 2007. [Consult. 14 nov. 2010]. Disponível em <http://www.julgar.pt>.

UMRPP, *Actas da Unidade de Missão para a Reforma Processual Penal*. [Em linha]. [Consult. 11 dez. 2010]. Disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/newhome/actas-da-unidade-missao/downloadfile.pdf>.

ACÓRDÃOS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

_____, 234/2011, de 4 de maio, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 7 de junho de 2011. Disponível em <http://www.dgsi.pt>,

_____, 253/2010, de 18 de junho, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 133/2010, de 14 de abril, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 18 de maio de 2010. Disponível em <http://www.dgsi.pt>

_____, 226/2008, de 21 de abril, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 22 de julho de 2008. Disponível em <http://www.dgsi.pt>

_____, 237/2007, de 30 de março, publicado no *Diário da República*, 2ª série, 24 de maio de 2007. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 339/05, de 22 de julho, publicado no *Diário da República*, 2ª série, de 11 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 130/98, de 5 de maio. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

ACÓRDÃOS SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

_____, 1/2011, de 16 de dezembro de 2010, processo n.º 966/08.2, publicado no *Diário da República*, 1ª série, 26 de janeiro de 2011. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 5/2010, de 15 de abril, processo n.º 4822/07-3, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 12 de maio de 2010. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 11/2008, de 29 de outubro, processo n.º 4822/07-3, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 11 de dezembro. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 7/2008, de 25 de junho, processo n.º 4449/07, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 30 de julho. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, 28 de janeiro de 1993, processo n.º 43395, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano I, Tomo I, 1993. Disponível em www.dgsi.pt.

_____, 28 de novembro de 1990, processo n.º 40909, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano XV Tomo V, 1990. Disponível em www.dgsi.pt.

ACÓRDÃOS TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA,

_____, Proc. 36/09.6EACBR.C2, de 17 de novembro de 2010, Relator Paulo Guerra. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

_____, Proc. 1065/08.2TAFIG.C1, de 20 de maio de 2009, Relator Jorge Gonçalves. Disponível em <http://www.dgsi.pt>

DIPLOMAS,

- Constituição da República Portuguesa
- Código Penal
- Código de Processo Penal
- Código Civil
- Código Processo Civil
- Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Lei de Organização da Investigação Criminal